



北大法学院110周年院庆系列活动

首届全国法学教育高端论坛

会议文集

(仅供交流讨论使用, 未经论文作者同意, 请勿作任何他用)

北京大学法学院

2014年3月29日·北京

2014年4月 宋新力 刘伟 刘宇



北大法学院110周年院庆系列活动

首届全国法学教育高端论坛

会议议程

2014年3月29日·北京大学法学院

8:30 报到

9:00-9:45 开幕式

主持人：潘剑锋（北京大学法学院）

致 辞：张守文（北京大学法学院院长）

致 辞：高 岱（北京大学研究生院副院长）

合影留念

第一单元 案例研习课程

9:45-12:00 主持人：车浩（北京大学法学院）

主题发言

李友根（南京大学法学院）：基于案例研究的案例教学课程

章武生（复旦大学法学院）：个案过程教学法

田士永（中国政法大学）：民法案例研习课程的教学目的

许德峰（北京大学法学院）：民法案例研习课程的教学尝试

评议

张建伟（清华大学）

唐 力（西南政法大学）

王 军（对外经贸大学法学院）

自由讨论

12:00-13:30 午餐及午休

第二单元 实务实习课程

13:30-15:15 主持人：邓峰（北京大学法学院）

	主题发言
	宋鱼水（海淀区人民法院）：在实践中的法律启示与建议
	王家路（通商律师事务所）：合同法实务课程的探索
	付翠英（北京航空航天大学法学院）：法学专业实习的第三条道路探索
	评议
	王 成（北京大学法学院）
	王月明（华东政法大学）
	朱新力（浙江大学法学院）
	自由讨论
15:15-15:30	茶歇
第三单元	写作培养课程
15:30-17:00	主持人：杨明（北京大学法学院）
	主题发言
	凌 斌（北京大学法学院）：法学论文写作课程总结
	冯 果（武汉大学法学院）：卓越法律人才培养的法律课程体系构建
	评议
	于丽英（清华大学法学院）
	刘素娟（北京大学图书馆）
	王福华（上海交通大学法学院）
	张天栋（西北政法大学）
	杨 东（中国人民大学法学院）
	自由讨论
17:00-17.30	闭幕式
	总结发言：葛云松（北京大学法学院）
	论坛共识：潘剑锋（北京大学法学院）
18:00	晚宴

目录

(以姓氏拼音为序)

邓峰、王家路：合同法实务课程的探索	1
冯果：基于卓越法律人才培养的法学课程体系改革	10
付翠英、初殿清：法学专业实习的第三条道路探索：以“北航模式”为例	16
葛云松：法学教育的理想	29
凌斌：改造我们的教学：历史使命与法学教育	72
凌斌：法学论文写作·课程总结	87
刘剑文、耿颖：财税法学科的综合化与多元创新之路	95
李友根：基于案例研究的案例教学课程	104
宋鱼水：在实践中的法律启示与建议	106
田士永：“民法学案例研习”的教学目的	109
王成：《司法实务与前沿》课程的思考与探索	117
张平华：地方高校法学院多元开放式应用型法律人才培养模式	128
章武生：“个案全过程教学法”的价值及其在法学教育中的应用	134
葛云松、许德峰、刘哲玮：“民法案例研习”的教学尝试	143

合同法实务课程的探索

邓峰*、王家路**

合同法实务课程的开设和讲授,是北京大学课程教学改革的一个小的组成部分,也是法律硕士培养工作中的尝试和探索,同时也是法学院的面向职业训练的教程改革的一部分。该课程自2009学年开设,作为面向全院学生的选修课程,同时列入了法律硕士培养计划中的实务课程。每年春季学期授课,学分从2009-2013学年间为2学分,自2014学年开始改为3学分。在连续的授课、互动、改革过程中,我们对这一课程本身的理解也在加深,积累了一些经验。就此对课程改革的经验和进一步需要改进的地方予以总结,以就教各位同仁。

一、课程特点

自2009年开设的《合同法实务》课程,就目前的反响和反馈而言,在开放式选课的前三年中,每年的选课人数都超过了100人多,甚至有200人的报名选课;在封闭式选课的2013、2014年中,连续两年的初选都超出了150人,甚至出现报名人数超过200人的情形。在学校组织的课程评估反馈中都得到了非常高的评价,高于平均院系和学校的平均值,尤其是在2013年改为小班授课之后更得到了新的高分评价。同时,处在改进之中的本课程,我们每年都采用问卷调查方式,在学期末向学生收集改进意见,也得到了非常正面的肯定,以及诸多的改进建议。

在我们看来,《合同法实务》课程的设计、讲授和考核等方面有一些自己的特点:

1、从设计上来说,具有自成一体的独立体系和风格。本课程并不是现行教学体系中的民法分论、合同法或债权法的延伸,也并非与之配套的习题训练,抑或是对其内容的细化或重复。在对合同的理解上,本课程以1970年代以来在美国发展出来的“relational contract”(关系型契约)作为理论基础,强调合同是一种规划、计划以及在特定制度环境下的长期交易的文本设计;在所训练的默认格式的合同文本中,强调合同对复杂交易而非标准、即时、简单、定型的交易的支持,同时,并不采用买卖作为主要分析对象,而是以公司并购合同、房地产投资和交易合同,以及委托代理类合同作为默认的模板合同;同时,本课

* 北京大学法学院教授。

** 北京市通商律师事务所合伙人。

程并非仅仅对法律制度的复述,而是围绕着合同产生的主要问题展开,包括合同纠纷的解决选择策略等各个方面。因此,与之前的课程相比,我们对合同的理解不同是根本的视角和理念区别,我们对合同的理解并非是一个部门法或其延伸应用,而是沉淀在各个领域中的一种常用工具,将其理解为我们目前的法律纠纷中最为常见、普遍的一种类型,这是更加符合司法实践和律师实务的一种理解。

目前我们所讲授的版本,这当然也经历了不断地思考、改进,授课的核心内容包括三个模块:交易结构、合同文本和寻求救济。复杂、定制的交易结构构成了起草合同的思维架构,同时通过训练交易结构的检验,引导学生注意常见的易犯的错误;进而,训练学生将交易结构与合同文本相结合,形成对复杂交易的文本表述;最后,在常见类型的纠纷解决中,本着当事人的具体情境和利益最大化的原则,如何去在当下的司法制度中寻求最佳的解决方案。这样的授课内容涉及到诸多的已有法律知识,因此,我们的选课要求所有选课学生选修过合同法、公司法和民事诉讼法作为门槛标准。

2、从师资上看,本课程是由合同纠纷处理的专业机关,北京仲裁委员会(以下称北仲)和北京大学法学院联合设立的课程。鉴于北仲的特殊性,一方面综合囊括了合同纠纷处理的学者型仲裁员,一方面自身也存在着内部的审理交流形成共识的平台机制,也形成了相对成型的审理风格和裁判思维,我们不仅可以借助双方的合作邀请到各个领域的学者型仲裁员,也能够相对一致地保持对合同尤其是合同纠纷的理解。课程讲授人员,即使是北京大学法学院的教员,也均为北仲的仲裁员,另外也会邀请到法院的学术型法官,这样的机制保证了授课人员的水平和相对的视野一致性。

我们之所以形成这样的授课团队要求,也和本课程对合同的理解,以及合同起草的理解相关。合同文本的表述并不关乎文字叙述风格,而是应当经过履行的检验,以及司法程序的解释和判断,才能真正理解合同起草中的常见错误。我们没有邀请通常起草合同的公司法务或者是律师,在于起草人对合同文本的产生纠纷的判断不够充分,包括时下已经出版的各种书籍,均是将合同起草等同了单纯的文字修订,而忽略了裁判者的视角。同时,我们在本课程中的讲授案例,均为实际裁判过的案例,给出的阅读材料、问题分析等均来源于第一手的实践案例,有助于学生了解实际合同文本。

第三,授课方式上分别尝试过大班讲授和小班教学的方式,同时强调训练,侧重于实际练习,授课和训练结合上有自己的特点。主授课人的搭配,一方面是彼此非常熟悉,另一方面也会形成互补。主授课教师邓峰系研究合同理论和从事仲裁实务的,而主授课教师王家路同时也是律师,起草合同,参加诉讼,并且也是资深的仲裁员。主授课人之间也存在着侧重

点和分工的不同,邓峰负责讲授交易结构,王家路负责讲授救济,双方共同负责文字和文本,同时,王家路负责具体训练。在2013年之前,讲授人还有更多,从合同变更、招投标、证据、效力判断和损失认定等视角来专题讲授,自2013年之后,其他参与者以训练、讲座和作为模拟对抗的主审人方式来参加授课。

在2013年之后我们所采用的小班讲授,完全按照律所和公司中的法务工作方式组织,学生分成小组,记分按照小组得分,强调团队工作,同时,每次上课都按照步骤分别布置作业,每次授课均拿出半小时讲授作业中存在的问题和改进意见。考试按照小组分工,采用相互对抗方式,就特定交易上学生所形成的文本相互对抗。考核分数上,我们注重平时成绩,占总成绩的比例达到60-70%,期末考试的总成绩比例占30%-40%,并且是基于小组表现为同一小组作出相同的评分,以强调小组间的团队工作。

从课程的效果来看,自课程开设以来,得到学生的共同反馈是他们可以通过本课程,通过对实际案例,包括合同的结构和文本的理解,达到对合同起草有较为清晰的理解。在就业、实习过程中,他们一旦遇到类似的情形,不再感到陌生和了无章法,达到了本课程的授课目的。在开设小班以来,我们通过调整讲授内容、缩小授课目标等,能够更加清晰地让学生理解实践中的合同文本起草原则、章法,能够根据给出的交易结构形成合同文本,部分学生通过课程训练可以起草非常完善和较为理想的合同文本。

二、课程现状

本课程目前的现状在课程大纲中有明确的交代,具体包括:

1、授课对象和学分

本科生(本科3年级及以上)、研究生(法学硕士研究生、法律硕士研究生),课时48学时,学分3分。指定教材为授课人所编撰的真实案例和参考资料,同时参考教材为:(1) Tina L. Stark, *Drafting Contracts: How and Why Lawyers Do What They Do*, Wolters Kluwer Law & Business, 2007. (2) Ian R. MacNeil and Paul J. Gudel, *Contracts: Exchange Transactions and Relations: Cases and Materials*, Third Edition, Foundation Press, 2001. (3) Victor Goldberg, *Framing Contract Law: An Economic Perspective*, Harvard University Press, 2006. 其中第一本参考教材为指定推荐。

2、课程目的的正式表述

本课程主要为法学院的本科生和研究生讲授与合同相关的法律实务。合同是最为常用、

最为多变的法律实践中的具体形式,涉及到诸多的法律部门。本课程的授课人包括本院教师、本院兼职导师、兼职教授,以及校外专家,均为北京仲裁委员会中的仲裁员或各级人民法院的法官。课程主要讲授在实际律师业务中的合同常见问题,以交易为中心的合同起草、修订审查、具体条款的拟定,综合训练学生对合同条文的理解和应用;合同中的条款表述及其修订,常见错误和常用技巧;合同取得法律救济的相关选择、判断标准和技巧等。课程要求学生参与实际的合同起草和纠纷解决对抗训练。

本课程的目的在于,通过对合同文本及其应用的实务训练,增强学生综合运用已经学习的能力,将法律知识应用于实际交易中的能力,并对合同纠纷的解决思路有框架性的理解,掌握和提高应用能力,为参加实务工作奠定基础。通过本课程的学习,选修课程的学生可以具备分析交易和草拟合同、为企业和法律服务机构管理合同履行过程以及防范法律风险的能力,初步具备拟定解决纠纷策略并加以实现的实务操作能力。

3、课程要求

本课程自 2013 年开始,采用小班封闭训练授课,限 40 人。对学生的强制性要求包括:

(1) 无论本科或研究生,均要求已经修过下列相关内容的课程:合同法、公司法和民事诉讼法课程;

(2) 认真出勤并参与分组或集体讨论,不无故缺课;

(3) 认真完成每次课后指定的作业;

(4) 对所知悉的涉及实际案件当事人的信息负有保密义务;

(5) 有志于从事法律实务工作。

如果初选人数超出 40 人,采用面试方法(2014 年面试将于 2 月 18/19 日举行,具体时间地点待定)确定人数;不能坚持或主动退选的空余名额不再替补录取,并且选修学生在以下情形下计零分或视为退选:

(1) 无故缺课 2 次以上;

(2) 无故不交作业 2 次以上。

考试成绩由平时成绩 70%和期末成绩 30%组成。

4、授课内容

课次	课程内容	主讲人	课程时间	是否开放
§ 1	合同在实务中的运用	邓峰	2014 年 2 月 17 日	公开
§ 2	交易结构	邓峰	2014 年 2 月 24 日	封闭

§ 3	交易结构	邓峰	2014 年 3 月 3 日	封闭
§ 4	交易流程	邓峰	2014 年 3 月 10 日	封闭
§ 5	交易结构、流程及风险	邓峰	2014 年 3 月 17 日	封闭
§ 6	合同起草: 合约与文字	邓峰	2014 年 3 月 24 日	封闭
§ 7	合同的损失计算	邓峰	2014 年 3 月 31 日	封闭
§ 8	合同起草: 通用条款	王家路	2014 年 4 月 7 日	封闭
§ 9	诉讼和仲裁中的技巧	王红松	2014 年 4 月 14 日	公开
§ 10	合同起草训练	王家路	2014 年 4 月 21 日	封闭
§ 11	合同起草训练	王家路	2014 年 4 月 28 日	封闭
§ 12	求偿策略的选择和运用	王家路	2014 年 5 月 5 日	封闭
§ 13	求偿策略的选择和运用	王家路	2014 年 5 月 12 日	封闭
§ 14	期末考试		2014 年 5 月 19 日	封闭
§ 15	期末考试		2014 年 5 月 26 日	封闭
§ 16	端午节放假		2014 年 6 月 2 日	
§ 17	考试周停课			
§ 18	考试周停课			

因为报名人数较多,2014 年课程选修人数调整为 60 人,分为 12 个小组,每组 5 人,同时学院配备了助教一名,北京大学法律经济学中心作为支持研究机构配置助教一名,北京通商律师事务所为课程配备助教两名,共四名。另外,邀请本课程的上一年度的同学作为训练指导。

三、自我定位和调整改进

最初设立本课程的内在动力是,无论是老师还是学生都感受到现有教学体系中的实际训练不足,同时,作为仲裁的实际裁判者体会到学院教学 and 实际合同的运用中的差异和差距,尤其是长期、定制、复杂的交易。法学院作为大陆法系下的课程体系设计,思维上仍然是局限于站在法官的立场,解释法律的方式,而有别于英美法系站在律师立场上,解释合同和交易的方式来思考问题。即便是在诉讼和仲裁中,我们也能够发现大多数律师缺乏对合同深入的理解而仅仅强调法学院所讲授的关注合同效力,关注合同条文的字面解释等通病,更多是

解释法律而不是解释合同,解释文本而不是解释交易,从而导致与实际中的商业惯例等脱节。

基于这一目的,结合北仲的经验,我们开设了本课程,即本课程的第一个阶段,希望填补、充实法学院教学的不足,同时训练学生对合同的理解,达到能够起草和修改合同的目的。这可以从我们最初的课程讲授内容和授课人的安排中看出来,以下是2010年的授课提纲和安排:

- §1 合同在法律实务中的运用概述(邓峰、王家路)2010年3月6日
- §2 合同条款的起草(王家路)2010年3月13日
- §3 特殊合同(招投标程序)的缔结程序(冯志祥)2010年3月20日
- §4 合同的洽商变更(赵杭)2010年3月27日
- §5 合同的管理(于腾群)2010年4月3日
- §6 合同的解释与法律适用(刘兰芳)2010年4月10日
- §7 合同证据的收集和管理(李凡)2010年4月17日
- §8 合同效力和损失认定(王闯)2010年4月24日
- §9 特殊合同(政府审批)的生效(胡宝海)2010年5月8日
- §10 求偿策略的选择和运用(王家路)2010年5月15日
- §11 诉讼和仲裁的区别与联系(王家路)2010年5月22日
- §12 关系型契约与合同理论(邓峰)2010年5月29日

在第一个阶段,我们考虑更多的是和已有的学生掌握的知识接轨,比如现在强调的交易结构理解、设计和检验,以及合同文本的起草,仅仅只占很少的部分,除了合同起草部分之外,诸如复杂合同的洽商和变更、公司对合同的管理、证据使用、效力和损失的司法认定规则、特殊合同等更加具体的,而通常在常规的合同法讲授中未能展开或涉及到的部分,占据了课程的很大部分。

因此,在第一个阶段,我们的目标是除了起草合同之外,还要填补法学院教学中的相对短板内容,这就决定了授课人必须是多元的,没有一个人能够在实务中掌握如此多领域的内容,也决定了这种授课方式是采用系列的,但是系统的讲座方式组成。我们在前三年中也不断地和诸多的授课人沟通、完善,强调本课程的目的、体系的完整性。在授课中,学生的反响也非常好,选课人数较多。但这种授课,虽然在体系化上尽了非常大的努力,但仍然是平面散开的,不足之处也很明显:第一,每个具体问题,诸如合同管理、证据使用等,三个课时仍然是远远不足以有效充分传递实务中的具体复杂情形的;第二,每个领域的专家型、学者型裁判人,对现在法学院所教授的背景情形了解并不充分,从而会出现讲得浅的时候,信

息量不足,讲得深的时候,学生因为缺乏背景理解不足;第三,知识性的讲授冲淡了原本的训练目的。

在经过反复和学生沟通,以及授课人之间的研讨、分析,包括和学院相关的同事探讨,我们采用了现在的模式,采用小班教学,强调合同文本的撰写能力,淡化知识性的讲授。一方面,这是本课程在不断改进过程中对课程目标的缩小,定位更加清晰,一方面,这种改变决定了授课内容、授课人、授课方式等方面的全方位变化。在定位上,经过调整后,现在我们对本课程的定位非常清晰,通过学生对交易结构的理解,掌握合同的文本结构,通常的文字表述,锻炼其对复杂交易的分析和撰写文本能力。这使得本课程与下列课程的定位有着明确的不同:第一,与本科生的合同法或债权法不同;第二,与研究生的合同法专题不同;第三,与与合同法相配套的习题训练课不同;第四,与法律文书写作、诊所教育不同;第五,与实务经验、审判经验、律师实务、诉讼程序等不同。这就保证了本课程的独特特点和特有目标,进而形成了独特的风格。

四、经验和心得

我们对合同法实务的课程探索,逐步形成了自己的风格,但这门课程仍然在探索和试验之中,几乎每年我们的授课内容、要求、形式和方式等都会在总结上一年度的基础上发生变化。我们也并不能肯定说取得了成功,只是说形成自己相对独特的风格。此类实务类课程的设计,在经验交流上,我们可以以自己的体会心得,得到下列几个自我感觉相对重要的原则:

第一,课程定位清晰,在已有的学院教学体系下,课程与其他已有课程相比,目的、内容、方式上的自我特色,是最为重要的。经过几十年的积累,法学院的已有课程体系,在不改变现有的整体法律制度、教育制度、人员和资源等前提下,进行新的探索,必须能够将课程的定位找准。如我们在前文所说的,明确本课程和其他的已有合同法、合同法专题、习题训练、文书写作等的不同,才能明确课程的目标,进而围绕着目的展开有足够信息含量、训练水平的教学。

第二,实务课程也应当有理论框架指导,而非对原有理论下的延伸或具体化。合同法可能相对独特一些,虽然法律规定、司法解释等方面采用了大陆法系,但纵观各大律所在实践中所采用的合同文本,尤其是复杂、长期、定制交易,其模板和母本均借鉴了诸多英美法上的内容,这种实践和学院教学中的差距为本课程的定位形成了基础。因此,在进行实务训练的时候,能够得到英语文本的支持,并进而解释其原理和机制,这也意味着,学生可以自行

在基础训练的基础上,进一步通过阅读相关的扩展文献等,进行持续深入的自我探索,由此展开的实务训练才能具有足够的信息量和实践意义。

第三,授课人选对课程有着至关重要的决定性影响,这又包括几个方面:(1)实务课程的讲授人员本身一定同时具备理论和实务的知识背景,既能用理论和学院教学衔接,不至于将课程变成实务研讨或案例研讨,或者介绍性的,也能够准备判断实务训练在实践中的意义,不会向学生灌输新的教条;(2)讲授人员如果有多名的时候,相互之间的配合、默契和熟悉程度非常重要,实务类课程通常时效比较短,变化快,观点并不固定,更多是因为站在应用的立场上的视角转换,因此取决于不同的视角而非对法律或学术的解释,这就需要讲授人员能够对这种情形有清晰的理解,同时,课程相互之间衔接紧密,训练就会循序渐进;(3)通常而言,具有经验和高度专业知识的实务人员会因为时间、精力等,不能充分保证对学生的指导和课程的热情,这在邀请学院外的讲授人员的时候,特别注意讲授人员的投入意愿,指导学生能够投入的时间精力,以及每年持续授课的坚持精神等方面。

第四,实务类课程应当注重训练,强调按部就班、循序渐进地掌握一门技艺,更多类似于体育课、音乐课等,需要不断地按照明确的计划训练学生的能力,进而有明确的考核标准,予以检查和改进,锻炼学生动手动脑的实际能力。这类课程通常并不复杂,但很多法律实务类课程因为涉及到更多的社会、商业知识,而学生因为年龄和阅历,缺乏类似的背景知识,因此发展出一套独特有效的训练方法也是非常重要的。

以我们的课程为例,从原理上,合同法实务其实应当是训练学生识别商业风险,如何通过文本去避免和防范此类风险。但一方面不同的合同遇到的商业风险差异很大,另一方面,学生对商业交易的不足模式非常陌生,很难掌握最为核心的风险识别。因此,经过提炼,我们的训练方式是,首先训练学生对交易结构的理解,如何检查交易结构中的问题,发现特定交易结构的潜在问题,这通过给出实际案例,让学生通过交易结构图和交易流程图来达到训练目的。进而,我们要求学生在理解合同文本结构之后,锻炼将交易结构图和交易流程图中的内容以文字的方式代入合同;之后,我们训练学生对通用条款的表述;合并之后,学生就可以有能力来完成初步的合同表述和撰写;再经过对纠纷解决的讲授,通过对抗训练,让学生掌握初步的基于合同的纠纷解决方案框架。这就避免了因为合同差异和欠缺商业思维而让学生事实上无从措手足的问题。

五、困难、不足和瞻望

我们的课程经过几年的授课,也不断地面临新的问题和困难,也存在着诸多的不足。大致来说,困难主要体现在以下几个方面:(1)实务类课程的时间、经费、人员的投入较大,在现有的教学体制下,以及学生多年养成的学习习惯下,实务类课程意味着有很多的预习学习、严格的出勤考核、课后的集体讨论以及作业的完成,教师的批改等工作量也较大。合同法实务中我们使用了许多的训练助手,学院配备的助教名额等是不足的。在经费上,建设此类的课程的投入也较多,包括训练材料的印刷、外请人员的报酬等等;(2)缺乏教材,此类课程的内容变化快,信息量上更多是社会生活、商业操作中的,创新较多,也缺乏相应的总结。以我们的课程为例,我们使用的教材是自己编撰的案例,同时指定的参考书是英文的,让学生自行阅读,但这种参考书毕竟因为语言、法律体制和司法实践而存在着差异,也和授课人的授课内容之间存在着距离;(3)与本课程相衔接的原有授课课程的知识传授不同,尽管我们的课程设定了先选课程作为选课条件,但不同的学生在之前的课程中的基础不同,授课内容不同,掌握程度不同,这会增加实务课程授课中的讲授量;(4)人员上的不足,一方面是授课人员较少,课程轮换不足,另一方面是合适的助手、助教不足。

这些困难有些是短期可以解决的,有些是长期来看必然存在的,也并不一定是本课程独有的。总体上来说,我们的课程未来的规划是:(1)在相对成熟的时候,开始编撰教科书;(2)经过几年的培养,注意选拔一些优秀的学员,邀请他们以自愿的方式加入到训练之中;(3)注重本课程相关的诸如就业等方面的开拓。

基于卓越法律人才培养的法学课程体系改革

——武汉大学的一点经验和做法

冯果*

“卓越法律人才培养计划”(以下简称“卓越计划”)是我国高等法学教育的一项重大改革,其目的就是促进我国高校培养出社会需求的法律人才。不少院校都投入到了“卓越计划”申报之中,并斩获了“卓越法律人才培养基地”的桂冠,武汉大学也不例外,但如何建设只能在探索中进行。常言道:“细节决定成败”。今天,我们不能仍然停留在宏大议事和理念探讨上,而应进入具体的微观和中观层面的设计上,而科学的课程体系设置无疑使实现卓越法律人才培养目标的关键,为此,笔者将结合武汉大学近年来的改革实践,就法学课程体系建设问题谈点自己的看法。

一、武汉大学法学课程体系改革的启动

武汉大学法学院近一轮课程体系改革启动于2009年。正如许多兄弟院校遭遇的困境一样,面对激烈的法律教育竞争,武汉大学法学院也面临着法律本科人才培养目标的定位困惑。长期以来,武汉大学法学院对人才培养目标的定位一直是培养“高层次、理论型”的“大师级”人才,并以培养的学生理论素养深厚而自喜,然而随着硕士、博士层级的不断增加,以及社会需求的不断变化,法学本科教育的定位变出现了分歧,乃至于尴尬,甚至有点不知魏晋、自我陶醉的味道。围绕法律人才培养问题,我们于2009年下半年展开了几次激烈的讨论。通过讨论,我们进一步明确了法学教育的现状和社会的变化,明确法学本科教育的定位,确定了人才目标的调整,由于也启动了2010年培养方案的全面调整,并根据近三年的运行情况,于今年再次做了调整。

二、以课程体系改革为突破口,全面修订人才培养方案

(一)人才培养方案修订的指导思想与基本原则

* 武汉大学法学院副院长。

我们确定的指导思想是:坚持以人为本的法律教育观,突出法学教育的实践特色,以学生为本,致力于全面提高法学本科人才培养质量,坚持理论与实践相结合,秉持法学理论教育为基础、法律实践为主干、法律职业为导向的办学理念,突出法学教育的实践特色,着力提升法律人才的职业竞争力和国际竞争力,探索培养具有社会主义法治理念、专业的法律知识、广泛的跨学科素养的法律职业人。为此,我们坚持以下三项基本原则:

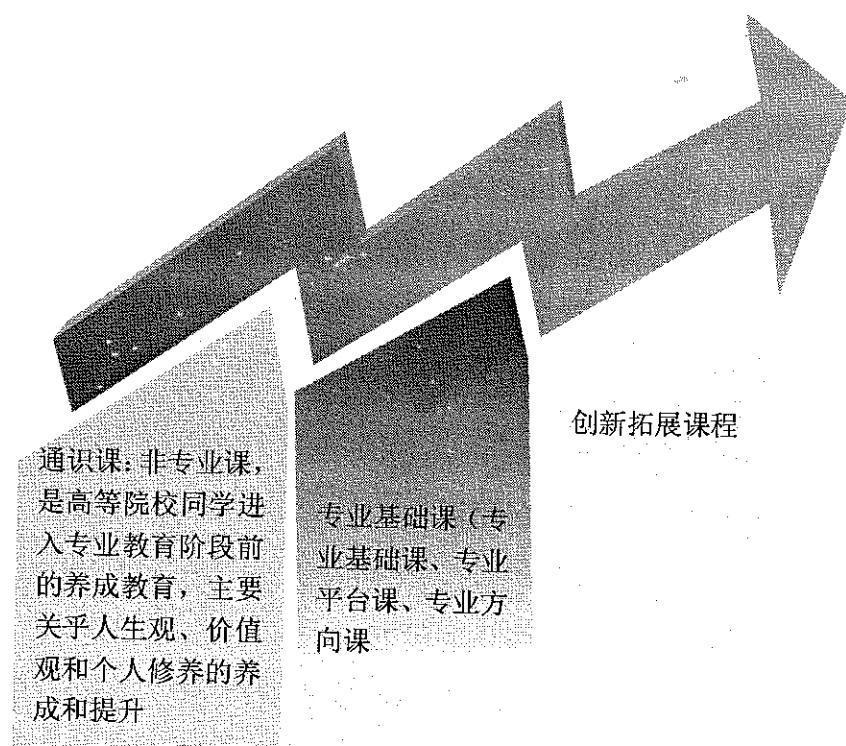
第一,注重交叉性人才培养,实施宽口径的法学教育和法律实践训练。在法学教育基础上,普及人文社会科学其他学科以及理工科相关知识与法学知识、法律能力的交叉,培养学生运用其他相关学科解决法律问题的能力。强调学科与专业的统一性,打通公法与私法、国内法与国际法、法学理论与法律实践的学习,建立“大法学”的法学教学思维。

第二,注重法学人才的基础教育,同时提倡法学人才的个性化培养。突出法学基础教育,建立“厚基础”的基础教育理念,强化基础教学在法律职业训练中的地位,为培养复合型、应用型的法律人才夯实基础。因材施教,实施“个性化”学习,倡导学生在教师的指导下,制定个性化法律实践素质养成方案,自主课程方向、自主选择专业方向、自主选择实践方向、自主选择职业方向。

第三,注重多样性的人才培养路径,突出法律人才培养的实践特性。建立多样性的课程体系,建立以法律职业模块为导向的多样化培养方向,形成以专业必修课、专业素质课、专业限选课、专业选修课和通识课为主干的多样化课程体系,运用信息化、交互式、模拟性的多样化教学方式,构造多样化职业导向的教学模块,为建立应用型、复合型的法律人才提供多样化的选择。在注重法学理论基础教育的同时,注重法律实践素养的培养和形成,完善包括人民法院、人民检察院、公安机关、律师事务所、其他党政机关、企事业单位和社会中介组织在内的实践基地,建立以高级法律职业人才为主干的实践指导教师队伍。

(二)通识教育与专业教育的紧密融合

法学本科教育究竟是通识教育还是专业教育历来存在着分歧,至今也莫衷一是。我们认为,法学教育既然定位于法律职业共同体的打造,必然不可能是一般性非专业性的教育。但我们必须看到,法学不可能脱离其他学科而存在。因此,我们坚持通识教育与专业化教育相结合,形成了通识课、专业基础课、专业课(含平台课、专业方向与专业拓展课)三层级的梯形课程体系,并进而形成了通识课程平台、专业课程平台和创新拓展平台,三类课程体系平台。



首先, 通识教育课程平台意在培养法科学生广泛而扎实的学科素养, 进行进一步学习必要的知识储备和方法培养, 分为三个层次:

第一层次为公共核心通识课课程, 目的在于完成教育部和学校指定的公共通识课程, 如马克思主义基本原理、中国特色社会主义理论体系概论、形势与政策、思想道德修养等;

第二层次为跨学科公共通识课程, 目的在于扩展学生对于相关知识的了解和初步学习, 培养学生的人文素养和科学素养, 并为法科学生进行专业性法律知识的学习和从事相关专业性法律工作进行必要的知识准备。跨学科公共通识课程包括两个部分: 其一, 为培养法科学生人文素养和科学素养的公共通识课程, 由学生根据自身兴趣选修; 其二, 根据学生未来职业导向, 进行必要的跨学科选课, 如拟从事知识产权代理人的学生选修部分理工科的通识性课程、拟从事证券法律行业的学生选修部分金融专业的基础性课程, 等等。

第三层次为法学相邻学科通识课程, 目的在于培养与法学学科知识谱系和法律职业技能相关的学科的通识性课程, 如政治学、经济学、公共管理、社会学、财政学、会计学、计算机基础与应用等。

其次, 专业教育平台。专业平台教育意在培养法科学生的专业素养, 为法学进阶学习和从事法律职业奠定专业基础, 分为核心主干课 (专业必修课)、专业素质课、专业方向必修课 (专业限选课) 和专业选修课三个层次。

核心主干课。核心主干课为全体法科学生专业必修的、最为重要的核心主干课程。核心

主干课以教育部规定的十四门核心主干课为主, 另根据社会需求和学科优势增设。

专业素质课。主要是指超越于具体专业方向之上, 具有法律教育通识意义, 全面塑造法律人基本素质不可或缺的价值观或方法论类课程, 诸如法学方法论、法律逻辑、法律职业伦理、法律文书写作、法律文献检索、法律职业规划等课程, 均将作为基础性专业素质教育内容纳入本课程体系。

专业方向必修课。为法科学生在高年级选择专业学习方向时, 结合学院特色及学科优势, 根据现阶段社会对法律人才的需求, 设置的本专业方向必须修习的课程。主要分为公共行政法 (公法) 方向、民商法、财经法 (私法) 方向两大方向课。此类课程为选择某一特定的方向的学生限选。

最后是创新拓展类课程。其中又分为学术型和实务型两类拓展课, 旨在进一步拓展学生视野、提升学生的学习创新能力。前者包括法理学前沿、宪法与行政法前沿、民商法前沿、刑法学前沿、经济法学前沿等前沿研讨课, 以及英美普通法精要、美国财产法、美国合同法、破产法、欧盟法等; 后者包括模拟法律谈判、模拟法庭、证券投资法律问题、劳动争议处理等实务型课程。

专业选修课。由法科学生根据自身兴趣, 自由选择法学课程方向, 以便于学生了解法学学科前沿和实务知识。本类课程可以采取专题讲座、圆桌讨论、案例分析和诊所教育的形式开展。

(三) 通过方向课等课程群的设置体现分类培养的指导思想

大学分层的现状与法学教育的层次性决定了法学教育培养目标的多元化。我们认为在形成高层次法律职业人才应当具备的基本素质和能力的共识基础上, 应该有不同的额人才培养模块, 其具体目标和出路实际是由一定的差异和不同。为此, 针对我国经济社会发展对于法科人才的需求, 我们力求构建以职业需求为导向的课程体系, 针对法科学生就业、创业、适业所需, 结合法学本科学生参加国家司法考试的需要, 以构建卓越法律人才课程体系为目标, 在不改变“大法学”的学习模式、不增加法科学生本科阶段学习负担的前提下, 我们针对大三以后的学生开设了公法和私法两大方向课程模块。公法方向主要是培养公务员和社会事务管理者, 着重开设了立法学、行政程序法、行政处罚法、行政赔偿法、招标法、财政法、社会保障法等 20 门左右的课程供学生选修; 在私法方向, 我们开设了物权法、债权法、侵权法、婚姻家庭法、知识产权法、公司法、破产法、证券法、银行法等同样 20 门左右的课程供学生选择。方向课的开设与学生未来职业规划相结合, 有利于减少学生选课的盲目性。

(四) 保持课程体系的相对开放, 通过套餐式供给, 满足学生的自主选择

自主课程方向、自主选择专业方向、自主选择实践方向、自主选择职业方向是我们的目标,而要实现这一目标,我们必须保持课程体系的开放性。为此,我们在保持课程模块及基本课程稳定的前提下,每年根据需要新增一些新的课程,并鼓励有条件的教研室开始相关的课程组,并实行教程制,在某一方向修满主要课程后,由院里颁发该课程的结业证书。为此,我们相继开始了“企业并购法律精英计划”、“法律税务精英计划”教程等,不少同学拿到了相关计划的学程结业证书,既增加了学生的选择空间,也激发了学生的学习兴趣。

三、几点心得和思考

1、课程设置是一门学问,需要投入足够的精力和时间进行研究。目前,重科研、轻教学的现象,在高校普遍存在,很多院校教学指导委员、教研室等基层教学单位没能得到足够重视,教学研究投入不足,这应引起教学主管领导的高度重视。需要认真组织研究,并加以贯彻实施,这是制定科学的人才培养方案和形成合理的课程体系的关键。

2、课程设置不应仅仅按照法学学科分类或部门法的划分标准,简单地做出对应性的课程设置;更不能把一门课程的学分的多少或是否是必修课作为衡量某一门课是否重要的标准。“法学课程的设置应当以培养高素质的各类法律职业人才必备的知识、素质和能力为指引,即根据应具备的知识、素质和能力设置相应的课程体系”¹。而我们目前法学教学指导委员会的思路还没能从根本上转变过来,核心课程的设置并没有真正体现这一要求。因人设课、教研室争课的现象普遍存在,这一既违背教学规律,阻碍人才培养质量的提升,也加剧了教研室的自我封闭。课程体系改革是打破教研室分割的重要突破口,应该借“卓越人才培养计划”的东风,打破学科藩篱。

3、课程设置应体现差异化,不能千篇一律。每个学校都有自己的学科特色,都有自己的优势。目前政法院校、综合性高校的法学院、乃至财经类、示范类院校的法学本科人才培养都具有同质化的特点,这是违背办学规律的。我们希望教育部乃至全国法学教学指导委员会在指导法学教育时,尽可能减少其行政化的色彩,给各校以充分的课程设置自主权。每一个法学院校也应充分结合自身特点,设计出适合自己的课程体系来。

4、应尊重学生的自主学习权。大学教育非基础教育,我们面对都是成年学生,应该相信学生的判断力和自我约束力,应该赋予学生自我规划和设计的权利,包括有权制定个性化法律实践素质养成方案,自主课程方向、自主选择专业方向、自主选择实践方向、自主选择

¹ 王晨光:《卓越法律人才培养计划的实施——法学教育目标设定、课程设计与教学安排刍议》,《中国大学教学》2013年第3期。

职业方向等。这就要求的我们的课程体系设置必须给学生足够的选择空间。当然,这也要求有足够的师资力量。根据我们的经验,有一些课程完全可邀请海外专家、实务部门专家乃至其他高校的老师来担任,以缓解师资不足的压力。

法学专业实习的第三条道路探索：以“北航模式”为例

付翠英* 初殿清**

摘要：专业实习是法学实践教育的重要形式。传统的单纯集中实习或分散实习模式在实习岗位的专业性、学生自主性、过程控制、协调效应、成果固化方面虽有比较优势，但实习效果较差。“北航模式”走出专业实习的第三条道路，即依托与实务部门共建的法律实践教育基地，在实习定位上强调“看”与“干”的结合，在实习主体关系上构建锥形立体结构，在实习过程中建立理论与实践的互动与反馈机制，实习效果显著提升。

关键词：法学 专业实习 北航模式 实践教学

有专家认为，兴趣和需求是创新人才成长两个不可或缺的因素，解决兴趣问题，要从基础教育阶段开始全面实施素质教育，解决需求问题，除了专业学科结构调整适合社会需要外，就是加强实践环节的教育。¹法学作为应用性学科，要培养卓越创新型法律人才，必须加强实践教学环节。法律实践教学，既能解决兴趣问题，也能解决需求问题。专业实习是直接要把学生放到法律执业岗位上进行学习，是法学实践教育的重要形式，各法学院校无一例外地都开设了该课程。通过对目前法学专业院校实习现状的考察，主要采用集中实习与分散实习两种模式。这两种模式各具特点，并由此衍生出不同的比较优势。本文在分析两者各自优势与不足的基础上，探讨两种模式各自的设计要点，并结合北京航空航天大学法学院（以下简称北航法学院）2012、2013 年专业实习的开展情况，探索并尝试法学专业实习实践教育的第三条道路。

一、集中实习与分散实习的比较分析

（一）集中实习与分散实习的特点

研究者可能在不同意义层面上使用集中实习与分散实习的概念，在本文中，集中实习指法学院校统一联系实习单位，统一组织派出学生前往参加的实习；分散实习指学生自行联系或经由教师介绍而前往实习单位进行的实习，法学院校与实习单位没有直接建立联系。在

* 北京航空航天大学法学院教授，博士生导师。

** 中国政法大学法学博士，北京航空航天大学法学院讲师。

¹ 杜玉波：《关于创新人才培养的几个问题》，载《中国大学教育》2012年第9期，第4页。

传统意义上，集中实习与分散实习这两种实习模式应当说各具特色。

集中实习模式的主要特点大体包括：第一，法学院校与实务部门就专业实习活动建立联系、进行磋商；第二，同一批次派出前往同一单位的学生人数较多，具有人数规模；第三，由于派出学生人数较多，学校往往会安排带队教师随同学生前往，或安排责任教师对实习过程加以监督。

分散实习的主要特点在于：第一，实习单位不限于与学院建立联系的单位；第二，每次前往同一单位的学生人数较少；第三，过程控制主要依赖实习单位和学生自身，来自学院的监控力度相对较弱。

（二）集中实习与分散实习的比较优势

不同的模式特点带来不同的培养效果。将两种模式加以对比可以发现，它们各具优势。这些优势并不是绝对意义层面上的，而是比较意义层面上的。以下结合专业实习各项主要评价指标，逐点分析两种模式各自的比较优势。

1、实习岗位的专业性

相对而言，集中实习的模式更利于保证实习岗位的专业性。与此相关的一个关键因素是，由于学院事先沟通和系统组织，实习单位对安排实习比较重视。重视的结果是能够安排与法学专业相关的核心业务部门供学生实习，这对于实习生来说至关重要，是决定实习质量的关键环节，因为实习活动的专业性是质量评估的重要指标。不过，这一优势可能在一定程度上会受到集中实习人数规模的影响，因为各实习单位的法律事务核心业务量是有限的，有时法律事务部门难以消化所有实习生的实习要求，个别情况下，少数实习生可能被分配到边缘部门或后台部门。

当然这并不是说分散实习模式一定难以保证实习岗位的专业性，但往往需要辅以某些条件。比如，某位老师的好朋友在某实务单位任职，学生通过此人推荐而进入核心业务部门；或者，学生通过比较强大的个人关系而进入某单位实习，实习单位格外关照，安排其进入核心业务部门；又或者，运气较好，实习单位刚好有某一核心业务岗位特别需要人手，而相关工作又是学生力所能及的。总之，分散实习也可能取得甚至比集中实习质量更高的实习效果，但因人而异；而集中实习模式给大家提供了在核心业务部门实习的平等机会。

2、学生自主性

由于涉及各种成本投入，并且为了便于管理，高校法学院系每次联系的实习单位往往数量不多，种类也有限（比如主要是法院），参加集中实习的学生只能在其中加以选择。分散实习模式下，学生的自由选择度更高，可以选择自己更感兴趣的专业领域和更喜欢的单位，

不必受到学院提供的数量有限的实习单位局限,而自由选择度直接影响着学生在实习活动中的积极主动性。实践教学与理论教学的重要区别之一就是学生的自主性不同,在实践教学,学生的自主性非常重要,直接影响着实践教学的效果。在学生自主性方面,分散实习更体现比较优势。

3、过程控制

过程控制的缺位是实习类实践教学的通病,它又直接影响着实习效果评估。相对而言,集中实习模式更利于过程控制的有效开展。集中实习的情况下,学校将学生统一派出、统一管理,往往还会有带队教师或责任教师全程监督,从而保证学生切实参加了实习活动。

分散实习模式之下,对学生的实习过程缺乏必要监督。这可能是分散实习存在的最大问题。首先,分散实习难一些做到真正的实习,学生不到实习岗位,通过“开证明”的方式代替实习。其次,对于那些切实参加了分散实习的学生而言,因实习过程缺少来自学院和教师的监督与指导,实习效果难以保证。

4、协同效应

这是集中实习人数规模的一个附带效应。多数情况下,集中实习一次派往的人数较多;分散实习情况下,同批前往同一单位的,每单位 1~2 人比较常见,人数较多的分散实习不太常见。如果同期多人在共同的单位实习,实习生往往会分散在不同科室,更有利于信息交流和资源共享。一个人的精力是有限的,在有限时间内,不可能有效地参加多个部门的业务实习,多人实习可以在一定程度上弥补这一不足,实现在有限时间内获得更多信息。大家会在午餐时间讨论交流,也会在学院教师的组织下座谈交流,这样便能够了解其他部门的业务情况,启发更多思考,获得 $1+1>2$ 的效果。

5、成果固化

相较之下,集中实习更能够有效推进实践教学的体系革新、方法完善和成果固化,因为集中实习活动是实践教学研究不可多得的信息来源,主要体现在:(1)在较为严格的过程控制下,学生切实参加实习,其实习日记和总结报告是比较可靠的研究数据;(2)学院全程跟进,交流座谈次数相对更多;(3)学院与实习单位之间会有交流互动,可以有效获得对方的宝贵建议。

(三)集中实习与分散实习的设计要点

综合分析集中实习与分散实习的比较优势,我们可以初步获得以下启示:

第一,集中实习模式的设计一定要强调学校和教师在实习中发挥的作用,集中实习的许多优势都与这一点密切相关,否则,集中实习就会异化为人数规模较大的分散实习。

第二,集中实习最好有一个丰富的、多元的、有一定法律技术含量的实践岗位。丰富多元是指专业业务领域覆盖面广,比如法院、检察院、政府部门、企事业单位、社会团体、中介机构等等;有一定法律技术含量是指法律业务量大,能够应用法律理论并满足学生实习需要的实习岗位

第三,分散实习时,建议学生最好不要多人同期前往同一单位,亦即要避免“扎堆儿”的情况。分散实习的特点决定了人数规模较小是获得更好实习效果的保障。如果多人同期前往同一单位,在尚无实现沟通的情况下,难以安排到核心业务岗位。就长远看,也意味着将来正式进入该单位的人均可能性降低,失去了分散实习的一个重要优势。

第四,分散实习需要建立有效的监管和交流制度,从而保证实习质量和效果。如果难以建立,或者建立起来成本高昂,就应当考虑在实习模式上采用集中实习为主体,分散实习为补充的模式。

最后,不论是集中实习还是分散实习,都要重视信息反馈和经验传承。其中,信息反馈包括:(1)实习单位的意见反馈;(2)实习学生的经历反馈与思考反馈。

经过对比之后,是否可以说只要把集中实习和分散实习相加就使实习变得完美呢?当然不是。简单相加的结果仅仅是增加了一次实习而已,两种实习模式的缺陷依然存在。因此,实习次数的增加并不能改变实习效果。是否存在一种汲取两种模式优势的中间道路?在有限时间和有限资金的情况下使学生获得最优的实习效果,提升学生的实践能力。北航法学院在总结原有实习经验的基础上,借助 2012 年教育部法学实践教育基地立项建设之契机,通过基地进行实习,打破集中实习和分散实习模式的基因,取两种模式之长,克服各自之短,这种有机性较强的实习模式初步取得了成功,作为法学专业实习第三条道路获得肯定。为了便于讨论,我们姑且称之为“北航模式”。

二、“北航模式”的特点

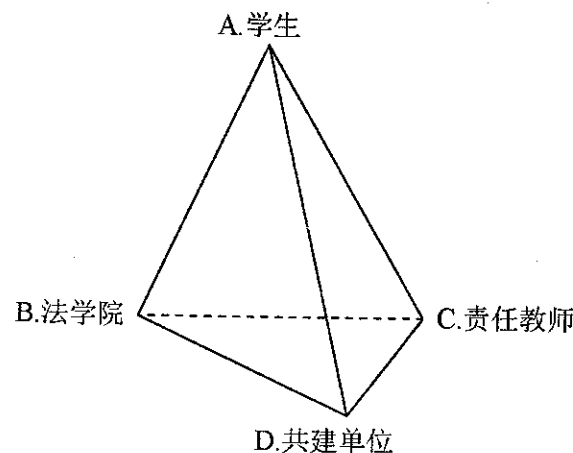
(一)实习定位:“看”和“干”的结合

北航法学本科的专业实习分为两个阶段,即大二学生的暑期集中实习和大四学生的相对分散实习。前者是典型的集中实习,而后者采用了允许学生自行联系实习单位(在此称为自主实习)与学院提供实习单位相结合的相对分散的实习。与传统实习不同的是,这两个阶段的实习都是依托基地进行,仅有个别学生在完成实习培养计划要求前提下,因特殊情况而自主联系实习单位进行实习。

两个阶段的实习要求尽量体验两种以上不同的法律职业或岗位,如以前去了法院,下次实习尽量到法院外的单位。两个阶段的实习侧重点不同,暑期集中实习是大二学生;秋季相对分散的实习是大四学生。大二学生实习重点是“看”;大四学生实习重点是“干”。“看”解决了学生对法律职业的认知;“干”则提升了自己的专业技能和综合能力。实习定位不同,实习过程也有所不同。

(二) 实习主体之间的关系: 锥形立体结构

从整体看,“北航模式”是一个点面结合的锥形立体结构,其基本内涵是:专业实习是法学院、共建单位和责任教师为学生提供支点、创造环境,通过理论教学与实践教学的有机融合,提高其实务技能、职业素养、就业能力,同时有效推动本学院教学改革的过程。(如图)



具体来讲,该结构的内涵可以进行如下分析:

1、点的分析

(1) 点 A (学生)。学生处于立体结构的顶端,意味着学生是实践教学的工作核心。专业实习的各项制度安排都以提高学生的积极性、自主性和满意度为宗旨。

(2) 点 B (法学院)。法学院在整个结构体系中是重要的统筹者和资源提供者。其一,为专业实习的开展提供经费支持;其二,为责任教师的共建方案提供院方支持,并为其勤勉工作提供激励机制;其三,为共建单位、院系教师、学生提供交流平台资源;其四,统观全局,结合专业实习开展情况,推进法学实践教学改革。

(3) 点 C (责任教师)。北航模式下的责任教师,是指法学院与某一实务单位建立共建实践基地合作关系后,代表法学院与对方单位具体进行共建基地方面联系的教师。责任教师

尽管不是北航模式的结构中心,但却是关键枢纽。其工作内容至少包括如下方面:其一,对实习活动进行具体的过程控制和专业指导,保证学生的实习质量,并及时进行效果分析;其二,结合学生的实习效果及时与共建单位进行沟通,反馈学生要求;其三,及时将实习进展情况、共建单位意见和学生意见反馈给法学院。因此,各共建基地的责任教师选任非常重要,通常会选择有热情的法学专业教师,在做好信息中转工作的同时,能够有效进行专业指导,实现理论教学与实践教学的有机融合。

(4) 点 D (共建单位)。共建单位是与北航法学院共建实践基地合作关系的实务单位,在整个结构体系中是重要的平台提供者。在选择共建单位时,法学院会综合考虑该单位的业务内容、单位文化、对待实习活动的态度和传统以及实习单位的基本业务量等因素。

2、面的分析

(1) 面 BCD (法学院-责任教师-共建单位)。该层面的工作主要包括三个阶段:一是确立共建关系之前的前期调研,法学院相关领导率队前往作为潜在选择对象的实务单位了解基本情况,与对方就建立共建基地交流看法;二是与选定的具有合作意向的实务单位正式签约,协议内容覆盖专业实习、合作科研等方面。此时根据专业领域已选任该基地未来的责任教师,该教师参与协议草拟和谈判签约活动;三是专业实习正式开展的过程中以及每期结束后,在责任教师的联络和协调下,法学院与共建单位进行座谈交流和信息交互反馈。

(2) 面 ABC (学生-法学院-责任教师)。这部分的工作主要包括三方面:一是法学院日常理论教学的开展,为专业实习做好专业基础知识的储备;二是法学院实践教学中心与各位责任教师分别签订工作协议,明确责任教师的工作职责;三是法学院统一安排学生和相关教师参加专业实习的行前动员和结束后的总结交流、效果评估。

(3) 面 ABD (学生-法学院-共建单位)。该层面主要体现为两项工作:其一,学生从法学院提供的可选单位名录上选择实习单位,由学院在此基础上进行整体协调安排,有序地派出实习;其二,法学院从实习学生和共建单位那里获得相关信息反馈,推进本学院的实践教学改革。

(4) 面 ACD (学生-责任教师-共建单位)。专业实习的主体内容集中体现于这一层面,包括:其一,共建单位对学生进行岗位安排和岗前培训,指派具体实务人员担任学生的实习指导老师;其二,来自法学院的责任教师对学生的实习活动进行过程控制,及时了解其实习进展,组织小型座谈,结合理论教学对其在实习中发现的问题进行专业指导;其三,责任教师及时将学生要求反馈给共建单位,并及时听取共建单位对专业实习和基地建设如何开展的相关建议。

（三）共建的实践基地：数量多、覆盖广、重基层、重公益

基地建设及其选择是保障北航实习模式形成的基础。法律专业就业的广泛性、实习时间的有限性和集中性要求，基地要进行选择性建设。截止到2013年5月份，北航已与京内外16所实务部门建立共建法学实践基地的合作关系，包括法院、检察院、公安局、司法局中途之家、团中央、劳动仲裁委、商事仲裁委、企事业单位、公益组织、社会团体、中介机构等。其中基层单位多、公益性单位多，如团中央志愿者部、国家残联、农民工维权中心等。实践基地的数量多、覆盖广，为我们的学生提供了一个丰富多元的可选单位名录。这一做法在继续发挥传统集中实习模式中法学院系积极作用的同时，吸收了分散实习的有利因素。重基层、重公益反映了北航法学院人才培养的目标——“接地气”和公益心。

（四）专业实习过程的控制：签协议、定计划、强落实

实习基地的数量和分布结构是北航模式能够有效运行的重要基础，保证实习基地的稳定性是北航模式实现的关键。为了建立交流合作的长效机制，北航法学院采用签订协议和共同制定培养计划的方式与各实务单位建立起稳定的合作关系。共建协议在双方多次交流协商的基础上拟订和签署，力求全面、详备、清晰，明确规定双方合作事项、合作期限、各方权利义务等。所谓强落实，就是认真履行协议、执行预先制定的培养计划，使实习关系主体全面到位。制定的计划既要符合实习基地的工作需要，也要让学生能够获得核心业务岗位的职业技术。因此，派出的实习学生人数要与业务单位的实习岗位相匹配，以岗位定人数。学生实习时间有限，在有限的时间内提高动手能力，实习导师不可或缺。

“北航模式”在落实培养计划中一个突出的特点是：“一对一”，即一岗一生，一生一导。也就是说，一个岗位尽量安排一个学生，一个学生配备一个实习导师。一岗一生，可以保证在有限的时间内学生获得充足的实践经验，若人数多业务量少，实习过程难以饱满；一生一导，可以保证学生在实习过程中随时向实习导师咨询并获得相应的指导。为了保证“一对一”要求的实现，法学院事先与共建单位根据其业务情况，确定实习岗位以及可容纳的实习生人数，选定有经验的法律职业人聘为实习指导老师。

（五）突出实践教学的教学性，发挥责任教师作用

专业实习是实践教学的有机组成部分，而实践教学是一个偏正短语，其中心词仍然是“教学”。这意味着，学院不能把学生完全放手交给实习单位，实习导师虽说可以在实践教学

承担很好的专业顾问或技术指导工作，但教学活动与实务工作毕竟有很大不同，实务工作侧重知识点的应用，而教学侧重知识体系及方法传授。责任教师指导学生在所涉及的专业领域中当前理论界关注主要问题，引导学生在实习中留意与这些问题相关的实务做法；推荐学生阅读相关书籍，利用实习机会强化思考；结合学生发现或提出的实务问题，在理论层面引导思考问题的角度。实务人员思考问题的角度与学界还是有所不同的，在法学研究的层面上，仍然需要理论视角。学生在实践中遇到问题，也会想找专业教师倾诉和交流。因此，实习导师难以替代学院教师在实践教学中的角色。

责任教师制是北航模式的重要特点，是对传统集中实习模式积极因素的吸收和适当革新。法学院选派本院专业教师担任各实践基地的责任教师。其重要作用体现为：（1）代表学院与共建单位加强沟通，以确保建设进度和质量，做好实习筹备工作；（2）代表学院对学生的实习过程强化监管，组织落实实习培养方案；（3）及时对实习学生进行专业指导，定期组织座谈，促进理论教学与实践教学的有机融合；（4）作为学院、共建单位、学生之间重要信息枢纽，通过信息互动来把握实习动态，做好实习总结、交流与归档工作，形成研究成果等等。

三、北航模式实施的基础和条件

要使实践教育获得良好的培养效果，无法回避的是，实践教育比起纯粹的理论教育是一种“高消费”教育。人力、财力的投入都是理论教育不可比的，这也成为许多法学院校“重理论轻实践培养”的借口。在国家中长期教育规划实施之际，北航法学院得到教育部和学校的支持，在专业实习领域开始大胆尝试。

（一）国家级项目建设的支持

2012年年初，国家教育部批准并公布了“十二五”期间“高等学校本科教学质量与教学改革工程”建设项目，北航法学院获批建设国家级法学实践教育基地项目，跻身于迄今获批的二十家第一方阵高校法学院之列。同年8月，北航法学院成为首批列入“卓越法律人才计划”。国家级项目的大力支持为北航模式的成功启动与快速形成奠定了坚实基础。

（二）北航重视实践教学的良好传统

北航是工科为主的高校，重视并支持实践教学是学校的传统，学校教务处专设实践教学

科,由副处长专门抓实践教学。北航法学院也注重实践教学体系建设,由实践教学中心负责,建立起由公益服务和实验室构成的校内实践平台。具体有公益法律服务中心、学生法律服务中心、模拟法庭实验室、法律诊所实验室、科技证据实验室、北航研法堂(学生创意中心)等。公益法律服务中心得到司法部法律援助基金会福利彩票法律援助项目的支持,与北京海淀区法院立案厅联系作为法律诊所实验场所,每天轮流值班为当事人提供咨询;学生法律服务中心是全国首家专门为学生提供法律服务的公益组织等。校内的实践教学和校外基地的专业实习合作形成多点辐射实践教育立体平台。经过三年多的运行,“北航模式”取得显著成效,产生了良好的教学效果和社会影响。北航法学院未来五年的“重点发展战略”关注实践基地和实践教学的特色化建设,将以打造人才培养品牌为中心,全面提升北航法学院人才培养质量。

(三) 学生人数相对较少

实践教学是一种要求精细、成本较高的教学方式,学生人数的规模控制更有利于实践教学的深入有效开展。北航法学院秉持培养精英人才的小班教学理念,各级本科生人数均60-70人,这种学生人数规模为北航法学院实践教学的全面深入开展和前述特色建设提供了客观条件。相对较少的学生人数不仅使得各实习单位每期人数控制成为可能,也使实习学生与责任教师之间的关系更为密切,互动更频繁,利于增进交流,使每个学生都得到充分的实践机会。

(四) 有充足的实践教学师资保障

没有充足的师资保障,提高学生的实习效果只是一句空话而已。实践教学师资来自两个方面,一是北航法学院教师,二是聘请的实习单位的实践指导教师。北航法学院实践教学中心是一个开放性的中心,凡是学院教师都可以直接参加实践教学。对各个基地的管理采用项目责任制,项目责任人负责与基地进行协调沟通。在集中实习时,学生分成若干实习小队,每个实习小队都有学院派出的专业教师带队全程跟踪,督导学生实习并与基地进行协调。分散实习的情况下,基地项目责任人兼做带队教师,全程跟踪并督导学生实习。不论是集中实习还是分散实习,每个学生有“一对一”的资深职业人做实习指导老师,随时为学生下达任务并及时解答实务中的问题。

如果说投入实践教学的师资数量是形式上要求的话,保障实践教学质量和效果的,则是负责实践教学的项目责任教师、带队教师、实务指导老师的以培养学生为己任的社会责任

之心。他们充满热情,不计酬劳、工作积极向上,敬业精神,向学生输出的都是正能量,这为北航模式的可持续发展提供了实质保障。

四、北航模式的具体实践——以2012、2013年专业实习为考察样本

(一) 专业实习基本情况

北航法学院实行集中实习试点是从2011年开始的,当时只有10名同学自愿报名参加。正式铺开则是2012年。2012年6-7月和10-12月、2013年7-8月分三次派出学生前往共建单位参加暑期京外实习和秋季毕业实习,取得了良好的实习效果。

2012年6月下旬,第三学期开始,组成两个暑期实习小队,共40人(有部分学生去台湾)分别前往福建福鼎市人民法院、霞浦县人民法院以及内蒙古自治区牙克石市人民法院和人民检察院进行了为期一个月的实习。9月底司法考试结束后,大四学生的秋季专业实习开始。学院为学生提供了包含十六个共建单位的可选名录,并列明各单位拟接收的实习人数。综合考虑学生的选择意向和各实习单位的接收能力,分别向北京市第一中级人民法院、海淀区人民检察院、海淀区司法局“阳光中途之家”、国家残联维权部、团中央志愿者工作部、北京仲裁委员会、北京市劳动仲裁委员会、中国纺织工业联合会社会责任推广委员会、中航勘察研究设计院等合作单位派出。学生可以根据就业取向选择适合的基地实习,也可以自己选择经过学院认可的单位实习。了2013年7月暑期小学期开始,67名学生分派到北京密云县法院、山东高密市公安局、河南开封市检察院和龙亭区检察院、福建福鼎法院等四地五个共建基地实习。

所有实习都是按照既定的实践教学计划进行。学校组织、确定实习地点,进行实习前动员,派带队教师跟进,共建基地负责人进行岗前培训,确定实习岗位和实习导师。每个基地把学生都安排到业务量大的核心岗位,以便在一个月的时间内能获得充分的实务锻炼机会。

北航法学院非常注重实习前、实习过程中和实习后的信息互动和经验交流。在实习之前,针对即将实习的学生由实践教学中心组织实习前动员和培训,与实习基地进行沟通确定实习培养方案;实习过程中,有带队教师进行督导,组织学生进行小范围的汇报,走访实习基地指导教师;实习后,学生提交实习日志和实习报告,及时召开学生之间的经验交流会,同时还针对高校与实务部门联合培养机制展开研讨,完善实践教学培养计划。

通过专业实习来学习技能、提高素质的过程有其自身的规律和要点,学生在专业实习中的收获大小因人而异。有些学生适应实习环境的能力较强,很快就能把握实习的重点,并且

能够找到方法应对干扰实习的不利因素；然而，也有部分学生直至实习将要结束时才摸到门路，但为时已晚。为了提升实习效果，对实习规律、经验和要点进行总结、交流与传承是非常必要的。规律、经验和要点传承是指已完成实习的学生向下一期实习生的经验介绍，特别是同一实习单位前后批次实习生之间的经验交流。其中有许多内容是教师也无法传授的，只有亲身体会者才会知道。实习经验传递是助推实习效果提升的重要能量，新的实习学生能够节省许多经验成本，尽快进入实习角色，把握实习关键环节，并能更好地化解实习中面对的问题。“北航模式”考虑将这种经验传递通过集中座谈的方式完成，一方面可以扩大受益面，另一方面这种反馈信息收集方式也是形成实践教学成果的重要途径。

（二）专业实习效果分析

专业实习最大的受益者是学生。通过实习，学生了解并掌握法律职业的相关技能；通过实习，学生获得了社会人际关系的初步体验；通过实习，学生找到了理论差距。学生的实习效果主要通过实习过程中以及实习结束后的督导、座谈、交流、回访获得。实习过程中，由责任教师对实习进行检查督导，并组织学生对实习进行反馈；实习结束后，马上组织学生交流实习体会，使不同岗位的实习学生获得相互了解法律职业的内容及意义。实践教学中心在听取学生的交流体会，查阅学院的实习手册后，又及时走访共建单位，听取实习导师的意见。通过对实习学生、共建单位、责任教师的反馈信息等分析的结果，显示“北航模式”不仅可行，而且极富优势。实习已经不仅仅是学生的必修课，带队教师、基地实习指导老师都通过学生的实习及其他相关交流活动都有所收获，其实习效果已经远远超过预期。具体表现为：

1、增强学习的主动意识和主体地位

学生所反馈的信息普遍认为，经过实习，最重要的收获就是学习变得更加主动和积极了。实习过程中遇到的问题积极想办法解决，不再是老师压力下解决，而是化“被动”为“主动”。由于“北航模式”最大限度的尊重学生选择实习单位，且经过岗位培训、配备实习指导老师等措施，使学生感受到自己作为实习主体的地位。

2、全面提升综合素质

实习活动不但有助于培养学生未来作为法律从业者的实务技能和职业道德，而且还能够使其环境适应能力、协调沟通能力、就业能力等综合素质得到较大提高。实践表明，北航模式在提升学生综合素质方面的特色之处大体包括以下方面：首先，在实践基地选择方面，不再局限于传统意义的法院、检察院等司法机关，还涵盖了大型企业（中航工业集团公司）、

公益性社会组织（团中央志愿者服务部、国家残联维权部）以及政府机构（公安局、司法局、社会矫正办），共建实践教学基地集专业性、社会性、开放性为一体，所辐射的法律职业领域极为广泛。其次，“一对一”的实习指导老师不但指导实习学生的专业实务技能，对学生的工作方法都有所指导，比如如何尽快适应该部门的工作环境等。

3、学生能够基本掌握一至二项专业实务技能

从学生的实习报告以及座谈交流的情况看，经过一个月的实习，学生至少掌握了一项实务技能。首先，前往共建单位参加专业实习的学生都被安排在与法学专业相关的核心业务部门，这使得学生获得了良好的实习起步，能够充分地有限的实习时间用于了解与法学专业相关的实务工作运作状况，分析和把握专业实务问题并找到解决问题的方法。其二，各共建单位对实习学生进行了正规系统的岗前培训，使得学生能够迅速融入单位环境、进入工作角色。其三，各共建单位为每名实习生安排业务精熟、经验丰富的人，以案代课，让学生感受现场，言传身教，梳理理论，认真细致，使学生明确了实习方向、法律思维也得到了实际应用，对所学专业知识的认识与理解更为深入。

4、激发学生兴趣、能够实现理论与实践学习的良性互动

我国的法学本科教育是高中毕业生一入校便直接开始法律理论的学习，对于法律所追求的公平正义限于抽象的认识，甚至觉得虚无缥缈，法律制度的适用也是纸上谈兵，难以点燃几乎没有任何社会阅历的学生的兴趣点。通过专业实习尤其是大二暑期的专业实习，使学生亲身体会到法律的价值以及公平正义的实现途径，激发起他们对法律学习的兴趣和热情。通过实习也了解自己理论上的欠缺，回校后学习会更加刻苦，以弥补不足。尤其是在实习过程中，学生不是盲目地为了实践而实践，而是在学校责任教师的引领下，参考实务导师的意见，就理论和实务中存在的问题展开专题研究，形成研究报告或论文。通过这一过程，促进学生法律思维形成，提高分析问题和解决问题的能力，从而实现法律理论与法律实践学习上的良性互动。²

5、深化专业实习课程建设和实践教学改革

“北航模式”注重实习效果的回访与总结，回访与总结过程中获得的信息和数据都对未来深化专业实习课程建设和实践教学改革具有重要研究意义。相关信息和数据主要通过如下来源获得：（1）各基地责任教师在对基地合作单位及实习学生的回访基础上，完成该基地本年度的建设与执行手册，每份手册中都详细汇报了该基地实习基本情况及数据、推进过程、

² 在《福鼎法律评论》创刊号中，有11位实习同学写了自己的专题。参见 <http://huang2000hui.fydz.cn/b/720948>，202-12-26上传，2013-8-22访问。

实习学生与实习单位的信息反馈、效果分析、完善方向等。(2)北航法学院法学实践教学研究中心每期实习结束后都集中召开了回访式总结交流会和责任教师座谈会。北航法学院于2012年底召开了全院规模的法律实践教学研讨会。这些会议对未来的实习活动和实践教学如何固化成效、完善制度、形成特色、扩大影响等方面展开积极讨论和充分交流。与会者的充分交流为未来的实践教学改革提供了思路、开拓了视野。(3)北航法学院重视与合作单位以及其他实务部门开展面对面的交流互动,了解其对实践教学改革的建议。在2013年1月和6月份,北航法学院法学实践教学中心召开了二次研讨会,分别以“法学院校与司法机关合作机制”和“法学实践教育基地建设及专业实习培养方案”为主题展开了交流,为学生实习的“北航模式”的形成奠定了理论基础。³

6、增进法学院系与实务单位的合作交流

一方面,以开展专业实习为契机,秉持“请进来、走出去”的实践教育理念,北航法学院与相关实务单位展开了较多的交流互动,如专题调研、学术交流、数据收集与分析等。突出成果就是黄卉老师主持完成的《福鼎法律评论》。该书达成的目标是:一是为法官和未来法官(法科学生)服务,整理法律思维,研究法律解释和法律适用技术;二是支持法学研究风气转向到法学研究者关注司法实践,特别是以个案或系列同案研究的方式,为法律适用者提供解决实际法律问题的方法和方案,期待“丰富的法律理论严重脱离丰富的法律实践”现象能够得到改善;三是成为法学研究者和以法官为主的法律适用者良性互动的讨论空间,为法律界对大大小小的家国天下以至个体公民权益问题进行法律摸索提供能够保持连续性的园地。⁴该书作者包括学者、法官、学生,为法学研究者、司法实务者、法律学习者间搭建了互动的平台,也是法学教育、科研与法律职业深度衔接的典范。另一方面,两期专业实习过程中,北航实习生的勤勉、热情、守纪与礼貌,给实习单位的领导和工作人员留下深刻印象。专业实习的开展给实务单位以更多了解北航法学院以及北航学生的途径,这对北航法学院学生来讲,意味着在择业与就业时可能拥有更多机会。

³参见 <http://fxy.buaa.edu.cn/disnews.php?newsid=1713&pmenuid=90&pntid=68&sntid=69>; 2012-1-18 上传; <http://fxy.buaa.edu.cn/disnews.php?newsid=1810&pmenuid=90&pntid=68&sntid=69>, 2013-7-4 上传; 2013/8/15 访问。

⁴黄卉主编:《福鼎法律评论》创刊号序言,法律出版社2012年。

法学教育的理想

葛云松*

摘要 中国的法学教育存在多方面的严重问题,需要进行深刻的改革。本文认为,应当借鉴德国经验,将中国法学教育的目标定位在主要培养法官能力,即,培养学生掌握我国主要的实体法、程序法的基本知识,并具备进行法律解释与适用的能力。在课程结构上,本文认为基础的部门法课程最为重要,特别应增加民法、刑法、行政法、民事诉讼法的学分数,并增设相应的案例练习课;法理学等基础理论课程亦应具有重要地位;实务技能课程应处于相对次要的地位。此外,还应当为法学本科生开设一批以社会科学为主的课程,作为“预备知识教育”。这样,本文为精英法学院设计了一种六年制的本硕连读学制,并建议法律硕士项目以及四年制本科项目也进行重大调整。但是,法学教育改革中最困难的部分是教学方法的改进。本文着重讨论了开设案例练习课的必要性、方法以及可能的教学效果,以及在课程体系中的地位。

关键词 法学教育 法官能力 法律技能 法律实务技能 法学课程体系 预备知识教育 案例练习课

关于法学教育的一般问题,笔者近年来积累了一些思考和经验。但是直接促成本文的,是2010年去世的何美欢老师。笔者并不认识何老师,尽管早就知道她的名字,也读过她的专业著作。但是,直到她去世后,笔者才注意到她为中国的法学教育所提出的思考、思路、方案以及在清华法学院数年间辛的教学实验。已经很久没有这样的感动和钦佩了。因此也感到特别遗憾,遗憾自己竟然从来没有关注过她的努力,并且永远失去了请教的机会。

笔者仔细阅读了何老师关于法学教育的主要著作¹和论文²,深感这是中国迄今为止关于

*北京大学法学院教授。本文发表于《中外法学》2014年第2期。文的撰写获得了北大法学院贺剑同学、谷昱同学、金印同学的协助;本文初稿曾在2011年5月北大法学院的教师工作坊(workshop)以及2011年9月清华大学法学院为纪念何美欢老师而召开的“理想的法学教育”研讨会上,得到与会同仁的批评和建议。在此一并致谢!

本文系国家社会科学基金项目“请求权基础方法在中国民事司法和立法中的应用”(09CFX025)的阶段性成果。

法学教育最为深入的研究,受益极深。本文将在何老师的启发之下,结合自己对法学教育(主要是法学本科、法律硕士部分)的体会,提出一些看法。

一、对法学教育现状的评估

(一) 中国的法学教育是否成功

中国现在有六百多所高等院校在招收法科学生,总体评价其教学质量非常困难。即便针对特定的法学院,对教育成效的评估仍然很困难,需要作为一个研究课题,进行精心设计。但是,笔者迄今为止尚未见到好的研究成果。所以,我们不能不暂时依靠个人的体验来判断。不过,作为无论在哪个方面来说均在国内名列前茅的清华大学法学院、北京大学法学院,如果其教育质量不能令人满意,则大体可以推知整个法学教育的状况。

何老师认为,中国法学教育在传授知识的层面上,基础性不足、覆盖面不广;在技能训练方面则“全方位缺席”。她多年来观察到的中国法科学生,只能达到了解知识和某种程度的理解的水平,缺少对法律的其它更高层次的了解;他们大多数呈现一个奇怪的知识结构:一方面能对“前沿的”、深奥的东西如数家珍,滔滔雄辩,另一方面不屑学习基础知识,对基本知识只有单薄的、贫乏的认识。¹

笔者对大多数法科学生的判断与何老师基本一致。以民法为例,笔者的亲身体会是,他们大学毕业的时候,对于民法的基本概念已经遗忘大半,能够说得大意的法条不超过5条,更谈不上体系性的深入理解。记得住的一点知识,也基本流于空泛,或者耽于望文生义。学生基本上不懂得如何发现法律问题,更谈不上妥当地解决问题。拿到一个具体案件(哪怕一个非常简单的案件)时常手足无措,最常见的就是将自己仍然基于普通人的公平感而获得的粗浅结论,包装在似乎“从天而降”的法律概念(而非现实的法律制度)之下,却没有掌握分析案例的结构、思路。面对一个抽象法条或者一个理论命题时,只能拼命地在记忆中

¹ 何美欢:《论当代中国的普通法教育》(第2版),中国政法大学出版社2011年。本书第1版出版于2005年。本文并不赞同何老师的全部观点,例如对于普通法教育在中国的意义。限于篇幅和主题,本文对此不作讨论。但是,何老师关于法学教育的基本思想,是笔者所赞同的,并构成了本文的重要基础。

² 何美欢:《理想的专业法学教育》,载何美欢等:《理想的专业法学教育》,中国政法大学出版社,2011年。本文原载《清华法学》第9辑,清华大学出版社2006年版。

³ 何美欢,见前注2,第4-6、8、30页。其实,何老师所评论的都是“好”学生,因为他们还可以对很多东西“如数家珍”。另外,虽然何老师没有特别指出她所说的是清华法科学生,但是,至少清华学生构成了何老师所了解的学生的主体,并且,何老师在对中国的法学教育进行批评的时候,从未认为清华法学院或者任何其他法学院构成特例。

寻找书本知识,如果幸运地还记得,就开始复述。希望其加以进一步解释时(包括提示了需要解释的问题时),则茫然无措,或者只能就凭感觉谈自己的“观点”。至于理由,大体上就是感觉本身,或者祭起“基本原则”的大旗,用“公平原则”、“诚实信用原则”来处理问题。在商事法、知识产权法、国际商法等领域中需要运用民法中的基本概念和原理的时候,学生更难以将知识贯通起来,不懂得运用,更谈不上灵活运用。除此之外,他们总体来说缺乏对社会、经济、政治的深入理解,更不能把这些角度的思考通过适当的切入点体现在解决法律问题的过程中。⁴

北大法科毕业生尽管很少不怀念北大的生活,但是对法学专业教育的感念却很有限。毕业生聚会时虽然不吝惜于对法学院的赞美之词,但是细听起来大多内容空洞、抽象。个别教授(比如苏力、贺卫方、张千帆老师)对很多学生产生了深刻的影响,但是多半是“理念”层面的。这当然是成功之处,但显然不是法学教育的核心部分。据笔者个人的访谈,本科毕业生回顾四年的专业教育时以失望者居多,尤其是那些成绩或者学术能力出众的学生(也就是,相对来说学习更认真的学生)。能够给学生留下深刻印象的专业课程,不会超过五门,甚至常常只有两三门。学生以及毕业生在专业上的成长,主要依靠自学以及自己的悟性。法律专业人士的确需要终身学习,但是北大的法学教育并未给他们提供坚实的基础。

对于教育成效的一个间接一点的评估方式是:考察学生的努力程度。法学是一个艰深的领域,有理论、有实践,涉及社会生活的各个方面,所需要掌握的知识、理论和方法都非常复杂。正因为如此,法制成熟国家的法科学生一般需要很用功(特别对于基础课程)才能够顺利完成学业。大量的时间投入与艰苦的学习,固然不是养成专业能力的充分条件,但是,它肯定是一个必要条件。但是,据笔者所知,法学院是很多北大学生心目中的“疗养院”之一。大多数的课程中,学生只要大体留心听讲,考前突击一下笔记即可取得不错的成绩。仅从这样一个学习状况,就可以推断出大体的教学成效。⁵

有一位在大陆工作过3年多、从事非诉业务的台湾律师,将他对中国律师的印象写了下来,提出的批评非常深刻。其原因,至少可以部分地归于法学教育。⁶

⁴ 笔者接触较多的还有每年申请免试保送或者报考北大民商法硕士专业的、进入面试阶段的外校学生。他们在其本校基本是前几名的优异成绩。但总的来说,他们虽然因为认真的准备而记住了不少书本内容,其他方面的问题是类似的。

⁵ 关于法科学生学习状态的一个有趣的描述和分析,参见蒋志如:“中国法学教育的双输?”,《厦门大学法律评论》(总第18辑),厦门大学出版社2011年版,页285以下。

⁶ 卖瓜小王:“Does Legal Reasoning Really Matter in China?” <<http://www.douban.com/group/topic/11894944/>>。这篇文章被以“一个台湾律师对中国同行的印象”为题被很多人在互联网上转载。作者对所观察到的中国律师的问题归纳了6点:(1)对实证法未研究彻底;(2)没有法律体系的思考;(3)不会基于请求权基

需要注意的是,不能用法科毕业生的事业成功来说明法学教育的成功。事业成功的因素有很多,专业素养(包括在法学院中形成的基本素养)只是其中一个方面。而且,在普遍失败的法学教育之下,即使一个专业能力薄弱的毕业生,只要他面对的是更加薄弱的竞争者,或者拥有更高的自学能力、悟性或者更好的在职训练,就可以脱颖而出。

实际上,各方面对于目前的法学教育的看法大体上均以消极为主,各类改革的呼声和尝试都不断出现。体现官方态度的教育部、中央政法委员会《关于实施卓越法律人才教育培养计划的若干意见》(教高[2011]10号)(以下简称“《培养意见》”)对法学教育的总体评价是:

“近年来,我国高等法学教育快速发展,体系不断完善,培养了一大批优秀法律人才,为我国经济社会发展特别是社会主义民主法制建设做出了不可替代的重要贡献。但我国高等法学教育还不能完全适应社会主义法治国家建设的需要,社会主义法治理念教育还不够深入,培养模式相对单一,学生实践能力不强,应用型、复合型法律职业人才培养不足。提高法律人才培养质量成为我国高等法学教育改革最核心最紧迫的任务。”显然,其中第1句话的“肯定”并非重点,其中甚至并不包含对教育质量的总体肯定,而第2句话实际在总体上给出了“不及格”的评价,并且,在第3句话中将提高教育质量视为“最紧迫”的任务。

(二) 积弊的成因

应当说,导致目前这种现象的原因是多方面的。

第一,法制环境和律师执业水平的问题。法院在任何国家都是法律事务的核心。暂且不论中国法院因为特殊的体制性原因而常常受到不正常因素的干扰,即便毫无干扰的情况下,其司法水平总体上仍然很低(尽管近年来已有很大提高)。⁷如果法院判决不能体现出对法律知识的透彻理解以及法律推理、政策分析的能力和技巧,诉讼律师也不必练就相应的“功夫”——因为在法院用不上,法学院通常来说也不必有什么压力或者动力去培养学生相应的能力。

很多律师(包括企业法务人员)的工作属于非诉业务。其中至少一部分工作现在已经具有一定的专业水准,但是总体上仍然相当不足。一个间接的证据是,外国律所招聘律师的

基础的思考;(4)不会“区别实益”的思考;(5)抄文本,而不知其所以然;(6)缺乏 business sense。作者认为,中国律师出现这些问题,主要是由于政治环境和文化环境,也部分地因为没有机会受到好的训练。对于这位台湾律师的看法,笔者基本赞同。

⁷ 笔者这里仅从法律适用的能力出发。至于法院的判决结果是否被社会接受,那是另外一个问题。其实,即便没有法院,一个国家也可以设置某种纠纷解决机构来裁决纠纷,并保持社会的大体稳定。如果不把中国的法院当作“法院”,它们的工作也许没有那么坏,但这不是本文所关心的问题。

时候,对英语的重视程度要远远超过专业能力。⁸也就是,只要英语好,专业上的事情不难应付。

第二,低质量的基础教育所带来的低素质学生。我国失败的基础教育(当然,从某个特别的角度看,也许可以说它非常成功),教育出来的并非能思考、敢质疑、有研究能力(研究能力的实质是探索未知领域的能力)的人。⁹学生从小就被要求(而且只被要求)对各种指定的知识了如指掌,而非批判性地理解知识以及创造新的知识。学生通常有着强烈的“正确答案”意识,认为学习就是学习知识,并体现为在考试中写出正确答案,而基本上不认为自己有任何必要去独立地发现问题、解决问题以及创造新的知识,更不相信自己可能具有这种能力。这种思维方式被很自然地带到大学,再加上教师大多以传授既有的知识为己任,高中式的教育模式就得以延续了,而且,可能还等而下之,因为大学的组织性以及学习压力显然相去甚远,学生不仅无法养成能力,学到的知识也寥寥。

就基本的学习和研究素质而言(例如:快速阅读资料、归纳和掌握要点、引申、批判等等),笔者在美国耶鲁法学院学习时与其 J.D. 学生(多数是一年级学生)有较多接触,体会深刻。真可以用“叹服”来形容。他们这通过从小学到大学本科的十几年训练所形成的能力,的确是绝大多数中国学生所远远不及的。

第三,基础的部门法课程的课时不足。教育部规定的法学的专业必修课程多达 16 门,并且各个大学普遍追求降低必修课的比例,以便学生有更大的自由选择空间,再加上其他必修课(政治类、外语类)的挤压,几门最基础的部门法课程(尤其是民法)的课时量就很少了。虽然民法的学分在专业必修课中通常是最多的,比如在北大法学院有 9 学分(分 3 个学期),但是,和民法的重要程度相比,这些学分远远不够。比如,在民法课程中几乎没有时间涉及买卖合同,而缺乏了这个基础,学生在学习国际贸易法的时候就不容易学好;侵权法部分只可能有很少的教学时间,而缺乏了扎实的侵权法基础,学生在学习知识产权法、反不正当竞争法甚至公司法、证券法的很多内容的时候,就缺乏良好的起点,也难以深入。

但是,又何曾有过其他专业的老师要求增加民法的课时量呢?每个学科都认为自己重要,希望增加自己的比重。其实,最终受到不利影响的,除了民法、刑法等基础科目的教学质量,还有那些高级课程。关于基础课程和高级课程之间的关系问题,下文还将说明。

⁸ 参见刘思达:《割据的逻辑:中国法律服务市场的生态分析》,上海三联书店 2011 年版,页 133。

⁹ 关于基础教育的一个有见地的反思,参见黄玉峰:《教学生活得像个“人”》,上海教育出版社 2011 年版。关于中国教育重视记忆而抑制创造力的一个尖锐的评论, see Jiang Xueqin, How China Kills Creativity, available at <<http://thediplomat.com/china-power/how-china-kills-creativity>>.

第四,教学方法。各法学院的绝大多数课程(甚至全部课程),包括基础的部门法课程,采用的是纯粹的讲授方式。尽管优秀的教师可以讲出很丰富的内容,学生也可能很爱听,但是,正如何老师对于教学方式的精辟分析(见下文),它的教育效果不可能很理想。

第五,教师能力和意愿的欠缺。应当承认,中国的法学教师自身所受的法学教育是粗陋的,自身的知识和技能都有严重的欠缺。比如笔者虽然研究民法多年,也是在最近几年的学习和研究中才逐渐理解了侵权法的基本框架。这当然和中国法学的发展程度有关,并非仅因为教师自身不够努力,但是现状如此,则无可讳言。

在大学中的职称晋升、评奖以及其他需要对教师进行考核的场合,教学质量通常来说只占有极不重要的地位(部分原因是,教学质量不容易相互比较和评价)。因此,多数教师们倾向于选择最节约精力的教学方式,通常来说这就是讲授方式,以便有更多的时间从事研究。很少有教师愿意尝试更加费时费力的教学方式。¹⁰

(三) 改革的可能性和必要性

年复一年,青年学子满怀希望走进法学院。一个负责的学校,怎么忍心耽误他们的青春、浪费他们的才华?看到他们毕业后在执业中的幼稚、浅薄,束手无策时的惶恐,胆大妄为时的张狂,怎能不自责?还有许多法科毕业生改行从政、从商,法学教育原本应当为其他职业生涯提供有益的支撑,比如广博的知识面、认真和谨慎的作风、善于并敢于决断但又乐于妥协的能力、尊重他人的态度、清晰地思考和表达的能力等,但是,法学院做到了多少?

上述积弊,有些是一时难以改变的,比如法制环境问题。但是,不能等到一个完美的法制环境来到之后,再训练学生的法律能力。更何况,法制环境还没有糟糕到专业素养全然无用的程度。法院近年来在很多方面表现出巨大的进步,就是一个明证。毕业生的专业能力的提升,也有助于法制环境的改善(虽然这显然不是最主要的因素)。更何况,中国的经济活动如此频繁、活跃,至少在某些领域,执业律师的工作已经有了越来越高的专业含量。所以,用一种高标准来训练学生,对社会、对学生个人来说具有现实以及长远的意义和价值。

至于学生的基本素质状况,更加说明改革的必要,而非相反。法科学生的学习起点已经大大低于教育发达的国家,如果他们又不能得到卓有成效的专业教育,其将来执业的能力

¹⁰ 何老师对美国法学教育的一个批评是:尽管美国的跨学科法学研究成就遥遥领先,但是他们将研究置于教学之上,导致教学的退步;并将其置于实务之上,导致教授和律师之间的相互蔑视。有美国学者认为,美国很多精英法学院的教师对执业律师和法官的工作极无兴趣,甚至达到不尊敬和蔑视的程度。这是何老师所不能赞同的,也是中国所应当避免重蹈覆辙的地方。何美欢,见前注1,页81。

更加不容乐观。

从操作的角度,采用新的课程体系和教学方法是艰难的。但是,如果改变教育思想,有一个清楚、合理的目标,经过一段时间的摸索,一定可以找出一种与中国的法律实践相适应的理想的法学教育模式。

当然,“改革”的呼声早已不绝于耳,有关的探讨也不乏真知灼见,也有些法学院进行了有益的探索。但是,关于法学教育改革的目标和方法的认识都远未成熟。

二、法学教育的目标:培养法官能力

(一) 法学教育应主要面向法律实务

法学教育的目标,是一个具有根本性的问题。只有解决了目标问题,才能以其作为一个标尺,来衡量现有的法学教育到底有哪些缺陷,应当如何改进。

在很长一段时间内,法学界曾经讨论过法学本科教育到底应当是通识教育、专业教育还是二者的结合。就专业教育而言,又有培养学术型人才还是应用型人才的疑问。¹¹

笔者认为,法学本科和其他本科专业一样,首先应当具有通识教育的性质。这涉及大学教育的定位问题,这里无法详论。在中国,由于基础教育的质量低劣,大学阶段更需要进行通识教育。其实,通识教育对于法科学生来说更加必要。因为法律职业需要从业者有广博的知识,对经济、政治、社会乃至世故人情理解和洞察力,有的业务门类甚至需要对科技、医疗卫生、心理等方面有深入的理解。法律职业的这个特点,与自然科学、工程技术、会计等领域有很大的不同。对于法律从业者来说,通识教育甚至就是专业教育的有机组成部分。正因为如此,下文建议设置一个“预备知识教育”阶段,其广度和深度大大超过一般讨论的大学通识教育。

但是,通识教育是法学教育与大学中其他专业教育的共同点,而非法学教育的特点。因此,必须对于专业教育部分的目标进行清楚的定位。对法学教育目标的讨论,主要针对的是专业教育部分。

教育作为服务业的一种,必须主要考虑满足受教育者以及社会的需求,而非满足教育

¹¹ 参见曾宪义、张文显:“法学本科教育属于素质教育——关于我国现阶段法学本科教育之属性和功能的认识”,《法学家》2003年第6期;徐显明:“法学教育的基础矛盾与根本性缺陷”,《法学家》2003年第6期;廖益新:“法学本科素质教育中的问题与改革”,《法学家》2003年第6期;杨志坚:“素质教育的针对性、价值取向和法学本科教育的改革调整”,《法学家》2003年第6期。

者(大学、教授)自身的期望。因此,法学教育必须主要考虑毕业生将来的人生和职业需要。

¹²显然,学生最希望的是法学教育能够为其将来的职业生涯打下坚实的基础,而这也是社会对法学教育的首要需求。

宽泛地说,法科学学生的毕业去向主要是从事法律实务。此外,也有部分法科毕业生从事立法工作、教学研究工作的,甚至不乏“弃法”从商、从政者,其成功者已经不乏其例。既然法科学学生的职业选择如此之广,要想让他们通过三、四年的学习而具备所有必需的能力,显然是不可能的。法学院必须以其中一种职业为主来训练学生相应的能力,适当顾及其他职业的需要。同时,必须考虑学院式教育的长处与短处,发挥比较优势。不足的部分,应留给学生在毕业后通过实践中的不断学习来提高。

但是,这种主要目标模式的定位,却不是这么容易。需要进行取舍,而且是艰难的取舍。

在法科学学生的就业选择中,非法律职业显然不能成为法学教育的主要考量因素。即便像美国那种以精英法学院作为政治家“培养基地”的国家,也不可能将法学教育的主要目标修正为政治家。换一个角度说,法科毕业生之所以在其他职业中成功,不是因为他们在法学院中系统学习了与其将来职业有关的课程,而是因为他们通过法学专业教育所形成的素质,对于从事其他职业有帮助。

法律职业可以包括三大类:(1)法律实务工作者。包括法官、律师、检察官、公安警察、企业法务人员、公务员等。他们的工作,是各种方式的、繁简程度不一的法律适用工作。

(2)立法工作者。这主要是各级人大或者政府的法制工作部门的工作人员,其工作内容之一是起草、修改规范性文件。这里当然也可以包括各级人大常委会委员和人大代表。(3)法学教师和研究人员。

这三类职业所要求的知识基础有共同之处,但是有不同的侧重。最大的区别是,立法工作者和法学研究者的工作更加“自由”,在一定程度上可以不顾及现行法的状况,而专注于如何改进它。法律实务工作者尽管也可以考虑这类问题,但是,不论现行法有何种缺陷,他们都必须以其作为工作的前提。他们对于法律改进的贡献,只能在法律解释(包括法律漏洞补充)的狭窄范围内进行,因而要受到严格的约束。

¹² 当然,教育者还必须要有远见,并非只是为了让学生“适应社会”并在此条件下人生成功、事业发达,还要让他们有能力引领职业乃至社会的发展。也就是说,还要让学生将来有能力“改变社会”。但是,这一角度应贯彻于教学内容(下文关于课程设置和教学方式的讨论中涉及这一方面),而非目标设定。特别是,能够担负起这一任务的毕业生只可能是少数人,多数人只是在自己的日常工作中平凡度日(这当然也是值得尊重的选择),所以,教育的首要目标仍然只能是让学生将来成为训练有素的执业者。

显然,后两类职业的从业人员的人数要少得多,不足以作为法学教育的主要目标。¹³只需要在基础课程的具体内容上略微顾及这两类工作的角度,以及开设一些选修课程以便有这两类职业志向的学生深入学习,也就足够了。¹⁴

既然法科学学生主要从事法律实务,法学教育应当主要培养学生具备相应的能力。这一点,至少在理论上已经成为大体的共识。¹⁵《意见》将“应用型、复合型法律职业人才”作为法学教育的主要目标。这里关于法学教育的“应用”目的的定位,体现了一般观点,应予肯定。但是,这一定位仍有进一步深化的必要。

(二) 法学教育应以训练法官能力为主

法律实务工作中最重要的两种职业是律师(包括法务工作者)和法官,而两者所要求的能力有一定的差别。

法律实务工作者中最庞大的群体显然是律师。何老师认为,中国的精英法学院应当培养合格的、能够从事高端律师服务工作的精英律师,而这种“高端律师”、“精英律师”,主要在大型律所从事“防御性法律服务”。¹⁶何老师的观点容易给人一个印象是:既然精英法学院应主要培养精英律师(主要指商务律师),那么法学院应当着重培养相应的能力,而这种能力和法官或者诉讼律师是不一样的。¹⁷

¹³ 需要注意的是,如下文所分析的,训练法官能力主要体现为法教义学的训练。而法教义学的训练,对于立法工作也具有直接的意义。参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,页76-77。对于法学者来说,由于法教义学是法学研究中的主流,因此法官能力的训练对于此类法学研究来说也是最基本的。即使是从事法哲学、法社会学、法史学等交叉学科的研究,法教义学的严格训练也应构成此类研究的基础。马克斯·韦伯是一个最佳的例证。而中国的法律交叉学科研究中所存在的最大问题,并不是有关学者对于经济学、社会学等其他学科的理解是否深入,而是多数学者自身未曾受到过好的法教义学训练,鄙视或者不耐烦于法教义学层面的理解。因此,他们的研究成果多数缺乏现实价值,也难以受到部门法学者乃至实务部门的重视。

¹⁴ 但是,有的教师在讲授一些基础的部门法课程上,主要是批评中国现行法如何不好,介绍外国法如何好,并告诉学生现行法应如何修改。这种教学内容固然可能体现很高的学术水平(但也绝非必然),却未考虑到这种教学对绝大多数学生实属无益,甚至有害。类似观点,参见冀祥德等:《中国法学教育现状与发展趋势》,中国社会科学出版社2008年版,页160-161。

¹⁵ 徐显明:“职业化是未来趋势”,载《光明日报》2012年10月5日,第4版。

¹⁶ 何美欢,见前注2,页1、2。

¹⁷ 比如,赵晓力教授在对法律硕士提建议的时候说:“总体上,我们法学院现在的课程设置是仍然是以诉讼和法庭为中心的。然而,一个明显的事实是,现在律师业利润最丰厚的一块并不是诉讼,而是非诉讼业务。公司法务以及政府法务,工作的中心早已不是围绕应付诉讼而展开,而是贯穿公司业务和政府行政的整个过程。所以,我对法律硕士的建议是,把那些围绕法院和诉讼产生的无数概念、原理、特征的研究留给别人,你们另辟蹊径。”见<http://www.360doc.com/content/10/0928/23/1924441_57182586.shtml>。尽管赵晓力

笔者认为,这未必是何老师的原意。

何老师从未认为“精英法学院”应当把为大律所培养商务律师作为主要目标,尽管她尤其重视法科毕业生能否胜任大律所的工作,并从这个角度来反思中国法学教育存在的问题。她只是建议精英法学院应“集中资源提供智能技能培育及法律知识传授”。她特别提及美国的执业者关于法学院不再教授研究方法或法律推理方法、以至法科毕业生不能很快地投入工作的指责,指出其实质是认为法学院没有做好智能技能培育的工作,并认为中国应当汲取教训。¹⁸何老师所强调的研究方法和法律推理方法,是各种法律职业所共通的基本能力,其核心内容仍然围绕着诉讼。

从何老师的教学实践来看,她的普通法精要课程和商务律师的业务并无直接关系。何老师的这个四学期课程,前两个学期学习判例阅读技能,第三个学期学习制定法阅读技能,其内容仍主要是阅读判例,不过判例内容以解释制定法为主。第四个学期是研究和写作(其实主要是围绕模拟法庭而进行)。可见,何老师的教学过程以法院判例为核心。她希望通过判例的阅读,训练学生理解、分析、陈述、适用判例以及发现错误与评价的能力。¹⁹无论如何,这肯定不是商务律师在业务中所直接运用的能力。何老师甚至没有刻意培养诉讼律师的能力,因为这意味着要求学生尽可能地由原告或者被告的角度提出对己方最有利的主张。那么,何老师的做法与她对毕业生应胜任商务律师工作的期待之间是否有矛盾?笔者认为并无矛盾。商务律师的工作,只是将同一套知识和能力在另一个场合、为了另一个目的而灵活运用而已(下文详述)。

德国的法学教育的主要目标,是培养学生具备“法官能力”。这意味着法学教育以法律适用而非立法为重点,也就是,不是学习怎样制定好的法律,而是怎样适用既有的法律。它要求对不同的利益进行权衡,训练学生在不同利益发生冲突时,尽可能站在一个中立的立场上寻找公正的解决办法,也就是,哪项法律规则应当被适用、哪种利益应当依法被优先考虑,还要训练其对不同法律理由、法律观点进行权衡和评价的能力。²⁰

在德国,对于这一目标的一种质疑是,多数学生将来从事律师职业,而法学教育中却缺乏训练学生学会撰写合同以及代表当事人在法庭上有策略地、熟练地进行辩论的能力等律师

教授给本科生提出了不同的建议,但是,既然本科生中的很多(也许是多数)将来也是做这种非诉律师,他的建议岂不也能够适用?

¹⁸ 何美欢,见前注2,页15、16。

¹⁹ 何美欢,见前注1,页157。并参考其关于制定法阅读的能力的说明。同书,页167。

²⁰ 汉马可:“德国法学教育的取向、体制与核心方法论”,<http://fxy.buaa.edu.cn/disnews.php?newsid=186>, 2013年8月20日访问。

技能,因此很多人认为法学教育应当更多地以律师职业为导向。这引发了德国2002年的法学教育改革,其中包括,法科学生可以在高年级阶段得到律师执业技能方面的训练。但是,法学教育仍然保持着以法官为训练榜样的教育模式,其重心仍在于法律的正确适用。²¹

中国与其他国家一样,法院(或者诉讼)是所有法律实践活动的核心环节。这对于检察官来说自不待言(其主要工作是将刑事案件起诉到法院,或者监督民事、行政案件的审理)。对于诉讼律师来说,其主要工作就是参与法院诉讼。非诉律师的角色虽然有所不同,但是诉讼视角仍然是最根本的(下文详述)。对于仲裁员或者参与仲裁的律师来说,其工作在大多数情况下与法院类似(至少在实体法的适用上)。

所以,笔者认为,应当借鉴德国经验,将中国法学教育的目标定位在主要培养法官能力。

(三) 法官能力是什么?

法学教育的核心,应在于培养学生对于我国主要的实体法、程序法具备全面的知识,以及进行法律解释与适用的能力。这些知识和能力应足以胜任法院的民事(包括商事)、刑事、行政审判的基本工作,将来经过短期学习即可胜任全部类型的审判工作。

培养法官能力,主要是培养其法教义学上的知识和能力。法教义学,是指以法规范为研究对象,以阐明法规范的含义为主要任务的学科。一方面,法教义学以立法为核心,并基于判例和学说上关于法律解释之见解的积累,而构成一套关于现行法之内容的知识体系。另一方面,法教义学包含了一套探求“新”的法律“知识”的方法:法律需要解释才能够适用,而法教义学上形成了一套法律解释的方法,运用该方法可以使一个关于特定法律规范的疑义得以解决。

法教义学之所以是法官能力的核心,是因为这套知识体系就是可以直接运用于司法工作的知识,这些方法就是法官在发现法律、解释法律时所运用的方法。

在法教义学上,并不存在“理论”与“实践”的分野问题。它是理论,但又可以直接应

²¹ 汉马可,同上注。德国的法学教育改革,集中体现在了2003年7月1日施行的《法学教育改革法》。该法并未对法学教育的目标明确进行改革,但是在立法文件中提出了“具有全方位工作能力的法律人”这一概念,显示法学教育不再以法官为唯一的培养目标,而是要培养在任何一个法律职业领域都有能力开展法律工作的专业人才。在该法中规定:应学习的必修课包括民法、刑法、公法以及程序法的核心领域,以及法学方法论、哲学、历史和社会的基础,选修的专业领域目的在于补充学习、深化与之相关的必修课程,以及与之相关的跨专业和国际性的知识;学习的内容应考虑司法、行政以及法律咨询实践,包括为这些实践所必须的关键性技能,特别是谈判管理、进行会谈、辩论、调解纠纷、和解、听证以及交往能力。参见邵建东编译著:《德国法学教育的改革与律师职业》,中国政法大学出版社2004年版,页16以下。这些理念和措施都深具启示性。但是不能忽视的是,培养法官能力仍然是德国法学教育的主要目标。

用于实践,甚至只有在“实践”(案例分析)中才能更好地学习这种理论。法教义学具有高度的理论性、学术性。这不仅在于法律知识的抽象性、体系性,而且在于法律解释是一种可以与具体个案相分离的、可以通过运用一般资料和抽象思考而进行的工作,因而具有“学术”的特征。²²当然,对法教义学的强调意味着法学教育并非全方位地培养法官能力。事实发现的能力以及其他实务技能更适宜于在实务工作中培养,而非法学教育的重点。²³

需要注意的是,法教义学并非法逻辑学,并非以演绎推理为唯一方法(它在法律解释和适用中只是一种很不重要的方法)。²⁴实际上,当代的法教义学早已经公开地承认法律解释中存在价值判断问题,并努力以一套在长期的法律实践中被反复尝试、运用,并在理论上中获得普遍共识的方法,使法律适用中的价值判断问题可以被相对客观地论证、审查和批评。²⁵其中,经济、社会、政治层面以及相关理论的考量,可以发挥巨大的作用。所以,法教义学并不排斥社会科学、哲学乃至“人文关怀”的介入。²⁶

孙笑侠教授指出,法学有三个“向度”:法规范学、社会法学、哲理法学,而法规范学(即法教义学)是其中的主流和基础,至少应当是法学教育的主流。因为法学教育应当是职业型教育,只有法规范学才能让学生具备从事法律职业的基本功。²⁷笔者赞同他的见解。

当然,法学教育中也应适当地训练律师(诉讼律师和非诉律师)、立法者以及学术研究者所应具备的能力,为此应提供包括法律诊所在内的相应课程,但是,它们主要应体现为高年级选修课。案例练习课(下文详述)中也可以适度训练律师角度的法律应用能力,但只能占据一个较小的比例。

²² 何老师关于法学教育目标的表述虽然与笔者不同,但是实质是类似的。何老师认为,法学教育应当是“博雅的”和“学术性的”,学生应当解最基础的法律知识和理论,并且在技能方面能够理解、适用、分析、归纳、评价法律理论。参见何美欢,见前注1,页60-82;何美欢,见前注2。从大陆法系的法学方法论的角度,在解释法律的过程中,除了需要对法律理论体系有透彻的理解,还需要检索判例、学说、立法资料等材料,加以分析、归纳并作出评价,还要得出自己的结论。也就是,何老师所建议的这些技能都已经包含在法律解释与适用的过程之中,并通过相应的训练而得以形成。

²³ 何老师说,法学院只能生产“毛坯”,它的任务是保证学生在这个基础上继续发展。何美欢,见前注2,页14。本文虽然倡导法学教育以“法官能力”为目标,但严格来说法学院也只是生产“毛坯”法官。

²⁴ 参见(德)齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,页125。

²⁵ 拉伦茨,见前注13,页94-112;许德风:“论法教义学与价值判断”,《中外法学》2008年第2期。法教义学也因此被戏称为“价值判断的‘口诀’”。参见许德风:“法教义学的应用”,《中外法学》2013年第5期。

²⁶ 正因为这一原因,笔者才在强调基础部门法学习的同时,强调基础理论课程的学习(参见下文)。笔者的一个尝试,参见葛云松:“纯粹经济损失的赔偿与一般侵权行为条款”,《中外法学》2009年第4期。

²⁷ 孙笑侠:“法学的本相——简论法科教育转型”,《中外法学》2008年第3期。

(四) 几个相关问题

1. 培养法官能力并非“以吏为师”

需要注意的是,培养法官能力,并非指养成适应当前司法实践工作的法官,而是指训练学生具备像一个理想中的法官一样的能力。这种强调是为了避免一个误解,似乎法学教育应当以法官为师,模仿中国现实中的法官。

相对于发达国家,中国的法律还比较粗陋(尽管体量已经非常庞大),根据这样的法律判决案件似乎相对比较容易。其实恰恰相反!一个欠缺精巧的立法技术、充满矛盾和漏洞的法律体系,给法律适用工作带来了沉重的负担。要想以这样一套法律为依据作出妥当的判决,其难度要远远高于西方国家,因而实际上中国法官必须具备比西方法官更高的能力。²⁸

可是另一方面,中国法院的现状如何?笔者可以大胆地作出一个“骇人听闻”的判断。至少在笔者所熟悉的民法领域,笔者通过法律数据库读过的判决书有上千个,包括最高人民法院的许多判决。其中没有一份判决书可以令人完全满意。笔者并非采用了什么高标准,而仅仅是从一个判决书应有的基本思路的角度来说的。当然,存在一些非常有价值的判决,但是它们大多是在某一个问题上显示出深入的思考或者敏锐的见识,但是从基本的法律解释、推理过程来看,基本是不及格的。

所以,尽管当前的司法实践经验对于法学教育来说具有许多层面的价值,²⁹但是法官的专业能力离一个较为理想的状态还差很远。法学教育的目标应当是让学生具备理想状态下的法官应有的知识和解释与适用法律的能力。他们将来进入法院后,并不是以更快的速度变得与资深法官一个模样,而是可以在熟悉操作流程后,体现出更加高超的专业技能。所以,本文所称的“法官能力”,其要求大大超过法院目前所达到的程度。

²⁸ 黄卉教授的一个精彩的比喻是:“我们的工作不是在一张白纸上作画,也不是给一张上乘国画装裱,而是在一张已经被涂鸦的画纸上再创作,那些不堪的笔触遇到妙手就能回春。”黄卉:“‘一切意外都源于各位’——从立法主义到法律适用主义”,《读书》2008年第11期。法学教育就要训练出这种“回春妙手”。

²⁹ 苏力教授认为,一个没有法科学历、没能通过司法考试、但在基层司法一线工作了20年的法官,法律知识和能力不一定弱于一位读了20年法律教科书的学者,“除非我们认为真知不来自实践,除非我们认为检验真理的标准不是实践。”参见苏力:“法律人自身的问题”,《北方法学》2011年第4期。笔者完全不能赞成这一见解。法官的工作有两个层面,解决纠纷,并且适用法律解决纠纷。一个有经验的法官可以基于人情世故、社会经验而很好地解决纠纷,并且可能比任何法学教授都高明,但是没有好的法律训练,根本不可能掌握复杂的法律知识体系和法律方法,除非他具有非凡的悟性而自学成才。打个比方,一个没有学过医但是操刀二十年、“自学成才”的民间医生,也许有其独到之处,但是不可能和训练有素的外科医生相比。人的行走要靠地面的摩擦力,但人类走了千百年的路之后,近代物理学家(他们远非翻山越岭的高手)才揭示了其一般原理,可见实践未必可以出真知。

2. 培养律师能力为何应当处于次要地位?

法科毕业生担任律师工作的人数更多,是否更应当主要关注律师能力(而非法官能力)的培养?

从诉讼律师的角度看,律师工作的出发点是对法官态度的预测。³⁰当事人找到律师后,律师肯定要根据其事实状况(包括证据的充分程度)和对法律的理解,预测法院会如何审理和裁判,胜诉几率有多大,然后作出起诉或不起诉的建议及方案。即便因为证据或其它考虑而需要达成和解,法官会如何判案仍然是双方讨价还价的出发点和参照系。³¹诉讼过程中,律师固然要尽量寻找对本方有利的事实和法律理由,但是其要点仍然是关注法院会考虑何种事实、考虑适用哪个法律规则以及可能如何解释,进而试图以自己的观点影响法官。可见,律师的诉讼业务完全是从属于法官视角的。当然,在教学中让学生像律师一样挖掘所有的“pros and cons”是有益的,但是法学课程不能满足于此,仍然要训练学生像法官一样作出抉择。与日常生活乃至经济或政治性的决策一样,我们可以相对容易地挖掘出某种方案的利弊,但是要权衡利弊并作出抉择却艰难得多。法律人必须学会在信息不充分、正反两方面“都有道理”的情形下,作出一个慎重但明确的决定。法科学生必须具备这样的意识和能力。

从事非诉业务的民商事律师(主要是商务律师),似乎离诉讼、离法官很远。法官能力的培养是否偏离于其业务需求?绝非如此。³²

非诉律师的视角通常来说仍然从属于法官视角。比如起草、见证一份遗嘱,律师固然直接考虑的是继承法中关于遗嘱生效的形式要件(比如口头遗嘱原则上无效、代书遗嘱的见证人问题)、内容方面的要求(比如必须给需要扶养的继承人留下一定的遗产),但是,这一工作的实质仍然在于:一旦所起草、见证的遗嘱的有效性被质疑,法院会如何判决。因此,对于那些法律解释上有争议或者可能有争议的问题,律师通常会特别小心,会搜集各地、各级法院就该问题的判决,搜集有关学说,以便更为准确地知道:一旦涉诉,法院会如何判决。

³⁰ 将这一观点发展到极致,法律本身也就是一个坏人对法院或法官的态度的预测。参见小奥利弗·温德尔·霍姆斯:“法律的道路”,载(美)斯蒂文·J·伯顿:《法律的道路及其影响》,张芝梅、陈绪刚译,北京大学出版社2005年版,页416以下。

³¹ 以离婚诉讼为例的分析, Mnookin & Kornhauser, Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, 88 Yale L. J. 950 (1979).

³² 非诉律师中的大量业务,其实没有什么“法律含量”,属于高薪的“低级”工作。以中国IPO过程中证券律师的工作为例,无非是需要熟悉各种法规,尤其是证监会多如牛毛的各种细致规定,只要“手熟”(熟悉有关法规和操作过程)即可,需要动脑筋的地方不多。此类业务不需要什么“高级”技能,所需知识也无须在法学院学习。

而这一评估的结论将直接决定其如何向当事人提供法律意见。实务当中,律师常常需要向当事人提示“法律风险”,其主要意义就在于让客户了解某种做法可能发生的争议及其消极影响,换言之,一旦涉诉,法院可能做出的裁判及其对客户利益造成的影响。

商务律师的最有含金量的工作是设计各种交易框架。³³特定的商务目标的达成需要一个较为复杂的法律安排,而律师需要设计出一个能够最大限度实现商务目标、法律风险可控的框架,当然最好还要简便、廉价。这种业务所需要的能力,应当如何养成?

以信用证为例。信用证是国际支付结算中最重要的形式,过程非常复杂,但是安全性高。信用证是在国际贸易中渐渐发展出来的。我们在此假想一下,假如信用证还没有被“发明”出来,一个律师需要具备何种能力,才能够对于这种支付方式的诞生和完善作出贡献?

就律师必需的法律基础知识而言,他应当对合同法(特别是买卖合同)的法律规范(当然还有国际私法规范)有透彻的了解,理解“合同自由”原则。这样,律师在接受客户(比如货物出口方)的委托而接触这类业务后,在逐步了解国际贸易以及支付结算中的各种风险点后,就可能为当事人设计出信用证这种以开证行与受益人之间“单据买卖”为主要特征,让出口方、进口方之间在支付结算上的风险有一个新的安排框架。进而通过与其他各方的协商,使得这一安排精细化。在此过程中,律师需要不断地思考:假如发生诉讼,法院会如何判定合同以及合同条款的效力、如何解释合其内容,等等。

显然,那个首创的律师是一个伟大的律师。但是,法学院能够为他做的事情,只是使其具有完备的基本法律知识,以及灵活运用这些知识的能力。剩下的东西,只能源于实践。

我们还可以再以资产证券化、信托投资基金等“高端洋气”的交易安排为例。限于篇幅,这里无法多谈,但实质也是一样的。

商人的要求千变万化,不可能事先预测,也不可能法学院中学习(更没有这个必要)。律师所需要的仅仅是熟练掌握以诉讼为核心的法律概念和规则体系,然后,在特定的商人提出要求时,就可以在透彻了解商业实践后,迅速地设计出整体框架,并逐步完善其细节。当然,某种专门训练也有一定的裨益,因此,法学院可以在本科高年级设置一门研究交易框架设计的课程,通过几个例子来训练这种“灵感”以及“转化”的技巧,以便将来能够举一反三。但是,无论如何它肯定不是法学教育的核心,而只是核心能力的一个应用。在法官能力的基础上,商务律师所需要的技能基本上是“一点就透”。

³³ 何美欢,见前注1,页67。

3. “技能”和“理念”之间的关系。

本文的分析,似乎指强调法律知识和法律技能,却忽略了对法律理念,特别是法治信仰的培养,似乎还忽略了培养学生对社会的关心、了解以及社会责任感。³⁴笔者并非这个意思。

法学教育的确应当包括这些内容,但这并非在课程之外的感召或者宣传,而是要系统地融入课程设置。在笔者所建议的预备知识教育以及法理学、法社会学等课程中,可以系统地培养这些意识;在部门法课程中,教师应当引导学生在理解法律知识以及进行法律解释和适用的过程中,体会这些理念并妥当地加以运用,使其扎扎实实地融入对法律的理解,而非游离在法学知识和技能之外,变成一个“旁观者”的角度。

法治是一种价值观念,也是一种技术。法官所应当具备的技能,是一种以法治原则和理念为基础、并且在操作过程中对其进行实际运用的技能。“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”的观念固然包含了部分的法治思想,但是,它假定的是法律的含义清晰无疑,执法和司法工作中要做的就是严格地适用它。实际上,法律适用过程要复杂得多,法治原则的体现方式也复杂、微妙得多。例如,在刑法领域有罪刑法定原则,因此一个行为再丑恶,在法无规定的情形下仍然不发生刑事责任。但是,法治原则如何体现在具体的刑法规范的解释中,理解起来则很不容易。民事法规的解释则更加微妙。对法治观念及其抽象理论的了解和认同固然是有益的,但是更重要的是,法律人能够通过法律解释以及法律过程的每一个环节,在无形中浸润于其中所包含的法治精神。最理想的法学教育是,一个法律人哪怕毫无理想主义的色彩、满心“名利思想”,但是当他阐发法律问题、解释法律条文时,却可以将法治的精神贯彻在其中。相反,一个法律人如果充满对“法治”的激情,却不懂得如何在具体工作中运用它,仍然不是合格的法律人。

各种法律技能中,最核心的是法律解释的能力。法律人应当敏锐地认识到法律解释中的价值判断问题,并且妥善运用各种方法加以解决,其中包括基于其对当下社会问题的深入认识而进行分析。这些意识并非超法律的,而是法律技能的应有之义。

苏力教授认为,中国最重要、最核心的社会法律问题从来不是纯法条、法律、法理甚或法治的问题;真正对社会有重大贡献的法律人固然必须坚持法律,同时也要超越法律。³⁵笔

³⁴ 苏力教授认为,法学院在侧重法律和职业技能训练的同时,应当引导学生更多了解具体社会,更多了解中国和世界,更多了解经济、政治和社会。此外,法学教育还一定要注重学生的人格培养,包括责任感和使命感。参见苏力:“追问法学教育承担的历史使命”,《法制资讯》2011年第5期。

³⁵ 苏力,同上注。

者赞同在法学教育中培养一些这样的意识,但是,“超越法律”的思考只能占据一个非常次要的地位。法学教育的核心仍然是法律适用,必须在“坚持法律”的范围内寻找更好的法律解释。其实,法学方法其实本身就包含了一定的“超越”因素,例如法律解释中的目的解释,以及各种灵活的法律漏洞补充。这些都是法治原则所允许的“超越”。

“超越法律”的工作,应当主要留给职业政治家去做,法律职业人员中只有极少数人(例如最高人民法院法官)有机会并且有必要去做。法学教育培养的主要是将来从事普通法律工作的人,而不是将来的霍姆斯。其实,霍姆斯之所以成为霍姆斯,根本不是任何学校教育的结果。更何况,霍姆斯似乎也从来没有主张超越法律。

“法治”是法律和法学的灵魂,其本身就具有重大的社会价值。坚持法治,是法律人能够为社会做出的最大贡献!在某个具体制度上,如果某种有更好社会效果的判决必须以违反法治原则为代价,那么这个判决的社会贡献远不及于它对社会的祸患!“超越法律”的观念如果被过分强调,可能导致法律人藐视规则以及法治原则。这是极其危险、有害的。

4. 为何不设定更为宏大的目标?

有学者认为,法律人才应当具备系统、精深的法学理论功底和较强的实务操作技能,具备强烈的人文精神和多学科知识体系,而法学院应当提供“拿来即可使用”的“制成品”。³⁶又比如,中南政法学院在20世纪90年代提出,要培养“懂法律、懂经济、懂管理、懂外语的应用型法律人才”。³⁷

笔者认为,在设定法学教育目标时,绝不能面面俱到。上述要求,不要说法科学生不可能做到,甚至在优秀的法官、律师甚至法学教授身上,也很难集中如此之多的优秀素质。法学教育是法律训练的一个环节,而非全部。而法律职业是需要终身学习的职业。特别是,法学院根本不适宜于全面培养实务技能(参见下文)。

《意见》中认为法学教育应当“适应多样化法律职业要求”,本文的主张与此并不矛盾。法科毕业生中担任法官的只占很小的比例,但是以培养法官能力为目标,是一种高标准的要求。具备了法官能力,担任其他法律职业甚至非法律职业,都有了最为扎实的基础。相反,

³⁶ 杨士林:“卓越法律人才应具备的素质”,
<http://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=678&InfoID=6120>, 2013年8月20日访问。

³⁷ 吴汉东、刘茂林:“卓越法律人才培养若干问题探讨”,
<http://www.chinalaw.org.cn/Column/Column_View.aspx?ColumnID=678&InfoID=5905>, 2013年8月20日访问。

如果因为就业方向的多元,就在教育目标上试图迎合所有的需要,必然导致目标混乱,结果是哪一个目标都不能实现。³⁸

《意见》强调培养“复合型”法律职业人才,希望“提高学生运用法学与其他学科知识方法解决实际法律问题的能力”,似乎是希望法科毕业生同时具备某种其他专业的知识(比如会计、计算机)。笔者认为,“艺多不压身”,多学些知识当然是好的。现在有很多大学允许学生辅修另一个专业,或者取得双学位,这在总体上来说是好,可以拓宽学生的知识面,也有利于其就业和职业发展。但是,绝对不能为了“复合”而冲击法学专业课程的学习。法学专业课程应有的课程体系和培养目标不能因此而改变。“复合”是一种锦上添花而已。并且,还须考虑学生的学习负担,以免什么都学不好。在笔者后文所建议的课程体系之下,法学专业课程负担已经很沉重。应强制性地要求每学期所修课程不能超过一定的学分数;修读双学位的学生,必须延长学习年限至少1年。³⁹

三、法学本科的课程结构

上文讨论了法学教育的目标。那么,如何设置法学院的课程,以及采用什么教学方法,才能够养成这种以法官能力为主的多方面的法律能力?这里先考察课程结构问题。

(一) 基础的部门法课程的重要性

上文已经提及,因为各种因素,我国法学院中几门最基础的部门法课程的学分数太少了,再加上教学方法不得当,导致学生基础不扎实。这是法学教育中目前最大的结构性问题。

在德国,⁴⁰法学院的学习通常为9个学期,通常被分配为三个阶段(4:4:1)。前4个学期被称为基础学习阶段(Grundstudium),学生主要学习民法、公法和刑法等基础部门法课程(Pflichtfächer)⁴¹,并且必须通过相应考试(统称为中期考试)。后4个学期被称为强

³⁸ 参见韩赤风:“当代德国法学教育及其启示”,《比较法研究》2004年第1期。

³⁹ 在澳大利亚,有70%的法科学生同时修读另一个学士学位,但是学制则从4年延长至5年。参见马丁·契诺克:“澳大利亚法律教育的一些问题”,《比较法研究》1998年第4期。

⁴⁰ 以下介绍参考了德国慕尼黑大学(www.en.uni-muenchen.de/)和康斯坦茨大学(<http://www.studium.uni-konstanz.de/>)对第一次国家司法考试课程(Erste juristische Prüfung)的介绍。

⁴¹ 作为德国国家司法考试和大学法学院教育的民法、刑法、公法,其含义比通常都要广,不仅包括实体法,还包括相应的程序法。例如,民法不仅包括《德国民法典》的五编,还包括商法、劳动法、社会法、民事诉讼法的内容。但从第一次国家司法考试的要求以及法学教学的目标来讲,狭义民法依然是重点,而包括商法在内的特别民法以及程序法都只做概要考察。各州具体要求不一样。汉堡州的情况,参见 Verordnung über die Prüfungsgegenstände der staatlichen Pflichtfachprüfung im Rahmen der ersten Prüfung vom 23. Dezember

化学习阶段(Hauptstudium),学生一方面需要选择自己的“重点研究方向”⁴²,在该领域内系统学习通常约16学分的相关课程,并完成相应考试;⁴³另一方面仍继续参加旨在复习和深化前4个学期内容的课程。剩下的1个学期则用于全力准备第一次国家司法考试(尽管之前也一直在作准备),其内容是民法、公法和刑法。第一次国家司法考试的成绩包括两部分:一部分是由各大学自行组织的所谓“重点研究方向考试”,占总成绩的30%;另一部分则是国家层面的、由各州组织的所谓“必修科目考试”,通常包括3门民法、2门公法、1门刑法(均为5个小时)的笔试、以及综合涉及三个领域的1门口试,这占总成绩的70%。⁴⁴以上可见基础部门法课程在德国法学教育中的核心地位。

美国的法学院的必修课程门数和学分数都不多,通常在一年内完成,宪法、合同法、侵权法、财产法、民事诉讼法、刑法是多数法学院的主要必修课程。但是,熟悉美国法学教育的何美欢老师却特别强调课程的“结构性”。她说,美国法学院树立了一个巨型的坏榜样:从理论上说,美国法学院的课程结构的优点在于教师有极大的自主性及弹性,学生也可以按照本身的学术兴趣与专业计划量身定造学习计划,但实际上,学生还是在一个狭窄的范围内选课,选的都是“实用”课程。但是,因为整个课程计划没有结构,每一门课都要从零开始,每一门课都变成了入门课。何老师认为,无结构的课程的实践有百弊而无一利。为此,何老师建议的必修课程多,选修课程少,并且必修课的进度要按照难度、需要性的顺序排列。其目的在于让学生从基本学习开始发展,为未来的学习打下扎实的基础。⁴⁵

笔者完全赞同何老师的见解。

何老师说,执业内容愈复杂,法律理论愈重要。实践的最佳指导是理论。法学院的任务是保证当学生离开母校时,他对法律的主要范畴的结构有扎实的基础,他有能力在这个基础

2003,载汉堡州司法部网站(<http://justiz.hamburg.de>);巴登符腾堡州的情况,参见《法学教育和考试法》(JAPrO)第8条。

⁴² 以慕尼黑大学提供的9个重点研究方向为例,包括:法学基础;刑事正义、防卫与预防;竞争法、知识产权法与传媒法;企业法之一:公司法、资本市场法和破产法;企业法之二:劳动法与社会法;国际私法及程序法、欧洲私法及程序法、外国私法及程序法;德国与欧洲公共经济法;欧洲公法与国际公法。另参见 Günzel, Schwerpunktbereichsstudium und Schwerpunktsbereichsprüfung an der Universität Trier, LKRZ 6/2008, S. 237 ff.

⁴³ 以慕尼黑大学的劳动法和社会法方向为例,它就包括1门必修课、6门选修课、2门研讨课以及6门补充课程。

⁴⁴ 2011年各州第一次国家司法考试的内容构成,参见德国联邦司法部发布的相关统计数据(Ausbildungsstatistik 2011),德国联邦司法部网站(<https://www.bundesjustizamt.de>),页3、6。关于司法考试的详情,参见 Barbara Lange, Jurastudium erfolgreich, 5. Aufl., München 2009, S. 71 ff.

⁴⁵ 何美欢,见前注2,29页。

上按照他执业的要求继续发展。因此,基础知识比任何“前沿性的”东西更重要。在实务上,碰到新问题时,最重要的是对它进行基本结构分析,即回到最原始、最古老的基本原则。当然,有时新问题要求将目前的法律解构,然后再重构新规则,即制造新知识,但这种工作要求律师对原有的法律,特别是基本原则,有透彻的认识。关键仍然是扎实的基础知识。就自学的目的而言,最好的法学教育就是培养扎实的知识基础和技能基础。⁴⁶

基础的部门法课程的重要性,怎样强调也不为过。在法律职业中最为经常运用的就是这些部门法的内容。法律的方法和技能,在这些部门法中有最为全面、深入的体现。只有进行深入的学习,才能熟练掌握其广泛的知识以及技能。不仅仅从法学教育的应用性的角度看是如此,而且,基本的法学学术训练,也必须从这些部门法的学习中开始。

一个可能的质疑是,学生将来的就业方向很多元,在基础的部门法上用功太多,将导致很多的“无用功”。这是一个可怕的误会!就像一个临床医生,尽管其执业时大多区分为很细的科室,比如消化内科、眼科等等,但是医科学生必须对人体有全面而深入的了解,在医院实习时必须“转科”,从而全面了解各个科室的诊疗工作,然后才能进入一个专门的科室进行更精细的学习。法律人也是如此。

以法科学生就业面最广的民商事律师、企业法务工作为例,执业者运用最多的是民商事实体法。只有具备了扎实的民法基础,在纷繁复杂的商事法领域,才能够透彻理解相关法律(下文详述)。此外,执业者还必须对民事诉讼法有深入的了解,否则连日常的咨询工作都难以做好。民商事活动(例如订立买卖合同、企业并购)要广泛地涉及复杂多样的管制性行政法律规范,必须对行政法有全面的知识和深入的理解。刑法似乎关系较远,但是,在民商事法律工作中必须避免让当事人陷入犯罪的“陷阱”。更重要的是,刑法是法律方法、法律思维方式可以获得最为充分、集中和清晰地体现的法律部门。学好了刑法(不限于具体的刑法知识),对于学习民法和任何其他部门法都有莫大的帮助。

所以,应当大大增加民法、刑法、行政法、民事诉讼法这四门课的学分数,并增设相应的案例练习课(下文将重点分析)。此外,宪法、刑事诉讼法也属于基础课程,其学分数也应保持或者增加。

(二) 基础理论课程的重要性

在各国的法学教育中,基础理论类课程通常不占重要地位。在美国和澳大利亚,通常

⁴⁶ 何美欢,见前注2,页9、14。

并不将法理学等理论类课程作为必修课。在德国,法律史、法哲学、法社会学的地位虽然高一些,但是重要性弱于基础的部门法,并且相对来说不受学生重视。⁴⁷

笔者认为,考虑到开课能力和学生的就业去向,至少在那些精英法学院,应特别强调基础理论课程的重要性,并大幅增加学分数。中国的大学生在基础教育阶段所获得的社会知识、社会意识以及社会科学观念太贫乏,而且,多数学生的阅读、思考面很窄。因此,需要将这些理论性的视角引入必修课程,“强迫”其了解。这样可以培养学生广阔的视野,学习观察和理解社会问题、法律问题的多重角度,从而更深入地理解法律,也为跨学科研究提供基础。精英法学院的毕业生将更多地承担法律相关职业的引领性工作,这些广泛的视角和意识将产生持久的重大意义。另一方面,这些学校也通常具备开设这些课程的能力。

具体而言,笔者建议:除了法理学(内容包括法哲学)外,还应单独开设法律社会学、法律经济学课程作为必修课。法律史课程对于学生形成对法律的整体理解以及历史的态度有重要意义,但是,教学内容应不仅限于中国法制史,而是改为法律史概论,涉及中外法制史和法律思想史。还需要注意的是,按照笔者的建议,学生已经在预备知识教育阶段学习了哲学、经济学、政治学、社会学课程。⁴⁸

笔者强调基础理论课程,与上文提及的法学教育目标是相容的。法律解释的过程,是一个需要进行价值判断的过程。其中所需要考虑的因素,尽管在部门法课程中应当涉及,但是,由于部门法课程担负着体系性地传授法律知识的沉重任务,还需另有其他课程对价值判断的各种视角和方法进行系统的训练。两者相结合后,才能够让学生具有全方面的能力。

(三) 高级课程的地位

基础的部门法之外的法学专业课程,大多可以笼统地归入“高级课程”。其中,包括更为具体的部门法课程,比如竞争法、税法、知识产权法等,也包括基础部门法课程的拓展性课程,比如宪法基本权利、特别行政法、买卖合同等。

它们在课程体系中应居于何种地位?

⁴⁷ 邵建东:“德国法学教育制度及其对我们的启示”,《法学论坛》2002年第1期。以德国巴登符腾堡州为例,其基础理论课程(Grundlagenfächer)包括法律史、法哲学、法社会学、法学方法论、比较法、国家的一般理论六门之多,但学生通常只需要选修并通过其中任何一门课程即可(满足报名参加第一次国家司法考试的要求)。参见巴登符腾堡州的《法学教育和考试法》(Juristenausbildungs- und Prüfungsordnung - JAPrO)第3条第1款、第9条第2款第1项。

⁴⁸ 我国很多学者主张在法学教育中增加多学科视角的课程,特别是社会科学课程。参见周汉华:“法律教育的双重性与中国法律教育改革”,《比较法研究》2000年第4期;王晨光:“法学教育的宗旨”,《法制与社会发展》2002年第6期;苏力:“法学本科教育的研究和思考”,《比较法研究》1996年第2期。

少量的高级课程可以设置为必修课。其中,公司法、知识产权法的知识在法律职业(包括刑事法律工作)中几乎已经成为必备,而且内容复杂,自学并不容易,因此应当要求每个学生都有基础性的了解,应设为必修课。其他商事法分支,学生也应有一定知识,但简单了解即可,因而可设置一个低学分的商法概论。就经济法而言,可以设一个必修的概论课,但主要是简单介绍各部门经济法的内容,而非“经济法基础理论”,因为,不论它具有何种理论价值,对于实务工作来说却缺乏意义。

国际公法、国际私法、国际经济法、环境资源法、劳动与社会保障法是教育部要求的法学本科专业必修课。笔者不认为它们属于每个学生必须掌握的领域,因而不赞成设置必修课。⁴⁹但在教育部的现有规定未改变之前,唯一可做的是尽量降低其学分数。

各个法学院应当根据其规模和特色,开设选修性质的各种高级课程。如果采用下文所建议的六年制学制,则应在相当于硕士阶段的第5年设置不同的专业方向,学生应当选择其中一个专业。在特定的专业之下,应设置相应的必修课、选修课。此外,还有一定的学分量由学生自由选择,以满足个性化需求。

上述关于基础课程与高级课程之间关系的安排,并非贬低后者的重要性,更非给教师们的重要性或者工作价值进行“排序”,而只是基于法学知识体系的特点而有所侧重而已。如果学生能够通过基础课程获得更加完备的基础知识和技能训练,就可以将其轻松地运用于高级课程,从而获得更好的学习效果。所以,笔者的建议从根本上来说也是有利于这些学科的发展的。打个比方:大学理工科各专业以及经济学专业都对数学有很高要求,但是没有人会认为数学家高人一等,或者数学专业比物理、化学、经济学等专业更加重要。那种无谓的专业“自尊”应当摒弃。比如,目前的法学硕士招生中,经济法专业的主要考试内容是部门经济法(金融法、竞争法、消费者法等等)。这有何意义呢?为什么不能考50%的民法、30%的行政法、20%的公司法(鉴于公司法的重要性)?⁵⁰笔者完全赞成经济法是民法、行政法之外的独立学科,但是,一个学生如果在这两个法律部门有深厚的基础,比起蜻蜓点水式地先行了解了一点具体“部门经济法”知识的学生,一定可以有更加杰出的表现。

⁴⁹ 何老师主张的必修课清单中包括欧盟法、英美法、金融法、竞争法、WTO法。何美欢,见前注2,页27。对此本文并不赞同。这些领域固然重要,但未必是多数法科学生的兴趣,法律职业上的需要也不广。

⁵⁰ 在这个方面,我国台湾地区的做法可供借鉴。例如,台湾大学经济法专业的硕士研究生考试有以下5个科目:民法、行政法、公司法与证交法、竞争法与知识产权法、英文。事实上,台湾大学法律研究所的所有硕士专业都有2个必考科目:民法和英文。具体参见“法律研究所考试科目”(2011年),
<<http://www.taiwanlaw.com.tw/files/downloads/ad-evan-201100501.pdf>>, 2013年8月20日访问。

(四)“实务技能”的培养以及实践类课程的地位

《意见》认为,现在的法科学生“实践能力不强”,应当“强化学生实务技能的培养”;为此,应当“加强校内实践环节,开发法律方法课程,搞好案例教学,办好模拟法庭、法律诊所等。充分利用法律实务部门的资源条件,建设一批校外法学实践教学基地,积极开展覆盖面广、参与性高、实效性强的专业实习,切实提高学生的法律诠释能力、法律推理能力、法律论证能力以及探知法律事实的能力。”徐显明教授肯定法学教育的趋势是职业化,并认为当前的法学教育在职业化方面的两个缺陷之一是,缺乏职业技巧培训。⁵¹

笔者认为,上述观点存在两方面的可议之处。第一,认为“法律诠释能力、法律推理能力、法律论证能力”是一种“实务技能”,并认为提高这种技能的主要方式是“法律实践教学”,包括“法律方法课程”、模拟法庭、法律诊所等课程以及专业实习。第二,因为将法学教育定位为应用型法律人才的培养,就高度重视实务技能、职业技巧的训练。

何老师将法律人所需要的技能区分为智能技能和实务技能两类:对法律人来说,智能技能是指处理法律概念、条文和其他法律资料的能力,具体包括对实体法的足够知识、明智地运用一切资料进行研究的能力、明白任何法律的基础政策以及社会环境的能力等十二项。实务技能的核心是处理业务中的人际关系的能力。⁵²

法律解释与适用的能力(《意见》上所称的“法律诠释能力、法律推理能力、法律论证能力”)是一种典型的“智能技能”。将其理解为“实务技能”是一种误解。法律实务工作者通常并不直接处理一个抽象的法律问题。例如,《合同法》第51条关于“无权处分”之合同的效力的规定,法律实务工作者通常不会尝试着如何解释它,除非他所处理的一个实际案件涉及到这个法条的解释与适用。例如,某人与他人订立买卖合同,标的物却并非出卖人所有(而是租赁而来),现在双方对于合同的效力有争议。当案件被诉诸法院时,法官才不得不解释《合同法》第51条的含义,以便决定如何判决。⁵³但是,一种需要在法律实践过程中使用的技能,却未必属于“实务技能”。实际上,法官这里所需要做的工作,和一个学者以

⁵¹ 徐显明:“中国法学教育的发展趋势与改革任务”,《法制资讯》2010年第1期。关于大力加强实践性教育的一个比较完整的论证,参见周汉华,见前注48。

⁵² 何美欢,见前注2,页6-7。

⁵³ 这是一个在我国民法理论上长期争论的问题。相关论文的一个汇编,参见王利明主编:《民商法理论争议问题——无权处分》,中国人民大学出版社2003年版。笔者的研究,参见葛云松:“论无权处分”,载梁慧星主编:《民商法论丛》(第21卷),金桥文化出版(香港)有限公司2001年版,页185以下。最高人民法院最终以一个司法解释大体“结束”了这个争论。参见《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条第1款。

《合同法》第 51 条应如何解释为标题而撰写的论文相比,其工作性质是完全一致的:这是一种法教义学上的研究(参见上文),所需要的是一种“智能技能”,适宜于由专任法学教师对学生进行训练,而且,这种训练的最适宜的课程是基础的民法课程,而非模拟法庭、法律诊所等课程或者专业实习。法院(以及其他法律实务部门)的工作中的确在运用这些能力,也的确常常有出色的表现,但是,这种技能却主要是一种“智能技能”,法学教授对此更加擅长,也适宜于在法学院的基本课程中传授和练习。实践类课程以及专业实习当然也有帮助,但是只可能扮演次要的角色。

为什么法学教育不应过分强调实务技能的培养?何老师认为,在法律业务中必须兼有智能技能和实务技能才能成事,但是,法学院能提供、学徒式教育不能提供的,就是法律理论、思考的教育。智能技能的培育是专业法学教育的核心。实务技能的形成需要丰富的人生阅历、对人情世故的了解,应当主要在学生毕业后由执业界培养,在生活中学习。在法学院里进行学徒式教育是多此一举、浪费资源。⁵⁴

笔者完全赞同何老师的见解。法学院的教育只是广义的“法学教育”(包括在职学习以及自学)的一部分,而非全部,必须“扬长避短”。

就像大学所提供的其他专业的教育一样,法学院的教育具有两个主要特点。它们决定了法学院教育的优势和劣势。

第一,教学的规模化。在法学院,一个教师在一个学期(为期三个多月)之中,就一门涉及面很广的法律制度(例如刑法总则),担任几十个乃至二三百个学生的教学任务。这种教学方式早已被习以为常,但是如果与学徒式教育对比,就可以发现这是多么惊人的教学效率。这种规模化的班级教学,是法学专业成为学校教育的一部分的主要原因之一。

规模化的班级教学,导致其适于“言传”,不适于“身教”。那些需要长期、具体观摩教师(广义)的工作方式并加以模仿,再随着自己的经验积累而形成的工作技能,很难通过班级教学的方式来训练。例如人际沟通和谈判的能力、管理能力。相反,在职学习的过程是一种学徒式的学习,“身教”的因素重于“言传”,适宜于培养实务技能。

第二,法学教师的专门化。法学院的课程显然应以专任教师为主,律师、法官等实务工作者兼任的课程只可能居于次要地位,不可能喧宾夺主,否则法学教育就失去了作为大学教育的意义。而专任教师不从事(或者仅以次要精力从事)实务工作,而专注于教学和研究,这使其相对于法律实务工作者具有自己的优势和劣势。

⁵⁴ 何美欢,见前注 2,页 14。

法律实务的日常工作中,占据主要工作时间的是事实发现。事实发现的能力以及其他实践技巧的养成、发展,需要长期的积累,实务工作者必然更具备相应的能力。而法学教师则缺乏相关经验,基本没有能力传授相关技能。因此,在工作中学习是最佳途径。

但是,对于抽象的法律制度,法律实务工作者只有很少的时间投入。其固然可以因为工作的需要而形成对某些问题的深入理解,但是通常来说这些见解是零散而不成体系的。而且,实务工作所遇到的法律问题常常是简单的、高度重复的。律师工作的分工现在更加精细化,因而更具有这一特征。相反,法学教师的日常工作是对一个广泛的法律领域的全部问题进行教学,并且在其研究过程中对于所有发现了的难点进行探索,不受制于具体个案。这意味着,对于大多数的法律问题,一个好的法学教师具有更加全面、深入的知识,以及解决法律解释上之疑难的能力(也具备相应的工作时间保障)。并且,由于这些知识和能力的抽象性,适宜于进行规模化的班级教学,因此应当在法学院学习。

当然,让学生在大学阶段对法律实践有一定的接触,对实务技能有一定的了解是有益的。法学院可以开设民事诉讼实务、刑事诉讼实务等课程,以及模拟法庭和各类法律诊所课程,其中很多课程可以邀请有经验的实务工作者担任。这些课程可以帮助学生在进入实际工作之前就有一些初步了解和体验,具备一定的能力,并且借此发现法律实务工作的特点,以更好地选择就业方向。⁵⁵但是,这些课程不可能在法学教育中居于主要地位。模拟法庭和法律诊所课程的意义和局限性,何老师都有针对性的分析,⁵⁶笔者均表赞同。中国法学教育之弊,并非理论性教学强而实践性教育不足,而是两者都不足,而前者是根本。要改变这一现状,只能从理论教学环节本身出发,而非舍本逐末。

需要注意的是,专任教师在传授法学知识和法律适用技能时,需要训练学生对事实问题的敏感。教师可以提供各种复杂的事实条件(包括在特定案情之下不断变化其中某个具有关键意义的情节),让学生加深对相关法律的理解。但是,这里训练的并非关于事实发现的能力,仍然是探求抽象法律问题的能力。因为一个事实是否重要,取决于是否具有法律意义,而这又取决于法律规范。在法律条文已经明确规定了某种事实的法律意义时,这个问题可能是简单的。但是有的情形下法律对此并无明确规定,但是,个案事实有可能提示某种对法条解释时进行扩张、限缩甚至进行法律漏洞补充的可能性。因此,对案件事实的关注并非拘泥

⁵⁵ 在一个法学院已经可以同时开设 5 门以上、教学效果良好的此类课程后,可以考虑要求学生必须选择一门。

⁵⁶ 参见何美欢,见前注 2,页 20-25。苏力教授也对于旨在训练实务技能(他使用了“法律技能”一词,但是基于他的定义,应主要指实务技能)的课程地位提出了谨慎的看法,并认为总的来说在职训练是更有效的方式。参见苏力:“中国法律技能教育的制度分析”,《法学家》2008 年第 2 期。

于个案, 最终还要回到法律解释的层面。

相反, “探知法律事实” 仅能在个案层面进行, 不具有普遍意义。如果从诉讼的角度, 所谓“探知法律事实” 就是指对一个已经发生的事件的查知, 而查知事实只能基于证据。因此, 探知法律事实无非从两个角度: 从当事人(或律师)的角度, 就是搜集相关证据(其最专业化的体现是刑事侦查); 从法官的角度, 主要是根据既有的证据认定事实。专任教师较有能力传授与此相关的法律制度, 例如证明责任分配、证据的种类、证据的可采性、证明标准等, 但是, 证据的搜集过程, 则是一个纯粹的实务操作问题。它可能需要高度的职业技能, 包括庭审技巧(例如询问当事人与证人), 而这是专任教师缺乏经验的。法官认定事实的过程, 就是在有关证明的规则约束下形成主观确信的过程, 也需要通过长期的实践来积累经验。所以, “探知法律事实的能力” 只能主要在工作中学习。笔者当然不反对设置一些选修课程而使有所体验, 但是在总体上它们只居于次要地位。

美国法学教育的历史, 可以为我们提供一些借镜。在 1870 年代之前, 美国的法律教育主要是学徒制的。法学院的课程大多为 1 年或者 1 年半而已, 绝大多数教师由执业律师兼任, 一般课程甚至不设置考试。兰德尔在哈佛法学院所发起的改革, 在各个方面都深刻地改变了美国法学教育。其中最重要的措施之一是, 开始更多地聘用全职教师, 直至其成为绝大多数课程的教师。这反映的基本观念是, 法律不再是一个职业(trade)(类似木匠), 而是一个具有学术性的专业(profession), 需要全职教师进行教学。⁵⁷法学院主要课程(以一年级的必修课程为代表)的教学具有高度的理论性, 并不训练“实务技巧”。尽管从 1970 年代以来“诊所法律教育”开始流行, 并且诸如“谈判”等课程也不断开设, 但是它们均非必修课, 并且迄今仍然居于相对次要地位。⁵⁸

德国的法学教育虽然与美国有很大差异, 但是也有共同点。德国的法学教育被明确区分为理论训练和实务训练两个阶段, 前者主要在大学完成, 以学生通过第一次国家司法考试为标志; 通过的学生可以参加由国家组织的专业实习, 学生需要进入法院民庭和刑事庭、检察官办公室、律师事务所等实务机构继续学习, 完成后才有资格参加第二次国家司法考试, 通过的学生才有资格从事法律职业。在 2002 年开始的法学教育改革之下, 大学阶段的实务技能

⁵⁷ See Laura I. Appleman, The Rise of Modern American Law School: How Professionalization, German Scholarship, and Legal Reform Shaped our System of Legal Education, *New England Law Review*, Vol. 39 (2004-2005), 251, at 275.

⁵⁸ 关于美国法律诊所课程的发展历程的一个介绍, 参见张红: “学徒制 VS 学院制: 诊所法律教育的产生及其背后”, 《中外法学》2007 年第 4 期。

(例如会谈、辩论等技巧) 训练虽然受到一定的重视, 但是仍然处于补充性的次要地位。⁵⁹

(五) 本科生的预备知识教育

有些学者提出了取消法学本科、以法律硕士作为法学教育的主要类型的观点。⁶⁰但是多数学者持不同意见。本文不赞成这一建议, 但限于篇幅, 不讨论这一问题。

尽管不应取消法学本科, 但是美国 JD 模式和医学院模式的教育思想具有可借鉴之处。⁶¹“欧洲国家也提供了有益的经验。”⁶²对法律的透彻理解, 离不开对社会的理解。而在大学阶段对有关问题进行系统的学习, 对法学的学习有莫大的助益。而且, 我国的本科生的确年龄较小, 十几年的基础教育让多数学生思想幼稚, 对“外面的世界”茫然不知。因此, 在入学后, 为其开设一批以社会科学为主的课程, 不仅可以使其开阔眼界, 为法学课程的学习准备一定

⁵⁹ 邵建东, 见前注 21, 页 3-26。

⁶⁰ 例如, 贺卫方: “本科宜废, 法硕当立——谈法律教育向 JM 教育转向的必要与可能”, 载霍宪丹主编: 《中国法律硕士专业学位教育的实践与探索》, 法律出版社 2001 年版。

⁶¹ 何老师为精英法学院设计的学制和课程, 参考了美国医学院的模式(先修读一个本科作为预科)。她希望学生在就读法学院之前有一个学士学位, 虽然不限定其专业, 但是指定了大量的课程, 包括历史、文学、哲学、逻辑学、社会科学、管理科学、心理学、统计学、经济学、政治学、数学、自然科学等, 多数课程均要求修读一年时间。在进入法学院以后, 应完成三年的课程。何美欢, 见前注 2, 页 26-28。应当说, 这是一种“加强版”的 JD 模式。笔者认为, 基于法律硕士项目的现状可知, 何老师的学制设计不具有可操作性。但是笔者下面的建议借鉴了她的部分想法。

⁶² 在我国的法学教育研究中, 一般将欧洲大陆的法学教育界定为本科教育。这似乎是不确切的。在德国, 中学被区分为不同类型, 其中只有“完全中学”(Gymnasium)的学生有资格进入大学, 其高级阶段(第 11-13 年级)具有大学预科的性质。而在完全中学的后期(主要是后 2 年), 学生可以按照自己的兴趣, 选择语言文学、自然科学、社会科学等不同门类的课程。就社科领域而言, 学生可以学习到政治学、经济学、社会学、心理学等课程。参见李其龙: “让每一个学生的特长得到充分发展——德国普通高中阶段课程研究”, 《全球教育展望》2002 年第 3 期。这一体制由洪堡于 19 世纪初在德国奠定基础并延续至今, 是德国教育的骄傲。德国历史学家尼佩代(Nipperdey)说: 完全中学“造就了一个民族。”参见金秀芳: “洪堡人文主义思想在德国大学中的体现”, 《德国研究》2001 年第 1 期。

因此, 德国学者指出, 德国其实是在完全中学阶段完成了通识教育(general liberal arts education), 而不像美国那样在大学本科(undergraduate)阶段完成。两国的差异是, 通识教育的任务到底由设置在大学的本科院校完成, 还是在大学之外的“中学”完成。在这个意义上, 整个德国的大学都具有研究生教育的特征。在意大利, 大学的入学标准与德国类似。See Juergen R. Ostertag, “Legal Education in Germany and the United States—A Structural Comparison”, 26 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 301 (1993-1994), at 315-317. 德国完全中学毕业生的程度, 可能相当于美国本科二年级完成时。See Kenneth Robert Redden, *Modern Legal Systems Cyclopedia*, §1.4(Ax I Xa) at 3.110 (rev. ed. 1990), 转引自 Kelvin McDonald, “Legal Education and Certification in Germany”, 6 *The German American Law Journal* 83 (1994), at 84.

其实, 美国由哈佛法学院在 1870 年代开始的深远的改革, 包括将已完成通识教育作为入学标准, 直至最终将其他学科的学士学位作为入学条件, 正是受到了德国模式的影响。See Laura I. Appleman, *supra* note 51, at 275-277, 292-296. 只不过在美国当时无法对高中教育进行类似德国的改革, 才只能将通识教育的要求放在大学本科阶段。

的知识和理解力,而且可以为其将来进行跨学科研究提供好的起点。

为此,笔者设计了一个6年制的本、硕连读的法学教育模式(下文详述),其中第1-4学期为学生安排了一定的预备知识课程。这些课程基本是必修课,由法学院邀请有关院系的老教师专门开设,而非任由学生选修。理由在于,法学院可以与相关教师有深度沟通,使其能够针对法科学学生的特点开设,妥当选择讲授的内容,使其深度适宜(不宜过深)、授课方法具有针对性。

可以将这种预备知识教育归入“通识教育”,但是并非简单地让学生随意在学校开设的自然科学、人文社科课程中随意选修一定的学分,而是精心设计的、与其将来的法学课程学习具有直接相关性的教育。从其广度来看,也可以视其为“加强版”的通识教育。

另外一个考虑是,中国的本科生有诸多的外语、政治课等要求,基本集中在前两年,预备知识教育与其可以同时完成,这样,从第3年开始,学生就可以完全进入专业课程的学习。并且,通过前两年的读书、学习和对大学生活的适应,学生的心智有所成长,这对法学专业课程的学习也是有益的。

四、教学方法的改革:以案例练习课为重点

为法学教育设定一个听起来“最美”的目标,或者设计一个看起来最完善的课程体系,是法学教育改革中的框架性问题。但是,法学教育的真正进步,也是改革中最困难的部分,是每一门课程的具体授课内容与教学方法。⁶³如果不能对课程内容和教学方法作出重大变革,再漂亮的框架设计也只是画饼充饥。

良好的教学效果首先要求教师对于课程领域有深入的理解,否则,采用任何教学方式都没有意义。就教学方法而言,讲授方式是当前最主要(在有的法学院甚至是唯一的)的授课方式。讲授课是有价值的,包括在基础的部门法课程中的运用,因为这是系统地介绍相关知识的重要手段。⁶⁴当然,讲授课也有很大的改进空间,例如应当适当引入课堂问答和小规

⁶³ 比如,何老师对法学教育有一整套的思考,但是,她的绝大多数精力放在具体课程的设计和实施上。她用了8个月的时间来设计“普通法精要”课程和准备阅读材料;在实际授课过程中,又投入了难以想象的巨大精力。参见何美欢,见前注1,页188;王振民等:《君子务本——怀念清华大学法学院何美欢老师》,中国政法大学出版社2011年版,页20-22。需要注意,何老师并不是一个新教师,而是一位资深的并富有实践经验的优秀教授。

⁶⁴ 在法典化的法律体系之下,必须通过系统的学习来掌握法律。关于在德国的法律传统之下,讲授方式何以具有不可替代的意义,See Echart Klein, “Legal Education in Germany”, 72 *Oregon Law Review* 953 (1993)。中国的法律体系也是高度法典化的,并且,讲授方式一直是采用最为普遍的教学方式。讲授方式显然将继

模讨论。此外,研讨课(seminar)也应当在法学本科课程(一些高级课程)中占有一定比例。学生需要在教师的指导下就一个特定的主题进行学术性的研究,学生需要搜集广泛的资料,在课堂上进行有效的讨论,最终形成一篇高质量的论文。

这里不拟对上述两种教学方式进行深入讨论,而是主要讨论中国的法学院基本尚未使用的另一种教学方式:案例练习。

(一) 法学教育中的知识传授和技能训练的方法

1. 通过案例练习来训练技能

何老师尖锐地指出,中国法学教育的严重缺陷就是技能培育的全方位缺席。学生不会解决实际问题,并非因为理论无用,而是他们只会背诵理论而不会活用理论。这是技能的缺失,说到底,是对理论缺乏真正的了解。实际上,这些学生在知识方面(即对理论的了解)和技能方面(即理解、适用、分析、归纳、评价法律理论)都有欠缺。⁶⁵

何老师认为,法学教育应当培养学生的“知识+技能”。技能培育在中国法学教育的全方位缺席,主要原因是教学目标及方法不当。教育学的共识是:讲课不能培养技能,唯一的培育方法是让学生在教师介入的情况下不断地练习。知识可以用讲课传授,技能只能从练习中学习,而讲课方法根本不能教授技能。因此,法学院必须提供给学生练习适用、归纳、评价法律及练习“超越”认知能力的机会。练习的含义是在没有告知学生前,让他自己去做,而从做的过程中领悟出希望他学习的内容。希望他理解文本,就先让他说出(口头或书面)他理解的是什么。希望他懂得适用法律,就给他一些虚构案情,让他寻找、适用法律并加以解决。希望他懂得评价法律,就必须让他从文本中自己发现材料之间的联系,自己作出推断、释义和评价等等。进而,教师还必须实时指出错误,给学生重新再做的机会,从而达到练习的目的。此外,学生需要的练习机会不是一次两次,而是无数次。学习技能需要不断的练习,直到一项技能达到自动化的程度。⁶⁶

笔者完全赞同何老师的上述观点。

这里举一个案例来说明练习的重要性。王先生驾车前往某酒店就餐,将轿车停在酒店

续作为主要的授课方式。

⁶⁵ 何美欢,见前注2,页4-16。

⁶⁶ 何美欢,见前注2,页16-18。何老师说,法律知识的传授当然也是重要的,知识和技能必须并重。因为知识是学习智能技能的必要条件。如果希望学习适用法律,学生必须先有一定数量的法条在他的记忆中,适用技能才有用武之地。“思考的习惯不能代替对有关课题的丰富知识”。同书,页19。

停车场内。饭后驾车离去时,停车场工作人员称:“已经给你洗了车,请付洗车费5元。”王先生表示“我并未让你们帮我洗车”,双方发生争执。王先生是否应当支付洗车费?⁶⁷这是一个看似简单的题目,一个普通人大概思考5秒钟,就可以形成自己的初步意见。但是作为法律人,却需要经过复杂的分析,才能得出结论。

学生需要了解民法上的请求权基础方法,检索各种可能的请求权基础规范,为此,需要具体了解相关法条;还要知道如何解释和适用它们。本案的问题是,停车场(假定为一个独立法人)能基于何种法律依据向王先生请求5元洗车费?正确的思路包括以下三个步骤:

- (1) 本案中双方显然并未订立洗车的合同,因此不发生合同上的请求权(具体分析从略)。
- (2) 《民法通则》第93条。该条规定了无因管理上的请求权,其构成要件之一是,一方“为避免他人利益受损失”的目的而从事管理行为。可是,本案中停车场并非为此目的而洗车,该要件不满足,因此不享有该条之下的请求权。
- (3) 《民法通则》第92条。该条规定了不当得利返还请求权。初步来看,该条规定的一方获得利益(王先生的车被洗干净了)、没有法律上的原因(双方没有合同、无因管理等法律关系)等构成要件在本案中全部满足了,但是,从我国学说和比较法上来看,明知无债务而为给付时,其不当得利返还请求权应予排除。换句话说,还应存在一个消极构成要件,即请求人(受损方)并非明知无债务而为给付。第92条虽然没有明确规定这一点,但是应当认为存在法律漏洞,应予以填补。由于本案中停车场明知自己无法定或意定义务,却为王先生洗车,所以其不当得利返还请求权并不成立。

可以说,上述分析所涉及的知识在任何一本民法教科书上都有。但是,普通的学生拿到这一案件后,有人回答:停车场的行为构成无因管理,因此可以要求王先生支付5元;有人回答:王先生构成不当得利,应当支付5元;有人回答:王先生不应当支付5元,因为如果都这样,社会就乱套了,因此基于诚实信用原则,王先生不应支付5元。上述三种回答之下,学生基本上都不会想到去寻找法条,似乎并不知道法官判决案件必须以法律为依据。

如果教师要求学生查阅法条,他们或许可以找到(因为这两个条文太基础了),但是找到之后仍然并不知道如何运用。比如,是否构成《民法通则》第93条上的无因管理,关键在于解释其构成要件,并发现其中有“为避免他人利益受损失”的目的这一项,而本案中停车场显然欠缺该意思,所以该条之下的请求权不能成立。可是,认为本案构成或者不构成无因管理的学生,很多人不能运用这一最简单的三段论结构,他们的“结论”毋宁是一种感觉:他们只是“感觉”这个案件与老师以前讲过的某些法律概念似乎可以契合,于是就直接得出

⁶⁷ 这是2004年国家司法考试试卷三的单选第11题的原题。该题的正确答案是D:“无法律依据,王先生无须支付5元”。

了答案。认为其构成《民法通则》第92条上的不当得利的学生,多半也没有想过是否构成无因管理(只有不构成无因管理,才可能构成不当得利),而是直接得出这一结论而已。第三种观点体现了比较敏锐的直觉,值得赞赏。但是,这种观点只是基于普通人的一种公平感,区别只在于多了“诚信原则”这个似乎很专业的法律概念的包装而已。

2. 案例练习与法官能力的培养

案例练习,实际就是让学生针对不同的案件反复进行“模拟判决”(但暂不采用法院实际使用的判决书格式),以培养其具备一个法官实际判决案件时所应具备的知识和技能。那么,案例练习可以达到何种具体的教学效果?

第一,对案例的分析必须以法律为依据,因此学生必须去找法。在反复的寻找法律和适用法律的练习过程中,学生可以熟悉法律渊源的种类,熟悉其主要文献来源;在内容上,可以熟悉法律规则的内容和体系,并深化其理解。

第二,在法律的解释和适用过程中,学生可以将融贯在法条背后的法治原则、司法职责内化为自己的思维习惯。

法官是法律的适用者,应当服从立法者已经通过法律的制定而表达的正义观念。例如《刑法》第301条规定了聚众淫乱罪,一个法官也许认为此类行为的社会危害性很小,应予以除罪化。但是,在该法被废止之前,法官只能适用它。⁶⁸在法律解释中考虑价值判断问题时,法官应当尽可能地寻找多数人所接受的正义观念,但是又不能将其简单地等同于表面上的多数意见,更要避免依赖法官高度个人化的观念。法官面对案件时常常会先形成一个“预断”(德文 Vorurteil),这是有益甚至必要的,但是接下来必须妥当地运用各种法律解释方法,对于考量过程进行理性建构,使其清晰化、精确化,也可能在这个过程中放弃它。⁶⁹忠于法律是法官的天职!⁷⁰每个人都难免因为性别、地位、职业、地域等原因而存在偏见,但是,

⁶⁸ 对于法官来说,“恶法亦法”,除非它极其邪恶,以至于法官只能拒绝适用它。(英)H.L.A.哈特:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,页191。这个问题只会在极其特殊的情形下出现。哈特和富勒关于法律与道德之关系的著名论战,参见强世功:《法律的现代性剧场:哈特与富勒论战》,法律出版社2006年版。

⁶⁹ 齐佩利乌斯,见前注24,页16-26。

⁷⁰ 霍姆斯法官曾经说:“当我将那些我认为坏得无以复加的法律确认为具有合宪性时,我感到十分高兴,因为在这样做时,我将宪法所允许的事情与我自己反对的事情区分开来”。在著名的宪法判例 *Lochner v. New York* 中,他在不同意见(dissenting)中明确反对多数法官基于其自由放任主义的经济观念而做出的判决,因为他认为宪法并未意图体现任何特定的经济理论。转引自 Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2006, at 238. 尽管波斯纳对“法条主义”(legalism)带有

法官应当尽可能采取客观、中立的态度解释、适用法律。

上述观念,如果只是对学生进行理论性的灌输,其意义是有限的。通过分析案例,学生可以在解释和适用法律时亲身体会,包括亲自处理各种观念的冲突,这样才能够真正理解上述理论,并且在将来从事法律工作时熟练运用。

第三,学生可以掌握解释和适用法律的基本方法。法律解释的方法(文义解释、体系解释、目的解释等)如果只是抽象地灌输给学生,他们即便能够熟记,仍然不会运用。通过案例练习,学生需要独立面对法条解释上的疑难,独立地运用各种解释方法,衡量不同的解释结论,并得出明确的结论。教师可以提示其是否遗漏了解释时应当运用的某种资料,是否遗漏了某种解释方法,对某种解释方法的运用是否合理,等等。通过这个过程,学生才可能真正掌握法律解释的技术和艺术。

法律的适用是一个复杂的过程。针对个案事实而寻找所有可能适用的法律,并且从纷繁复杂的具体事实中找到具有法律意义的事实,需要完备的法律知识,也需要一种判断力。而这种判断力无法通过单纯的教导而获得,必须通过训练。⁷¹以上述案例为例,学生需要迅速地发现《民法通则》第92条可能适用,进而通过阅读条文以及查阅学说等资料,了解到其构成要件之一是“为避免他人利益受损失”的主观目的,再回到案例事实去寻找停车场(工作人员)是否有这一主观目的。这一过程看似简单,却只有通过训练才能够形成清晰的思考过程。笔者所测试的多数学生难以做到(尽管他们也许可以有一种模糊的感觉)。

第四,学生可以养成对法律背后的社会问题和政策问题的敏锐洞察力,并了解如何将其应用于法律解释。抽象地向学生灌输这一意识不可能使其懂得如何操作,也难以理解这些角度与法律适用的关系。

仍以上述案件为例,如果仅仅初步阅读《民法通则》第92条以及关于该条的一般学说,似乎其构成要件均满足,王先生应当支付5元。但是,根据法学方法论上所谓在规范和事实之间“眼光的往返流转”的理论,⁷²还必须回到案件事实,根据这种初步结论,再次审查是否存在作出其他法律解释(从而得出不同的判决结论)的可能性和必要性。

一定的敌意,但是他明确承认,法条主义的方法在美国决定了多数的案件,但是,由于美国法带有不确定性的特点,并且由于美国特殊的政府结构以及政治文化,法官常常要在判决中作出政治性的决定。但是法官(包括实用主义的法官)仍然是受约束的,仅仅在“开放领域”,被迫地偶尔成为“立法者”。参见(美)理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,页4-13。顺便说一句,从德国的法学方法论可以看出,其司法哲学并不等同于波斯纳所说的“法条主义”。

⁷¹ 齐佩利乌斯,见前注24,页131。

⁷² 此语出自德国学者Engisch教授(“Hin-und Her Wanderung des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt”)。相关阐述参见拉伦茨,见前注13,页162-163;齐佩利乌斯,见前注24,页130。

在此,学生基于其法感或者生活智慧而可能感觉到,这一结论可能有问题。这类洗车行为实际是一种“强买强卖”。如果停车场享有请求王先生支付5元的权利,那么街上可能会出现一支拎着水桶到处替人洗车的“大军”,车主们在市场上自由选择服务商的机会就被剥夺了。这不仅仅是洗车行业的问题,而且将有深远的影响。

下一步的工作,应当考察这种感受(一种“预断”)是否可以在法律解释中被考量。通过查阅文献,学生可以了解到比较法上以及我国学说上关于“明知无债务而为给付”时应排除不当得利返还请求权的理论。此时,学生需要知道,这些资料都不足以直接作为判决依据,而必须求助于法律漏洞补充。学生需要了解法官具有补充法律漏洞的权力,并了解法律漏洞的确认和补充的方法。进而通过明确揭示这一过程,清晰地说明理由,而将这一情形确定为我国法律中的一项制度(为《民法通则》第92条补充一个消极要件)。这样,经过漏洞补充的《民法通则》第92条适用于本案,就得出了不同的结论:王先生无须支付5元钱。

此时,还再需要结合个案事实,考察上述结论是否合乎法律目的。需要注意的是,所谓回到个案进行衡量,其实并非就具体个案进行衡量,而是要就与本案类似的情形进行全面的衡量。就个案而言,也许王先生的车特别脏、并且正准备吃完饭后马上去洗车,甚至原本就打算请这个停车场的人为其洗车并支付费用(只是看到车已经被洗好,就“耍赖”了);也许这个停车场在全市的洗车质量最高、收费最低。假如存在这些情节,是否就应当让王先生付费?恐怕还是不宜这样判断。因为,从价值判断来说,“强买强卖”是绝对不可以的,哪怕“质优价廉”也是如此。

上述分析过程的开始和完成,需要学生了解法律解释(包括法律漏洞补充)的方法,可以根据比较法、学说所提供的启发来填补法律漏洞,还需要具有敏锐的政策意识。如果具有经济学的知识,可以从经济分析的视角来分析这种“收费型雷锋”的行为。

第五,学生可以养成检索、阅读、归纳、评价法律资料的能力。为了解释法律,需要查询相关的判例、学说,查阅立法过程的资料。法科学生需要了解相应的文献来源并有效地加以搜集,需要有效率地阅读并归纳其中的观点,并评估其与法律解释的相关性及说服力。

第六,学生可以养成独立思考的习惯以及不同观点进行交流的能力。一个法条可能存在不同的解释方案,学生需要在它们之间进行取舍。并且,学生还可能发现某种在判例和学说中未曾被人提及的更好的解释方案。这些都需要独立地进行思考。在这个过程中,学生需要不断地与相关文献中提及的观点进行交锋,还需要与其他学生以及教师提出的观点进行交锋。为此,他需要倾听并理解他人的观点。他可能被说服而采纳某种观点,也可能认为自己的理由更佳因而试图说服别人。对法律人来说,说服别人是一种快乐,被说服也是一种快

乐,因为法律解释的目的并非为了标新立异、与众不同,而是为了寻找最佳的解决方案。

第七,学生可以锻炼书面和口头表达能力。这种能力是法律职业所必须的重要技能。据笔者的观察,一个只是听讲、记笔记、看书和考试的学生,哪怕获得高分,常常仍然难以对专业问题进行清晰的表述(哪怕仅仅是简单的专业问题)。只有通过反复的练习,学生才能够练就简洁、清晰的文字和有条理、有说服力又有节制的论证方式。法律职业也需要好的口头表达,特别是要向当事人提供咨询意见或者进行法庭辩论的律师。通过书面作业和课堂、课外的讨论,这种表达能力也可以获得长足的进步,让专业语言、专业性的表达与法律思维一样,成为一个法科学生身上固有的东西。

通过以上分析可以看出,在讲授式的课程中,不论教科书写得有多深、老师讲得多好,都不可能让学生真正深入地理解知识,更不能训练技能。甚至,在讲授课上采用案例教学的意义也是很有限的。简单方式的案例教学只是在特定的法律问题之下举一个相应的案例作为例证,其固然有助于加深理解,但是不能帮助学生体系性地掌握知识和综合运用。例证式案例教学的复杂一点的形式是,教师对一个复杂案例进行全面讲解,甚至可以发起课堂讨论,这样做的效果当然好得多,但是,“看”和“做”仍有巨大的鸿沟。天天看世界杯成不了足球明星。只有让学生亲自去做、亲自去犯错,然后通过讨论和老师的引导,自己发现自己的错误,然后亲手去不断地修正错误,最后才能掌握知识和技能。⁷³

(二) 案例练习课在课程体系中的地位

1. 美国、德国法学教育中的案例教学

尽管美国的案例教学法(case method)在世界上享有很高的知名度,但对中国的借鉴作用相对较小。美国的案例教学法,首先体现在以案例教科书(casebook)作为主要教材,它由编选的法院判例为主,辅以作者的少量解说或者提问(类似于思考题)。学生必须在课前仔细阅读案例。课堂上则运用“苏格拉底教学法”,教师点名要求学生概括案情、归纳法律争点、法院的裁判理由并进行评论。教师会针对学生的回答不断地追问,促使学生从不同的角度更加深入地思考相关问题,让学生发现自己的错误并不断纠正。这一教学方式对于法律思维能力训练的意义获得了公认,但是,其局限性也受到理论界和实务界的广泛质疑。⁷⁴

⁷³ 对于案例教学法的一个有见地的分析,参见冀祥德,见前注14,页165-172。

⁷⁴ 一个简单的介绍,参见(美)罗伊·斯塔基:《完善法学教育——发展方向与实现途径》,许身健等译,知识产权出版社2010年版,页128-136。但是笔者认为,该书的中文译本存在太多的问题。该书的英文原

笔者认为,美国式的案例教学法以及苏格拉底教学法,对中国有重要的启发意义,但是其直接的借鉴作用是有限的。首先,美式案例教学法所编选的法院判例的数量必然有限,所涉及的法律知识不够全面。由于美国的法学院“公然宣称”其教育目标并非让学生获得对法律的全面了解,而仅仅是训练其法律思维(“像律师一样思考”),⁷⁵这也许不算缺陷。但是,而法典化的法律体系之下,缺乏全面、系统的法律知识是不可能真正理解法律的。在这一点上,中国的法学教育的任务与德国是一致的。所以,美式的判例汇编教材在中国不可能作为主要的教学材料。

其次,苏格拉底教学法尽管可以训练思维,并且训练口头表达和辩论的能力,但是缺陷也是明显的。在大班教学中采用这一方法时(实际上,美国法科学生在基础的部门法课程中参与小班教学的机会并不多),课堂上被提问和参与讨论的学生只占很小的比例,参与度不高。该方法也无法训练学生经过深思熟虑的书面分析和表达能力,上文提及的其他能力也无法得到训练,做案例练习的机会也很少。

相比之下,德国的法学教育体现出了对案例练习的极端重视。⁷⁶

可以说,案例分析是德国法学教育的灵魂。在两次国家司法考试中,笔试、口试都是以案例分析的形式出现。在大学,部门法课程的主要教学方式包括讲授课、研习小组和练习课。讲授课就是大班讲课,研习小组(Arbeitsgemeinschaft)是将民法、刑法、公法的学生划分为小组,由助教(很多是在职的法官、检察官)“手把手”地带领做案例题并讲解,以学习案例分析的基本方法。这两者都不评定成绩。评定成绩的是练习课(Übungen):学生必须参加并通过公法、刑法、民法这三个课程的基础练习课(通常第1-2学年)以及高级练习课(通常第3学年),然后才有资格参加第一次国家司法考试。练习课的考试方式包括闭卷考试(Klausur,时间为2小时到5小时不等)和家庭作业(Hausarbeit,需要查判例、学说并进行分析,时间从2周到6周不等)两个组成部分。此外,在课程基本进行完毕后,通常还要花1年甚至更长的时间来专门准备第一次国家司法考试,也就是针对这三门课程大量撰写案例分析。可以说,德国法科学生大学生涯的主要内容就是做案例分析,德国法律人就是在案例分析中炼成的。

德国的法学教育方法,建立在德国法律的高度法典化、科学化的基础之上。通过各种教

版的全文,参见<<http://professionalism.law.sc.edu>>,2013年8月20日访问。何老师对该方法的介绍和评论,参见何美欢,见前注1,页110-118。

⁷⁵ 罗伊·斯塔基,同上,页128-129。

⁷⁶ See Stefan Koriath, Legal Education in Germany Today, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 24 (2006-2007), 85; 韩赤凤,见前注38。

学方式,要求学生主要的法律部门有广泛和坚实的知识基础,并且有能力像一个法官一样针对复杂的案件适用法律。德国的大学教学以及国家司法考试中所使用的案例分析,要求学生找到应予适用的法律(涉及面非常之广),对案件事实进行涵摄,并运用适当的法律解释方法来解释这些可能被适用的法律,其中,应考虑所有可能的正、反两方面的理由,考虑到每一种可能的解释结论所带来的后果,并考虑是否存在法律漏洞并需要运用类推等方式进行填补。分析报告应当尽可能地超然、中立,避免涉及任何无关的考量因素,以免将个人关于“对错”的先见掺杂其中。⁷⁷德国的这种教学方法已经长期存在并且行之有效,在德国具有高度共识。

我国的法学教育中,应当适度借鉴德国模式,系统性地设置案例练习课程。下面是笔者的一些设想。当然,要真正形成一套成熟的方法和适合上述目的的教学材料,需要经过长期的艰苦努力和不断尝试。

需要注意的是,一些法学院目前开设的“案例研讨”或者类似名称的课程,将案例材料(一般是法院判决)发给学生,课堂上组织学生讨论并辅以一定的讲解,但是并无书面作业要求。这些课程当然有其重要价值,但是本文所称的案例练习课的核心特征是要学生动手写作,二者的功能有重大差别。

2. 与基础课程配套的案例练习课

笔者建议,针对本科生的民法、刑法、行政法、民事诉讼法这四个部门法基础课程,应设置必修性质的练习课(“案例练习”课)。这些案例练习课应与相应的讲授课程同时开设,以便巩固学生对讲授课中的相关知识的掌握,还可以在这些基础课程的阶段,就系统地训练学生的基本法律思维能力,从而为高级案例练习课以及一般的高级课程准备好基础知识和基本技能。

一个可能的疑惑是,为何不可以在民、刑法等课程上直接设置案例练习的环节。笔者认为,不同的教师各有所长,未必每人都愿意主持案例练习。因此,可以允许有的教师只开设讲授课,而另由其他教师同时开设案例练习课(当然,同一教师更好)。此外,分两门课程可以让讲授课和案例练习课的各自体系更加完整。

另一个问题是,为何将案例练习必修课设置为这4门。在整个法律体系中,民法、刑

⁷⁷ See Rainer Grote, “Comparative Law and Teaching Law Through the Case Method in Civil Law Tradition—A German Perspective”, 82 *University of Detroit Mercy Law Review* 163 (2004-2005), at 176-177.

法、行政法是三个主要的实体法领域,其他实体法部门均建立在其基础之上(宪法除外),学生应有深入的掌握。而民事诉讼法是最为全面的程序法,每一个法科学生都应有透彻的了解。这种科目限定并非对其他课程重要性的贬斥。何老师认为,只需要有部分课程改为培育技能的课程,其他课程则应主要传授知识。因为,一旦学生掌握了技能,那么对他来说,更具价值的学习是以最具效率的方法掌握大量的知识,因为他需要掌握大量的知识才能成为专家。⁷⁸

3. 高级案例练习课

在基础的部门法课程进行完毕之后,应当在本科高年级开设几门限选性质的案例练习课程,可以包括刑法、行政法、民法、民事诉讼法、刑事诉讼法、公司法、证券法、竞争法等领域,要求学生必须在这几门之中选择一门。

限定学生必须学习一门,是因为只有高级案例练习课才能够深入地培养专业技能,使其具备上述列举的各项能力。但是,高级案例练习课的学习任务要沉重得多,远非基础阶段的案例练习必修课所可比拟,小班讨论的重要性更加突出。因此,从学习负担角度,学习一门就足够了。另一方面,法律方法与技能是相通的。例如,在刑法上所获得的训练,大体可以将来运用于解决民法问题,因此无须学生重复学习。

3. 其他案例练习课(任选)

其他领域的任课教师如果愿意设置单独的案例练习选修课,或者在其他课程中引入案例练习环节,自然是可以的。法理学、法律史等理论性学科,基本无须做此种练习。当然,假如一个法理学或者法律社会学的教师希望通过更多的案例来分析相关理论,可以运用于其课程之内,无须单设课程。

(三) 案例练习课的具体教学方式

1. 基础课程案例练习课(必修)

案例练习课的目的包括知识和方法(技能)两个方面。课程应当让学生对相应的部门法知识更加深入和体系性的掌握,还要使其充分了解法律适用的基本方法,并初步了解法律

⁷⁸ 何美欢,见前注2,页19。

解释方法。

为便于知识上的衔接,案例练习课应大体跟随讲授课的进展。课程要有一定的训练量(例如至少应安排12个案例),而且,必须每个学生都做作业,不能只要每个学生完成1个或者少数案例、别的案例则只参与讨论。只有通过不断地亲自撰写,才能够深入理解有关知识,并能够真正熟练地掌握技能。

此类案例练习必修课应注意避免过高的难度。一方面,这些课程设置在法学入门阶段,学生还缺乏体系性的知识。过早地面对疑难问题,会牵扯过多精力,妨碍对基础知识的全面学习。疑难问题的解决,需要广泛查阅判例、学说,并进行困难的价值衡量,这对于初学者来说太难,而且,这一阶段的基础课程多,可能同时开设2门案例练习课,学生必然不堪重负。因此,案例练习必修课,所需要运用的知识应大体局限于教科书和数量有限的指定参考文献,暂时不训练学生广泛查阅资料的能力。

在“知识”与“方法”(技能)的关系上,似应以前者为主要关注点。一方面,这些案例练习课程所辅助的基本部门法课程的知识量是巨大的,学生需要扎实地掌握。而深入的技能训练需要耗费大量的时间,而在所涉及的知识面上却有所不足。所以,只能有所取舍。另一方面,这些案例练习课均开设于初学阶段,学生的知识体系尚不完备,因此技能上的目标可以局限于使其牢固地树立起对法律适用过程以及基本方法的了解,而解决法律解释疑难问题的技能,则可以留给高级案例练习课程来解决。

在操作上,案例练习课要达到好的效果,必须让每个学生有参加小班讨论的机会。而做到这一点并不容易。比如,北大法学院的本科生每年有200人左右,如果分成20人的小班,需要同时设置10个班。显然,让一个老师带10个班很不现实。笔者的想法是,可以由一位老师担任整个大班的教师,单周由助教上小班讨论课(可以设5个助教,每人主持2个班、错时上课),双周由教师上大课,集体讨论和讲授,但上课前与助教见面,以了解有关情况。这样,每个案例都经过两次讨论,既可发挥小班讨论的作用,又可保证教师的主导作用,且不必占用太多的精力。这样,应可基本保证教学效果。

2. 高级案例练习课

高级案例练习课将在知识和技能的深度上有进一步拓展。上文提及的案例练习方式可以培养的各种技能,主要在这类课程中加以培养。其中,课程应注意训练学生对多种法律解释方法的综合运用能力。应当有一些案例涉及复杂或者有高度争议的法律问题,因而需要

较为广泛地检索案例(以发现法院的惯常见解)以及理论资料(教科书、专著、论文等)。有一些案例的事实可以比较简单、清晰,让学生集中精力在法律解释和适用的角度,还应安排一些包含了较为复杂且未经专业“加工”的生活事实的案例,以训练学生基于法律的观点来发现有意义的事实。

在这些课程中,由于有了充裕的时间,也可以适当兼顾从诉讼律师、非诉律师乃至学术研究的角度分析法律问题的能力。

课程应确保较大的作业量(案例不少于6个),案例的难度应注意循序渐进。

国内一些教师近年来已经开设了案例练习课,进行了有益的探索。从开设阶段以及深度来看,其性质基本应归于这里的高级案例练习课,而非上文所说的与基础课同时开设的案例练习课。例如,清华法学院的张明楷教授为本科生开了“刑法研讨与案例分析”,取得了很好的成果。⁷⁹中国政法大学的田士永教授已经开设了5年的民法案例研习课,共研讨了26个案例。他详细介绍了自己的授课方法、过程以及学生的反馈,值得参考。⁸⁰北大法学院从2012年开始分别开设了民法案例研习(笔者和许德峰老师共同担任)和刑法案例研习课(陈兴良老师和车浩老师共同担任),也积累了许多经验。

五、法学院的课程体系改革

(一) 对法学本科课程体系的基本设想:理想模式

根据与何老师相同的理念,并基于上文的观点,笔者主张设置一种六年制的本硕连读学制。⁸¹这样,学生在完成预备知识教育和其他课程后,主要从第3年开始攻读法学课程。

⁷⁹ 参见张明楷编:《刑法疑案演习》(一),中国人民大学出版社2009年版。该课程准备了许多疑难案例,要求学生撰写分析性的论文。从学生作业来看,大多达到了比较高的水平。但是,在课程中一个学生只要完成一篇案例分析。笔者认为,案例练习课需要通过多次练习,让学生全面掌握课程所涉及的主要概念和规则,但不是将一篇作业打造成张明楷老师要求的“可公开发表”的程度。另一方面,张老师指导下学生所写的案例常常分析充满了“学术味”,有大量的注释、有对国外法的介绍和分析,有大段的理论阐述,可是对中国刑法条文的援引和解释论上的分析却很不足。笔者认为,案例练习课程应尽可能地训练学生像一个真正的法官那样援引、解释和适用法律条文,并训练学生在这个过程中学会利用判例、学说和比较法。张明楷教授的课程固然有助于训练学生的学术能力,但是至少就笔者所讨论的案例练习课而言,不能采用此种模式。

⁸⁰ 田士永:“民法学案例研习的教学实践与思考”,《中国法学教育研究》2011年第3期,中国政法大学出版社2011年版,页79以下。苏州大学李中原教授的教学实践也颇值参考。李中原:“关于民法案例教学的两种模式的思考”,《公民与法》2011年第11期。

⁸¹ 类似的主张,见孙笑侠,见前注27。孙笑侠教授主张设立“2+2+2”的本、硕贯通模式,其中2年通识教育、2年本科法律教育、2年研究生阶段教育。因此,本文也可以视为孙笑侠教授的意见的具体化。中国

笔者设计的课程大体如下:

学期	课程 (括号内为学分数。如未做特别说明则为必修课)	学分数
第1-4学期	政治学(3)、经济学(6)(1年)、哲学与逻辑学概论(4)、社会学(6)(1年)、心理学(3)、统计学(2)、科学哲学(3)等。选修课,如医学概论(基础医学与临床医学)(4)、会计学(2)等。其中第4学期的课程较少,以便安排部分的专业课程。	30 学分左右
第4学期	宪法(5)、刑法总则(4)、刑法总则案例练习(2)。 注:本学期还有部分的预备知识教育课程。	11
第5学期	民法导论与总论(4)、民法总则案例练习(2)、刑法分则(3)、刑法分则案例练习(2)、刑事诉讼法(4)、法律史概论(4)。	19
第6学期	物权法(3)、物权法案例练习(2)、债法总则(含合同法总则)(4)、侵权法(3)、债权法(含侵权法)案例练习课(3)、法律社会学(3)、法律经济学(3分)。	21
第7学期	债法分则(3)、信托法(2)、民事诉讼法(4)、民事诉讼法案例练习(2)、行政法I(4)、行政法案例练习(2)、法理学(3)。	20
第8学期	行政法II(3)、民事强制执行法(2)、经济法概论(3)、商法概论(3)、公司法(3)、法学方法论(3)。	17
第8-10学期(高级案例练习)	在民法、刑法、行政法、民事诉讼法、刑事诉讼法、公司法、证券法、竞争法等领域开设。学生须选择其中至少一门。	4

政法大学从2009年开始设置六年制本硕连读法学实验班。参见徐显明、郑永流主编:《六年制法学教育模式改革》,中国法制出版社2009年版,页209-278。该校设置了十六门必修性质的案例研习课,应可提供很多有益的经验。上海交通大学凯原法学院从2010年起设置“法科特班”,从三年级本科生中择优录取少数学生免试进入研究生阶段学习。参见<<http://law.sjtu.edu.cn/Article040701.aspx>>,2013年8月20日访问。但是,上述两校的教学思想与本文仍有较大区别。

课)		
第9-10学期	必修课:知识产权法(2)、环境资源法(2)、劳动法与社会保障法(2)、国际公法(2)、国际私法与国际经济法(3)、法律职业伦理(2)。 分专业方向选修课(如:宪法与行政法、刑事法、民法、商法、经济法、诉讼法、知识产权法、劳动与社会保障法、竞争法、财税法、房地产法、金融法、国际公法、国际经济法、法理学、法史学、外国法与比较法等),包括必修课和选修课。 选修课:可以选修其他专业方向的课程;设置全院统一开设的选修课,包括各类高级课程、实务技巧训练课程、法律诊所类课程等。	13 至少15学分 至少10学分
第11学期	校外实习。学生也可以继续学习校内课程。	
第12学期	毕业论文	

与何老师的设计相比,笔者的方案似乎较能兼顾现实状况。第1-4学期集中进行预备知识教育,这一时段学生还要学习外语课程和政治类课程,学习任务已经足够饱满。

第4学期开始设置法学专业必修课程,直到第8学期基本完成,专业必修课达到101学分,此外尚有一门应选的高级案例练习课(4学分)。专业必修课程中,民法、刑法、民事诉讼法、行政法这四门课程达到54学分(含案例练习必修课15学分),其中民法26学分,刑法11学分,行政法9学分、民诉8学分。何老师主张“课种重质不重量,重本不重新”,⁸²笔者完全赞同,并且似乎比何老师贯彻更力。

第9-10学期,除了少量必修课外,学生主要学习各个不同专业方向的课程15-20学分。这个学分量与目前的法学硕士课程相当,足以保证“精耕细作”。

第11-12学期基本不设置教学课程,这是我国大学的“通例”。学生在最后一年忙于找工作或者为其做准备,很难安心学习普通课程。第11学期的实习,既是法学教育的需要,也方便学生找工作。如有可能,可以由法学院统一安排实习,使其发挥实效。由于本文主要关注课程体系问题,对此问题暂予忽略。

⁸² 何美欢,见前注2,页30。

另外,笔者并非建议每一所法学院均应采用本、硕连读模式。少数精英法学院可以采用这一模式,其他法学院仍可维持四年制本科,但是参考上述建议加强基础课程(包括适度设置案例练习课),而几个政法大学因学生较多,可以实行双轨制。

对于四年制法学本科,笔者的具体建议是,第1-2学期为预备知识教育阶段(共设15-20学分),第2学期可以开设1-2门专业必修课。第3-5学期以及第6学期的一部分是法学专业必修课为主的阶段(共70-80学分),其中民法、刑法、行政法、民事诉讼法的课程(包括案例练习必修课)应达40学分左右,宪法、刑事诉讼法等其他必修课30-40学分。选修课主要设置在第6-7学期,共约20学分。第5-6学期应设置高级案例练习课(4学分)。

(二) 对法律硕士教学改革的设计和实施方案

法律硕士项目(非法本)的教育思想,与上面论及的本科教育应当是一致的,也应当做类似的改革。法律硕士的学制不可能达到6年,但目前的3年制也太短。特别是,毕业前一年基本不上课已经成为中国法学院的“惯例”,从学生就业的角度也不能不做这种妥协,但2年的课程实在很难达到理想的教学效果。为保证教学质量,法律硕士项目应设为4年制。

其中,第1学期学习预备知识课程(共约20学分),第2-4学期的全部以及第5-6个学期的少部分时间学习法学基础课程(必修课),总量为80学分左右。第5-6学期的多数时间学习分专业(方向)课程,学分约为30学分,多数为专业方向的必修课,但也有少量的选修课空间。第4年(第7-8学期)有少量选修课,主要是实习、毕业论文和找工作。

(三) 课程体系改革的推进过程

上述关于新课程体系和教学方式的设想,最为关键的环节是案例练习课能否成功开设。这是一个巨大的挑战。哪怕是一个有丰富教学经验的教师,也必须经过相当长时间的摸索,积累经验教训后才能成功。因此,可以尝试先作为选修课开设,积累教学资料和经验。至少经过2、3年的时间,其教学质量可以确保后,才可以设置为必修课,进而考虑改革整个课程体系。高级案例练习课也应当首先开设为任选课,等课程门数达到5门以上并且已经很成熟时,才能设置为限选课。

六、结语

如果医学院的教学质量差,让不合格的医科学生变成医生,进而成为谋财害命的先锋,

医学教授们恐怕应当心中有愧。不合格的法科毕业生的危害性似乎并非这样明显、直接,但是其对法治事业以及社会的伤害却毫不“逊色”,甚至有过之。法学教授们也应当扪心自问。

何老师已经走了。可是,认真聆听她的声音的人,仍然寥寥无几。何老师卓越的法学教育思想和教学水平,都是笔者难以企及的。在她的观点的启发下,本文提出一些更具体的设想,自己也会在教学实践中努力探索。希望自己在某一天离去的时候,虽然没有这么多人来怀念,但是庶几可以无愧。

改造我们的教学：历史使命与法学教育

凌斌*

发展独立思考和独立判断的一般能力，应当始终放在首位。如果一个人掌握了他的学科的基础理论，并且学会了独立思考和工作，他必定会找到自己的道路，而且比起那些主要以获得细节知识为其培训内容的人来，他一定会更好地适应进步和变化。——爱因斯坦¹

一、历史机遇与教学使命

当代中国青年面临着伟大的历史机遇和挑战。这不仅源于中国自身经济的飞速发展，更有国际地位的急剧提高。在西方发达国家眼中，中国不再等同于在考古学和人类学意义上存在的太平洋土著小岛，²而是重要的发展机遇。一百多年来，中国在实质意义上重新自立于世界民族之林，而不仅仅是口号意义上的“中国崛起”。国际政治经济学关于著名的“金砖四国”的研究，预测中国的GDP至少将在2030年超越日本，在2050年超越美国，成为全球第一。³在全球金融危机的背景下，近几年的研究比上述判断还要乐观。⁴展望中国的未来，当现在的青年学生人到中年、事业顶峰的时候，中国在世界历史中也将再次达到她的新的顶峰。

伟大的历史进程，在吸引、鼓舞、也召唤着当代知识青年激活和创造属于中国的灿烂文明。但与此同时，这一代青年必然面临的处境是，知识日新月异、突飞猛进，知识和时代之间的距离被不断拉大。美国、德国当年经济的崛起都伴随着他们知识精英的崛起，为人类贡献了足以照亮历史天空的伟大智慧。那么，中国能不能做到这一点？这代中国青年能否与时俱进，在中国的“尖峰时刻”引领世界，登上人类智识的顶峰？问题因此指向了中国的高等教育，指向了中国大学的历史使命和教学理念。一百年前，同样在世纪之交展望未来的爱因斯坦说道，“发展独立思考和独立判断的一般能力，应当始终放在首位。如果一个人掌握了他的学科的基础理论，并且学会了独立思考和工作，他必定会找到自己的道路，而且比起那

* 北京大学法学院副教授。

¹ 爱因斯坦：《爱因斯坦文集》，许良英等译，商务印书馆1979年版，第147页。

² 参见克利福德·格尔兹：《文化的解释》，纳日碧力戈等译，王铭铭校，上海人民出版社1999年版。

³ See “Dreaming With BRICs: The Path to 2050,” *Global Economics Paper*, No. 99. Dominic Wilson, Roopa Purushothaman, 1st October 2003.

⁴ 参见林毅夫：“中国独特的新经济现象”，载《哈佛商业评论》中文版2008年第5期；Angus Maddison, “Chinese Economic Development and its Driving Forces 1000-2030,”

<http://www.cenet.org.cn/article.asp?articleid=15734>, 2009年10月13日访问。

些主要以获得细节知识为其培训内容的人来，他一定会更好地适应进步和变化。”⁵他讲的这段话同样切中当代中国高等教育的要义。

那么，为了迎接时代挑战和历史机遇，当代中国的高等教育还存在哪些问题，需要作出哪些回应和变革？这必将成为当代教育界和知识界的持久问题。与此有关的众多问题中，直接影响到教育过程和教育效果的教学方式，无疑是一个值得反思和探讨的重要问题。⁶

因此，对于中国的法治建设而言，我们不仅需要对法学研究和法律职业作出反思，而且需要从法学教育本身加以完善。毕竟今日的法律学生，将是法治事业的未来。能够把握历史机遇和承担民族使命的法律学者和法律职业者乃至法律政治家，是中国法治建立的最终希望。

二、哈佛法学院的两次“世纪改革”：用意与启迪

在检视中国高等教育特别是法学教育中的教学问题前，我想先从美国法学院的两次教学改革谈起。

1870年，当时的哈佛法学院院长兰德尔（Christopher Langdell）引进了苏格拉底式的案例教学法，奠定了哈佛法学教育的百年基础。一百三十多年后，哈佛法学院又进行了一次大规模的改革。2006年10月15日，哈佛法学院教授会议投票表决法学院课程改革，一致通过将“国际法与比较法”、“立法和法规”和“问题与理论”三项课程列入法学院一年级必修课程。⁷这次教改虽然主要是对一年级课程设置的改革，但是因为哈佛法学院在美国法学教育中的独特地位，更由于这次改革深远的教育和历史意义，还是受到了美国法学界乃至社会各界的广泛关注，称之为“第二次世纪改革”。⁸

那么，这次教学改革的意义究竟何在呢？综合改革者和评论者的各方意见来看，哈佛教改要解决的问题，是冷战结束后，在美国主导的国际新秩序下，培养什么样的和如何培养美国精英法律人才。首先，改变传统教学模式，适应时代发展需要。美国传统的法学课程确定于130年前，已经远远落后于时代发展的需要。Kagan教授直言，“法律的世界已经改变。”

⁵ 爱因斯坦：同注1，第147页。

⁶ 已经有不少论文对教学方法的改进进行探索和研究，如任明川：“哈佛案例教学的‘形’与‘神’”，载《中国大学教学》2008年第4期；张德江：“改革教学方法 培养创新人才”，载《中国大学教学》2009年第5期；吴云助：“高校师生对启发式教学的态度”，载《中国大学教学》2009年第6期；恽瑛等：“研究型、互动性课程模式改革的探究与实践”，载《中国大学教学》2007年第5期；潘晓卉等：“研究型大学本科教育必须突出师生互动”，载《东南大学学报》2006年第2期等。

⁷ See Elena Kagan, “HLS Faculty Unanimously Approves First-Year Curricular Reform,” http://www.law.harvard.edu/news/2006/10/06_curriculum.php, 2006年12月22日访问。

⁸ See Jonathan D. Glater, “Harvard Law Decides to Steep Students in 21st-Century Issues,” <http://www.nytimes.com/2006/10/07/education/07harvard.html>, 2006年12月22日访问。

法学的世界也必然随之改变。⁹苏格拉底问答式的教学方法是基于案例的教学,但随着时代的发展,制定法在社会中愈加重要,法学院的学生必须学习更多的制定法,并全面了解制定法律法规的机关、程序、体系等。¹⁰同时,现代法律思想也是学习的重要方面。现代法律思想的重要特征就是从解决问题的角度全面了解各种解决方式,各种制度和机构的运作,而不仅限于法庭对抗。¹¹此外,经济、技术、文化等国际交流的发展促进了国际法的发展,要求在一年级必修课中引入国际公法、国际经济法和比较法的内容,使学生更多地了解国际社会,适应未来发展的需要。¹²

其次,教学改革不光是课程内容的改革,更是法学院办学宗旨的改变。教改的一个重要目的,是更多关注学生需要,而不是附属于教师的研究。与中国高等教育的情况类似,美国传统法学教学也面临研究和教学的冲突。随着法律学术发展的专业化,法学院教授的研究也越来越专业化,为了取得更高的学术成就,很多老师把精力集中于某些专门的领域,导致教学内容跟着老师的研究走。特别是很多教授把一年级的课作为一种负担,不认真备课和教学,影响了教学的质量。¹³这往往和学生的需要相冲突。即使专业划分之前有所谓“通识教育”(liberal or general education),也难以解决法学职业教育本身过分专业化和学术化的问题。法学教育的现实处境,是专业日窄,而问题日宽。教学改革就是要改变这种传统,更多地满足学生的需要而不迁就老师的研究。同时由于课程设置转向现代法学发展的新兴领域和现代法律思想,很大程度上和老师的研究相契合,缓解了研究和教学的矛盾。

最后,一年级课程的教学改革服务于法学院全部三年的教学目标。重新设置的一年级课程,将会为高年级课程打好基础,有利于学生的职业发展。实际上,2005年,哈佛法学院已经对二年级和三年级的课程进行了改革,使课程更加专业化,给希望专攻某些领域的学生更多的选择。这次一年级课程的改革是上次改革的延续和补充,学生能打下进一步学习更专业课程的基础,并学会理论联系实际,在高年级时能更好地在“法律诊所”和实习项目中学习。而且,“问题和理论”这一课程的设置,目的就在于帮助学生适应现在职业发展的需要。

哈佛法学院教学改革的这三方面意义,都对中国当代的法学教育乃至其他专业的高等教育,具有重要的启发意义。与之对比,可以看到中国法学教学中存在的几个重要问题。

第一,基础课的战略储备作用发挥不够,过于注重应用型的高级课程,过于迁就教师个

⁹ See Peter Lattman, "Harvard Law School Revamps Its One L Curriculum," <http://blogs.wsj.com/law/2006/10/09/harvard-law-school-revamps-its-one-l-curriculum/>, 2006年12月22日访问。

¹⁰ See "Harvard Curriculum Changes Nothing New," *Chicago Daily Law Bulletin*, Jan., 5, 2007.

¹¹ See Austin Groothuis, "Harvard Changes First Year Curriculum," <http://calis-pre-law-blog.classcaster.org/blog/prelaw-news/2006/10/09/harvard-changes-first-year-curriculum>, 2006年12月22日访问。

¹² See Sacha Pfeiffer, "Harvard Law Refocus The First Year 130-Year-Old Method Of Case Study Bows To 'Real World' Approach," www.encyclopedia.com/doc/1P2-7987661.html, 2006年12月22日访问。

¹³ See "Legal Theory Blog: Balkin on the New Harvard 1L Curriculum," <http://lsolum.typepad.com/legaltheory/2006/10/balkin-on-the-n.html>, 2006年12月22日访问。

人的研究方向和研究兴趣。很多大学的很多院系,特别是职业导向的院系,把当下社会需求较大、时尚流行的高级课程,作为教学的主要内容。而基础课的学习通常只是在一两个学期。这样急功近利的教学安排,反而难以适应飞速的社会发展。我们看到很多教训:学生入学时时髦的专业和课程,在毕业时已经过季。这无疑是大学教育的短视。中国社会未来会发生的社会跃迁程度会更大,知识淘汰速度会更快。在这种情况下,现在看来是赚钱的领域,在未来失业的风险可能也越大。中国飞速的社会发展意味着急剧的知识转型,但是知识体系的转变总要比具体知识内容的更新更为稳定。基础课的教学内容虽然不是前沿领域,但是却是所有前沿领域的基础。这是更能持久的知识,而不是现学现用的知识。相对扎实的基础课学习,多多少少会有助于学生适应未来的社会发展和知识转型。学好这些基础课,就像是给自己的人生、事业买一个保险。基础课是战略储备,使学生在遇到新问题时能够从容不迫。这一点,我们在哈佛法学院第二次教改的各项举措中,很能看到美国高等教育学界的努力。

第二,应用型课程脱离实际,应用性不强。当代中国高等教育的问题,不仅是基础理论教育不深,而且是实践应用教育不专,理论教育 and 应用教育都是半瓶水。以法学为例,一是脱离实务,教课内容和教科书往往照搬国外法学教育的内容,脱离中国的司法实践;二是学生欠缺阅读和表达能力的训练,不论是口头表达还是书面表达都难以达到法律职业的最低要求。我们的整个教学过程中,学生不读、不说、不写,只听,只是老师的一言堂,甚至有些老师就是在照本宣科。如此“训练”出来的学生,在一个行业中不能畅通地与他人交流,也难以在行业里脱颖而出。可以说,中国法学教学的陈旧方式,使我们的职业训练还远远落后于兰德尔时代的美国法学教育。

第三,过早专业化导致知识面过于狭窄。我们知道,美国的本科教育是通识教育,不分或者晚分专业,很多学科都是研究生阶段才开始专业化,法律也是其中的一部分。¹⁴中国则在本科阶段就开始专业化,使得学生的视野过早地集中于个别领域,缺乏对人类普遍生活的一般性理解和通识教育所培养的一般健全心智。而研究生阶段又往往重复本科的教育,甚至是和本科时一模一样的教学内容。这样培养出来的学生,最多是学了两次同一个专业或者学了两个本科专业,而不是一个由广博到专精的提高过程。现代社会在政治、经济、文化和技术方面的飞速发展,迫使律师和法官必须更新知识,积极应对。法学院必须同样积极地更新大学的知识体系,在教学内容和方法上作出新的转变。

从法学教育来看,社会日益复杂化,政府也日益庞大,法律深入到社会生活的每一个细节之中,深度参与了这个经济社会的发展,必定要求专业和博通两方面的能力都要具备。一个典型的例子,是美国零售业巨头沃尔玛(Wal-Mart)牵涉的法律问题非常复杂,包括合同、侵权、刑法、金融、公司、贸易、环境、劳动甚至国际法等方面,远不是某个特定专业所

¹⁴ "Preliminary Report of Task Force on General Education," October 3, 2006 http://www.fas.harvard.edu/~secfas/Gen_Ed_Prelim_Report.pdf, 2006年12月22日访问。

能解决,甚至每个方面都涉及法律以外的其他领域。¹⁵这就是为什么在哈佛法学教改当中,要把多学科知识引入法学院,同时专门增设一个中间学期,开设“问题与理论”这门课程,帮助学生学习综合运用多学科和多专业知识的技能。世界各国律师职业的发展,法律教育的发展,都必定要面临这个问题。¹⁶着眼于中国精英未来在世界历史中的领导使命,沉醉于韦伯批评的“没有灵魂的专家”,¹⁷显然是不行的。

法学教育在教学方法上存在的上述问题,无疑也或多或少存在于其他许多学科和专业。与美国法学两次教学改革加以对比,当代中国的法学乃至高等教育显然需要反思并探索我们自己的教学方法改革。

三、中国法学教育的“亚里士多德教学法”

当代中国高等教育特别是法学教育的弊病,要求在教学方式上作出积极转变。不然,我们依旧只能培养有眼睛却不会阅读,有嘴巴却不会表达,有手笔却不会写作的学生,根本不可能承担领导世界的历史使命。我将这种中国当代主流的教学方法,称为“亚里士多德教学法”。“亚里士多德教学法”是一整套教学安排。

首先是所谓填鸭式的教学方式。当我刚刚步入大学时,¹⁸我几乎震惊地发现,原来期待已久的大学教育也和中学一样。唯一的差别是教室更大学生更多而老师距离学生更远了。上大学之前听到大学教授批评中学教育,当然觉得在理;上大学之后发现,批评中学教育的大学老师自己实行的也是中学教育,就不免匪夷所思。读书时,老师们来上课,大都是提着包、带着讲义;教书后,老师们顺应技术进步,随身只带个U盘。然而差别,不过是把教案摊于讲桌,还是直接挂在投影幕布之上。课堂的教学内容确实是在积累提高,但是教学的方式仍旧是老师一个人面对广大学生滔滔不绝、口若悬河。好老师能够深入浅出,大开大合,引经据典,引人入胜,尤其是把ppt设计得精彩纷呈、绚丽夺目,浓缩古今中外于一席,学生在很短时间内就有知识上的很大收获。但是这些,好的高中老师也做得到。更别说不负责任的老师,只是找着教案或者ppt逐句读去,听的学生昏昏沉沉,或者干脆伏案大睡。学生在整个教学过程中几乎一言不发,一个学期也很难被提问到一次。要做的就是记笔记,或者在教科书上划线。用功的学生会用录音笔录音,向老师要ppt,以备考试复习之需。总之,大学教育中学化,这大抵就是我进入中国法学教育十五年目睹之现状吧。

¹⁵ Alexandra Lahav, "Wal-Mart: The Class," <http://www.typepad.com/t/trackback/6456780>, 2006年12月22日访问; Brian Tamanaha, "The Ordinary Religion of the Law School Classroom," <http://www.typepad.com/t/trackback/6380975>, 2006年12月22日访问。

¹⁶ 波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第一章。

¹⁷ See Max Weber, *The Protestant Ethic and The Spirit of Capitalism*, trans. by Talcott Parsons, China Social Science Publishing House, 1999, p. 181.

¹⁸ 以下关于北大本科教育的经验感受,除了我自己在1996至2000年间的切身感受外,主要是倪昀同学提供了她的观察和归纳。在此致谢。其中片面和误解之处,全部责任在我本人,恳请同侪和同学们提醒和批评。

从北大法学院同学交流的基本感受来看,大家对教学过程重知识理论、轻技能方法的培养模式也多有疑虑。用一些学生自己的话来说,学完一门课程之后,能够知道美国、德国、日本的规定和学说,但是不知道中国法律有什么内容,更不知道合同、判决书、法律意见该怎么写。因为学习的时候就没看过、没读过,更没写过。至于表达能力,课堂上更是无从训练,全靠自己大学之前打下的底子和混社团时练出的胆魄。这些法律职业最需要的书面和口头表达能力,大都得毕业之后重头学起。从我参与的各类面试来看,一多半的学生,尤其是男学生,连基本的口齿清楚都做不到!这些情况,其他法学院校,即使是更为注重国内法律实务的院校,教学效果也大抵如此,同样不够理想。就我从律所和法院了解的零星情况来看,学生在工作之后基本上是回炉再造。这里其实还谈不上什么“法学”训练,欠缺的是基本的“表达”技能。表达(logos)是逻辑(logic)的自然载体,尤其书面表达,是对逻辑推理的基本训练,对于理论学习其实不可或缺。更何况,具备基本的口头和书面表达能力,才能胜任常规的法律实务。因此不论从实践还是从理论的角度来说,表达能力是法学和法律的基础。这也是美国法学院入学申请特别看重“个人陈述”或者“研究计划”这类材料的原因所在。不训练表达能力的法学教育,理论知识和意识形态灌输上再成功,也难免本末倒置。

其次,与之相配的,是数量巨大的学分要求,以至于学生大学阶段都是在疲于奔课。还是以我所在的北大法学院的本科教育为例。按照学校规定要求,目前北大法学院本科教育总共要求修满140学分,其中专业必修58学分,专业限选23学分,实习2学分,毕业论文3学分,军训2学分,其余的是全校必修和选修课程。每个学生每学期选课的上限是25学分。学生为了大四留出时间实习和找工作,需要在前三年修掉135学分以上或者把140学分全部修完,大四至多只留下一两门课程。因此,前三年每个学期都会修20学分以上,即每学期平均10门课。另外,北大从大二开始允许学生修双学位或者辅修,法学院一个年级近200人,每年有一多半的人选修经济、哲学、艺术、心理等专业的双学位,或者辅修第二外语。每个学期双学位或辅修课程要修完大约10个学分,即选修4门左右课程。这就是说,大多数学生一学期要修到10到14门左右的课程!这是什么概念呢?即使只是上课,每个学生每周就要花费20到30个小时。而这必然都是学生在参加社团、聚餐、谈恋爱等课外活动的时间之外挤出的时间。上过大学的读者一定知道,学生们的课外活动的时间总是一定的,问题只是留出多少时间来学习。一般来说,多数同学一周最多拿出30个小时用来学习功课。也就是说,学生在剔除课外时间之外,几乎所有学习时间都在上课!

为什么我们的法学教育敢于要求或者放任学生修习如此数量庞大的课程呢?为什么学生又能够承受得了呢?我们知道,国外法学院一般一个学期修5门课就已经非常吃力,而学习时间比我们只多不少。原因很简单,因为“亚里士多德教学法”对于课外学习几乎没有要求。学生要做的只是带着笔记本来听讲,来记笔记,不需要提前阅读必读文献和参考文献,不需要写作阅读提要,上课也不需要讨论这些文献。既然上课是只听和记,不读、不写、不

说,既然教学要求只是听讲和记笔记,那么每周30个小时学习10门课程就还绰绰有余,学上15门课程也毫无困难。更何况,既然上课是只听和记,不读、不写、不说,很多同学平时干脆不来上课,期末的时候借同学里“笔记公主”、“笔记王子”的笔记背背,照样可以得高分,拿奖学金。即使依靠点名强迫学生出席,不过是留得住身、留不住心罢了。那还不是我们自己的教学方式造成的么。说实话,很多课程,当年我自己就是这么学过来的。如今,我的学生还在继续着这一事业。这不能责备学生。尤其是像北大这样得天下英才而育之的学校。这么多课,每一门都“博大精深”,不逃课自修,想要仅凭一周听一次课就学到真知,如果不是痴心妄想,就是对人类智力的根本蔑视。我理解学生的这种处境,只能严肃地提醒他们,逃课也要会逃,不会逃课的学生,不是好学生。

最后,与之相应的,就是大班上课。那么多课程,学生上不过来,老师也教不过来。学生老师都是疲于奔课。结果只能是大班教学。北大法学院的本科必修课,基本是近200人的大教室,许多选修课也都有100人左右。这使得老师提问时,只能照顾到很少的同学,而害羞腼腆的中国学生又很少有人主动回答。即使老师抽查点名,也只有很少的同学有发言机会,大部分同学做无聊的看客,在下面窃窃私语。这种情况下,若要把学生在课堂上的表现和课外的成果纳入考核成绩,形成有效激励,就非常困难。毕竟学生们难以有充分表现的机会,就此给他们评分更是困难。更何况,很多课程根本不会有师生之间的沟通讨论。有的只是空旷教室里老师声音的悠悠回声。

虽然以上谈的多是北大法学院的法学教育情况,但是国内其他法学院校,我知道也是大抵如此。中国法学教育的常见景象是,热气腾腾的大教室里,老师在讲台上滔滔不绝,学生在座位上匆匆记录、昏昏欲睡或者窃窃私语。这样的教学方式和课程安排,可能培养出像英美法系那样辩才无碍的大律师或者欧陆法系那样分析精微的职业法律人么?更不用说承担中华民族历史使命的时代精英!培养的只是不会读、不会写、不会说,而只会听、只会记的“小抄写员”。这样的法学教育当然也对中国的法治事业作出了贡献,这一点不应一笔抹杀;这样的法学教育中当然也有名师出高徒,有上下求索者,不能一竿子打翻一船人。但是总体而言,中国近三十年来能涌现一批批德才兼备的优秀法官、律师和具有法学背景的公务员、企业家,多半是他们自身天分和社会历练的结果吧。

四、美国法学教育的“苏格拉底教学法”

有鉴于此,参考美国法学教育的经验,以“苏格拉底教学法”取代或者是辅助亚里士多德教学法,也许有助于中国当代法学的职业教育、智识教育和自由教育。

苏格拉底教学法已在美国法学院运用了一百多年,迄今为止仍然是主流。它源于苏格拉

底的哲学辩证法。¹⁹苏格拉底总是通过提问,帮助那些以前没有仔细考虑过自己观点的人,意识到其中可能存在的问题、偏见和武断。因为在苏格拉底看来,人都是被自己的意见囚禁的。而且人们自以为是的“自己的”观点,其实常常是基于未经反思就接受的一种外来的偏见。因此,苏格拉底主张,要走出并反观从前信奉和居住的“意见洞穴”,检验这些意见能不能经得住理性的推敲。²⁰由此,我们可以进而反思自己的全部生活,是否真像自己从前以为的那样正义、美好,值得一生度过。苏格拉底和苏格拉底教学法的信奉者都相信,人们愿意把自己的生活建立在正确的观点上,而不愿意被偏见所蒙蔽,甚至蒙蔽一生。²¹

但是苏格拉底教学法成为一种法学院系统的教育方法,如前所述,是哈佛法学院的兰德爾院长在大约1870年前提出来的。在那个年代,欧陆法和普通法也都奉行法律形式主义,也就是中国当代法学教育所奉行的“法律教义分析”。²²欧陆法的教科书是教授的意见,而普通法则是判例中法官的意见。²³但不论是法官还是教授的意见,都是带有个人或者时代偏见的“意见”,而不是“真理”。正是这样的问题使哈佛法学院开始走向了苏格拉底的辩证法和教学法。从怀疑和检验一个既有意见出发,引入其他的事实和经验作为小前提,进行逻辑推理,最终得出结论。教师在这一过程中要做的,不是灌输具体知识和推销特定意见,而是引导学生检验各种知识和意见的理性根基。老师不是要“交”给学生知识和意见,而是要“教”学生会爱因斯坦所谓的“独立思考和独立判断的一般能力”。

就我自己在美国接受法学教育的经历而言,耶鲁法学院的欧文·斐思(Owen Fiss)教授无疑是苏格拉底教学法的大师。我选修的是他的《程序法》(Procedure)一课,JD学生的一年级基础课,上课的学生大约有50人吧,主要是美国学生,还有不到10个来自世界各地的LLM学生。课程本来是每周两次,每次一个半小时。但是斐思教授几乎次次拖堂,每次都要上到2个小时。然而神奇的是,几乎每次都要到他说“下课”时,我们才觉察到时间的流逝。起初是因为他的“严苛”(tough)。几乎所有学生都对他切齿痛恨。因为他每次课从头到尾几乎都在提问。先是从他布置的阅读材料问起,进而通过“思想实验”构想种种可能,展开层层追问。²⁴他不是讲课,而是在“问课”。而且常常是一个问题接着一个问题的追问,直到问得学生哑口无言,颜面扫地。而且他从来不给自己的答案。他总是让学生提供答案,而当学生得出一个答案时,他不是自己提出新的问题,就是转而询问其他学生是否会提出新的问题。最终,是学生们在互相提出问题,互相辩难,互相激励。而斐思教授神奇的地方在于,一旦某个学生改变了自己之前的观点,他总会立刻指出,你在此前的哪次课上是如此认为,现今为什么变成了那般想法。这不仅是因为他用心地记住了每个学生的观点,而

¹⁹ 参见A. E. 泰勒、Th. 龚柏茨:《苏格拉底传》,赵继铨、李真译,商务印书馆1999年版。

²⁰ 参见让·布兰:《柏拉图及其学园》,杨国政译,商务印书馆1999年版。

²¹ 参见A. E. 泰勒:《柏拉图——生平及其著作》,谢随知等译,山东人民出版社1996年版。

²² 参见波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版。

²³ 参见卡内冈:《法官、立法者与法学教授》,薛张敏敏译,北京大学出版社2006年版。

²⁴ 关于“思想实验”的法学应用,参见凌斌:“思想实验及其法学启迪”,载《法学》2008年第1期。

且是因为他一直在认真对待这些也许最终看来是错误的乃至不值一驳的观点。在他的引导之下,理性的力量总是会引导学生逐渐形成几个最为典型的观点,这些观点也就是这个社会人们通常会具有的观点。重要的不是一开始就宣布哪种观点正确,哪种观点错误。重要的是在彼此辩驳和讨论的过程中,明白每种观点的意义,明白每种观点都不是看似那么简单,都有可取之处,也都有自身的困境。是的,他就如同苏格拉底转世附体,整个教学过程就是那些问题在引领着我们不断将思考推向更深和更广的地方。当学期结束时,我们所有人都开始留恋这位老师,留恋这位活着的苏格拉底。

由此我们知道,苏格拉底教学法更多关注素质教育,而且本身要求学生具备一定的素质。首先,苏格拉底教学法需要学生具有一定的知识准备。因为所有讨论都有语境,需要一定基础知识的铺垫。这个工作可以通过教师直接讲解,但更好的办法是布置阅读材料,让学生课前学习。这一方面是对学生阅读理解能力的训练,另一方面也有利于学生在教师讲解之前进行独立的思考。如果学生没有完成课前准备,在上课时就无法理解老师的思路和同学的讨论。对老师也是这样,不仅要提前选择阅读材料进行大量阅读,而且要周到地准备重要问题,以便为学生量身定做适合他们的问题和方法。

其次,苏格拉底教学法需要养成良好的讨论和表达习惯。美国法学课堂给我最深的印象在于,当一个学生发言之时,其他学生从来不会窃窃私语。观点从来都是公开表达。相比之下,从我自己的学习和教学体会来说,中国学生往往会在别的学生回答问题时窃窃私语,不专心聆听别人的意见,也没有紧跟思考的进度。这是亚里士多德教学法的后遗症:学生由于没有发言的机会,忍不住想说时只能在下面窃窃私语,但真正表达时却无言以对,唯唯诺诺。中国的高等教育应当培养学生注重自己的表达能力,倾听其他同学的意见,安静思考问题,并且能够勇敢地站出来公开发表自己的意见,而不是随意放过一种思想,或随意表达不成熟的意见。苏格拉底教学法的一个重要作用,就在于不仅训练学生的思考能力,而且训练学生阅读、写作、表达和参与交流的能力。这些能力对于一个知识精英的意义往往要多于知识本身。

再次,苏格拉底教学法需要老师和学生彼此信任。我们要相信一个老师、一个学生在提出问题的時候,是在进行思考,而不是在为难和贬低他人。即使教师像是警察在盘问犯人一样盘问学生,也是因为提问者相信学生终究可以给出出色的答案。盘问者不是在灌输某种概念,恰恰是在期待和激发你的智慧。再比如讨论中涉及了宗教和信仰问题,也需要老师同学的彼此信任和配合。如果没有这种信任的话,很可能造成一种敌对的关系,不能完成一个教学相长的“合作”。在这个意义上,苏格拉底教学法是一种真正的“合作式教学”。

最后,苏格拉底教学法需要言论的自由开放,也需要一定的限制。首先,讨论中很多言论是需要给予豁免的。课堂不是媒体,不是广播电视,是个封闭的空间。这个空间的目的就

是让大家能够畅所欲言。因为我们追求的是智慧,如果总是要纠缠于言论的政治正确,只能导致无话可说。如果讨论的内容本身就是通常人们想回避的,比如刑法课上关于强奸案和性骚扰的讨论,出于深入讨论的必要,就需要开放的言论。不能因为其中涉及一些大家都不愿意听、不愿意说的词汇,就不进行思考和教育。语言要服务于教学。但是,也应当有所限制。开放和限制的平衡点,也是这一教学方法的重要方面。一些观点在课堂可以说,到了课堂之外可能不能说。因为不同的场合下,人们的信任程度、宽容程度不一样。大班比小班难以开展讨论,也许最为根本的原因,就是大班人数多,老师同学之间的交流和信任程度不同。但大班讨论也有一个好处,就是更能培养学生理解谈话的语境,把握语言的分寸。而语言的分寸感,也恰恰是我们的教育致力于培养的目标。

就我所知,在北大法学院至少葛云松教授在课堂上也在尝试苏格拉底教学法,通过课前布置很多的案例让学生预习,在课堂上运用启发式教学,就法条和案例对学生逐个问题发问,引导学生自己一步步摸索。这些法律问题都没有确定的答案。据说同学们对这种教学法既欢喜又害怕,喜欢课堂互动的气氛,改变了原来被动接受的局面,改为主动表达自己的意见,甚至主动发问难倒老师;又害怕在课堂前预习准备工作不足,说错了贻笑大方。但是总的来说,这种方法是卓有成效的,学生在这种氛围下都敢于自我表达,踊跃发言,并且在案例预习中对法律问题深入思考。

北大法学院目前在苏格拉底教学法上做的比较好,还有法律诊所一课。它每个学期有20个学生,研究生、本科生都可以选。由过去做律师和法官的老师指导,实习圆桌式小班教学。在这门课中,每个学生都要参与办案,代理案件或出庭或出具法律意见,每周还要求学生用半天参与法律诊所的值班,接待来北大要求法律援助的各种咨询者。由于选课人少,每次课堂上老师都有时间与每个学生充分交流。先由学生汇报代理案件这周的进展,然后同学们互相讨论,最后老师点评。在课堂上,还有模拟法庭邀请真实的当事人做真正开庭前的演练,组对组的谈判演习,实地旁听庭审等内容,实践操作性很强。最后的评估方式,采用值班、办案、课堂表现互评、报告等一系列任务综合的方式,把每周值班的成果、学期代理案件的成果、课堂的发言表现综合评估定分,而不是传统的论文或者考试。

这多少意味着,基于目前的教育资源,苏格拉底教学法在中国法学教育中并非格格不入。相信随着课程的多样化和小班化教学的推进,苏格拉底教学法会越来越多地运用于中国的法学教育中。

五、中国古代教育的“孔子教学法”

相比于亚里士多德教学法和苏格拉底教学法,其实中国自古以来源远流长的孔子教学法同样具有良好的教学效果。教育都是相通的。也许这种教学方法也可以惠泽于法学教育。

我们不妨从《论语》中记载的孔门师生的教学实况来管窥一二。比如子贡和孔子的师生问答：²⁵

子贡曰：“贫而无谄，富而无骄。何如？”子曰：“可也。未若贫而乐，富而好礼者也。”子贡曰：“诗云：如切如磋，如琢如磨。其斯之谓与？”子曰：“赐也，始可与言诗已矣。告诸往而知来者。”

又如孔子与子路、曾皙、冉有、公西华多位弟子的集体讨论：²⁶

子路、曾皙、冉有、公西华伺坐，子曰：“以吾一日长乎尔，毋吾以也。居则曰：不吾知也。如或知尔，则何以哉？”子路率尔对曰：“千乘之国，摄乎大国之间，加之师旅，因之以饥馑，由也为之，比及三年，可使有勇，且知方也。”夫子哂之：“求，尔何如？”对曰：“方六七十，如五六十，求也为之，比及三年，可使足民。如其礼乐，以俟君子。”“赤，尔何如？”对曰：“非曰能之，愿学焉。宗庙之事，如会同，端章甫，愿为小相焉。”“点，尔何如？”鼓瑟希，铿尔，舍瑟而作，对曰：“异乎三子者之撰。”子曰：“何伤乎？亦各言其志也。”曰：“暮春者，春服既成，冠者五六人，童子六七人，浴乎沂，风乎舞雩，咏而归。”夫子喟然叹曰：“吾与点也。”

尤为后世称道的，是孔子因材施教，即使同一问题，对不同学生亦有不同的侧重。比如一个著名的桥段，同样是“问仁”，孔子对颜回和樊迟的回答各异。²⁷

颜渊问仁。子曰：“克己复礼为仁。一日克己复礼，天下归仁焉。为仁由己，而由人乎哉？”颜渊曰：“请问其目。”子曰：“非礼勿视，非礼勿听，非礼勿言，非礼勿动。”

樊迟问仁。子曰：“爱人。”问知。子曰：“知人。”樊迟不达，子曰：“举直错诸枉，能使枉者直。”

孔子不仅认真对待学生的提问，而且非常尊重学生的不同意见，甚至主动承认错误：²⁸

子之武城，闻弦歌之声，夫子莞尔而笑曰：“割鸡焉用宰牛刀。”子游对曰：“昔者偃也闻诸夫子曰：‘君子学道则爱人，小人学道则易使也。’”子曰：“二三子，偃之言是也。前言戏之耳。”

不论是亚里士多德教学法、苏格拉底教学法还是孔子教学法，都各有其适用的范围。在

²⁵ 《论语·学而》，见程树德撰：《论语集释》，中华书局1990年版，第54页。以下同，不再注明本书。

²⁶ 《论语·先进》，第797页。

²⁷ 《论语·颜渊》，第817、873页。

²⁸ 《论语·阳货》，第1188页。

当前的历史进程中，一种以苏格拉底教学法为主、结合亚里士多德教学法和孔子教学法的复合教学法，也许是更好的选择。

六、教学方法与教育目的：职业、智识与伦理

面对同样的时代挑战和历史机遇，美国法学院需要在苏格拉底教学法的基础上更进一步，而中国则需要引入这一教学法，但是两者也许是殊途同归。教学方法自有短长，教学过程毕竟只是手段。选择什么样的教学方法，归根结底取决于我们选择的教学目的。很多老师和同学会想，像苏格拉底教学法和孔子教学法那样让学生发言不是浪费时间吗？既然同学的知识积累有限，需要进一步学习，为什么不直接告诉学生“正确答案”？为什么我们要听那些错误的意见？因为，这样的教学过程能够更好地服务于高等教育的教学目的，为学生在职业、智识和伦理三个层面的全面发展打好基础。

法学教育包含了三个基本层面，三个层面逐级升高。第一种是职业的教育，也是最低的教育目标。从法学教育来看，教学过程需要训练将来作律师、作法官的知识精英怎么去讲道理，怎么去说服公众。讲道理不是给自己听的，是要说服别人。但是由于缺乏修辞和说服的训练，当代中国的许多公共意见包括法律意见，都是空口说白话，大道理压人，最终只能自说自听，越讲自己越相信，但是说服不了别人。而且，一遇到相反的观点，最后往往是双方都是一肚子火气，谁也说服不了谁。但是我们将来作了法官也能这样吗？将来进行谈判，大家僵持不下的时候，又该怎么去处理这样的问题？大学教育需要训练学生发挥自己的智慧，找到一个新的突破口，解决或者绕过争议。我的一个学生现在作律师了，我问他合伙人怎么样，他说非常好。我问好在哪里，他说每次大家谈判僵持不下的时候，这个合伙人几句话就解决了问题。语言的技巧既有天生，也需要训练，在学校的时候不学，将来不会自然而然就有。而且，一个人的大学生涯，处于最能学习、最能培养这个能力的阶段，将来，由于幼态持续结束了，会越来越难去培养这种基本技能。大学教育需要训练学生运用自己的智慧，找到问题的突破口、解决或者绕过争议的职业能力。

第二点是智识教育。比如苏格拉底教学法和孔子教学法其实提供的是一个学生之间甚至是师生之间的智力竞赛。老师问一个问题学生没想到，学生问的问题也会迫使老师必须后退一步，都是激励。同学之间，他答的好，你答的不好，就是比较。在这个过程中，没有人看发言者长的丑，是男是女，家贫家富。比的是才华。在这个过程中，同龄人之间的竞争是成长和学习最大的动力。高等教育必须创造某种机制，让学生展开竞争，而不是教师的一言堂。我们都说，苹果自己独食，智慧大家分享。我自己运用苏格拉底教学法的最大体会就是，一堂课，学生能收获什么，不在于老师，而取决于这批学生自己贡献了多少智慧。学生在这个课堂上得到了什么，老师只是给一个引导。最终是看同学里边最聪明的人能贡献什么。

我在耶鲁读书的时候，卡拉布雷西（Guido Calabresi）教授教侵权法，他是前耶鲁法学院的院长。他评论起当年的学生比尔·克林顿时说了两句话。其一，这个人道德不好，大家不要学他。其二，当年读书的时候，他就是这个班最聪明的学生，大家都从他的发言中获益。我们的课堂也是这样，在这个过程中，要让好的学生能够脱颖而出，要让一批优秀的学生互相激励，共同进步。这正是我们教学的目的。

第三，更重要的是，苏格拉底教学法和孔子教学法的核心是伦理教育，尤其是培育思想的自由和表达的责任。中国人都知道，北大最有名的是蔡元培校长的八个字，即北大办学的精神，兼容并包、思想自由。兼容并包不易，思想自由更难。思想自由之艰难，其实主要不是源自外在的钳制，而是由于我们越来越难以接纳其他人的不同观点，被自己的偏见和无知所囚禁。尤其到了一定年龄以后，越来越听不进别人的话，老师之间更是这样。而且很多时候，人们重复的经历就像本科生的第一次作业，总要找一個思想权威，狐假虎威，而无法提出和论证一个自己独立思考得到的观点。因此思想自由的焕发，首先需要从权威意见中解放，多角度提问，多角度思考。了解和尊重不同的观点，特别是和自己相反的观点，才能更全面也更深入地思考问题，避免无知造成的专制，更好地反省自己的偏见。也只有这样，我们才能自己意识到，其实很多时候我们之所以能够心安理得，只不过是从来沒有反思自己依赖和重复的偏见而已，仅仅是因为对自己的偏见抱有不可动摇的信念而已。而我们的偏见，有些时候，也许和当年男性普遍歧视女性的偏见，和当年人们认为劣等民族应该被屠杀的偏见，在意见层面上没有本质的差别。这一点，尤其需要老师以身作则，而孔子教学法无疑有助于此。

苏格拉底教学法和孔子教学法的基本方式，都是师生之间的反复追问。问题没有答上来，学生乃至老师会感到脸红。这也是好事，让学生和老师以后好好准备，下次课给出个更漂亮的答案。羞耻感是美德的基础。无知而不知羞耻，也就不可能有学业上的进步。同学之间也会比较，一个学生给的答案不如人家好，难免嫉妒人家。或者人家提了相反观点，就觉得跟他没法交谈。这都是我们的课堂，应该是通过理性交流加以解决的问题。不论是老师还是学生提出的问题，其实都是培养每个学生都能提出或者回答这样的问题，而不是对某些细节智识的灌输。如果是对具体知识的灌输，没答上来，那可能是有一个否定评价。但思考能力的培养，就是通过犯错来实现的。理解了这一点，那就没什么不好意思。这个过程，要训练学生不要被动参与。而是在被问到的时候，把握机会，表达自己的观点。甚至在没有被问到的时候，也要自己寻找机会，提出想法。只要学生能确信，他提的这个想法有理有据，就像孔子的学生那样。通过这样的追问，我们知道，我们讨论的问题，至少不是像我们初看起来那么简单，它有很复杂的一面。哪怕这个问题就是很简单，通过讨论可以发现，其实人们各执一词，各有各的信念想法，需要互相尊重和理解，这一点也是重要的。其中归根结底还是老师的鼓励与引导。只有老师具有苏格拉底和孔子那样的美德，才能培养出柏拉图和颜回那样

的学生。

哪怕提出的问题太过尖锐，有时候甚至很扎人、很刺耳，也有助于培养学生摆脱情绪化的理性思考能力。什么是理性能力？理性归根结底需要一个辅助，就是摆脱情绪化。我们尤其在讨论一些触及基本道德观念的问题时会看到，学生很容易把自己的自卑、自己的愤怒、自己的冲动和焦虑都带进去。这些都会妨碍我们在理智上去思考问题，使得学生那个时候不再清醒了。情绪偏见结合在一起，就无法接受别人哪怕是更为合理的意见和任何智慧了。不停的追问确实会让学生感到羞辱，为自己的无知、自己的浅薄、自己的偏见而感到脸红。而这恰是自由的起点，将他从偏见和情绪化中解脱出来。如果一个人，对于自己的偏见和情绪化已经心安理得，那么一有机会，他必然会成为一意孤行的专制者。专制自己，就必定专制他人。因此，自由不是放任。自由和放任之间有本质的区别。放任只是一种状态，你想做什么，就做什么。而自由是一种修养，是一种美德，因此必然意味着责任，意味着担当。自由是很沉重的，不是谁都有资格享受，尤其是享受内在的思想自由。当一个人被自己的偏见和激情控制的时候，法律给了他自由，又有什么用处呢？

更重要的是在教学过程中，包括教师自己，认识到自己的无知。苏格拉底教学法的展开过程，是不断地反思我们自己的信仰和生活。如果说高等教育还保持着哲学最核心的美德的话，是因为它不简简单单是处理概念、条文或者结论本身。它始终关注的是人们的生活。在讨论和思辨他人案件的过程之中，我们不可避免要对自己的人生观、自己的生活方式，对自己以往的生活经历进行反思。问题在于，我们是不是有足够的勇气、能力去面对和进行这样的反思。学习，需要勇气，需要一种坦荡，需要对学问本身的赤诚。做不到这些，你就不能真正地学到本事，提高能力，就不是最好的学习。

因为，耐心聆听和公开表达，是建立在一些德性的基础之上，比如尊重他人，相信他人，以及自尊自重。训练这些素质就是在培养尊重他人的品格。尊重他人，有智识上的，也有人格上的。教学首先需要培养在智识上的互相尊重，包括老师尊重学生，正像孔子教学法中对学生提问和反驳的尊重那样。老师必须首先以身作则。老师之所以敢于运用苏格拉底教学法和孔子教学法，是建立在这样一个基础之上，他必须相信和尊重学生，尤其是相信和尊重学生在智识上可能实现的突破。学生发表的观点，哪怕在老师看来多么不可思议和不可理喻，也值得去倾听，值得进一步追问。单一的亚里士多德教学模式，不认为值得让学生发言，不认为学生在课堂上可以贡献自己的智慧。他们认为学生只是听、只是记就行了、就够了。这是从一开始就没有平等对待学生，这是真正的智力上的歧视。而学生习惯了这一点，甚至会预期自己就是不如老师，就是要跟着老师亦步亦趋，完全忘记了韩愈的话，得道有先后，术业有专攻，如是而已。学生从一开始就把自己当作一块“心智白板”，只等大学毕业，老师在里面写满了，再拿回来，就完事大吉。这样的学生培养出来，不可能具有创造的活力，特别是创新的自信。

单一的亚里士多德式的灌输教育,实际上对学生是一种人格上的扭曲。智识上的不尊重,无疑是对人格最大的不尊重。当老师培养一个学生成为自由人,并不会因为一个人在这个时候还无知、还有偏见、还会犯错误,就认为不值得去倾听,就认为他不可能贡献任何智慧。如果在高等教育阶段就没有培养学生的自由人格,那么一个人到了社会上,进入到等级制森严的单位体制,就更难形成健全的心态。最重要的是反过来,当他们自己也成为领导者、成为老师的时候,他会对自己的学生、助手、职员采取同样的态度。当年一个人被人家蔑视、轻视的时候,他多多少少会在将来有一天传递给别人。很多中国高等学校的老师批评中国社会不自由,我们有没有想想,这种不自由是不是一开始恰恰是老师给种下的。当大学的学者都呼吁素质教育的时候,这是不是叶公好龙,其实呼吁者自己并不是真的能够承受?是不是大家说的时候都觉得那个东西很好,可是自己做的时候又很少会照着做到?当我们在以一种师傅带徒弟,或者更严重一点,以一种主人对随从的方式来教育学生的时候,我们怎么能期待将来学生在社会生活中,无论是担当高级的岗位或者是普通人,能够保持一种自由的品格呢?自由和责任,毕竟很大程度上是一种习惯的养成。

除了尊重和信任以外,高等教育的重要职责还有心智开放。老师和学生在教学过程中都需要明白,一个学生在回答问题时出现了错误,很可能意味着其他没有被问到的同学也会犯同样的错误。这一错误不过是假手这个被问到的同学暴露出来而已。我们必须学会从错误中总结经验。因为人类就是这么进化的,是一点点摸索的、一点点积累的。后人如果说能比前人多多少少有一点优势的话,只是因为前人犯了的错误我们现在可以看到,将来尽量避免。学习也是这个过程。而且,我们真能理解别人的错误到底错在什么地方么?常常不是如此,常常是我们看到别人的错误很容易,但我们也会犯同样的错误。因此要耐心地从别人的错误里学习,那不是在浪费时间,那恰恰是教育和学习的目的本身。孔子那样的圣贤都能耐心等待学生的提问,耐心纠正学生的错误,耐心引导学生的发展,我们就更应如此。

法学高等教育的中心任务,是实现学生的自我教育。这必然要“逼迫”着一个人成长,不是作为一个尚且幼稚、残缺的对象被灌输、被教育、被改造,而是作为一个完善的成熟的智识个体,得到真诚而平等的尊重,耐心而敏锐的聆听,和智识与修养的锤炼。归根结底,教育蕴含了一个普遍而持久的人类信念:通过知识的传承,托付未来的希望。

(部分内容发表于,凌斌:“改造我们的教学:以法学教育为例”,《中国大学教学》2010年第1期)

法学论文写作·课程总结

凌斌*

一、课程的意义

从2008年起,我开始在北大法学院开设的《法律信息概论》(本科生)和《法学论文写作与研究方法》(研究生)两门课程。都是选修课,合在一起上。课头是借的现成,但是在我手中变成了“论文写作与资源检索”。经过几年的教学积累,我于2013年出版了教科书。

《法律写作与检索》(Legal Writing and Research)是国外法学院普遍开设的基本课程,但是在国内法学教育中长期缺席。这当然不是中国学生的资源检索和论文写作水平已经超越了这一初级阶段。而是中国法学教育最为欠缺的一部分。

论文写作与资源检索,本该是法学训练旨在培养的基本能力。不仅是法律学生的课程论文和毕业论文,就是律师职业的法律意见,法官判案的司法判决,乃至出国读书的申请材料,都离不开这一基本能力的运用。法学学位论文写作,是所有法律写作的基础。法律意见,司法判决,以及其他各类的法律写作,都需要法学研究的基本功。这也是法学院为什么要以“毕业论文”作为学生培养的最终考核标准的原因所在。

只是,这种最为基本的法学技能,如今变成了法学教育的鸡肋。尽管学生毕业都要提交学位论文,但是从学院到学生自己大抵是在走过场。很少有老师在认真教学生如何写论文,也很少有学生在认真写论文。老师和学生都觉得那些专业课程教授的法学知识最为重要,很少有人真把毕业论文当成一个重要的法学训练过程。很多学生毕业论文都是东拼西凑临时将就的,不要说写作技巧,就是基本的材料和结构都不过关。这样做出来的论文,质量可想而知。老师看了,虽然不满意,也只能高抬贵手,不好在自己手里断送了学生的大好前程。就算有老师想负起责来,无奈学生没有这个心思,强扭的瓜终究不甜。研究生既是如此,本科生就更不用说。最后的结果,是老师学生一起糊弄,也不知道是糊弄的谁。最终吃亏的是学

* 北京大学法学院副教授。

¹ 凌斌:《法科学生必修课:论文写作与资源检索》,北京大学出版社,2013年。

生自己,耽误的是中国的法学事业和法治事业。

法学教育在论文写作和资源检索方面的欠缺,也已经严重影响到了法律实践。我到法院挂职后,这个感触尤其深。工作在第一线的法官,只要有了多年的实践经验,自己肯用心,业务上都不会差。在一些具体问题的处理上,还常常有自己的高招,会比一般的学者见解深刻。但是,法官们普遍缺乏理论研究的能力,不善于总结自己的工作经验,更不善于从中提炼理论命题。这一点在法院系统的论文比赛中表露无遗。很多法官业务很不错,也总结了不少办案规律,但是一写论文,完全用不上。所写的和所做的完全不相干。一些在法院已经工作多年的青年干警,甚至还在拿当年在学校写的论文充数。我知道这不是因为他们不愿意公开自己的秘方,而是真的不会写。他们以为论文就是要寻章摘句,非得套用现成的理论、通说不可。他们没有把理论研究当成自己业务实践的一部分,不知道如何通过理论研究改进自己的实际工作。他们不会用学术的方式来表述自己的心得体会,也不会用理论的方式阐释和分析自己面对的实践问题。据我所知,律师界的情况也很类似。这就使得中国的司法经验和法治问题,始终停留在技术层面,难以实现理论提升,难以获得自我理解和自我证成,更难以进入普遍的、可交流的知识系统。这对于中国的法治发展和法律实践无疑是一个无形的但却严重的障碍。这里当然不应忽视,一些法官、检察官和律师已经表现出非常出色的理论才能,很多研究毫不逊色甚至超过了职业学者的学术水平。但是这些法律职业者的理论创新,更多来自于他们的自我探索,得益于他们的学术天分而不是专业训练。而从实务界的总体状况来看,从业者普遍缺乏自己国外同行所具有的学术研究能力。以至于,“学术”研究在中国法律界和法学界都被当做了脱离实践的高深理论。这当然不是实务界的责任。问题出在法学界。是法学教育在学术研究上的训练不足,导致了法律实务在职业实践上的能力欠缺。

造成这样的结果,不该埋怨学生和实务界。法学院和法学教育的老师,首先应当重视,把查资料和写论文当成重要的法学教育内容。如果就是靠最后答辩时杀鸡骇猴,那也是不教而诛。既不开设课程,也很少专门指导,我们能够指望,学生每天坐在教室里听老师讲课,就自然而然学会如何查资料、如何做研究么?不应当苛责学生,更不应当推卸学院和老师自己的责任。法学院应当开设关于资源检索和论文写作的课程。

二、一些经验

学生最常提出的问题,是“不知道写什么”和“不知道怎么写”。或者用叶圣陶先生的话说,“‘怎样获得完美的原料’与‘怎样把原料写作成文字’”。²这两种说法虽然不尽相同,但是总归包含了文章写作和资源检索两个内容。

关于法律写作和法律检索,坊间流行的书籍主要可以分成两类。一类是法学大家的学术心得,比如梁慧星,陈兴良,陈瑞华、郑永流、刘南平等学者在这方面的专著或论文。一类是图书馆学专家的检索教程,比如于丽英、刘丽娟、渠涛、罗伟等老师的教科书。这两类作品对于学生学者都有很大的帮助,对中国法学研究和法学教育都发挥着潜移默化而不可估量的推动作用。但是这两类作品也各有不足。学者论著,见解深刻、学问精深,而往往标准过高,初学者难以企及。这些论著主要集中于论文写作,很少涉及文献检索,所举例子虽然精妙,但却大体局限于特定专业。对于许多初学者而言,即使明白了师长传授的学问道理,也仍然难以上手操作,既不知道如何查找必要的资料,也不熟悉如何运用这些资料。专家教程,内容详实、图文并茂,而常常无的放矢,没有明确的针对性。这些教程主要集中于文献检索,很少涉及具体研究,内容主要是各个数据库的功能介绍,与法学专业往往缺少结合。对于许多初学者而言,即使了解了这些数据库的使用手册,也仍然难以运用到自己的专业学习和论文写作当中,甚至很难生出学习的兴趣,更难通过数据检索找到研究的方向。总之,学者论著偏于写作、侧重原则,而专家教程偏于检索、侧重技术,两者各精一道,却也各有所失。对于一个初学者而言,写作水平和检索能力都很不足,如果不能结合起来,很难真正掌握法学研究的基本技能。这就如同一个人要学开车,一个教练只教如何用手,一个教练只教如何用脚,他就是把两方面都学得烂熟于胸,还是不知道如何驾驶。正如驾车需要手脚配合,法学研究也必须结合文章写作和资源检索两种能力。

本课的第一个特点,就是从初学者的角度出发,结合了写作和检索两方面内容。总结三年来的教学经验,我一般是把这门课分成三个部分,第一节讲检索,第二节讲写作,第三节上机练习。具体而言,就是选择一个法学专业的研究实例,首先讲解如何通过文献检索查阅与研究主题有关的已有资料,再教授如何处理和组织这些资料,将之加工为一篇合格的法学论文,最后是布置练习题目,让学生自己操作,并且随时回答学生的问题。当然,在整个教

² 叶圣陶:《怎样写作》,中华书局,2007年,第2页。

学过程中,学生都可以边听讲边操作,即学即练。

教学按照写作的规律,分成了几个部分。从提问、选题到开头、结尾,从谋篇布局到研究方法,从“文献综述”到“法规梳理”、从“制度比较”到“案例分析”。本书的每个部分,都是包含了检索和写作两部分内容,既结合具体的研究实例讲解如何检索资源,又结合各类的资料来源教授如何写作论文。对于一个初学者来说,法学研究的首要难题,就是“巧妇难为无米之炊”。主要的难点,不是如何查阅已知文献,而是如何搜寻未知文献,不是有米做饭,而是找米下锅。资源检索就是一门“帮助巧妇找米下锅”的学问,而法律写作要解决的则是“巧妇是如何炼成的”这个问题。所以本课始终力求兼顾“如何找米下锅”和“如何炼成巧妇”这两个相互嵌套的问题。书中还设计了一些上机操作的练习题,就是让学生亲自“下厨”,实现“巧妇做成有米之炊”。

本课的第二个特点,就是尽可能多举研究实例。比如在法律数据检索方面,就结合了“刑事附带民事诉讼以及刑事和解”问题和“遗嘱继承与夫妻共同财产制度”问题。这两个研究实例贯穿在“文献综述”、“法规梳理”、“制度比较”和“案例分析”等各个部分。此外,在各部分教学中,也会结合一些法学大家和优秀学者的作品以及我自己过去所做的各类研究。这些作品并非都是各学科的最好作品,但都是规范的、可学的作品。因为本课的定位始终是合格的法学论文写作。正如孟子所说,“梓匠轮舆,能与人规矩,不能使人巧。”³

本着结合写作和检索、服务于初学者的上述目的,本课的第三个特点,是尽可能发挥各方优势,包含了法学学者、图书馆专家和数据库开发者的共同智慧。本课来自于众多授课者的讲授内容。

首先是北大法学院图书馆的各位老师。前任馆长叶元生老师的热情鼓励,给了我开设这门课程的信心和决心。也是叶老师的引荐联络,我认识了后来给我鼎力支持和无私帮助的北大图书馆的各位老师。叶老师还亲自为这门课讲授了“图书分类法”专题。接任的陈志红馆长,继续毫无保留地给予了大力支持,不仅将新启动的法学图书馆的多媒体教室提供给我们,使学生可以在上课过程中随时上机操作,还用了很多时间和心思备课,亲自为学生讲授法律图书的资源与检索,继续传承一个法律图书馆人的责任与理想。法学院图书馆的尹力老师和其他馆员都给予了我很多帮助。还有“北大教学网”的赵国栋老师和其他各位老师,为本课的课程组织提供了很多便利,还为本课提供了多媒体教室。

³ 《孟子·尽心下》。

其次,是北大法宝、法意、Lexis、Westlaw 和 Heinonline 数据库的各位专家的参与。法宝的赵晓海老师和郭叶、李川东、何远琼各位同仁,不仅亲自为学生们授课,还对这门课程建设给予了许多宝贵的建议和支持。法意的陈浩、何敏老师, Lexis 的毕丽娟、黎明、岳亭老师, Westlaw 的何堤、陈琳老师,以及各位专业的培训师,在与我讨论课程内容时,他们始终从教学效果出发尽可能为学生们量身定做。他们的专业经验和精彩讲解,不论对我本人还是对所有学生都是极大的帮助。

同时,北大图书馆信息咨询部的各位老师,给了本课鼎力支持。北大图书馆购买了丰富的数据库,供学生免费使用。刘素清主任总是尽其所能,不仅每学期都亲自讲授“电子资源检索”的导论部分,把信息咨询部的李晓东、游越、赵飞、刘雅琼几位老师都带入了课堂,还尽可能提供北大图书馆所能提供的一切便利。刘老师是以整个北大图书馆的信息资源和人力资源在支持这门课程。这些领域我原本很不熟悉,这些老师让我和学生都大开眼界。

最后,一些老师从学术研究的角度也给予了本课很多支持。白建军老师一直是法学实证分析的倡导者和力行者,不仅将自己的研究专著送给我学习,时常与我讨论学术问题,还专门抽出时间,亲自帮我代课。陈瑞华老师曾经到我挂职的法院为法官们指导论文写作,期间也给了我很多启发。后来阅读陈老师关于法学论文写作的著述,更是受益良多。如果我能更早获得这样的机会,本课一定会改进很多。本课将会邀请更多老师参与到课程建设当中。

三、教训与问题

这门课教了一些年了。有经验,更有教训。一个最大的教训,就是一开始定位太高。定位高,希望学生仅仅通过上一学期课程就什么都学会,是不切实际的。实际上,一学期 2 学时,又要学习法律检索,又要学习写论文,常常是只能浅尝则止。要改变这种状况,一是要增加课时,二是要降低标准。增加课时,可以把课程分成初阶和高阶。初阶课程,面向低年级的本科生和研究生,面向初学者,重点在论文写作的基本常识和资源检索的基本技能。学生具备了基本的常识和技能后,可以开设高阶课程,面向高年级、即将准备毕业论文写作的学生。高阶课程,以能够写作一篇合格的毕业论文为目标,在写作和检索的经验与技巧上,有进一步的训练和培养。

不论是初阶还是高阶课程,都需要强化训练。不论是写作还是检索,仅仅是老师讲,都是远远不够的。必须边写边练,才能让学生有实质的提高。有时候看会不等于学会。应该让学生多下些功夫,把基础打牢。不论文献检索还是文章写作,都偏重于技能而非知识。知识的学习容易,多讲多考,学生自然多记多背。技能的学习困难,即使倒背如流,也可能不得要领。从老师的角度来说,唯一的办法只能是多做训练。这样才会像叶先生讲的,“使学生的东西变成他们自己的东西”。⁴而从学生的角度来说,也需要把自己当小学生,从基本功练起,多查多写。

强化训练,需要取得学生的理解。很多时候学生都是习惯于听,而不习惯于练。每学期开学,我都要给学生做思想动员。学习的目的不是过程,而是结果。就像比赛要赢得锦标,学习要学到了本事才算。要赢得比赛,就必须投入比赛。要学到本事,就必须投入学习。一个课堂就像一个猎场,所有人都是猎手,每个学生,也包括老师。重要的是带着自己的猎物,满载而归。学生必须“上手”,必须“下场”,必须和所有竞争者展开角逐。一个总是把自己的猎物分给年轻猎手的老猎人,是不负责任的,甚至是害人的。好老师应当逼着学生自己学会研究,就像好猎人必须逼着后辈自己学会打猎。老猎人对年轻猎手的训练就是让他们彼此竞争,如果他们都表现得太过平庸,就必须亲自下场示范,猎杀一只猛兽来羞辱他们。老师对学生也需要如此。然而,由于精力所限,也由于对课程评估的顾虑,我常常不能坚持对学生的严格要求。这方面,虽然思想动员能够起到一些作用,但是,从这几年的教学情况来看,效果很有限。还需要探索更好的办法。

还有一个问题,是教和学的关系问题。一方面,学生和读者自己能够学会的,课上就没有再教。比如关于学术规范和注释体例的内容,只是要求学生自己阅读。自己摸索,有自己摸索的好处。不论好坏,总要有个开始。只要完成了第一个作品,就自然有了心得体会。许许多多看起来很难的事情,往往只是因为第一层窗户纸没捅破。捅破了这层窗户纸,就是一个天地。只要坚持住了,总有柳暗花明、云破月开的时候。但是,另一方面,学生的自觉程度不一样。尤其中国学生习惯于听老师讲,不习惯于自己学。这方面,要调整好两者各自的比例,也需要经验教训的总结。

这个强化训练的过程中,需要更多助教参与进来,因此也需要就助教的组织和培训,总结更多的经验和教训。

⁴ 叶圣陶:同注2,第137页。

四、结语

我自己是一个初学者,一个文献检索和论文写作的门外汉。这绝不是谦虚之词。我自己的检索训练是在耶鲁法学院读书的时候才开始,基础很不牢固。我自己的写作才能虽然有幸得到《致谢》中将要提到的许多良师益友的指点,也上过钱理群、陈平原老师的现代文学课,但是天资所限,终归逃不出低手的宿命。但开这门课,正是因为我知道这一点。将心比心,我希望自己的学生和未来的才俊可以在更早的时候获得这么方面的训练。如果中国的法学教育不尽早走出这一步,那么我自己的经历还会在后来的学生和学者身上重演。没有好老师,不是停滞的理由。有好学生就够了。只要提供了这样的学习和训练机会,只要有一些学生确实有所提高,法学教育和法学研究的检索与写作水平,终究会提高上来。

我当初开这门课的目的,除了教书育人的公心,还有偷师学艺的私心。秉承着“古之学者为己”的先师教诲,我希望借着这个机会,可以补补瘸腿,自己先提高提高。因为当过老师的人都知道,备课是最好的学习,讲课是最好的复习。讲授本课和写作本书的过程,始终督促我重新学习,揣摩高手的典范作品,反思自己的研究经历,雕琢自己的写作手笔,了解更多的数据资源,摸索更实用的检索技巧。更何况,还有请来的这些老师和专家,让我真正正做回了学生,可以从最基础的也是最重要的那些内容学起。这实在是很开心的事情。我常常从这些老师和专家的讲解中获得灵感,发现可以着手去做的一些新的研究方向。我希望今后能够把这些计划付诸实施,那时就可以有更多的经验和实例与同学们和师友们分享。

同时,做老师还会获得的一种快乐,就是从学生那里学习。一堂课上完,收获的不仅是学生,也包括老师。把学生当成自己的老师,这是我从学生变为老师以后最快意的事情。就如同父母会从孩子身上懂得生命的意义,老师会从学生那里懂得知识的意义,学术的意义,真理的意义。“教育”是相互的。父母子女的养育是如此,老师学生的教育也是如此。他们也许现在还不能体会,教学的目的虽然是教会学生,但是教学的结果,却常常是教会了老师。而且老师常常会比学生学到的更多,因为老师投入的心血和时间更多。我必须感谢我的学生们。我从他们那里学到了很多很多。

所以,作为一个初学者和门外汉,我仍然敢于开设这门课程,和学生们一起学习,一起成长。也为了更多的学生加入进来,我愿意把这门课程的经验教训,拿出来现世,供大家垫脚。我希望能够与老师们产生共鸣,相互激励,共同完善这个领域的课程设计和教学方式。

因此,尽管微不足道,我仍然愿意将之视为提升中国法学教育和法学研究水平的一种努力。

最终,“为己之学”,亦可以是“为人之学”。为己为人,终究是孟子所说,“君子欲其自得之”:“自得之,则居之安;居之安,则资之深;资之深,则取之左右逢其原。”⁵希望本课能够成为“君子自得”的铺路石吧。

⁵ 《孟子·离娄下》。

财税法学科的综合化与多元创新之路*

——从北京大学财税法专业的演进展开

刘剑文** 耿颖***

摘要:在我国市场经济深化完善、法治进程不断加快的整体形势下,社会对财税法人才的需求日趋旺盛,财税法教育受到了越来越多的关注。作为一门“朝阳学科”和现代法律领域,融贯理论与实践,兼纳本土与域外,建构综合性、专业化、多层次、高质量的人才培养体系是财税法教育的路径。在当前全国财税法教育格局中,北京大学财税法专业起步较早、发展较快,通过对其经验的总结、不足的反思,能够为我国财税法教育的整体迈进、多元创新提供参照和指引。

关键词: 财税法; 学科发展; 综合化; 多元创新

财税法以财政收入、管理、支出过程中的法律关系为研究对象,是一门新型的、交叉性、应用法学学科¹,亦称“领域法学”。在过去较长一段时间里,财税法学被视为行政法学或者经济法学的一个分支,未能得到充分、自由的发展,但随着经济社会的变革、财政税收活动的扩张和法治建设的深化,“公共财产法”、“理财治国”理念引起广泛共鸣,财税法治作为现代国家治国理政的必由之路,其重要地位日渐受到中央决策层和社会各界的肯认。《十八届三中全会公报》指出:“财政是国家治理的基础和重要支柱,科学的财税体制是优化资源配置、维护市场统一、促进社会公平、实现国家长治久安的制度保障。”日前,中共中央、国务院印发的《党政机关厉行节约反对浪费条例》从公共财产(即通常所说的“公款”)监督的角度对公务活动、公款行为进行约束,再次使财税法学科受到全社会的高度瞩目。

借助这股强劲、持续的“东风”,财税法被置于关键的地位,财税法学科的教学工作也随之受到越来越多的关注,形成了具有独特的价值、内容和目标的教育体系,并不断探索更

* 本文刊发在《中国大学教学》2014年第2期。

** 北京大学法学院教授。

*** 北京大学法学院财税法硕士研究生。

¹ 民国时期财税法学者吴崇毅在上世纪30年代曾大胆预言:“财税法学应当成为独立之学问也”,学术界“有将财政法为特殊之法学之趋势”,而且“在法律观点上,则各种学问皆为相等地位”。参见杨大春:《中国近代财税法史研究》,北京大学出版社2010年版,第125页以下。

加专业化的人才培养方案、创新型的教学研究方法与兼容并包的综合学科视野,从而经世致用地因应对财税法人才及成果的日益增长的时代需要。在全国各地的高校及其他教学机构中,北京大学财税法学科居于较为领先的地位,堪称“北京大学法学院的优势学科、特色学科和品牌学科”²。通过回顾北京大学财税法学的演进历程,总结其经验,反思其不足,可以为我国整个财税法学科的长远变革提供路径上的借鉴和启发。

一、财税法学科发展纪实

要回答财税法学科“往哪里走”,首先应解决的就是这个学科的定位问题,这也决定了“用怎样的步调走”以及“能走多远”。环视世界主要国家财税法教学的情况,税法和财政法的独立化是一个普遍趋势,从封闭的法学科“牢笼”的拘囿中“解放”出来的财税法学^[1]得以建构自身的内容体系、挖掘自身的理论纵深,成为很多国家的一门“显学”。同样的,北京大学财税法学科在打破传统的学科格局的过程中,逐渐拓展财税法学的发展空间,形成了独立于“部门法学”狭隘范畴、以统合各方面知识解决问题为导向的“领域法学”。

北京大学财税法学科建设的显著特点之一是起点高,即以招收财税法博士生为学科建设的起点³。1999年9月,刘剑文教授在全国率先招收财税法学方向的博士研究生。到2013年,招收博士研究生35人,已毕业28人,其中16人在北京大学、中国政法大学、中央财经大学、中国社科院等大学与科研机构从事财税法教学和研究工作。

2004年9月,北京大学推动了全国首家法律硕士研究生(财税法方向)的创建,培养了大批实务型财税法专业人才。到2013年6月,已从财税法方向毕业的法律硕士研究生共计310余人。

2008年9月,北京大学法学院创设全国第一家财税法二级学科,即法学(财税法学)专业,并招收法学硕士研究生。从1999年起,已毕业财税法专业(或方向)的法学硕士研究生42名,他们中有些继续深造法学博士,有些就业于中央部委或者四大国有银行、大型国有企业、“四大”国际会计师事务所、省市级以上司法机关、律师事务所等法律实务单位。

2013年9月,北京大学法学院开始招收法律硕士(法学)专业学位研究生,财税法和金融法、商法、国际商法、电子商务法是试点开设的五个专业培养方向。法律硕士(法学)

² 2012年6月21日,由施天涛、时建中、汤贡亮、郭锋、甘功仁、陈少英、熊伟、朱大旗等8位校外教授和张守文、潘剑锋、陈兴良、沈岍、汪劲、王磊、甘培忠、徐爱国等8位校内教授组成了学科论证专家组。16位与会专家一致认为:“财税法学科是北京大学法学院的优势学科、特色学科和品牌学科。”

³ 不过,我国第一个财税法专业博士点于2013年6月获得厦门大学学位委员会评审通过,并上报教育部备案,计划从2015年起招生。

采用推荐免试方式从本校及其他一些高校招生,经过材料审核、法学专业知识笔试、面试考核,初步录取45名同学。尽管华东政法大学、武汉大学等其他一些高校在此之前就已经开始招收法律硕士(法学)研究生,但北京大学此番专门招收财税法专业的法律硕士(法学)研究生,是一项开创性的举措。

二、成就与经验:体系化的学科建设

经过十余年的探索和改革,财税法学科在招生层次、师资建设、课程设置、教材编纂等方面均积累了丰富的经验。以招生为主线、师资为依靠、课程为本体、教材为纲要,体系化的教学范式已现雏形。

(一) 招生层次全面

在专业研究生培养上,财税法学科既包含偏重学术型的法学硕士、法学博士,又包含偏重实务型的法律硕士(法学)和法律硕士(非法学),教育规模的扩大化与内部结构的有序化并举。可以说,多层次的人才体系不仅能够满足有志于从事财税法相关职业的学生们的不同要求,亦有助于实现有所差异的培养理念和目标,完成学科各梯度教育间的衔接与整体构建。

(二) 师资队伍强大

财税法学是一门兼具理论性与实践性的现代法学学科,对授课教师的法理功底和职业技能都提出了较高要求。北京大学财税法学科的相关课程由7名拥有高级职称的教员主讲,其中教授、博士生导师5名,副教授(副研)、硕士生导师2名。另外,还从全国人大常委会、最高人民法院、最高人民检察院、财政部、国家税务总局等中央国家机关,以及著名律师事务所、“四大”国际会计师事务所等聘请数十位法律实务人员担任兼职导师,对实务经验的补充起到了促进作用。

(三) 课程设置规范、合理、多样化

课堂学习构成了学生群体获取知识和讯息的主要渠道,内容充实、搭配科学的课程设置方案对财税法学人的进步无疑至关重要。通过不懈创新,本科生专业选修课《财税法学》成为“北京大学精品课程”,该课程以讲授财税法学基础知识为主,辅之以适当的理论拔高和热点事件分析。《税法专题研究》和《财税法案例研究》这2门课程被列入“北京大学研究生课程立项建设计划”,此外还开设《财政法专题研究》、《国际税法专题》、《外国税法专题》、《财政宪法专题》、《行政法学专题》、《民法总则专题》等,并且拟定开设《金融税法》、《税收筹划与法律》等前沿性课程。这些课程从专题讨论、案例解析的角度,大大提高了研究生

哈佛大学、纽约大学等均是世界闻名的税法教育机构,提供诸如 J. D.、LL. M. 和 S. J. D. 等多种税法学位,开设的课程达 60 多门。^[4]因此,我国的财税法教育应站在法学本科、法学硕士、法律硕士、法学博士的落脚点上,不同层次的财税法教育担负着不同的使命、目标和责任,并共同致力于一个高度专业化和应用性的现代法律学科的壮大。

(一) 着眼于通识教育的财税法本科教育

本科教育应该按照以通识教育为主的原则实施,这在财税法领域也不例外。大学不仅是知识中心,更是人类社会的精神殿堂,一般的综合性大学除了法学以外,还广泛地开设诸如社会学、历史学、文学、心理学、美学等选修课程。“学生从大学所获得的,不是零碎知识的供给,不是职业技术的贩售;而是心灵的刺激与拓展、见识的广博与洞明……如此,学生就会发展和珍视伦理的价值、科学的类化、审美的态度,以及各种政治、经济和社会制度所以存在的意义。”^[5]具体到财税法教育来说,本科阶段的财税法教育既在很大程度上构成了法科学通识教育的组成部分,其本身又应当着力于财税法基本、主干知识的传输,由此在初学者的头脑中搭建起财税法的整体框架,并潜移默化地熏陶财税法定、民主、公平等理念。

同时,从综合研究的视角审视,财税法中的很多内容不仅与宪法、行政法、民法、刑法、诉讼法、经济法等其他法律领域有着紧密的联系,还广泛地借鉴了经济学、政治学、社会学、人类学等学科的研究经验、思路和方法。所以,踏实地掌握各相关部门法的基础知识,涉猎人文科学、其他社会科学的优秀成果,这种“学而不同”的开放心态有利于拓宽初学者的视野,“先放后收”、厚积薄发的研习路径保证了财税法律人的后续发展,对其今后步入实务或学术岗位都颇有裨益。

(二) 为学术研究做准备的财税法法学硕士教学

法学硕士教育制度设置的初衷是为法律教育和科研机构培养学术型人才,它所预期的毕业生是学术法律人(Academic lawyers),而非实务法律人(Practicing lawyers)。^[6]财税法法学硕士的目标是通过对本专业专而精、全面而细致的学习和研究,使研究生掌握基本原理、原则、理论和思维,强调学术性和理论教育指向。作为学术型教育的过渡环节,2至3年的法学硕士一般还不能满足理论研究的需要,因此,财税法法学硕士教育的一个重要目标是为博士教育发现人才、培养人才。

出于上述培养宗旨,一方面,财税法法学硕士的教学方法不能等同于本科阶段,不能简单地灌输和重复财税法基本概念、基本规定,而应注重讲授法、案例法和讨论法的结合,以专题研究为脉络对财税法的主要方面进行梳理和提炼。另一方面,考虑到法学硕士的理论水准和问题意识尚未达到博士生的高度,授课教师高屋建瓴的指导无疑富有启发意义,并可以

在必要时穿插以适当的教师讲授,强调理论知识与实务知识并重,以此培养学生自主发现问题、独立分析问题和综合解决问题的能力。

(三) 培养复合型专业人才的财税法法律硕士教学

相对于本科阶段的通才式教育和法学硕士阶段的学术式教育,财税法法律硕士教育更具实务教育的性质,重视培养学生的灵活运用法律知识、熟练掌握职业技能和思维、驾驭法律信息资源、联系实际解决财税法问题等“关键能力”,并不单纯以研究法律理论为最终导向。2009年教育部下发《做好2010年招收攻读硕士学位研究生工作的通知》(教学[2009]12号),指出要积极稳妥地推动中国硕士研究生教育从以培养学术型人才为主,向以培养应用型人才为主的战略性转变。因此,我国财税法法律硕士的培养应定位为“掌握法学学科坚实的基础理论和系统的专业知识,具有创新精神和较强解决实际问题的能力、能够承担某一特定领域法学专业相关工作、具有良好职业素养的高层次应用型专门人才。”

财税法法律硕士的实践型人才导向落实到培养方案上,首先,培养计划逐步实现“以学生自主制定为主导,导师辅助分析培养计划可行性”。例如,英国大学的课程型法律硕士⁴在入学时必须提交学习计划,由学生自己制定;^[7]澳大利亚课程型法律硕士培养计划则从方向选择、课程选择、学分、学年设置的灵活性上满足了学生的不同需求。^[8]个性化培养在满足学生对攻读法律硕士的知识需求的基础上,不仅能够激发研究生学习的积极性,增强其自主学习的意识,也保证了每个学生的优势得到最大化的发挥,即所谓“因材施教”。其次,研究方向和课程可以依托各高校具有特色的基础性法律学科,乃至人文社会科学、自然科学而设立,无需千篇一律、整齐划一。易言之,或复杂或边缘、或精细或高深的财税法领域,诸如金融税法、财政投融资法、房地产税法、国际税法、电子贸易税法等,均是可以开辟的财税法法律硕士方向。这便能够充分整合和利用该高等学校和科学研究机构的教育资源,提供一个更加开放的教育资源平台,供学生选择和探索最适合自己的发展方向。再次,在教育条件丰沛的前提下,法律硕士可采用开展模拟法庭、参加法律诊所、写作法律文书、代理民商事案件等多种教学方式,并协调设置核心课、选修课、集中强化课等课程类型,以回应欲从事法律职业的法律硕士知识结构要求的特殊性。比如,尝试引入澳大利亚设置“集中强化课”的做法,从教学实践中划出特定的时间段,邀请法学专家、法律实务人士等以讲座的方式进行讲学,保证法律硕士研究生对特定领域的研究现状、最新成果、热点前沿问题的了解和把握。^[9]最后,在培养高素质、专业型、实践型法律精英的大目标下,考虑到法律硕士(法学)接受过法学专业本科教育的学习经历,法律硕士(法学)与法律硕士(非法学)的培养方式

⁴ “课程型法律硕士”简称 LL.M., 类似于中国的法律硕士(法学)研究生。

应有所区别。其中,法律硕士(法学)教育偏重于法官、检察官、律师、财税行政机关等“典型”法律职业,法律硕士(非法学)教育则涉及与法律有关的其他行业的复合型人才,但这种区别同样不宜固化。

(四) 基础理论与实践能力并重财税法法学博士教育

博士研究生教育一般被认为是高等教育金字塔的顶点,总目标是为人类社会贡献更多的智慧。^[10]财税法博士阶段的“教育”更准确地说是引导、启发学生进行研究,使其对财税法学科有所产出和回馈,而不是一般意义上的传授知识、技艺的“教育”。经过本科阶段的基础夯实、硕士阶段的专题提升,财税法法学博士生已经具备了足够扎实的理论知识和从实践中发现问题的能力,对经济、政治、社会、文化等各种社会科学领域现象的认识更加深入和科学。因此,财税法法学博士应站在研究的制高点,既要高度重视对基础理论的挖掘,又不能空谈理论、脱离实际,而是应将经典理论与鲜活实践相结合,关注不断变化着的前沿问题,力求以理论指导实践、以实践锤炼理论,从而为我国的财税法治建设贡献出更多的智慧成果。

五、结语

财税法教育改革的前提是法学教育者、管理者正确认识财税法在学科体系中的作用和地位。在我国市场经济深化、法治进程加快的推动下,“理财治国”、财税法治的观念日渐深入人心,对公共财产的筹集、使用和管理处于上承国计、下接民生的重要地位。在这种形势下,不单单法院、检察院、财税行政机关需要更多的财税法人才,审计部门、纪检监察部门以及税务律师、注册税务师、注册会计师、企业税务总裁、税务警察等行业对财税法学高级人才的客观需求也呈现出不断增加的态势,由此足以看出,财税法学科建设方兴未艾、前景向好。在当前的财税法教育格局中,北京大学财税法学科可以说是北大法学院的特色和亮点之一,在全国和国际上都有良好的影响力;国内各个大学和研究机构也都在大力发展财税法,并形成了若干区域性学术中心。

展望未来,作为“治国安邦之道”和“纳税人权利保护之法”,中国财税法的发展关乎国家长治久安和人民安定幸福;作为融贯古今中外、包罗世事大观的“朝阳学科”,中国财税法教育的创新具有超越本学科的实践意义和引领作用。随着财税法教育客观资源的积累和重视程度的提高,以学术型人才和应用型人才并重为发展导向,进一步优化培养环节、课程设置、师资力量和教材编撰,强调理论与实践互动、教与学结合、知识与能力统一,从而打造高质量、综合性、多层次、立体化的人才培养体系,应当成为我国财税法教育的创新方向。

参考文献:

- [1] 葛克昌. 税法基本问题(财政宪法篇). 北京: 北京大学出版社, 2004: 6.
- [2] 张小军, 赵海兰. 后危机时代中国法本法硕培养路径选择——以比较法为视角[J]. 中国法学教育研究, 2010(4): 46.
- [3] 北京大学财经法研究中心. 追寻财税法的真谛——刘剑文教授访谈录. 北京: 法律出版社, 2009: 295.
- [4] 闫海. 财税法教育改革的思考与构想[J]. 黑龙江教育, 2006(3): 42.
- [5] 黄坤锦. 美国大学的通识教育[M]. 北京: 北京大学出版社, 2006: 1.
- [6] 戴莹. 法学硕士和法律硕士培养方式之比较[J]. 华东政法学院学报, 2005(3): 20.
- [7] 傅晶晶. 英国法学硕士教育制度以及对我国的启示[J]. 西南石油大学学报(社会科学版), 2010, 3(2): 77.
- [8][9] 王彬. 澳大利亚法学研究生教育的灵活性及其对中国的启示[J]. 学位与研究生教育, 2009(7): 76.
- [10] 冀祥德, 王崇华. 规范与特色: 中国法本法硕培养反思[J]. 西部法学评论, 2010(4): 3.

基于案例研究的案例教学课程[※]

——以《经济法案例研究》课程为例

李友根*

一、案例教学课程的基本定位

- 1、研读司法判例，了解司法实务
- 2、在案例中把握经济法原理、制度、规则
- 3、训练案例研究的方法

二、案例教学课程的设计

- 1、体系思路：经济法总论、市场监管法、宏观调控法
- 2、案例资料：指导案例、公报案例、其他典型案例、美国案例

三、案例教学的展开

1、问题的发现

类型化案例的搜集与裁判思路矛盾的展开

公立医院是否属于经营者、能否适用《消费者权益保护法》和《反不正当竞争法》？郑

雪峰、陈国青诉江苏省人民医院案；[†]宜昌市妇幼保健院诉宜昌市工商局案；[‡]

2、裁判思路的分析

张莉诉北京合力华通汽车服务有限公司案提出的两个裁判要点：汽车适用消法，经营者欺诈的认定及加倍赔偿责任的确定。[§]

第一，为何需要通过指导案例确认汽车销售欺诈适用消法？成都中院 2005 年案例背景：

第二，汽车销售中的局部欺诈如何进行加倍赔偿？全国各地法院不同赔偿基数的整理：

3、中美制度的比较

中国第 17 号指导案例与美国 BMW of North America, Inc. v. Gore 案**的不同法律背景、

裁判思路与惩罚性赔偿制度。

* 南京大学法学院院长。

† 载《最高人民法院公报》2004 年第 8 期。

‡ 载《最高人民法院公报》2001 年第 4 期。

§ 最高人民法院第 17 号指导案例。

** 517 U.S. 559 (1995).

4、案例研究的训练

- (1) 案例的搜集方法
- (2) 案例的类型化整理

四、案例教学的前提

- 1、教师的案例研究
- 2、学生的资料研读与讨论

在实践中的法律启示与建议

宋鱼水*

各位老师、同学们：大家好！

我汇报两部分内容，一是关于我院与北大法学院的合作，二是我本人作为授课法官的体会和建议。

一、关于海淀法院与北大法学院的合作

秉承着“开放、合作”的工作理念，以及王成教授曾在我院 10 年的工作经历，我院很早就开始了与北京大学法学院的交流合作，内容涉及合作开展课题研究、案例研讨、法官培训、学生实习等多个方面。近几年，双方合作力度进一步加大。2012 年，我院与北大法学院正式签署了共建合作协议对合作成果进行了固定并深化，使合作更加制度化、规范化。其中，就对合作开设审判实务课进行了确定。

我院与北京大学法学院在很多年前就尝试合作开设审判实务课，由我院选派优秀法官到北京大学，结合司法实践为法律硕士授课。已有 40 余位法官先后在北京大学担任过授课教师，总课时超过一百学时。

纵观近三年，授课老师逐渐呈现出专业化、资深化和年轻化的特点：

首先，有 95% 以上的授课老师是审判一线工作的法官，他们从事审判事业的平均时间在 15 年以上，对司法实务和审判前沿有着丰富的经验和敏锐的感知，能够为学生们讲授司法审判一线的最新、也是最贴近我国司法现状的知识。

其次，有超过一半的授课教师为从事一线审判业务超过 20 年的资深法官（朱军、宋鱼水、马军、贾柏岩、尚秀云、李盛荣、李春梅、李涛、李红星、周红、杨靖、马秀荣、贾冬梅），他们对审判工作深刻的认知和把握，一方面通过审判使案件的影响力留给了社会，另一方面，可以和同学们进行充分的交流，提升同学们对审判工作以及法律工作的浓厚兴趣。

再次，参加授课的青年法官人数逐年增加，目前已经有 6 位 80 后法官先后担任过授课教师（陈昶屹、汪屹、杨海超、殷华、蒋强、魏玮），他们在法学理论研究和审判实务方

* 海淀区人民法院副院长，中国妇女联合会副主席。

面正在逐步成长为我院骨干，有许多人已经进入我院的中层领导岗位；作为年轻人，他们和学生之间有更多的共同语言，他们的加入也为我院的师资队伍注入了新鲜血液。

在授课内容方面，课程逐渐呈现出覆盖均衡和主题精深的特点：

一方面，课程内容分布均衡，能够客观反映当前的审判工作全局。以近三年的课程为例，有 26% 的课程为民事方面的内容，16% 商事，16% 刑事，21% 与司法程序有关，13% 知识产权，3% 行政法。在每一年度的课程设置上，我们都确保既有实体法内容，又有程序法规范；既有各个学科的前沿案例，又有裁判思路，法官视角等理念性的知识，保证课程结构的系统性和科学性。

此外，考虑到课程对象为有一定法学功底的硕士，我们在授课内容的选取上力求关注最前沿的热点问题，并具有一定的理论深度和难度。如网络人格权案件、食品安全犯罪案件、媒体侵权案件等。选择这类法律问题作为授课内容，使学生们对中国当前的司法现状产生最直观的认识，有利于他们开阔视野，也为他们进一步从事法学研究和学习开拓思路。

合作开设实务课取得了非常良好的效果，不仅对北京大学法学院的法学人才培养提供了帮助，同时为海淀法院干警的锻炼和成长提供了良好平台。一方面，促进了干警对审判经验的总结，另一方面也锻炼了干警的授课能力，培养出一批具有授课经验的法官队伍。其中，很多在全市法院都很有影响力，经常受邀为全市法院法官或预备法官授课。

二、我本人作为授课法官的体会和建议

北大学子的素质很高，总的来说，有两方的特点：一方面，听课的状态会把老师吸引，另一方面，又存在着大学生的共性，实践课堂的活跃程度还缺少专业性指导。我在为同学们工作时，特别想引领学生像办案一样的思考问题、解决问题。大致有以下做法：

一、如何做好当事人的律师

通常而言，立案也是基本功，作为诉讼代理人无论是为原告还是为被告准备，诉讼能力越高越容易提升办案质量。有些案件，只要当事人之间有法律共识，很多纠纷可以不进法院。很多法律问题一旦消化，律师将起到很大的化解作用。近三十年，案件之所以居高不下，主要原因在于至少有一方当事人的法律知识薄弱，影响了民间用法律解决问题的可能性。进入诉讼的疑难案件，更离不开当事人凭借诉讼能力揭示实质争议。可以说，争议越深越广，法官审判的质量越好。律师与法官是一个法律分工、合作的过程。法官把这方面遇到的问题呈现给同学们，同学们能够从诉、辩对立的角度思考问题、产生问题兴趣、将程序法与实体法

的运用更鲜活。这不仅是要让同学们如何掌握知识的问题,更是司法实践中对法律人才的期待。知识的运用是为了解决实践的问题,而不是让知识仅仅成为对实践的批判。

二、如何做好法律人自身看待问题的客观性、中立性

客观性、中立性,我认为是一个法律人最重要的素质。在司法实践中,法官面对的当事人不都是好人、文明的人、守法的人,更多的情况下是与有问题的人打交道,特别是与有法律问题的公民、企业、社会组织打交道。用文明的方式解决不文明的问题,用法律的方式制止非法律的违法、犯罪行为,关键在于运用法律知识时对工作对象感兴趣,把最有问题的一方征服了。这里不简单的是保护当事人权利的问题,而是像医生一样面对艾滋病人、传染病人时吃的了苦,走进他们的心灵发现问题。实务工作是临床工作,实务素质的培养与理论素质的培养既有联系又有重要区别,喜欢人、爱人、解决人的问题,这是实务工作者在细节中训练基本功的重要课程。所以,客观性、中立性不是学到就能做到的,只有职业感情真正到位,职业能力真正实现价值时,千锤百炼的磨砺迎来水到渠成的收获。这方面的实践案例很多,在讲课时,我会用苦尽甘来的方式与同学们分享实践能力成长的奥妙。

三、如何做好正人先正己,法律上的契约和道德上的诚信并举。

我是办经济案件出身,后成为一名知识产权案件的审判法官。我觉得无论当事人还是法官,我们都未进入一个严格遵守契约、恪守公民道德的时代,而且,违约的成本很低,不讲诚信的成本也很低,这大大阻碍了经济的发展,同时,也阻碍了社会各方面工作的推进。法律人如果利用法律而不恪守法律精神,不仅不会促进社会的法律发展,而且,法律人自身公信力的破坏也使社会对法律失去兴趣。所以,我喜欢用案例升华同学们对法律的感悟,努力激活同学们的法律思想,希望同学们为法律的价值而工作。

当然,方法是很重要的,一个案件实现调解的通道和实现判决的通道并非轻而易举,我很喜欢用自己亲历的判决和调解为同学们讲故事,只是,由于换位思考当事人比较多,我更喜欢努力寻找同学们的视角启发大家思考问题,解决问题。

担任主管院长以后,我感觉一名好的法官,应该是一名好的管理者,具备业务素质和管理思维,以便统筹思考法律问题,具备法律思维的宏观、大气,真正解决社会的法律问题和具体案件裁判的厚度与深度。

总之,走进北大的学府,还是有一种希望的感觉,希望今日的同学和老师们能够改变我们社会更多,改变司法的未来和法律的将来!

谢谢大家!

“民法学案例研习”的教学目的*

田士永**

一、概说

任何课程都需要有教学目的,即课程所欲实现的目标。没有哪一门课程没有教学目的,关键在于教学目的是否明确、是否科学合理。课程教学目的决定着课程教学要素。教学内容选择、教学方法的运用、教学组织结构以及教学过程的设计和实施都是受教学目标指引的。合理设定教学目的,同样是“民法学案例研习”能够顺利实施的前提。本文结合笔者在中国政法大学从事“民法学案例研习”课程教学的实践,从影响教学目的设定的因素入手,介绍了笔者对“民法学案例研习”课程教学目的的一些思考。

二、“民法学案例研习”教学目的设定

(一) 人才培养目标对“民法学案例研习”教学目的的影响

课程的教学目的取决于人才培养目标,这是因为课程是人才培养的基本载体,是实现人才培养目标的基本单位,是实现人才培养目标各项任务的具体化。各大学在“以培养人才为中心,开展教学、科学研究和社会服务”¹中,由于学校定位、经济社会需求以及办学传统等多种因素影响,设定的人才培养目标不尽相同。不同院校之间相同专业的人才培养目标往往不尽相同,法学专业人才培养目标也是如此。中国政法大学在六十余年的办学实践中,提出了“培养高质量的应用型、复合型、技能型、创新型、国际化人才”²的总体培养目标,具体到法学专业,其培养目标是“培养具有厚基础、宽口径、高素质、强能力的复合型、应用型、创新型高级法律职业人才”。³之所以将人才培养目标落脚在“法律职业人才”,是因为法学教育是一种实践性教育。法学教育这种实践性既体现在人才培养目标上,也体现在人

*2014年3月29日北京大学法学院“法学教育改革研讨会:课程改革”会议报告。

** 法学博士,中国政法大学教授。

¹ 《高等教育法》第31条。

² 参见,前引《中国政法大学本科培养方案(2013)》,“前言”。

³ 参见,前引《中国政法大学本科培养方案(2013)》,第1页。

人才培养的过程中。法学教育基本上以法律职业作为最终目标,⁴而实践教学在人才培养中应该受到高度重视。正是以“法律职业人才”的人才培养目标为指向,中国政法大学设计了本校的法学专业课程体系,而“民法学案例研习”就是这个体系中的一门课程,它在整个课程体系中的定位决定了其教学目的。

(二)“民法学案例研习”的课程定位

中国政法大学法学专业的课程分为通识课和专业课,专业课程分为专业必修课和专业选修课。专业必修课程有18门课程,其中民法方面的课程包括“民法学原理一:总论”,“民法学原理二:债法”和“民法学原理三:物权法”。专业选修课程分为四组,其一基本专业选修课组(共115门),其中民法方面的课程包括“民法学原理四:亲属法与继承法”、“罗马法”等,其二是研讨课组(16门),其中民法方面的课程是“民法学研讨课”,其三是案例课组(19门),其中民法方面的课程是“民法学案例研习”,其四是实务技能课组(32门),其中民法方面的课程是“民法实务”等。此外,法学专业还有“司法卷宗阅览”、“庭审观摩”、“模拟法庭”、“法律诊所”、“专业实习”等涉及民法的课程。

中国政法大学历来重视案例教学,但一直没有开设专门的案例研习课程。⁵2005年起,中国政法大学在法学专业本科培养方案中系统性地开设了案例研习课程,并将案例课程作为独立的课组,要求学生至少修读2学分,即至少选修一门。⁶“民法学案例研习”就是案例课组中的一门课程。自2010年起至今,中国政法大学法学专业案例课组共开设有19门案例研习课程,“民法学案例研习”也是其中之一,而学生应当在这19门课程中最低修读4学分,即至少选修二门。⁷之所以将“民法学案例研习”列为选修课程,主要是受到必修学分的限制。如果学分空间较大,完全可以设置为必修课而且更加细致。例如,中国政法大学2008年起招收的法学人才培养模式改革实验班中,经过整合了本科和法律硕士的课程,为法学课程留出了较大学分空间,因此开设了“民法总则案例研习”、“债法案例研习”和“物权法案例研习”等15门案例研习课程作为专业必修课程。

⁴ 至少教育部卓越法律人才教育培养计划提出的三类卓越法律人才基本上都是法律职业人才。参见,《教育部中央政法委员会关于实施卓越法律人才教育培养计划的若干意见》(教高〔2011〕10号)。

⁵ 案例教学至少可以采取三种方式:传统理论教学中增加案例教学的比重,单独开设的单科案例课程和综合性案例课程。参见,冀祥德等著《中国法学教育现状与发展趋势》,中国社会科学出版社2008年10月第1版,第171页。

⁶ 参见,中国政法大学教务处编印《中国政法大学本科教学计划(2005)》,第10页。

⁷ 参见,中国政法大学教务处编印《中国政法大学本科培养方案(2010)》,第13页。

总体而言,中国政法大学法学专业已经形成了“理论教学—模拟教学—仿真教学—全真教学”相结合的递进式课程体系,而“民法学案例研习”就是这个体系中案例课这个环节中的一门课程。具体而言,“民法学案例研习”以“民法学原理”相关课程为前提,以学生基本掌握民法学相关理论为教学设计的出发点,是理论教学和模拟教学之间的过渡,是理论课程向实践性课程的一个过渡,而不是真正的实践性课程,理论性色彩更浓一些。在这门课程之后,结合“民法实务”、“模拟法庭”、专业实习乃至大学后就业前的培训,法律学生才有可能掌握并养成法律职业所需的知识、技能和素质。在“民法学原理”系列课程之后,“民法学案例研习”与“民法学研讨课”一起构成了民法学理论教学之后的两个纬度,它所指向的是一种实践性学习,而研讨课更倾向于理论研讨。⁸这两门课在学生知识、技能和素质的养成过程中的侧重点有所不同。⁹

(三)小结

基于以上考虑,“民法学案例研习”的教学目的设定为:通过充分发挥学生的主体性进行案例分析,综合复习民法相关课程所学知识,训练学生的法律思维,培养学生从事法律职业的基本要求,提高学生运用法学理论适用法律的能力,提高学生收集信息、分析信息和整理信息的能力,提高学生的书写能力和公开场合表达能力。本课程采用小班教学,教学形式以课下撰写案例研习报告和课堂讨论相结合为主,以教师、学生之间的双向或者多项互动、对话和研讨为基本学习方式。¹⁰

三、充分发挥学生主体性进行案例分析

“民法学案例研习”强调发挥学生的主体性进行案例分析,它包括两点:其一是充分发挥学生主体性,其二是进行案例分析,前者是目的,后者是手段。

⁸ 《中国政法大学案例课程和研讨课程建设与管理暂行办法》(校教字〔2005〕第040号)第2条规定,“(第1款)本办法所称的案例课程,是指以围绕具体案例进行分析为主要教学形式的课程。本办法所称的研讨课程,是指以围绕固定主题由教师组织学生进行专门研讨为主要教学形式的课程。(第2款)案例课程和研讨课程以鼓励学生积极参与讨论、研究为主,旨在通过训练学生收集信息、整理信息、分析信息和表达等方面的能力,培养学生的创新精神和实践能力。案例课程侧重于培养学生运用专业知识解决实际问题的能力,研讨课程侧重于培养学生的学术思辨能力。”

⁹ 郑永流提出,高等法学教育之于学生主要实现三大目标:形成基本知识(理论、规范)体系;训练运用基本知识处理实际问题的能力;培养创造性思维方式。大学教学形式要围绕这三个目标设置,各部门发课程应分成不同教学形式事实,主要就是讲授课、案例分析和学术讨论课。需要注意的是,郑永流提出的三大目标和三类教学形式之间,并不是一一对应关系,各种教学形式可能以某个目标为主,同时也并不排除其他目标。同时,案例分析也并不排除研讨的教学方式。参见,郑永流著《法学野渡:写给法学院新生》,中国人民大学出版社2013年8月第2版,第119页以下,尤其参见,第120页至第121页。

¹⁰ 参见,中国政法大学教务处编印《中国政法大学课程指南(2007)》,第94页。

发挥学生的主体性,是中国政法大学“教学主体观”¹¹的体现。在教学实践中,教师是教学的主体,学生是学习的主体。在教与学的关系中,应当以学习为中心,教为学服务,教师的教学应当围绕学生的学习开展。教的如何取决于学的如何。学习的主体是学生,学生的主体性得不到发挥,学生的学习效率和效果就会受到影响。为发挥学生主体性,“民法学案例研习”分为学生报告、评论和讨论以及教师评论、课外作业等环节。通过分组担任案例报告、评论,参与课堂讨论、完成课外作业,参与自主测评等方式,学生参与到了学习过程各个环节,真正成为了学习的主人,被动学习变为了主动学习,学生的学习动机得到激发,学习热情得到提高,学习投入增加,而教师也由课堂的主宰者变为课程组织者、学生学习的参与者、引导者、帮助者和促进者。在角色转换过程中,实现了学生与学生合作、学生与教师的学习合作,顺利完成了案例分析的学习任务。

之所以强调案例分析,是因为以法官、检察官、律师、公证员等为代表的典型法律职业者¹²的基本工作就是处理案件,法学教育必须要为法律职业人从事法律职业做好准备,基本内容之一就是学会案例分析,也正因为如此,案例分析在人才培养中具有重要意义,也是国际通行的法学教育方式。案例分析的核心是练习,德国案例练习课所用的德文“Übung”也包括练习的意思,¹³而“学习技能首先要做的是练习,不断的练习,直到学生达到自动化程度”。¹⁴

案例研习是通过分析具体案例,练习解释和适用现有法律。案例分析集中于法律问题分析,注意分析与案件有关事实的法律意义,但不进行事实问题调查与证明。¹⁵法律问题分析分主要是现行法的适用,旨在培养学生运用所学理论适用现行法的能力。在适用现行法的过程中,学生通过解释法律和适用法律,发现制定法所包含的具体规范,发现制定法存在的法律漏洞及其填补。

¹¹ 中国政法大学的“教学主体观”是:在办学上教师是本体,在教学关系上学生是主体。参见,《中国政法大学本科教学水平工作评估自评报告》,2007年9月,第10页。

¹² 四种职业的列举,参见,《国家司法考试实施办法》第1条。

¹³ 关于德国大学法学院的教学形式,可以参考刘飞的相关介绍,参见,刘飞著《德国公法权利救济制度》,北京大学出版社2009年11月第1版,第226页以下。

¹⁴ 何美欢著《论当代中国的普通法教育》,中国政法大学出版社2005年5月第1版,第105页。

¹⁵ 法律职业者当然应当学会查明事实,但我国大学的学制设计以及培养方案制订中大学有关部门的行政文件使得大学期间的法学专业学习时间非常有限,参见,王景群文“论高校教学计划的管理权限分配”,载《中国大学教学》,2005年第11期,第41页至第42页。这种情况下法学基本内容的学习应当成为法学教育的主要内容。即使大学期间需要学习如何查明事实,也可以在其他课程中进行训练,因此,本门课程并未将查明事实的训练作为教学内容。这种做法也在一定程度上受到了德国的法律教育教学实践的影响。在德国法学专业的大学学习(包括第一次国家考试)中,案例分析中的事实一般也是给定的,不要求学生查明案件事实。参见,[德]迪特尔·梅迪库斯(Dieter Medicus)著《民法基础》(Grundwissen zum Bürgerlichen Recht),2004年第6版,第6页。

至于案例分析的具体方法,“民法学案例研习”采用了请求权规范基础的分析方法,有别于传统的法律关系分析法和历史分析法。¹⁶请求权规范基础的分析方法,是指以请求权基础为出发点分析案例的方法。¹⁷请求权分析的基本范式是:谁可以向谁,根据何种法律理由,提出何种主张(qui, quid, a quo, qua causa)?¹⁸第一个“谁”在诉讼程序中是原告,在仲裁程序中是申请人,第二个“谁”在诉讼程序中是被告,在仲裁程序中是被申请人,“提出何种主张”涉及的是请求权,包括请求权的种类、内容、救济方法等,而“根据何种法律理由”则是其法律根据,即请求权的法律基础。这种案例分析方法,在德国的民法案例分析中,是基本的案例分析方法,也在其国家考试中被广泛采用。¹⁹受其影响,我国台湾地区学者也大力提倡这种分析方法。²⁰

之所以采用请求权规范基础的案例分析方法,主要是因为它适合法律职业的需要。法律职业人应当避免发生法律争议,如果发生法律争议应该明确需要解决的争议问题并且解决该法律争议问题。为避免法律争议,需要避免可能发生法律争议的事实出现,这一点在形成合同文本、遗嘱文本等方面较为重要,对于律师、企业法律顾问以及公证员等法律职业具有较为重要的意义。明确争议的法律问题,需要判断争议性质,在诉讼中需要判断诉讼类型。诉讼类型大多为给付之诉,²¹其核心内容多属于一方当事人有无某种给付义务。因此,往往需要考虑的问题是“甲对乙是否可以提出某种主张?”如果想提出某种主张,就应该进一步考虑甲对乙如果提出主张,可以提出何种主张?该种主张的构成要件是什么?本案是否符合该构成要件?²²所发生的请求权是否存在障碍,例如抗辩权或者其他抗辩事由?对于法官而

¹⁶ 参见,王利明文“民法案例分析的基本方法探讨”,载《政法论坛》第22卷第2期,2004年3月,第118页以下。

¹⁷ 参见,王泽鉴著《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年7月第1版(以下简称,王泽鉴著《法律思维与民法实例》),第42页。

¹⁸ 郑永流著《法律方法阶梯》,北京大学出版社2008年9月第1版,第4页,同时参见,前引王泽鉴著《法律思维与民法实例》,第34页,让-马克·沙勒尔(Jean-Marc Schaller)文“请求权方法”(Die Anspruchsmethode),载《当前法律实务》(AJP/PJA),2011年第1期,第3页至第17页,尤其参见,第3页。

¹⁹ 最典型的作者应该是梅迪库斯了,而他对学生影响最大的作品,恐怕是他以请求权基础体系为线索编写的教科书了。参见,[德]迪特尔·梅迪库斯(Dieter Medicus)著《民法》(Bürgerliches Recht),2004年,第20版。

²⁰ 尤其是王泽鉴。他提出法学教育改革的关键点之一是积极推展“案例研习”的教学方法,而其所著《法律思维与民法实例》更成为这方面的经典教科书。参见,前引王泽鉴著《法律思维与民法实例》,第3页至第4页。近年来,王泽鉴在大陆高校的讲座中,多次推荐德国的案例研习(Übung)和美国的案例分析(Case Study)的方法。

²¹ 当然也还有确认之诉、形成之诉等诉讼,但很多情况下,确认之诉、形成之诉需要给付之诉作为其保障。例如,根据《民法通则》第59条以及《合同法》第54条,得撤销法律行为需要向法院行使撤销权。但在得撤销合同履行之后被撤销的情形,仅仅撤销合同尚不足以解决问题,债权人还需要根据《民法通则》第61条、《合同法》第58条主张债务人返还已经受领的给付才能解决问题,这时的诉讼显然是给付之诉而非形成之诉。

²² 构成要件问题与证明责任相关,这是发现作为裁判基础的法律事实的关键。许可新近的研究开始注意这

言,请求权基础的分析方法应当成为一种重要的案例分析方法。²³尽管请求权基础的分析方法在我国尚未主流的案例分析方法,但却是应当推广的方法。

通过发挥学生主体性进行案例分析,可以实现这门课程设定的其他目的。

四、综合复习民法相关课程知识

民法学是法学的基础,近代法学教育起源于罗马私法的研究与教育,²⁴民事法在立法和司法中占有重要地位,也是法学理论的基础,因此,是法学本科教育的重要组成部分。²⁵

民法学课程在不同学校的具体设置不尽相同,但教学内容基本上是民法各组成部分:总则、债法(含合同法和侵权法)、物权法、亲属法与继承法,而贯通民法各部分内容的课程相对较少。由于学生在第6学期之后基本没有民法学课程必须修读,除非参加司法考试或者研究生入学考试,学生没有机会基本没有机会系统付息民法学各门课程的相关内容。为解决这一问题,“民法学案例研习”将系统复习民法学相关内容作为教学目的之一,旨在打通民法各部分,让学生在复习关键知识点的同时充分体会民法的整体性。对于解决实际案例而言,而综合运用民法学知识也是必需的。

为实现这一教学目的,除了在教学内容选择上应当体系化地涵盖民法主要内容以外,还要与学生课外学习相结合。因此,笔者在教学过程中要求学生完成的一项基本作业是独立整理民法上的请求权规范基础,其内容应当涵盖《民法通则》、《合同法》、《物权法》、《侵权责任法》、《婚姻法》、《收养法》、《继承法》等基本民事法律,列明可以作为请求权的规范基础,总结出各请求权的名称,列出请求权的构成要件和法律效果。这项作业工作量非常大,学生课外学习的时间和精力投入比较大,但对于学生复习、巩固和整合民法知识,确实有较大帮助,学生大多做出了积极份额反馈。

一问题。参见,许可著《民事审判方法:要件事实引论》,法律出版社2009年3月第1版,第3页至第7页。

²³ 段厚省分析了我国目前的多元裁判方法,其内容似乎可以看作是强化以请求权基础为核心的分析方法。参见,段厚省著《民法请求权论》,人民法院出版社2006年7月第1版,第365页以下。

²⁴ 参见,[英]梅特兰等著《欧洲法律史概览:事件,渊源,人物及运动》,屈文生等译,上海人民出版社2008年12月第1版,第101页以下,尤其参见,第38节“博洛尼亚法学院”、第41节“各大法学家及他们的方法”。同时参见,赫尔曼·朗格(Hermann Lange)著《中世纪罗马法》(Römisches Recht im Mittelalter),1997年版,第36页至第46页。

²⁵ 同样,在司法考试中民法的比重也非常大,以至于参加的司法考试的人中有“得民法者的司考”的说法。当然,民法分高未必通过司法考试,但反过来说“失民法者失司考”应该问题不大。

五、提升学生的法律职业能力

法律职业能力到底包括哪些能力,法律法规没有规定,²⁶学者学说见仁见智。²⁷法律职业人员必须运用法律解决问题,这也构成了法律职业与其他职业的基本区别之一。因此,“民法学案例研习”将学生运用法律理论适用法律的能力作为教学目的之一。民法必修课程中包含了大量概念,有很多种理论,学生在学习时往往一知半解,理解的很不充分,而对于如何在法律适用过程中运用这些法律理论,更是没有足够的时间加以联系。因此,“民法学案例研习”在学生进行案例练习的过程中注重学生将已经学过的理论运用到法律分析中去,实现理论与实践的结合。

“民法学案例研习”在教学目的上还强调提升学生收集信息、分析信息和整理信息的能力。为此,“民法学案例研习”课程要求案例分析报告列出使用的文献,既包括教科书、学术论文,还包括相关案例和调研报告等司法经验总结,学生在查找相关文献和进行文献综述的过程中,逐渐学会了收集信息、分析信息和整理信息。此外,“民法学案例研习”还着重于提高学生的书写能力和公开场合表达能力。为此,课程要求学生撰写完整的案例分析报告,进行口头报告,教师对报告进行评议学生,学生在书面报告和口头报告的实践中发现问题,改进提升。这些能力既是满足学生持续学习的需要,也是满足学生从事法律职业的需要。而这些能力虽然不是法学专业应当具备的全部能力,²⁸但却是最基本的专业能力。“民法学案例研习”当然还有其他教学目的,但通过边练边学确实也达到了提升学生相关能力的效果。

六、促进学生养成法律思维和职业伦理

学生在法学院学习法律,需要掌握法律知识和技能,但法律职业的看家本领则是在法律知识和技能基础上的法律思维。²⁹养成法律思维也是法学教育的重要目的。³⁰在案例分析的

²⁶ 卓越法律人才教育培养计划提到了提高“学生的法律诠释能力、法律推理能力、法律论证能力以及探知法律事实的能力”,参见,前引教高(2011)10号。

²⁷ 例如,陈京春提出了一下的内容:(1)法律资料的收集和处理能力;(2)法律思维的能力;(3)对司法活动过程准确判断和把握的能力;(4)举证质证的能力;(5)法律事务的语言表达能力;(6)法律文书的写作能力;(7)坚守法律职业伦理和规避职业风险的能力。参见,陈京春文“论高等政法院校的法律职业能力教育”,载《法学教育研究》(第4卷),第129页至第145页,尤其参见,第133页至第136页。

²⁸ 何美欢的作品介绍了不同研究报告以及律师等对于法律技能的期望,颇值重视,参见,前引何美欢著《论当代中国的普通法教育》,第200页以下。

²⁹ 朱伟一说“律师的看家本领是法律思维”,其他法律职业应该也是如此。参见,朱伟一著《法学院》,北京大学出版社2014年2月第1版,第4页至第5页。

³⁰ 参见,徐凤珍文“论法律思维能力的培养”,载《山东社会科学》,2012年第12期,第140页至第142页。

司法实务中常见问题的真实现状展现给大家。在授课法官的选择上,也是仔细斟酌,邀请海淀法院长期在一线办案、审判经验丰富、表达能力出众的优秀法官为同学们授课,以此保证授课专题的价值和授课质量。

本课程目前的主要授课对象为全日制法律硕士。1995 年教育部《关于设置法律硕士专业学位的报告》规定法律硕士应“具有宽口径、复合型、外向型的知识与能力结构,能综合运用法律、经济、管理、科技、外语和计算机等方面的知识独立从事法律实务工作和有关管理工作”,因此法律硕士较之法学硕士,培养目标应当是更为注重应用的法律专门人才。这决定其教学模式应与传统的法学硕士有所不同。这要求我们要面向司法实务,按照社会生活中法律操作的需求,训练和打造学生对于司法实务的认知和把握。为了使学生在日后的工作中较快的适应环境,较好的运用所学,司法实务及相关前沿知识在法律硕士的培养过程中占有极其重要的地位。

3、教学目标

基于法律硕士教育的基本目标与定位,本课程着力于帮助学生实现以下素质和能力的提升:

(1) 养成法律人的素质

法律硕士的教育与我国法律职业共同体的构建需要成良性互动,具有不可分割的因果关系。法硕教育是培养法律职业人的重要途径,对我国法律职业制度的改革与完善产生积极的推动作用。而所谓法律人的素质教育是一个综合性概念,是知识和能力的全面体现,既包括品德素质,又包括专业素质、身体素质,还包括适应工作的各种能力,诸如业务能力、表达能力、思维能力等等。这里特别要强调的是法律人特有的品德素质,它要求法学人才人品和人格的完整性,即以社会公正为目标,忠于宪法和法律,以法为最高信仰,追求法律的绝对权威。因此本课程主要邀请历案无数,经验丰富的资深法官,力求展现法律的公正无私,不偏不倚。

(2) 提升法律职业技能

法律人的专业技能,需要形成与司法实践要求相一致的思维模式和行为模式。而司法实务本身是一种极具创造性的工作,并不是简单的逻辑推理过程。从抽象的正义到个案的具体正义,从普适性的法律规范到具体事实中的行为规范和法律结论,不仅需要具有创造性的努力,其中更有高超的法律技巧。法学教育不仅是单纯的知识传授和学术培养,而且成为一种职业训练。通过授课法官们为同学们讲述亲身经历的案件,传授事实认定、调取证据、探求真相的技巧和思维方式,可以使学生养成法律思维方式,既可以了解法官的审判技巧和庭审驾驭技巧,又可以从法官需求的角度来考虑作为律师应当怎样做好本职工作,真实地体会法律职业的角色,有效提升职业技能。

(3) 培养学生创新能力

《司法实务与前沿》课程的学习过程,给学生提供了一个相对独立思考,进一步认识现实的机会。授课法官经常使用 PPT 为同学们放映诸如司法文书、传票的送达现场、判决的强制执行现场情况等等这些平时学习难得见到的一手资料。法官对实务问题的思考,都包含着其个人多年的人生和职业经验。从复杂的现实出发,围绕法律公正的实现,一方面积极进行理论认识上的思考;另一方面进行方法上的探索,以求达到法律所追求的最佳效果。法官在课堂上,结合具体问题,引导学生从多层次、多角度寻求解决方案,并进行理论上的论证、比较,提出解决问题的思路和方法。这是一个从创新意识开辟到创新能力培养的过程,学生的创新精神由此孕育并得到强化。

4、授课内容

2013 秋季学年的授课法官、题目安排如下表:

表 1 授课安排表

序号	授课法官	授课题目	现任职务	教育背景
1	李盛荣	事实认定与庭审驾驭	劳动争议庭庭长	清华大学法律硕士
2	宋鱼水	法官的职业角色与成长	院党组成员、副院长	中国政法大学法学博士
3	李涛	从证据法学角度谈司法鉴定的应用	审判管理办公室鉴定组长	北京大学网络教育学院大学毕业
4	魏玮	公司诉讼审判实务专题	民三庭审判员	中国农业大学法学硕士
5	张鹏	食品安全犯罪案件及相关证据问题研究	刑二庭副庭长	中国政法大学法学硕士
6	李颖	媒体侵权案件审判实务	中关村法庭副庭长	中国人民大学法学博士
7	杨海超	法院强制执行工作概述	执行一庭副庭长	中央民族大学法学硕士
bo8	杨德嘉	侵犯著作权的民事法律责任承担	研究室主任	中国政法大学法学硕士
9	金川	婚姻家庭案件法律适用	山后法庭副庭长	对外经济贸易大学法律硕士
10	王继延	民事诉讼行为与民事诉讼心理	民一庭副庭长	北京大学法律硕士

11	游涛	诈骗犯罪问题研究	未成年人案件审判庭庭长	中国人民大学法学博士
12	殷华	企业破产清算实务问题研究	民三庭副庭长	中国人民大学法学博士
13	陈昶屹	离婚房产分割相关法律问题及司法实务操作	复兴法庭副庭长	中国人民大学法学博士

二、教学现状

1、体系化原则

除了满足法律硕士培养目标的要求,本课程尽量在授课专题的类别、形式多样化及各专题之间的学期分布等方面尽可能周密考量。总体而言,应本着系统性、实践性和多样性三个原则。系统性原则要求我们在整个课程体系的设计时能反映与课程相关的所有要素,如目标、内容、考核、质量保证以及制约因素等。比如在设计专题内容时,要通过完整有序的专题设计,培养学生全面的应用技能。同时,组成课程体系的各个部分不是支离破碎的,应当形成一个有机的整体,关注体系中各部分之间的联系。比如在设计专题顺序时,既要考虑授课法官的时间安排,又要考虑到对同学而言的循序渐进性。操作性原则要求我们设计的课程体系是可以实际操作的。《司法实务与前沿》课程是力争做到课上与课下相结合,课内与课外相结合。司法实践的丰富性必然带来课程体系内容的多样性,因此必然要求我们不断丰富本课程的内容形式,了解学生意见建议,扩展教学专题的范围。

2、组织实施

(1) 制定教学计划

在教学过程中使用邀请资深法官作专题授课的模式,首先要根据教学规划,明确教学目的,依据教学计划,针对不同内容,确定应挑选的法官类型和工作部门,对课程内容进行总体设计和安排。在这里特别要提及的是,我们制定教学计划时,会针对教学内容斟酌法官的个人特点和授课方式。譬如,针对诈骗犯罪问题和庭审驾驭问题,我们所选择的法官在个性以及授课风格上是截然不同的。

(2) 选取和安排授课专题

授课专题的选取是本课程模式的核心。我们以实现教学目的为前提,选取不同部门法和类型的专题。选择各个专题所涉及的司法实务问题,我们遵循典型性、针对性、启发性、循序渐进的原则,选取具有代表性的,最能揭示所学理论、最能贴和司法实务、最能反映前沿

趋势的内容。在选课之后该学期专题安排将会发送给每位同学,我们会鼓励学生在课前积极寻找相关专题的理论及实务资料,发现问题,课上才能有的放矢。通过实践发现,学生在自己寻找资料、案例的过程中,能较好地发挥主观能动性。很多同学能够结合自身经历(例如选取自己身边的相关案例),积极地在课下有针对性的对法官提问,收到很好的教学效果。

(3) 法官讲授及课堂讨论

法官的讲授及高质量的课堂讨论是《司法实务与前沿》的重点环节。授课法官通常会创造民主、自由的讨论气氛,引导、协助学生围绕关键问题进行讨论。在此过程中,针对不同授课专题,不同法官在讲解过程中会各有侧重,调整讲授和分析讨论的比重。学生通常可以就法官所讲随时提出疑问,其他同学可以质询、提出不同观点或进行辩论。在此过程中,学生变为讨论的主体,与法官较好地实现了互动。

(4) 归纳总结

学期开始与结尾的两次课程,课程主持老师会亲自讲授,学期初主要是为同学们讲解本课程的授课模式,推荐较有效的学习方法;期末则主要进行总结,听取同学们的意见,与大家讨论可能忽略的问题,进行查漏补缺。

三、教学效果评价

每次期末考试,其中一道保留题目是请学生谈谈本课程的收获、不足和改进的意见。学生提出的合理改建意见,在下次开课时,在充分加以吸收。

为有效评价层次性案例模式的教学效果,去年秋季学期,课程设计了“《司法实务与前沿》课程教学效果调查问卷”。调查问卷根据本课程模式特点设计,涵盖教学效果测评、法官评价、专题评价及实践意义等方面,分别设计四类指标:A(非常有帮助/非常满意/非常强/非常合理/很好)、B(比较有帮助/比较满意/比较强/比较合理/较好)、C(帮助不大/一般/不大强/一般)、D(没有帮助/不满意/没有实用性/不合理/较差)。调查问卷针对北京大学法学院2013-2014学年秋季学期开设的《司法实务与前沿》课程,面向主要人群为2012级法律硕士学生,有效问卷份数为30份。

1、教学效果满意程度概况

根据对调查问卷数据的汇总发现:学生普遍认为,与传统的教学手段相比,本课程对于能力提升有较大的促进作用(在较强以上的占100%),对该课程实用性较为满意(较为满意以上占90%),对各部门法的比例划分、顺序安排认为非常合理(97%),较好的设置了授课的时间和时长(非常好的或较好以上占到100%)。另外,大多数同学认为授课法官的教学,大部分能够将理论和审判实践结合起来,在一定程度上增强分析和解决实际环境问题的能力(93.3%)。(见表2、表3、图1)

表2 教学效果调查问卷

满意度	内容	各部门	各部门	课程实				
		法授课	法授课	用性	授课	授课	能力	比 例
		比例	顺序		时间	时长	提升	(%)
A		29	29	9	30	15	1	62.8
B		0	0	18	0	15	29	34.4
C		1	1	3	0	0	0	2.78
D		0	0	0	0	0	0	0

图1 教学效果调查问卷中各类指标所占总比例

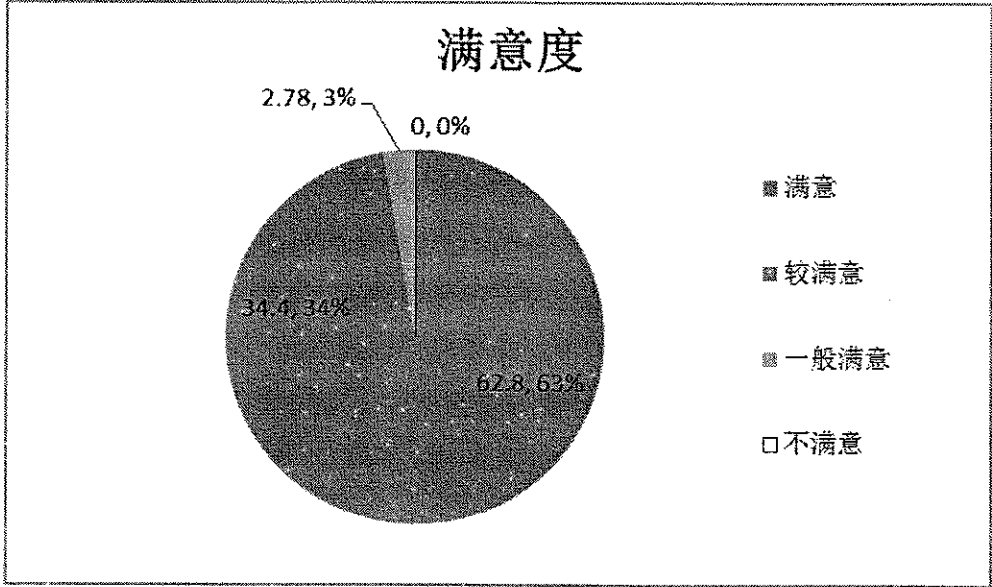


表3 法官教学质量

序号	题 目	票 数	比 例 (%)
	照本宣科	0	0
	理论深度不够	1	3.33
	理论联系审判实务, 教学效果良好	28	93.3
	实务性需加强	1	3.33

2、学生对课程设置及教学的期待

调查统计结果现实, 虽然本课程的满意度属于较高水平, 但是仍在一些方面与学生的预期有差距, 如同学们更多的希望法官今后授课能更加侧重个人的审判经验的讲述 (83.3%),

帮助学生在相关诉讼的实务知识上有所提升 (46.7%)。由此可以看出学生对课程和授课人员的要求, 学生重视法官们丰富实务经验的内容, 希望获得更多诉讼实务方面的知识, 也希望对目前中国司法状况有整体性的了解 (26.7%), 与时俱进。(具体数据见表3、4、5)

表4 对教学方式的期待

序号	题 目	票 数	比 例 (%)
	案例介绍	4	13.3
	课堂气氛	1	3.33
	个人审判经验的总结、归纳	25	83.3
	其他	0	0

表5 对能力提升的预期

序号	题 目	票 数	比 例 (%)
	考试分数高低	1	3.3
	获得相关的诉讼实务知识	14	46.7
	授课法官对最前沿的案件的解读	7	23.3
	对目前中国司法状况有大致了解	8	26.7

3、学生的建议

另外, 统计结果也反映出本教学模式尚有需要改进之处, 这在“对部门法的授课期待”和“对授课具体内容的期待”两项客观题中有所反映。同学们对民商法的需求远高于其他部门法 (37.1%), 刑法、行政法及经济法也是较受期待的 (11.4%)。此外, 许多同学期待可以组织法院实习、庭审旁听和模拟法庭 (16.7%)。(见表6、7) 而在主观性建议方面, 也多是围绕加强实务训练、实践操作展开的。(见表8)

表6 对部门法授课比例的建议

序号	题 目	票 数	比 例 (%)
	民商法 (知识产权)	13	37.1
	刑法	4	11.4
	国际商法	1	2.9
	诉讼法	4	11.4
	新修订的部门法 (婚姻法、合同法)	2	5.7
	经济法	4	11.4
	食品安全法	1	2.9

	行政及行政诉讼法	4	11.4
	宪法	1	2.9
	案例讲解	1	2.9

表 7 对授课内容设置的建议

序号	题 目	票 数	比 例 (%)
	模拟法庭	5	16.7
	庭审旁听	5	16.7
	法院实习	5	16.7
	案例分析、讨论、互动	9	30
	民事执行听证制度	1	3.3
	诉讼实务操作流程	1	3.3
	律师讲课	1	3.3
	老师从业经历	2	6.7
	满意	1	3.3

表 8 主观列举改进和建议

序号	题 目	内 容
	改 进	1.提前将授课内容告知学生，并列出关键问题； 2.加强与学生互动； 3.多讲实践经验和案例，形成审判思路； 4. 调动课堂氛围，减少铺垫内容； 5.旁听审判，提供实习
	建 议	1.专题讲座 2.多进行理论上的沟通，老师点评，学生互动；口号性内容少些 3.提供实战演练的机会 4.对旁听加以管理和限制 5.事先发放案例材料，推荐学习方法和资料

四、经验与反思

1、教学方法的新颖和独特性

在目前法学院的教学体系下，本课程教学模式最有特色的地方在于其教学方法的新颖和独特性。其中同一线法官的直接互动交流与对司法实务前沿问题的动态把握是本模式两个主

要的突出实践性和应用性的方法，也是较为有效的在短时间内帮助学生了解实务前沿和趋势的较优方法，这一点对于法律硕士教育非常具有现实意义。

2、合适授课法官的选择

（1）选择来参与授课的资深法官们基本都具有良好的法学教育背景和多年的实务经验，既能将实务经验升华总结为理论，与大家所学书本知识有机联系起来，又能帮助同学们从宏观上把握司法前沿趋势。（2）为了充分保证授课法官对学生的指导和课程的热情，开课前甄选授课法官的时候，上一学年学生的评选、法官的授课意愿、能够投入教学指导的时间精力，以及每年授课的持续性等方面都是我们重点考核的参数。

3、各部门法律的授课比例

课程预设以司法实务为立足点，这要求我们必须将司法的宏观概况、整个司法过程、各部门法在实践中的应用状况真实的反映在课程内容的设置上。因此，作为开课审核的另一项重点——授课内容安排方面，我们力求实现 13 次授课基本覆盖法院日常实务工作的各个方面，兼顾各部门法的同时有所侧重，这一点反映在同学们对课程内容设置的满意度及比例预期中。（参见表 1、2、6）

4、教育资源的合理配置

为了进一步切合北京大学法学院教学研究工作的目标，本课程不仅尝试建立科学合理的法律硕士司法实务知识体系，还致力于合理配置教育资源，构建学院与司法实务人员交流的平台。北京大学法学院借助本课程已经与海淀法院展开了多年深入的合作，建立起长期、稳定的沟通交流平台，学院许多征文、竞赛活动都借助本课程的平台邀请到了著名法官参与，许多院办杂志也以此为契机与法官约稿，增加了杂志的实务前沿性。

五、问题、改进与展望

根据历年教学效果的调查问卷和对多年授课经验的反思，课程面临一些问题，需要认真总结和思考。概括起来有以下几点：

1、学生的基础知识与法官讲授内容的匹配

本课程的授课内容定位是司法实务中的前沿问题。而理论教学是实践教学的先导，实务教学是检验理论教学和强化理论教学的必由之路。虽然法律硕士专业学位教育的目标在于高层次应用型法律人才的培养，但要使其具备精深的实务技能，法学基本知识和基础理论的学习仍然必不可少。在本课程教学实践中发现，尽管我们的课程对象预设为二年级已经具备较扎实法学基础的法硕同学，但不同的学生的法学基础知识和功底存在着较大差别。法官的很多授课内容，不少、甚至很多学生不清楚其知识背景，甚至对法官讲授内容的基本知识都没有。本课程授课内容的定位是讲授司法实务中的前沿问题，而听课学生缺乏基本的知识和训

练,这在很大程度增加了法官和学生沟通的难度,授课效果也因此打折。

另一方面,对于实务类课程、尤其是强调前沿的实务课程来说,内容变化快,更多知识是法院实务操作中的,创新较多,也缺乏相应系统总结的资料,学生们难以就法官某次授课内容进行有针对性的预习。

如何解决这一问题,笔者有以下几点想法:

第一,对选课学生提出要求,必须具备一定的基础知识。

第二,对法学硕士开放课程。从教学效果而言,法学硕士的法学基础知识更加扎实些。另一方面,法学硕士尽管目标是研究型,但是每年北大法学院的法学硕士毕业后,从事律师等实务工作的人数均占极大比例。故而本课程对于法学硕士而言,也是非常有意义的。

第三,法本法硕开招后,由于其本科的法学背景,选修本课程后,无论授课效果还是对学生的成长,均是有好处的。

2、课程定位和宣传

课程的定位是司法实务和前沿,因此,最基础的司法实务操作,比如旁听开庭和最基础的诉讼知识,不是课程讲授的内容。而每年都会有学生在课中或者课后的调查问卷中,提出希望能够组织旁听。同时,每年都会有院内老师问,听说某某法官来讲课了,要是知道的话就去听了。

基于上述两点:笔者有以下想法:

第一,在开课之前,向学生宣传本课程的定位;在第一节课上,再次向学生明示。

第二,加大宣传。比如,2013年秋季,就在陈明楼的电梯间张贴课程内容。以后,可以进一步通过其他途径扩大宣传,使更多人能够分享和参与课程。

3、关于授课教师的选择

截止目前,本课程一直与海淀法院合作,形成了稳定、良好的合作关系。近年来其他一些法院,比如,北京市朝阳区法院、北京市第三中院,也都提出希望派法官参与这一课程。是否扩展授课教师的范围,需要考虑。

4、理想:使北大课堂成为研讨最新司法实务前沿问题的场所

本课程设计最初的目的,是希望本课程成为研讨最新司法实务前沿问题的场所,使教、学能相得益彰。

因此,希望能够放开和鼓励政法法硕选修本课程。对于在政法部门工作的政法法硕学生而言,课程希望努力促进学生和授课法官之间的交流,实现教学相长,促进有关司法实务前沿问题的深入研讨及解决,使本课程成为全国优秀法官对司法前沿问题进行深入讨论的场

所。

对没有实务经验的学生而言,课程努力促进学生了解法院司法实务及司法前沿问题,对有关问题进行深入的讨论,提高学生对司法前沿问题的分析和解决能力,进行就业及职业培训。

地方高校法学院多元开放式应用型法律人才培养模式

——以烟台大学法学院为例

张平华*

当前,适应社会发展和法治建设的要求,我国法学教育转而以应用型法律人才培养为目标。传统法律人才培养模式存在目标导向偏重于理论灌输、平台建设偏重于学术研究、培养机制单一封闭、反馈机制不完善等问题。为解决这些问题,自2005年以来,我院依托国家级教学质量工程和省级人文社科研究基地,积极探索和实践多元开放的应用型法律人才培养模式,突出强化培养学生的科学思维、国际视野、实践能力,取得了较为显著的成果。

1. 主要解决的问题

一是目标牵引偏重于理论灌输的问题。早期法律人才培养主要定位于为高校及研究机构培养师资及理论型人才。随着法学教育的普及、社会需求的变化,上述培养目标牵引机制已明显失灵。改革人才培养目标,使之导向于应用型法律人才培养已成为现代法学教育的首要问题。

二是平台建设偏重学术研究的问题。与人才培养目标相关联,早期法学人才的培养平台偏重于重点学科、研究基地等学术平台的建立,这些学术平台偏重于培养师生的学术水平,忽视了学生的综合素质的养成、职业技能的培训。建立理论与实践相结合的协同人才培养平台,特别是强化实践性教学平台建设,成为培养优秀法律人才的基础性条件。

三是培养机制单一、封闭的问题。早期的法学人才培养机制,主要依靠校内教师的课堂教学向学生灌输知识,培养机制具有单一性、封闭性,难以适应现代社会对法律人才的思维、视野、能力等综合素质的要求。建立国内国外、校内校外、理论教学与实务训练相结合的立体化培养机制,强化培养学生的综合素质和能力,才能为法学教育提供充足的保障。

四是反馈机制不完善的问题。封闭性的人才培养模式会使学校固步自封于校园教育,不

* 烟台大学法学院院长。

重视来自用人单位、毕业校友、社会各界对人才培养质量和人才需求的反馈,导致毕业生人才培养的信息沟通不畅。建立有效的人才培养反馈机制,成为现代法学教育的必然要求。

2. 解决问题所用的方法

(1) 确立应用型法律人才培养目标,建立目标牵引式培养机制

基于烟台大学省属地方性重点大学及全国法学人才培养的发展要求,将法学人才培养目标明确定位于培养高质量的应用型法律人才。建立了全面的目标牵引式人才培养机制,培养方案、培养方式、培养过程、师资建设、平台建设等均以应用型人才培养目标作为统领。

(2) 加强协同平台建设,强化师生应用型能力培养

积极整合资源,搭建了“高标准、广覆盖、重应用”的协同平台。主要包括三类:第一类平台是以国家级特色专业建设点、国家级优秀教学团队、国家和省级精品课、国家知识产权培训基地为龙头的国家级教学质量工程平台。该平台的建设水平在全国法学类高校中位居前列。第二类平台是由具有鲜明应用特色的山东省“十二五”强化建设重点学科(民商法学)、山东省“十二五”强化建设的高校人文社会科学研究基地(应用法学研究中心)以及山东省知识产权软科学研究基地组成的学科建设平台,已发展成为山东省法制建设的重要智库。第三类平台是由“山东省文科综合实训中心”(法学实训中心)、山东省大学生法律援助中心烟台大学工作站、中国法学会资助的“烟台大学法律诊所工作站”和校外35个法院、检察院、律师事务所实训基地共同组成的实训平台,可提供全方位、多样化的实训机会。

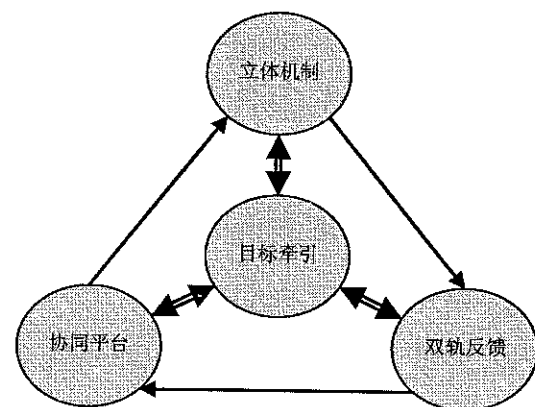
(3) 构建“双师型、多元化、国际化”的立体运行机制

一是致力于建设一支实力雄厚的双师型队伍。目前,教师中有4人长期担任政府法律顾问,15人担任人民监督员、仲裁员、陪审员,7人担任兼职律师,同时长期聘请30余位法律实务人士担任兼职教师,讲授实务性课程。二是转变传统授课方式,长期强化实践教学。20余年来,一直坚持组织安排在校法科生到实务部门进行近一个学期的实习。三是不断改进教学内容和方法,积极推广法律诊所、模拟法庭、审判实务等实训课程以及读书会、英语沙龙等课外活动,引导学生掌握各种社会调研方法。四是大力开发网络资源,先后建设了国家级、省级精品课网站,主干课程的教学大纲、教案、授课录像等均已上网,并对外免费开放。五是鼓励师生走出校门,建立完善了校友联系制度、成立了胶东法律人联谊会、定期举办高端教育研讨活动等,积极拓展教学空间;大力开展国际合作,邀请国际知名学者来校讲学,资助教师到海外访问进修,推荐优秀学生到海外留学或研修,举办国际性及海峡两岸学术研讨会,相关学术交流达数千人次。

(4) 完善反馈机制,提高人才培养质量

通过建立“实时+长期”的双轨反馈机制,不断改善人才培养的体制和机制。这期间,我们实施了以下办学效果反馈机制和方法:一是按照“全面质量管理”的思想,把教学过程的各环节、各方面组织起来,构建了一套操作性强的校、院、专业的三级教学质量保障体系,实现了教学全过程的闭环管理。二是建立实务部门定点联络制度,面向毕业生设立校友会和胶东法律人联谊会,跟踪分析校友成长状况,开展“毕业后再教学”,提升法学教育的社会效应。

上述“目标牵引—协同平台—立体机制—双轨反馈”四维一体机制图示如下:



烟台大学法学院应用型法律人才培养系统结构图

二

应用型法律人才对学生的思维、视野和能力提出了全新的要求,我院多元开放的应用型法律人才培养模式在以下三个方面均实现了创新。

(1) 力行英美法教学,养成科学思维。是否具备科学的法律思维是判断合格的应用型法律人才的重要标准,为此,学生在校期间就应该养成“像法律人一样地思考”(thinking like a lawyer)的习惯。英美法长于激励学生的主动思考、提升言辞辩论能力,是训练和养成法律思维的优良途径。我校于全国率先成立“英美法研究中心”,长期聘请外籍学者为中心主任和教员,举办了6届英美法实验班,开设了7门英美法系列课,出版了国内第一部全英文教材(《英美法导论》),创办了《英美法评论》刊物。英美法实验班的学生在全国法

律英语大赛、Jessup 国际法模拟法庭大赛中屡获佳绩,计有50余位学生到海外留学或研修。

(2) 推动外向型教学,拓展国际视野。在全球化时代里,应用型法律人才必须具备国际视野,否则终将因目光短浅而被淘汰。我院与美国、奥地利、港澳台地区等国家或地区的20余个法律院校建立了友好合作关系。与台湾东吴大学法学院长期紧密合作、频繁互访,创办了两岸学术会议制度,获得了山东省教育厅的表彰。与欧洲侵权法研究院(奥地利)开展了高端战略合作,共同设立中欧侵权法研究院及“烟台-维也纳”钟摆式学术论坛。与美国西俄勒冈大学合作举办教育部批准的3+1本科教学项目,与美国威斯康辛大学、英国林肯大学等进行覆盖本硕的其他形式合作办学。目前我们已与欧洲人权法院、土耳其文化大学签订正式合作协议,共同筹办“中欧人权法研究院”。

(3) 兴办诊所式教学,强化实践能力。实践能力是应用型法律人才的重要评价指标。除了采取长期坚持的教学实习,积极推广的课外教学外,近年来我们又大力兴办诊所式教学。2008年由中国法学会资助成立了“烟台大学法律诊所工作站”,法律诊所建立了完善的规章制度,举办了全国性法律诊所教学研讨会。由实务经验丰富的教师、专家师担任指导教师,学生实际参与处理真实案件,提供法律服务与咨询,强化了法律知识与实践能力的融通。诊所教学水平及成绩获得了中国法学会法学教育研究会的高度认可。

三

1. 校内应用情况

(1) 指导修订人才培养方案。以本成果为指导,法学院全面修订出台了2011年版法学人才培养方案,充分体现多元开放式应用型法律人才培养系统的要求,培养方案的运行效果实现了预期目标。

(2) 有效保障了人才培养质量。毕业生人才培养质量得到用人单位的高度认可,具有明显的竞争优势,涌现出了“全国侦查监督业务标兵”修养、王希昀等为代表的一大批优秀毕业生。近五年来,在校生司法考试通过率保持在40-50%,理论水平和应用能力逐步升高。毕业生10-20%升读于国内外知名学府的研究生,30-40%就业于公检法司机关或事业单位,20-30%就业于省内外知名企业。

(3) 有效提升了学生的综合素质。2009年以来,学生在各类比赛中,获国家级奖励

56项,省级奖励36项。获得省级优秀毕业生称号64名、省三好学生及优秀学生干部称号8名,获省先进班集体称号2项,2012年获得山东省“五四”红旗团支部称号。

(4) 教学研究成果显著。

主持国家级和省级教学质量工程项目与教改课题38项,发表教改论文50余篇,主编教材60余部,获得国家级和省级教材成果奖6项,获得省级教学优秀成果奖6项。其中5门教材入选“十一五”国家级规划教材,3门教材入选“十二五”国家级规划教材,获得省级教材成果奖3项。

(5) 教学平台建设再上台阶。除运用本成果继续建设已有的国家级教学名师、国家级特色专业、国家级精品课程、国家级教学团队、国家知识产权培训(山东)基地等5个国家级质量工程项目和山东省品牌专业等6个省级质量工程项目外,依托本项目研究成果,2012、2013年成功申报并获批应用型、复合型卓越法律人才培养基地、教育部综合改革试点专业、国家级大学生校外实践基地、民法精品资源共享课、与美国西俄勒冈大学的中外合作办学项目等5项国家级人才培养建设项目,山东省名校工程重点专业、面向国际化的英美法教育创新实验区等2项省级教学项目。

(6) 促进了科研和学科建设。在2012年全国高校法学一级学科评估中烟台大学法学学科排名第13名。2011年民商法学获批山东省“十二五”强化建设重点学科、“应用法学研究中心”获批山东省“十二五”强化建设高校人文社会科学研究基地。所设立的山东省知识产权软科学研究基地在2012年的评估中获得优秀。2011年设立了山东半岛蓝色经济区政策与法律研究院,2012设立中欧侵权法研究院。

(7) 强化了实训平台应用和拓展。对校内的省级实验教学中心“山东省文科综合实训中心”(法学实训中心)、山东省大学生法律援助中心烟台大学工作站、中国法学会资助的“烟台大学法律诊所工作站”等强化建设和运用,对在校外设于法院、检察院、律所等实务部门的35个实训基地优化整合,并以此为基础于2012年成功申报教育部大学生校外法学教育实践基地。

2. 校外应用和社会评价情况

(1) 基于应用型法律人才培养模式探索和实践所取得的成绩,我院房绍坤教授被评为中国法学教育研究会副会长、山东省法学会法学教育研究会会长,法学院金福海当选为中国法学教育研究会理事、山东省法学会法学教育研究会副会长。

(2) 由烟台大学法学院倡导,以山东省法学教育研究会名义举办了“山东省高校法学院模拟法庭大赛”,该项比赛首届在我校举办,目前已举办两届,已成为山东省高校法学院培养应用型法律人才最重要方式之一和最有影响力的比赛活动。目前已进一步扩展为“环渤海地区高校模拟法庭大赛”。

(3) 大力开发网络资源,我院先后建设了国家级、省级精品课网站,国家级教学团队博客。教学大纲、教案、授课录像等均已上网,并向国内免费开放。目前正在申报建设国家级精品资源共享课。

(4) 我院多次在全国性会议上作大会典型发言,本成果得到了全方位的介绍和推广。此外,我院多次主办省级以上教学会议,2011年,我院承办了主题为“半岛蓝色经济区建设法律政策与法学教育”的“泰山学术论坛”,来自加拿大、日本、韩国、台湾地区及大陆地区著名学府和科研机构的专家围绕法学教育问题进行了深入研讨,对我院人才培养模式给予了高度评价。山东省教育厅副厅长郭建磊同志指出,本次论坛“为半岛蓝色经济区建设提供法律支撑与智力支持,为促进我省法学教育建言献策,意义重大。”

“个案全过程教学法”的价值及其在法学教育中的应用

章武生*

【内容摘要】“个案全过程教学法”符合中国的国情和传统的案例教学习惯，能够在改革的触动面和成本较小的情况下大幅度提升学生的实务能力，从而具有较大的推广价值。具体言之，该教学法可以作为法律硕士模拟法律诊所课程的主要教学方法，以适应模拟法律诊所课程大班上课的需要；鉴于该教学法中的法律文书教学“实战性”更强，可以考虑将法律文书课融入到模拟法律诊所课程中，以避免教学内容的重复；此外，本科生的律师实务课（有些学校叫法律实务课）既可以在维持课程名称的情况下将“个案全过程教学法”融入其中，亦可以考虑被模拟法律诊所课程所取代。

经过长期的诊所教学实践，我们教学团队出版了《模拟法律诊所实验教程》^①，创建了以法的运行过程来培养学生律师职业技能的“个案全过程教学法”（Comprehensive Case Method），并将其应用到全日制法律硕士的“模拟法律诊所与模拟法庭”课和本科生的“法律实务课”、“法律诊所课”以及法官、律师的在职培训等课程教学中，取得了比较好的效果。^②

所谓“个案全过程教学法”，按照我们的理解，是指采用教师精选的案例，分阶段将个案的相关材料全部发给学生。学生根据这些案件材料，去了解研究案件事实，并在此基础上查找和研究相关法律规定甚至类似案件的处理，确定案件的诉讼策略，撰写相关法律文书，参与小组和课堂讨论甚至模拟法庭的辩论、教师的点评等活动的授课方式。其目的是让学生以职业律师的思维，对案件进行全局性、整体性、综合性的分析与思考，从而加深学生对整个部门法理论和法律问题的理解和把握。

* 章武生，复旦大学法学院教授，中国民事诉讼法学研究会副会长。

^① 该教材主要采用了我们教学团队创建的个案全过程教学法。可以说，该教材是“个案全过程教学法”的一次系统运用和尝试。在“个案全过程教学法”中，学生基本上能够看到全部案件材料，研究和学习律师在整个诉讼程序中的诉讼策略和技巧。教材除绪论外，共分十章，前七章为诉讼方面的案件全过程训练，后三章为非诉讼方面的案件全过程训练，每个案例中除当事人基本情况、法院名称、案号等做了技术处理后，其他基本上保持了原貌。

^② 章武生：“‘个案全过程教学法’在法官培训中的运用”，载《人民法院报》2013年05月24日版。

^③ 章武生主编《模拟法律诊所实验教程》，附录二，三类学生“学习心得与体会节选”，法律出版社2013年1月版第311—328页。

笔者认为，该教学法在一定程度上解决了中国大陆判决书达不到案例教学要求的问题。弥补了世界上三大案例教学法的一些缺陷，在提高学生实务能力方面有重大突破，可以低成本大范围的推广。现通过与国际上主要案例教学模式的功能比较，结合我国的国情，就“个案全过程教学法”的特色以及在我国法学实务教学中的推广和应用做些探讨。

一、当今世界案例教学的主要模式与发展趋势

在法学的实践性教学中，当今世界影响最大的案例教学模式主要是以美国为代表的“案例教学法”（亦称“个案教学法”）和以德国为代表的“实例研习”，以及起源于美国并风靡全球的法律诊所教育。

美国案例教学的主要模式“案例教学法”（Case method）是由著名法学家、哈佛法学院前院长朗代尔（Langdell）教授于1870年初创立的。虽然从朗代尔时期开始，“案例教学法”就不断地遭受来自批评者的攻击，但它却很快成为美国法律院校的主要教学方法，并沿用至今。

对该教学法的批评主要集中在仅讲授上诉法院的判例，忽略了法律实践中其它领域诸如接待、咨询、起草各类法律文书和开庭审理中的许多基本技能训练。为了解决这一问题，上世纪六十年代，美国逐渐兴起了学生在教师的指导下为穷人提供法律服务的法律诊所课程，该课程很快被引入到全美法学院，并在上世纪末本世纪初被美国福特基金会推广到全球。但是，由于法律诊所课程小班上课成本太高，且穷人的案件过于简单，尚不能完全达到弥补“案例教学法”缺陷的目的。

除了直接接触当事人的法律诊所外，教学成本较低的模拟法律诊所在美国也比较流行。这类诊所根据真实客户法律诊所的实践和程序，从中挑选出合适的问题，重新组织教学活动。目前，美国几乎所有开展诊所式法律教育的法学院都开设有这类模拟法律诊所课堂。^⑤模拟可以是对全部案件，也可以仅挑选其中一部分，更多的是围绕某些技能进行。尽管这种诊所教育方式使学生感到缺少在真实诊所中的那种紧张和危机感，但由于这种方法给教师提供了一个系统的教授特定技巧的最佳机会，整个模拟过程是经过精心设计的，材料及案件是从真实案件中挑选的，可以反复使用，而且所需费用比开办真实诊所低得多，所以，模拟诊所仍

^⑤ 纽约大学法学院（NYU）强调基于模拟方式的法律诊所教学。进入法学院的第一年，所有学生必须选修律师工作基本技能课程，该课程要求学生参加一系列的角色扮演和模拟训练，以培养学生基本的法律写作和口头辩护技能。第二年NYU则开设一些主要或者大部分以模拟训练方式讲授的辩护课程和其它课程。当学生们完成了前两年律师工作基本技能课程后，进入第三学年，学生们将有机会涉足一些真实的案件。

然是诊所法律教育活动的-一个主要方式。^⑥

与以培养律师为目标,法学院的培养与法律职业实践紧密结合的美国法学教育模式不同,德国的法学教育一直是以法官为职业导向的。培养方式是法学本科的法律素质教育由法学院承担,法律职业培训由法院、检察院、律师事务所等职业机构承担。学生在大学教育结束时必须通过“第一次国家考试”。然后,所有毕业生都在大学外继续他们第二阶段的实务训练,并在两年的训练结束后,参加“第二次国家考试”。唯有如此,他们才能获得成为法官、律师或者从事其他法律职业工作的资格。

德国法学教育非常重视案例,许多教科书主要是由案例构成的。这种以案例为基础的学习方式从大一开始就非常重要。在德国,老师和学生都要经常研究判例,国家司法考试的试题就是在真实判决基础上加工的。说大陆法系不重视案例绝对是个误解。^⑦

二、我国案例教学的探索和困境

在我国,实践性教学薄弱是法学教学中一个长期存在的问题和不争的事实。我国的法学教育理论与实践脱节严重,我们培养的法科毕业生不能适应社会的需要。因此,加强法学教学中的实践性教学在主管机关和学界既是一种共识,也是多年来我国不断探索一直想解决的问题,而案例教学是解决这一问题的主要途径。

在案例教学方面,上述三种案例教学模式对我国大陆影响不尽相同。美国的“案例教学法”与美国特有的法律文化背景和司法制度密切相联,非判例法国家引进该制度是非常困难的。所以,尽管这方面论文数量较多,关注度很高,但关于如何借鉴的论文较少,在实践中具体尝试借鉴该教学法的教师就更少。

德国部门法的司法考试题多取材于法院判决,一门课通常只有一个实例题,答题时间为5个小时,因此研读判决及评释成为学生学习的重点。从这个角度看,德国的“实例研习”与美国的“案例教学法”在让学生研读判例方面具有一致性,区别在于德国没有美国那样内容丰富的判例,判例的效力和运用也与英美法系国家有很大差异。所以,德国的“实例研习”包括两部分内容,除了研读判例之外,还包括为深刻理解部门法理论所编写的案例包括模拟的案例。在我国台湾,官方民法考题,亦有以实务见解为内容,但由于教学方法及考题设计不同于德国,所以,后一部分实例研习也非常重要。

^⑥ 郑自文:“赴美诊所法律援助考察团报告”,来源于中国法律援助网:<http://www.chinalaiald.gov.cn/>,下载日期2013年2月20日。

^⑦ 参见赵国君、李娜:“著名民法学家王泽鉴教授访谈录”,《法制日报 周末版》,2009年12月10日。

中国既不是判例法国家,也不是判例具有法律或“准法律”性质的国家,因此,没有现成的、具有法律或准法律性质的案例。最高人民法院批复或认可的“典型”案例也为数不多。^⑧再加上我国判决书过于简单,所以,无法像其他国家那样引进两大法系的判例教学法。近年来,北京大学、清华大学和中国人民大学等综合实力比较雄厚的法学院开始开设专门的部门法案例课,其研讨内容主要属于德国“实例研习”的后一部分。尽管这种教学方式的效果明显优于传统的理论课教学,但大范围推广还有许多难题尚待解决。

上述三种案例教学模式,比较而言,法律诊所的推广在中国更为普遍。从2000年美国福特基金会首次在北大、清华、人大、武大、中南、复旦、华政等全国7所院校资助开设“法律诊所学”选修课程至今,短短13年,我国开展诊所教育的学校已达到100多所。这其中除了美国福特基金会的大力推广外,与我们中国大陆一直缺乏一种好的案例教学形式,对案例教学的需求有很大关系。此外,全国诊所法律教育委员会在其中也发挥了重要作用。在该委员会的组织和推动下,诊所方面的各类活动(包括国内、国际诊所教育研讨会、经验交流会、教学观摩、师资培训等等)蓬勃开展,诊所教育委员会具有常委以上头衔的教师所在学校大多建立了自己诊所教育的网站,通过这些网站和他们发表和出版的诊所教学方面的论文和著作,使诊所多样化的教学活动能够充分展现出来,从而大大扩大了诊所教育的影响力和辐射面。

但是,即便是目前在我国推广效果最好的诊所法律教育,也面临着经费紧张、师资紧张、成本太高、学生办案时身份不明确等一系列问题。在绝大部分学校能够参与诊所学习的学生十分有限,参与诊所学习的学生也因学校和教师重视程度和投入水平的不同而收获差别很大。总体上看,诊所在我国大多数学校尚处于边缘化状态。而事实上,即使在美国也存在诊所教育的师资缺乏,课程地位相对边缘等问题。

在当今中国法学案例教学中,真正占据主导的还是在法学主干课程教学中处于辅助地位的案例分析教学。这种案例教学虽然也在不同程度上受到上述三种教学模式的影响,但更多的还是对中国传统案例分析教学方式的延续和发展。近年来,我国许多出版社组织编写了与法学专业教科书相配套的系列案例教材。^⑨这些案例教材与上世纪九十年代的案例教材相比在各方面都有了长足的进步,在法学理论和实践结合,以案例指引进行教学等方面均发挥了重要作用。但是,整体上看,这种案例教学尚未取得突破性进展,与社会对法律人才的要求还有较大差距。案例教学因教师而异,有些教师重视案例教学,也有不少教师并未将案例教

^⑧ 江伟主编《民事诉讼法学案例教程》,江平总序。知识产权出版社2003年版。

^⑨ 如知识产权出版社组织编写的“高等教育法学专业案例系列教材”,高等教育出版社组织编写的“全国高等学校法学专业课程案例分析教材”,中国人民大学出版社组织编写的“21世纪法学系列教材”等等。

学放在重要位置。

三、“个案全过程教学法”的价值²

笔者认为,我们教学团队创建的以法的运行过程来培养学生律师职业技能的“个案全过程教学法”,提供了案例教学的新思路,符合当今世界案例教学的发展趋势和中国的国情,具有较大的推广价值。其理由主要在于:

(一)“个案全过程教学法”借鉴了国际上三种案例教学模式的优点,弥补了其部分缺陷

1、“个案全过程教学法”与美国的“案例教学法”的比较

美国的“案例教学法”至今已有100多年历史,其间经过了几代法律人的实践和改革,积累了大量的高水平的案例,在世界法律发展史中都有重要地位。从这个角度讲,我们的“个案全过程教学法”根本没有资格与其相提并论,连我们自己将其称为案例教学法都显得底气不足。但另一方面,美国的案例教学法从其诞生时起,围绕其产生的争论始终没有停止,批评的意见很多。而在我们自己看来,“个案全过程教学法”又确实有一些优于“案例教学法”的地方,主要表现在:(1)美国的“案例教学法”是建立在判例法基础上的,学生主要是研究上诉法院判决,且案件“事实”已经被剪裁了好多次。学生不能够看到最原始的法律问题。而我们的“个案全过程教学法”,是以法的运行过程来培养学生的律师职业技能的,学生基本上能够看到全部案件材料,而且就像它最初呈现在律师面前的那样;(2)美国的“案例教学法”忽略了律师初审阶段和许多基本技能的训练。而我们的“个案全过程教学法”,学生能够经历案件的全部过程,并能够得到全方位的训练;(3)美国的案例教学法适用范围较广,法学院的专业课教师基本上都在运用该教学方法。而个案全过程教学法的适用范围则小很多,它是在学生学完法律主干课之后在高年级开设的一门跨学科必修课程,不管是本科生还是法律硕士均是如此。当然,运用个案全过程教学的方法,通过选择与自己学科关系密切的案例并适当裁剪非本学科的一些案例内容,使其推广到所有的部门法也是我们正在探索的内容。

2、“个案全过程教学法”与美国的法律诊所的比较

“个案全过程教学法”主要运用于模拟法律诊所课程,是模拟法律诊所课程教学的主要内容和方法。在此之前,我们的模拟法律诊所课基本上是照搬美国的教学内容和方法。由于

² 对“个案全过程教学法”,国内外著名学者王泽鉴教授、王晨光教授和德国 Stadler 等教授均给予了很高的评价,并提出了进一步改革的方向。详见《法学》2013年第4期。

“个案全过程教学法”的运用,使我们的模拟法律诊所与美国的模拟法律诊所课有了重大区别:(1)“个案全过程教学法”通过将美国模拟法律诊所教学内容的更新,在一定程度上解决了诊所小班上课成本高的难题。诊所教育小班教学的高昂成本严重制约了其发展,这是美国这样富有的国家都无法普及诊所这种实践性教育方式的原因。我国人口众多,经济基础比较薄弱,显然,探索大班上课模式无疑是全面铺开这一重要的实践性教学方式的重要途径。诊所必须小班授课是因为其传统教学内容主要是一系列的角色扮演和模拟训练,大班上课比较困难。而“个案全过程教学法”的许多训练内容与美国的“案例教学法”和我国法学主干课程的案例分析有共同之处,当然,这部分内容传统上大班上课是可行的。而涉及模拟法庭这类角色训练时,大班训练尚有一定困难。但由于这类训练在我们的模拟法律诊所课程中所占比重较小,通过分组训练和缩短模拟法庭开庭时间等改革措施,^⑨问题基本可以得到解决;

(2)“个案全过程教学法”训练的案件比法律诊所中学生接受的案件更能全面地训练学生的律师技能,提升学生的理论水平。案件来源不论是在美国还是中国始终都是困扰法律诊所教育影响法律诊所教学质量的一个大问题。学生在法律诊所日常接待中接受的案件,有相当部分并不适合学生律师技能的学习和训练,且这些案件通常又以偏简单的居多数,涉及的法律知识也较为狭窄、零散。而“个案全过程教学法”选择案例范围扩大至法院所有案件,案例入选的标准较高。我们《模拟法律诊所实验教程》每章第一部分是“选择本案的理由”,主要说明为什么要选择该案件,选择该案件的目的是什么。每个案例的选择不仅要考虑案件的难易程度,而且更重要的是案件应当包含较多的有价值的问题点,如法学理论、实体法、程序法等方面。例如,第四章李龙诉赵峰合伙协议纠纷案,该案的选择理由主要有二个:第一,本案涉及的诉讼标的数量众多,这在我国以往公开出版的论文和著作中非常鲜见,这就为诉讼标的的研究提供了比较好的实证材料。第二,本案一审判决中推定的适用是否妥当争议较大。学生可结合我国相关法律规定、法学理论来分析本案中推定的应用。由于上述差别,使模拟法律诊所的学生能够获得更高层次的律师实务技能训练和理论上的收获。

3、“个案全过程教学法”与德国的“实例研习”的比较

与美国的“案例教学法”学界争议很大不同,德国学界整体上对其“实例研习”的案例教学方法是认同的,对其教学质量也是肯定的。正如德国法兰克福大学皮特·吉勒斯(Peter Gilles)教授所说,德国的法律教育的确是很耗费时间精力,但德国的法律人在全世界的范围内都享有良好的声誉。在很多国际组织和欧盟机构中,德国的法律人经常占居了主导性的位置,他们的工作能力确实很强。^⑩

德国学界对法学教育的批评除了学制过长,成本过高以外,还有以下方面:(1)德国案

^⑨ 我们法律诊所教学班听课学生超过100人,按每组15人,共分7个教学小组。为了使都能参与其中,我们选择法院事实调查需时较短,争点集中的案件,每个案件在法院审理时间通常也就是40分钟左右。我们将每个庭开庭时间压缩为半个小时,一个上午即可开完7个庭。为了避免同样的内容多次重复,7个庭所选案件不尽相同。

^⑩ 刘毅,张陈果:《德国法学教育访谈》,《社会科学论坛》,2007年第3期。

例教学对事实关注不够。德国有很多法官和律师认为,德国的“实例研习”把重心仅放在法律适用上是有很大的问题的,他们认为,法官和律师 90%的时间其实都在和事实打交道,没有必要将那么多的时间花在法律问题的学习上;(2)德国案例教学缺乏律师视角和思维的“实战”培训。德国学生在分析案例的时候都被要求从中立的法官的视角来思考,以公平正义为价值导向。但是大部分的法科毕业生都是从事律师职业,这就导致了学非所用;^⑩(3)德国法律教育的两阶段划分不尽合理,影响到案例教学的“实战”效果。德国法科学生在大学阶段学习的许多案例都是事实清楚的假想案例,目的是避免学生将缺乏训练的证据规则和程序策略掺入其中。

(二)“个案全过程教学法”符合中国的国情和传统的案例教学习惯,能够在改革的触动面和成本较小的情况下大幅度提升学生的实务能力,从而取得事半功倍的效果

我们借鉴美国和德国的案例教学模式,均涉及到制度、传统文化和与当前中国司法现状适应等系列问题。而“个案全过程教学法”则完全植根于中国自身的法学教育和司法实践,不存在上述障碍。

首先,“个案全过程教学法”解决了我国判决书达不到案例教学要求的问题。我国案例教学涉及到的瓶颈是判决书问题。我国的判决书说理部分过于简单,离美国、德国等国家案例教学对判决书的要求有很大的距离,而这又非短期内能够予以解决的问题。但是,通过选取律师辩论水平较高且比较充分的案件材料,即各种诉状、代理词、庭审笔录等个案全过程材料,说理部分过于简单的问题就能在一定程度上予以弥补。

其次,“个案全过程教学法”比较容易实现与传统案例教学内容的转换。无论是美国的“案例教学法”还是德国的“实例研习”,都涉及到法律条文、判例及其背后所体现的立法精神和法学理论等诸多复杂的问题,对教师的要求很高,涉及教师的范围也比较广。而“个案全过程教学法”则不同,它主要针对从事律师实务课和法律诊所课教学的少数教师。对于做兼职律师的这部分教师来说(正常情况下这部分教师应当具有律师资格和从业经历),这些就是自己常做的事情,内容自然非常熟悉容易上手。即使从案例教学的角度来看,大部分也是自己训练学生常用的方法和内容,只是过去的训练缺乏“个案全过程教学法”的完整性、系统性、理论性。自己要做的也只是按照此模式加工自己以往比较满意的案例,难度较大的就是提升案例教学的理论性。

再次,“个案全过程教学法”比较容易实现与其他案例教学形式的衔接。无论是美国还是德国包括我们国家,大部分案例教学都是限定在部门法范围内,各种学科的专业教师都是将真实的或虚构的案件编写成适合本专业教学需要的案例。所以,案例教学模式的推广基本

^⑩ 同上注。

上会涉及到所有专业课教师。但“个案全过程教学法”则不同,由于这种案例教学与真实案例涉及的问题是相同的,完全打破了学科界限,需要比较全面的法律知识为基础。因此,此种跨学科的案例教学只能在主要实体法、程序法课程基本学习结束的情况下才能开设。如果部门法案例教学开展得好,学生处理具体案件的能力将会大大提高,个案全过程的训练也会更顺畅。在学生能够比较系统地掌握上述基础理论和知识之前,“个案全过程教学法”的教学很难达到应有的效果。

四、“个案全过程教学法”推广的建议和构想

美国法学教育以培养律师为目的,职业技能训练自然比较扎实。德国法科学生专门有两年的实务训练,自然也能解决学生的实务能力不足的问题。实际上,由于德国的“实例研习”在法学本科的五年制法律素质教育中居于重要位置,德国学生在两年实务培训前的法律思维和实务能力也是远超我们法科学学生的。

要改变上述状况,在目前条件下,我们的建议和构想是:

其一,在研究生教学中增设模拟法律诊所课程。“模拟法律诊所”这种课程形式在美国法学教育中早已存在。我院根据《法律硕士专业学位研究生指导性培养方案》中“在没有法律职业实务背景的法律硕士学生中增设实务性必修课程”的精神,自2009年开始在法律硕士学生中开设的“法律诊所与模拟法庭”就属于这种类型的课程,其他法律院校也存在类似课程,只是目前还没有正式以此命名。我们的模拟法律诊所课程建设和其中采用的“个案全过程教学法”应当说也是法律诊所课程改革的一个组成部分。

其二,法律诊所和模拟法律诊所课程的融合。美国的法律诊所,大致可以分为内设式真实客户法律诊所、校外实习法律诊所和模拟法律诊所课程三种形式。模拟法律诊所是在法律诊所的基础上派生出来的一种教学方式,学生在教师指导下模拟律师角色从事一些律师业务。由于三种诊所各有利弊,现在美国越来越多的法学院根据自己的情况,将上述形式和方法结合使用。有些法学院逐渐将重心放在模拟法律诊所教学上,仅提供给学生有限的机会代理真实案件。三种诊所之间的界限也越来越模糊不清。这种发展趋势的背后,既有师资、财力等原因,也有认识上的原因。比如有些法学院认为,在有组织的模拟环境中学生能够学得更好。因此,我们也完全可以采取以模拟法律诊所教学为主,以代理真实案件的法律诊所为辅的方式。各学校可以根据自身情况,灵活掌握。

其三,本科生的律师实务课(有些学校叫法律实务课)既可以在维持课程名称的情况下将“个案全过程教学法”融入进去,亦可以考虑被模拟法律诊所课程所取代。该课程在我国法学教育中已经运行了几十年,尽管其与大多数法律课程相比案例教学的比重较大,对提高

学生的实务能力发挥了一定的作用。但从已有教科书和笔者了解的教学情况来看,律师的概念及性质、律师资格、律师的权利和义务、律师的职业道德,民事诉讼中的律师代理,刑事诉讼中的律师辩护、法律顾问等侧重于理论教学的内容占了较大的篇幅和教学比重。另外,近年来法律诊所课程开设后,有些在法律诊所上课的律师实务课教师,已经开始将法律诊所在校内的先进教学方法应用到律师实务课教学中,使律师实务课逐步向法律诊所校内教学转化。而我们的法律诊所校内教学,由于不接触真正的当事人,实际上就是模拟法律诊所课。

最后,法律文书课应融入到模拟法律诊所课程中,以避免教学内容的重复。“法律文书”课在本科生和法律硕士学生中已开设多年。之所以我们建议其应融入到模拟法律诊所课程中,是因为“个案全过程教学法”教学中会涉及大量的法律文书训练内容,给学生布置的作业主要就是撰写各种类型的法律文书。这些法律文书与代理人的诉讼策略是密切相关的,是其重要组成部分。代理人对案件的意见和诉讼策略也主要是通过法律文书表现出来的。比如起诉状的撰写,哪些内容需要写,哪些内容不需要写或暂时不写,如何写,这里面就有很多技巧,需要放在整个案件中来考量。代理人不能在起诉状或某一个法律文书中将所有的“炮弹”都打出去。所以,“个案全过程教学法”中的法律文书教学“实战性”更强,这在单纯的法律文书教学中是不可能做到的。

当然,要使我国法科学生实务能力达到世界先进水平,加强在我国起主导作用的涉及各门课程的案例教学改革才是最重要的。其中,对美国、德国案例教学方式的借鉴和改造,对我国传统案例教学方式的深化,新的案例教学模式的创造都是可以探索的路径。此外,将“个案全过程教学法”引入各专业课的传统案例分析教学中也是可以考虑的方案之一。笔者在民事诉讼法课程教学中,曾将涉及程序问题较多的李明诉南海市道路公司人身损害赔偿纠纷案件材料发给学生,本案经历了一审、二审和再审所有的诉讼程序。通过该案件的训练,不仅使学生对各种程序的特点和实际案件诉讼程序的全貌有了一个概括地了解,而且使学生对不同诉讼程序中的法律文书写作、诉讼策略的确定和运用等方面的能力得到了历练。^④从现实来看,编写侧重实体法的个案全过程训练案例应当说更为容易。

国际上三大案例教学模式已有一百多年或近百年的历史,围绕这些教学方式的争论始终没有中断。我们的“个案全过程教学法”才刚刚起步,还存在许多缺陷和不足,要将其提高到上述三大案例教学法的层次,还涉及到多方面的问题,需要长期的全方位的努力,远非我们团队的能力所及。我们欢迎来自各个方面的批评,使我们能够不断完善该案例教学法。也希望其他同行在此基础上,创造出更适合中国国情的案例教学法。

^④ 参见章武生主编《模拟法律诊所实验教程》,第二章,“人身损害赔偿纠纷案件诉讼全过程训练”,第19页——44页,法律出版社2013年版第311页。

“民法案例研习”的教学尝试

北京大学法学院 葛云松 许德峰 刘哲玮

2014年3月29日·北京

北京大学法学院的案例研习课

- 刑法案例研习: 陈兴良、车浩
 - 自2012年春季以来,已开设4学期
- 民法案例研习: 葛云松、许德峰/刘哲玮
 - 自2012年春季以来,已开设4学期
- 刑事诉讼法案例研习: 陈永生
 - 自2013年春季以来,已开设2学期
- 教学体系中的定位: 基础课
 - 目前的课程性质: 限选课(实际是任选课,面向本科、法硕)
 - 长远计划: 法硕学生须在案例研习课程中选择一门。
 - 近期发展计划: 尚无。
- 设置计划: 学院鼓励更多的学科开设。

民法案例研习课的教学目标

- 主要目标: 训练解释、适用法律的能力
 - 基本方法: 请求权基础方法
- 适当训练律师职业(诉讼律师和非诉律师)所应具备的部分能力
- 局限性: 法律知识的传授功能
- 参见葛云松:《法学教育的理想》

民法案例研习课的主要教学方法

- 课前布置学生需完成的作业
 - 案例来源: 自编
- 学生课后完成作业
 - 作业量: 每学期9-12次
 - 作业篇幅: 不限。通常在0.6-1.5万字之间。
- 课堂上主要进行小组讨论(“统分结合”的方式),有三分之一的时间集中讲授(分析、总结)
- 讲授完毕后,可能要求学生就同一案例重新做作业,下一周再进行讨论——最新的经验
- 课后将参考答案提供给学生,供对照学习
- 期末考试(占50-60分): 6小时的案例分析

民法案例研习课程的作业类型

- 主要是案例分析(请求权基础的方法、法官的角度。参见“紫穗木料案”)
- 曾经尝试过其他作业类型。如: 法条分析
- 《侵权责任法》第59条: 因药品、消毒药剂、医疗器械的缺陷,或者输入不合格的血液造成患者损害的,患者可以向生产者或者血液提供机构请求赔偿,也可以向医疗机构请求赔偿。患者向医疗机构请求赔偿的,医疗机构赔偿后,有权向负有责任的生产者或者血液提供机构追偿。
- 要求: 请应用请求权基础理论和法条理论,在对《侵权责任法》第59条做简单的解释之后,简要说明其所包含的法条的性质。对于不完全法条,应具体说明其性质(说明性法条、限制性法条、指示参照性法条、注意规定),并说明其说明、限制、指示参照的对象,或者注意规定所对应的“基本规定”。为了简便起见,只需要考虑《侵权责任法》的其他法条(特别是下面所列的参考条文),无须考虑《产品质量法》、《消费者权益保护法》等法律。
- 可以参考葛云松主编《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文理解与适用》对于第59条的有关说明,但是不要受到其限制。
- 提示: 1. 本条与《侵权责任法》关于产品责任的规定有密切关系。为了避免解释上的困扰,可以假定认为第41条是缺陷产品生产者无过错责任的请求权基础规范,第43条第1款是缺陷产品销售者无过错责任的请求权基础规范。
- 2. 在答题时,注意第59条以下的“销售者”的含义,到底仅指直接销售产品销售给用户的销售者,还是也包括各级批发商或者类似地位的经销商。并思考这一问题与第59条之间的关系。此问题不必查阅参考书,可以根据相关法条以及自己的解释思路直接回答。
- 3. 简单思考一下血液的性质,以及对于本条解释的意义。

作业举例: 关于电视剧的咨询意见书

作家吴言刚刚荣获了炸药文学奖。蔚展公司是一人有限责任公司,主要从事化肥生产。其股东、法定代表人A对于吴言的小说《蛤蟆》很赞赏。两人在一个偶然的机会相识,两人都觉得,如果根据该小说改编并拍成电视剧,一定可以热播,获得可观的收益。双方找到了著名导演钱宝荣,三人双方达成了初步合作意向,拟拍摄40集左右,邀请台湾明星林之琳担任“女一号”,蔚展公司拟投资2000万元(注:该笔资金绰绰有余)。经与北京电视台商议,对方同意作为制作单位申请有关行政许可,但整个过程均由蔚展公司实际负责,北京电视台仅提供必要的配合,不投入资金、不承担亏损及相关风险,并有权分得将来的利润的10%。

注:该小说不涉及“敏感题材”。

蔚展公司找到北达律师事务所,希望其就电视剧拍摄、发行的整个过程所涉及的交易安排的法律结构、行政许可与流程、权利归属等问题进行介绍,并提示相应的法律风险以及预防措施。

请以“北达律师事务所”的名义,为蔚展公司撰写一份咨询意见书,回答上述问题。

作业举例：咨询意见书（续）

注意事项及参考文献

1. 请自行查阅有关法律文件和其他资料（包括网络资料），理解电视剧的拍摄、发行、播放的过程，理解各类当事人在其中所扮演的角色，并彻底了解有关法律和规范文件。本案与著作权法密切相关，请自行学习有关知识。
(1) 制片管理概论: <http://wenku.baidu.com/view/151e90c29ec3d5bbf0a741a.html>
以及该网页右下角所显示的系列PPT文档，以及百度文库的其他相关文档。
(2) 北京广播电视台:《电视剧制作审查行政许可程序及须知手册》
<http://wenku.baidu.com/view/3276a5d13186bce19e8bbbf.html>
(3) 电视剧制作与发行的流程与手续
<http://wenku.baidu.com/view/0068ebfdac6941ea76e0597.html>
(4) 电视剧盈利点分析
<http://wenku.baidu.com/view/396b6a06de0d4d8d15a4f45.html>
(5) 黄西武、李建宏:《电视剧著作权的法律分析》，见中国知网。
(6) 陆雄等:《电视剧著作权归属的确定方式》，见中国知网。
2. 在法律咨询意见书中，对于所参考的法律资料，请详细注明。对于非法律资料（例如上述1-4），可以不列入注释，但是在咨询意见书之后对于资料检索的过程单独作出简要说明。
3. 法律咨询意见书的格式，请自行设计。设计时，请考虑委托人（蔚展公司）所需要的信息，以及怎样才能便于阅读和理解。

作业举例：咨询意见书（续）

- 请读生查图资料，理解事实的能力。法律业务中常常需要接触新的行业、业务，如果不能对有关生活事实有透彻的理解，就难以发现法律会怎样影响当事人之间的利益。例如，就电视剧制作、发行问题的法律咨询，如果律师不对其各个环节有充分的理解，就不可能提出有价值的法律意见。
- 法律检索的能力。特定的法律业务领域，除了与基础的部门法相关外，还会涉及大量的行政法规和规章。这些规范，在一般课程中通常不会涉及。法律业务中一旦涉及，就需要一个律师有很强的法律检索能力，能够将所有的法律文件检索出来。
- 将零散的行政法规整理成体系之后，律师还需要运用其民法、知识产权法、行政法等基础部门法的基本知识，对行政规章制定对民事权利的影响进行分析。
- 律师提供咨询意见书，目的在于介绍（或者设计）交易结构，提示各个环节的法律风险以及对这些风险的评估与应对。这个角度，与法官的法律适用工作相比，有显著的一面和固守的一面。
 - 固守的一面：法官需要认定事实，适用法律。如果有事实，必须通过法律分析得出唯一的结论，并适用于案件事实。也就是说，法官是一个法律适用者，而律师面对的并非一个确定的事实，可以完全适用法律上的规范，在涉及可能发生的法律风险时，律师的工作并非提供一个自以为适当的法律意见，而是需要结合各种资料来预测法律可能的处理结果。
 - 显著的一面：律师提供咨询意见或者草拟合同，所处理的法律问题非常复杂，而非像法官那样通常只以一个或者少数几个争议点为中心。相应地，所涉及的法律规范的数量也更多。法官所面对的通常是一个已经发生的故事，而律师面对的通常是一个尚未开始的故事，需要尽可能预测将来可能发生的故事。对于律师上可能存在的风险，律师需要充分考虑各种可能的风险，并评估其发生的风险和好处，为当事人的决策提供依据。律师还需要懂得如何与当事人沟通，最好地服务于当事人的交易目的。

一、《物权法》第34条上的请求权

（一）请求权的发生（《物权法》第34条）

1. 请求人是物权人

（1）工艺品所有权的最初归属

乙将木料加工成工艺品，就甲、丙之间的关系而言，需要判断工艺品的所有权归属是否因此发生变化。

现行的立法中，并未规定“加工”是导致动产所有权变动的一个原因。但是，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第六十二条：“抵押物因附合、混合或者加工使抵押物的所有权为第三人所有的，抵押权的效力及于补偿金；”该规定显然并非关于“附合”、“混合”、“加工”如何引起物权变动的规定，但是否承认了在这三种情形下所有权可能发生变动，可以认为，该规定是一种法律漏洞填补，将附合、混合、加工规定为可以导致所有权变动的三种事由。本案的情形，与加工有关。但是，上述司法解释并未具体规定加工构成要件，以及加工如何导致所有权发生变动。对此，需要进一步结合我国的判例和学说进行谨慎分析。

根据学界通说（崔建远、王利明等），加工是指利用他人的动产制造新物的行为。其构成要件包括：（1）加工标的物为动产。（2）加工的材料必须为他人所有；（3）必须有加工行为。（4）加工后产生了新物。加工物的所有权归属规则如下：（1）加工物所增加的价值明显超过材料价值时，加工人成为加工物的所有权人，否则由材料所有权人成为加工物的所有权人；（2）加工人为善意时，加工物的所有权归于材料所有权人。本案中，用于加工工艺品的紫檀木料市场价值为1.2万元，加工后工艺品市场价值为2万元，加工后工艺品的价值为0.8万元，没有超过加工前材料的价值。根据以上观点，材料所有人甲取得加工物（工艺品）的所有权。

一、《物权法》第34条上的请求权（续）

（一）请求权的发生（《物权法》第34条）

1. 请求人是物权人

（2）乙将工艺品出售给丙，是否导致所有权发生变动

乙加工完成工艺品时，甲取得其所有权。进而，甲是否因某种事由而丧失其所有权？

① 依据《物权法》第23条的所有权变动

《物权法》第23条规定：“动产物权的设立和转让，自交付时发生法律效力，但法律另有规定的除外。”该条规定的是基于法律行为的动产物权变动。解释上，能够导致动产所有权让与的法律行为（物权行为）的构成要件包括：（1）转让动产物权的合意（让与合意）成立；（2）让与合意满足法律行为的一般生效要件；（3）让与合意满足法律行为的特别生效要件；（4）让与合意已经交付；（5）动产已经交付；（6）让与合意已经交付。

本案中，乙、丙之间成立了让与合意。但是，让与人乙并非工艺品的所有权人，也未获得所有权人甲的授权，不满足上述要件（4）。乙、丙之间让与的原因是买卖合同上的债权。根据《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条第1款的规定，乙虽然并不享有对工艺品的所有权，但是并不影响买卖合同的有效性。上述要件（6）满足，其他要件也满足。这样，由于要件（4）欠缺，基于《合同法》第51条，在解释上应认为，乙、丙之间的物权行为（让与行为）效力未定，而可以使其生效的理由，是物权人甲的追认。本案中，甲并未追认乙的处分行为。因此，乙、丙之间的物权行为不能生效，丙不能基于此而取得所有权。

② 基于《物权法》第106条第1款的所有权变动（续）

作业举例：一鱼两吃

甲公司拖欠乙公司货款2000万元。后双方达成协议：甲公司以其享有的一幅土地的建设用地使用权（连同地上建筑的所有权）转让给乙公司，以抵偿该债务。后甲公司未按照约定办理过户手续达5年，而该不动产的价值，已经从当初的约2000万元，上涨至1亿元。

（1）乙公司起诉，请求甲公司办理过户手续以转移所有权。法院应否支持？

（2）如果你是乙公司当初聘请的律师，会如何草拟合同，以尽量避免可能的纠纷（例如本案）？

紫檀木料案

甲拥有一批名贵的紫檀木料，共1000公斤，市值100万元。2012年3月，甲与乙（当地著名的木匠）订立的合同约定：由乙利用这批木料设计、制作3套明式圈椅，报酬10万元；剩余木料须全部返还。乙按照甲的要求，圆满完成了设计、制作工作，于2012年9月1日将3套成品交付甲，并声称所剩木料共100公斤，亦当场交付。实际上，乙私扣了一块10公斤的木料（此时的价值为1.2万元）未还。乙将其加工为一件精美的工艺品，按照市价2万元出售给收藏家丙。

请运用请求权基础的方法，分析甲乙之间、甲丙之间的法律关系。

一、《物权法》第34条上的请求权（续）

② 基于《物权法》第106条第1款的所有权变动

《物权法》第106条第1款规定：“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意的；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。”

《物权法》第107条规定：“所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的，权利人有权向无处分权人请求损害赔偿，或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物，但受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物的，权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后，有权向无处分权人追偿。”

解释上，第107条与第106条第1款的关系，不能适用。我国主流学说（黄松有、尹田）认为，基于第107条，遗失物不适用善意取得制度。善意取得制度（所有权人或者其他权利人）有权“追回遗失物”，包括向受让人追偿。

该条赋予了遗失物的所有权人以比占有者更强的权利（所有权人丧失其占有乃是基于其自己的意思）的所有权人更为优位的保护。该条适用于遗失物（所有权人丧失其占有并非基于其自己的意思）的情形，该条规定可以类推适用于占有者占有遗失物。

因此，第106条第1款的要件应理解为仅限于占有者占有，遗失物和其他占有者占有不适用第107条。在类推适用第107条时，应认为，以作为占有者占有遗失物的动产加工而成的新物，仍属于占有者占有。理由——

本案中的工艺品是占有者占有，因此《物权法》第107条不适用，也不能类推适用。只能考虑第106条第1款的构成要件是否满足。——因此，丙取得了工艺品的所有权。

《物权法》第34条上的请求权（续）、其他请求权

一、《物权法》第34条上的请求权

（一）请求权的发生

1. 请求人是物权人

分析结论：甲对工艺品的所有权已经消灭，不是物权人。该要件不满足。

2. 相对人是无权占有人

丙对工艺品取得所有权，乃是物权占有。该要件不满足。

3. 小结：甲对丙不享有《物权法》第34条上的请求权。

（二）请求权的消灭、被请求人的抗辩权

这两个问题无须分析。

二、其他请求权

甲对丙虽然没有《民法通则》第92条上的请求权（不当得利）、《侵权责任法》第6条第1款上的请求权（侵权行为），也没有其他请求权。

三、结论：甲对丙不享有任何请求权。

基本结构

壹、甲对丙的请求权

贰、甲对乙的请求权

叁、乙对甲的请求权

肆、结论

壹、甲对丙的请求权

- 一、《物权法》第34条上的请求权
 - （一）请求权的发生
 - 《物权法》第34条规定：“无权占有不动产或者动产的，权利人可以请求返还原物。”
 - （二）请求权的消灭
 - （三）被请求人的抗辩权
- 二、其他请求权
- 三、结论

贰、甲对乙的请求权

- 一、《合同法》第8条第1款第1句（结合合同约定）上的请求权：请求返还紫檀木料的权利
- 二、《合同法》第8条第1款第1句（结合合同约定）上的请求权：请求返还紫檀工艺品权利
- 三、《合同法》第265条上的请求权
- 四、《民法通则》第92条上的请求权
- 五、《侵权责任法》第6条第1款上的请求权

一、《合同法》第8条第1款第1句（结合合同约定）：请求返还紫檀木料的权利

（一）请求权的发生

《合同法》第8条第1款第1句规定：“依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。”在解释上，应当认为该句是一方请求他方履行合同约定义务的的法律依据。

结合合同法其他相关条文，在解释上，该款规定的请求权的构成要件包括：（1）合同成立；（2）合同生效；（3）合同没有消灭；（4）合同约定了一方对另一方享有的债权。

1. 合同的成立。本案中，双方之间订立了合同，显然满足一般成立要件。合同的性质是承揽合同（符合《合同法》第251条第1款的定义），而法律并未就该类合同规定特别成立要件。
2. 合同的生效。本案中，显然不存在任何影响合同效力的事由。
3. 合同的消灭。本案中，显然并未发生可撤销事由。
4. 合同约定了一方对另一方享有的债权。本案中，根据约定，乙负有返还剩余木料的义务。

上述要件完全满足。

一、《合同法》第8条第1款第1句（结合合同约定）：请求返还紫檀木料的权利（续）

（二）请求权的消灭

《合同法》第110条规定：“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：（一）法律上或者事实上不能履行；……”该项将履行不能规定为非金钱债务的消灭事由。

本案中，乙将10公斤木料加工成工艺品。根据一般社会认知和交易惯例，外部特征和使用目的均已发生重大变化，加工物为新物，因此木料已经灭失，返还木料的债务在事实上不能履行，乙之返还木料的债务消灭。

（三）被请求人的抗辩权

因为请求权已经消灭，该要件无须分析。

（四）结论

甲对乙并无《合同法》第8条第1款第1句（结合合同约定）上的请求返还紫檀木料的权利。

二、《合同法》第8条第1款第1句（结合合同约定）：请求返还紫檀工艺品的权利

（一）请求权的发生

《合同法》第8条第1款第1句（结合合同约定）的构成要件见上文，在本案中，其第1-3要件均满足。关于第4要件，上文分析了乙的返还紫檀木料的义务，该义务已经消灭。

值得探讨的是，是否应认为乙负有返还紫檀工艺品的义务？

从严格的合同条款来说，仅涉及乙应将紫檀木料返还给甲，对乙擅自利用木料加工成的新物，则并未明确约定返还义务。《合同法》中“承揽合同”一章对此也无明确约定，不能通过任意性规范判断乙有此义务。

《合同法》第61条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。……”本案中，应当从双方在合同中约定的“返还紫檀木料”出发，判断是否应返还紫檀工艺品。双方当事人在订立合同时，甲所设想的情形是乙加工完木料后将紫檀木料返还，并未预料到乙会私自加工成工艺品。倘若当事人双方在缔约时考虑到这一情形，显然会要求乙在交付木料时一并交付紫檀工艺品，而乙显然会同意。从另一角度看，工艺品虽然已经构成新物，但是所有权的归属，甲之所以能够取得其所有权，乃是基于其对木料的所有权。实际上，“加工”规则的构成要件中之一为“加工人须为承揽人”，那么将紫檀木料加工成工艺品，即构成对木料所有权的侵害。倘若加工人并非承揽人，那么将紫檀木料加工成工艺品，即构成对木料所有权的侵害。倘若加工人并非承揽人，那么将紫檀木料加工成工艺品，即构成对木料所有权的侵害。

因此，尽管甲的材料用于乙的加工而成为新物（工艺品），仍应基于双方关于紫檀木料应予返还的约定，通过合同漏洞补充而认为乙也负有返还紫檀工艺品的义务。

四、《民法通则》第92条上的请求权

（一）请求权的发生

《民法通则》第92条规定：“没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。”我国民法上一般认为，该条构成要件包括：（1）一方受利益；（2）他方受损失；（3）一方受利益与另一方受损失之间有因果关系；（4）一方受利益与另一方受损失之间没有法律上的原因。

本案中可能构成不当得利类型，只有权益侵害不当得利，其构成要件是：（1）因侵害他人权益而受利益；（2）致他人受损害；（3）无法上原因。

乙将工艺品转卖他人的行为，构成侵害他人权益而受利益，如上所述，新物（工艺品）的所有权均归甲所有，因此，乙并未获得任何利益。因此，在加工行为完成时，权益侵害不当得利的构成要件并不满足。

乙将工艺品转卖他人，获得利益2万元，这是乙所获得的利益。此获利是通过侵害甲对工艺品的所有权而得。根据《物权法》第106条第1款取得工艺品的所有权，甲因丧失对工艺品的所有权，遭受损失，在价值上甲的损失为2万元（工艺品的市场价值）。乙处分他人之物而得利，没有任何法律上的原因。因此，上述要件均满足。

所以，甲可依据《民法通则》第92条要求乙返还2万元。

四、《民法通则》第92条上的请求权（续）

（二）请求权的消灭

甲对乙的上述请求权，并未发生消灭事由。

（三）被请求人的抗辩权

乙对甲的上述请求权，并未发生任何抗辩权。

（四）结论

甲有权依据《民法通则》第92条请求乙返还2万元。

一、《合同法》第8条第1款第1句（结合合同约定）：请求返还紫檀工艺品的权利（续）

（二）请求权的消灭

《合同法》第110条规定：“当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：（一）法律上或者事实上不能履行；……”该项将履行不能规定为非金钱债务的消灭事由。

本案中，乙将工艺品出售给丙。上文已经分析，丙取得了该工艺品的所有权，因此，乙对甲的该债务已经在事实上不能履行。根据上述规定，该债务消灭。

（三）被请求人的抗辩权

因为请求权已经消灭，该要件无须分析。

（四）结论：甲对乙并无《合同法》第8条第1款第1句（结合合同约定）请求返还紫檀工艺品的权利。

三、《合同法》第265条上的请求权

（一）请求权的发生

《合同法》第265条规定：“承揽人应当妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果，因保管不善造成毁损、灭失的，应当承担损害赔偿责任。”

《合同法》分则部分（或者其他特别法）就某种具体的违约行为所导致的损害赔偿的规定，与《合同法》第112条之间的关系：应认为，如果分则部分已经就某种具体的违约行为规定了损害赔偿，即不应再援引《合同法》第112条。

《合同法》第265条所规定的构成要件，应解释为：（1）承揽合同成立；（2）承揽合同生效；（3）定作人提供的材料或者承揽人完成的工作成果毁损、灭失；（4）承揽人的违反保管义务的行为导致了物的毁损灭失；（5）承揽人有过错；（6）定作人因此而发生损失。下面具体分析。

五、《侵权责任法》第6条第1款上的请求权

（一）请求权的发生

《侵权责任法》第6条第1款规定：“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。”这是关于一般侵权行为（过错责任）的基本规定。关于该条，国内的学说和司法实践在解释上观点分歧，本文认为，《侵权责任法》第6条第1款的规定，应当依法解释目的加以适用。将侵权行为的构成要件解释为三种独立的请求权类型：（1）过错侵权责任；（2）过错推定侵权责任；（3）无过错侵权责任。应分别适用不同的归责原则：（1）过错侵权责任，应适用过错责任原则；（2）过错推定侵权责任，应适用过错推定原则；（3）无过错侵权责任，应适用无过错责任原则。

侵害他人财产权的构成要件有：（1）有加害行为；（2）该行为侵害他人之绝对权；（3）他方因此受有损害；（4）因果关系；（5）加害行为具有违法性；（6）加害人有过错或者过失。

1. 乙对木料的侵权行为。乙私自将木料加工成工艺品，导致木料灭失，甲丧失对木料的所有权。除第3个要件外，其他要件均显然满足。关于第3个要件，甲是否受有损害？甲丧失木料所有权，当然受有损害。但上节已经论述，甲因取得工艺品的所有权，衡量甲的利益状况的变化，甲并未受有损害。故该要件不满足。

结论：甲对乙侵害木料所有权的行为无权主张侵权责任。

2. 乙对工艺品的侵权行为。工艺品归甲所有，而乙擅自处分于丙，并使得丙取得所有权，上述六个要件显然均满足。

法律效果：根据《侵权责任法》第15条第（六）项，乙应赔偿损失。如上分析，工艺品的市场价格为2万元。根据《侵权责任法》第19条的规定，乙应赔偿2万元。

五、《侵权责任法》第6条第1款上的请求权（续）

（二）请求权的消灭

甲对乙的上述请求权，并未发生消灭事由。

（三）被请求人的抗辩权

乙对甲的上述请求权，并未发生任何抗辩权。

（四）结论

甲有权依据《侵权责任法》第6条第1款之规定，请求乙赔偿损失2万元。

三、《合同法》第265条上的请求权（续）

1. 构成要件分析

（1）承揽合同成立。本案中，甲、乙之间承揽合同成立。（2）承揽合同生效。本案中，甲、乙之间承揽合同生效。（3）定作人提供的材料毁损、灭失。本案中，甲、乙之间承揽合同成立。

就相关的问题，应当从两个方面进行解释：一是从承揽合同的性质出发，只要所有权属于定作人，即属于定作人提供的材料。二是从承揽合同的履行过程出发，只要材料在承揽人处，即属于承揽人提供的材料。

本案中，乙将紫檀木料加工成工艺品，导致木料灭失，甲丧失对木料的所有权。除第3个要件外，其他要件均显然满足。关于第3个要件，甲是否受有损害？甲丧失木料所有权，当然受有损害。但上节已经论述，甲因取得工艺品的所有权，衡量甲的利益状况的变化，甲并未受有损害。故该要件不满足。

结论：甲对乙侵害木料所有权的行为无权主张侵权责任。

2. 乙对工艺品的侵权行为。工艺品归甲所有，而乙擅自处分于丙，并使得丙取得所有权，上述六个要件显然均满足。

法律效果：根据《侵权责任法》第15条第（六）项，乙应赔偿损失。如上分析，工艺品的市场价格为2万元。根据《侵权责任法》第19条的规定，乙应赔偿2万元。

三、《合同法》第265条上的请求权（续）

（二）请求权的消灭

甲对乙的上述请求权，并未发生消灭事由。

（三）被请求人的抗辩权

乙对甲的上述请求权，并未发生任何抗辩权。

（四）结论

甲有权根据《合同法》第265条请求乙赔偿损失2万元。

叁、乙对甲的请求权

一、占有人与恢复请求权人的关系：《物权法》第242条的类推适用

二、《民法通则》第92条上的请求权

一、占有人与恢复请求权人的关系：《物权法》第242条的类推适用

（一）请求权的发生

1. 《物权法》第242条对本条不适用。《物权法》第242条规定：“不动产或者动产被他人无权占有，权利人可以请求返还该物及孳息，但应当支付善意受让人所付费用。……”本案中乙占有甲的紫檀木料，为善意占有，上述规定显然不适用。

2. 《物权法》第242条的类推适用：善意占有人对占有物请求返还时，善意占有人的费用请求权。《物权法》第242条只规定了善意占有人的费用请求权，对善意占有人的孳息请求权未作规定。善意占有人的孳息请求权，应当类推适用《物权法》第242条的规定。

本案中，乙将紫檀木料加工成工艺品，导致木料灭失，甲丧失对木料的所有权。除第3个要件外，其他要件均显然满足。关于第3个要件，甲是否受有损害？甲丧失木料所有权，当然受有损害。但上节已经论述，甲因取得工艺品的所有权，衡量甲的利益状况的变化，甲并未受有损害。故该要件不满足。

结论：甲对乙侵害木料所有权的行为无权主张侵权责任。

2. 乙对工艺品的侵权行为。工艺品归甲所有，而乙擅自处分于丙，并使得丙取得所有权，上述六个要件显然均满足。

法律效果：根据《侵权责任法》第15条第（六）项，乙应赔偿损失。如上分析，工艺品的市场价格为2万元。根据《侵权责任法》第19条的规定，乙应赔偿2万元。

二、《民法通则》第92条上的请求权

(一) 请求权的产生

如上文分析，本文采非统一说。这里有可能满足的是支出费用不当得利。其构成要件是：(1)为他人之物支出费用；(2)非以给付的意思而支出费用；(3)对方因该费用之支出而受有利益；(4)为他人之物支出费用无法上之原因。

但是，支出费用不当得利的一个核心问题，其占有与返还请求权之间的关系问题。如果占有他人之物所支出的费用，可能满足《民法通则》第92条之支出费用不当得利的一般构成要件。但是，如果一方分析的是，假如支出费用的一方是善意占有人，是否应基于某种特殊理由排除其对占有物支出费用的不当得利返还请求权。也就是说，支出费用不当得利构成要件，是否应以双方的关系并非善意占有人与占有物返还请求权人的关系为条件。即，是否以此作为构成要件。

德国法上认为：(1)善意占有他人之物所支出的费用，应依不当得利处理。有的符合不当得利的构成，也不得以此为由，主张不当得利的消灭。《德国民法典》第243条关于善意占有人的规定，排除了善意占有人的《民法通则》第92条关于不当得利的规定。请求占有物的所有权人返还必要费用的不当得利，只有在此种情况下，《民法通则》第243条关于善意占有人的规定才不适用。将该项应推及于善意占有，显然更不应认为善意占有可以主张支出费用不当得利返还请求权。

比较法：德国、台湾地区的通说与此一致。

本文赞同上述立场。也就是说，综合分析《民法通则》第92条与《物权法》第243条，在满足支出费用不当得利的一般构成要件的情形下，如果支出费用一方是善意占有他人之物，且所支出的费用是必要费用，应排除其不当得利返还请求权。

本案中，乙是善意占有他人之物，其支出的费用是必要费用。因此，即便支出费用不当得利的一般构成要件满足，乙对甲也不享有《民法通则》第92条上的请求权。

(二) 请求权的消灭、被请求人的抗辩权。因为乙不享有请求权，该问题无须讨论。

(三) 结论：乙对甲不享有《民法通则》第92条上的请求权。

肆、结论

1. 甲对丙不享有请求权。
2. 甲根据《合同法》第265条、《民法通则》第92条、《侵权责任法》第6条第1款，享有请求乙支付2万元的请求权。甲的三个请求权发生竞合。
3. 乙对甲不享有请求权。

谢谢！