

《厦门大学法律评论》总第十一辑
厦门大学出版社 2006 年 6 月版
《中美法学教育模式之比较：“法官型”人才 v. “律师型”人才》
第 001 页 ~ 第 021 页

中美法学教育模式之比较： “法官型”人才 v. “律师型”人才

徐崇利*

目 次

一、引言

二、中美法学教育培养对象之比较：“单一型”人才 v. “复合型”人才

三、中美法学教育培养方法之比较：“公断型”人才 v. “偏执型”人才

四、结语

一、引言

中美法学教育存在诸多差异,其中,培养对象和培养方法的不同至少可以突显中国“法官型”人才与美国“律师型”人才两种培养模式的特点。首先,需要说明的是,在这里,并不是说中国的“法官型”人才培养模式仅培养法官,美国的“律师型”人才培养模式仅培养律师,而只是基于传统法官和现代律师之知识结构和功能角色有别,象征性地以此冠名而已。然而,这两种

* 徐崇利,1966年生,厦门大学法学院教授,法学博士,电子邮件:clxi@xmu.edu.cn。

人才培养模式的确对中美两国的法律实践和法学研究起到了塑形的作用。对之展开比较分析,意在阐明,中国应适当地借鉴美国的“律师型”人才培养模式,对自己的“法官型”人才培养模式进行必要的矫形。

二、中美法学教育培养对象之比较:“单一型”人才 v. “复合型”人才

因培养对象的不同,美国“律师型”人才培养模式的一个重要特点是侧重对“复合型”法律人才的培养,而中国“法官型”人才培养模式则偏向于对“单一型”法律人才的培养。

(一)美国的“复合型”法律人才培养模式

美国法学院培养对象的主体是 J. D. 学生,而要成为 J. D. 学生,至少必须已有一个非法律专业本科以上的学历,且他们中的许多人具有实际工作的经验。可见,在美国,凡取得 J. D. 学位者,可成为一个“复合型”的法律人才,即至少经过了本科阶段非法律专业的训练,再加上攻读 J. D. 学位期间三年的法律修习,具备了两种学科的专业知识。对“复合型”法律人才的培养肇始于美国,现仍以美国为典型,可谓是美国“律师型”人才培养模式的一大特色。

随着人类社会的发展,社会关系越来越复杂,社会分工越来越细,一个案件除了涉及法律规定之外,还有事实问题,对不同类型案件之事实的理解,往往需要不同行业和学科的专业知识。这不但关乎案件真相的查明,而且将影响各方在处理案件过程中对法律价值的判断。由此,在法制发达和成熟的美国,为了在激烈的市场竞争中立足,一个好的律师必然是对某一类案件“术业有专攻”者;也就是说,其必须是熟悉法律知识并通晓与该类案件有关的其他学科和行业专业知识的“复合型”法律人才。当然,美国的“复合型”法律人才培养模式并非只适用于培养律师,该模式对其他应用型和研究型法律人才的培养也同样适用,因而,其为美国法学院普遍的人才培养模式。

美国“复合型”法律人才培养模式的形成并非偶然,它根植于美国法律体系、法制观念以及法学教育的特质。

首先,“复合型”法律人才的培养与美国法律体系的“唯实主义”倾向具

有相合性。无论较之大陆法系国家,还是较之其他英美法系国家,美国法律体系受法律现实主义理念的影响最深。美国大法官霍姆斯的名言“法律的生命在于经验而非逻辑”,就是最好的概括。法律现实主义推崇实践理性,虽然相信法律规则或原则有助于预测法律实施的结果,但同时认为单凭法律规则或原则无法推出最后的判决,法律过程应以追求“结果正义”为目标。其间,价值判断和社会政策定向必不可少。然而,在法律现实主义者眼里,法律价值本身是相对的,社会政策也是多元的,需要运用法律之外的知识对它们加以判断和定向。概言之,在美国,惟有“复合型”法律人才,才能得心应手地操弄法律这一社会控制的“工具”。再从文化根基上看,美国是一个移民国家,也是一个联邦制国家,具有多元的文化;同时,美国又是一个强调个人自由的国家。相应的,在美国,作为法律过程之目标的“结果正义”,也无定式,就像一张普洛透斯的脸,变幻无常。鉴此,对“结果正义”的解释,绝非仅有法律知识者而能为之,必然涉及各个学科的不同视角,惟有“复合型”的法律人才,才能与之相配适。

兹选择主要用以解决州际法律冲突的美国现代冲突法为例。美国现代冲突法也许是最能体现美国法律体系特征的一个法律部门。在美国,传统的冲突法一直建立在法律实证主义理念基础之上,其发展颠峰为1934年出版的美国《第一次冲突法重述》。然而,伴随着上世纪20、30年代美国的现实主义法律运动,美国开始了激烈的冲突法革命,破旧立新之后产生的美国现代冲突法,采取的无一不是“社会政策定向”的法律选择方法,以追求“实体正义”为目标;而且,迄今为止,从整体上看,这样的冲突法立法例在世界上绝无仅有。在美国现代冲突法中,最具实践影响力的是1971年出台的美国《第二次冲突法重述》,该重述确立的“最密切联系原则”就是一种灵活的法律选择方法。依最密切联系原则选择法律,必须综合各种要素进行“社会政策定向”。而在这样的“社会政策定向”过程中,如缺乏从经济、社会、文化、政治等多元视角的分析和论证,就难有说服力。

其次,“复合型”法律人才的培养与美国崇尚法制的观念具有对应性。美国是最尊奉“法治”的国家,对法律的社会职责推崇备至。这从美国人的“好诉”之风中得到佐证。既然在美国人看来,法律人是“社会医

生”,而非“法律工匠”,那么就必须具有宽广的知识视界。一个法律人只通法律,不懂法律赖以存在的社会机理,犹如一个医生只知病症,不明病理那样。美国大法官布兰代斯曾指出,“一个法律工作者如果不研究经济学和社会学,那么他极容易成为一个社会公敌”;而用美国律师布朗的话来说,则是“一个只懂法律的人,只是一个十足的傻瓜而已”。在美国,法科学生日后肩负的社会重任,要求法学院必须将他们培养成为“复合型”的法律人才。对此,博登海默的理解是,“甚至在提高专业能力较为严格的法律教育专业阶段,也必须始终提醒学生注意,法律乃是整个社会生活的一部分,它绝不存在于真空之中。法学并不是社会科学中一个自足的独立领域,能够被封闭起来或者可与人类努力的其他分支学科相脱离”;“法律制度所应得到的尊严和威望,在很大程度上取决于该制度的工作人员的认识广度以及他们对其所服务的社会的责任感的性质与强度。”

最后,“复合型”法律人才的培养与美国对法学“职业教育”的定位具有相因性。一方面,美国法学教育界普遍认为,法律是一种渊博的社会之学,接受法学职业教育的学生必须具有比较成熟的思想 and 心智、较强的分析能力以及一定的社会阅历。而法科学生应具备的这些素质一般需经过前置性的其他学科教育与训练,方能成就。另一方面,法学职业教育本身具有狭隘性,不加克服,容易造成与其他行业的失和。法科学生入学前未经非法律学科教育的熏陶,不足以弥补该缺陷。对此,庞德的解释是,“纯粹职业上的训练,容易促成各种事业或行业间的猜忌、误会与狐疑。这是社会秩序最严重困难的根源,人类大都习于一种特殊的行业,而以此来判断事物。假定这种行业纯粹从狭隘的本行业立场来训练,则每个人将根据自身的打算估算他人,而不能领悟其他方面的问题和理想。此在各种行业均无例外。教育对于这些猜忌、误会与狐疑,具有巨大的融化功能。教育愈是通博,融化的功

均转引自[美]埃德加·博登海默著:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年修订版,第531页。

同注书,第531、532页。

能愈大。”

就法学研究而言，“复合型”法律人才的培养已成为美国法学与其他学科交叉之研究异军突起的根本动力。一个之前已受过非法律学科正规训练的法科毕业生，在步入学界后，必然会把各种非法律学科的专业知识尤其是分析方法带入法学研究。于是，在美国，“如今，几乎普天之下都接受的一个观念是：借鉴社会科学的方法和理论才能够最充分的理解法律制度。”既然如此，许多法学交叉学科始创并勃兴于美国，也就不足为奇了。且不论人们熟知的美国法经济学学科在世界上居于“执牛耳”之地位，在国际法领域，自上世纪 90 年代以来，美国法学院一些具有国际关系理论及政治学、经济学、社会学及哲学等学科背景的学者又开创了一个“国际法的国际关系理论分析”新学派。该学派不但是国际关系理论与国际法的交叉学科，而且因当代各主流的国际关系理论——新现实主义学派、新制度主义学派和建构主义学派在方法论上本身就源于政治学、经济学和社会学等其他学科，没有这些第一层面（国际关系理论）和第二层面（政治学、经济学和社会学），乃至第三层面（哲学）学科的功底，就根本无法深入开展“国际关系理论与国际法”之交叉学科的研究。目前，“国际法的国际关系理论分析”学派在美国方兴未艾，无人能及，正乃美国法学院当年造就的“复合型”法律人才，现在充分显现了学科交叉之优势所致。

（二）中国的“单一型”法律人才培养模式

中国法学院的本科生通常直接来自高中毕业生，传统的“法学硕士”研究生也多为法学本科学位获得者。目前，这两类法科学生仍然构成中国法学教育的主体。法律本科生和“法学硕士”研究生攻读的学位虽有等级之别，但有一个共同的特点，就是多只专修法律，没有非法律学科的学历教育背景，姑且称之为“单一型”法律人才。

转引自杨莉、王晓阳：《美国法学教育特征》，《清华大学教育研究》2001年第2期。

转引自王晨光：《法学教育的宗旨——兼论案例教学模式和实践性教学模式在法学教育中的地位、作用和关系》，《法制与社会发展》2002年第6期。

之所以把这些“单一型”法律人才归入“法官型”人才培养模式,是因为,传统上,法官通常需要解决其受理的各种案件,而这些案件可能涉及不同行业 and 不同学科的知识。鉴此,不能假设一个法官是一个无所不知、无所不通的“全才”,法官只要精通律法,并具有实践的常识,即可胜任。至于案件的事实,应由当事双方举证,有时或可聘请专家进行鉴定。这似可与国际贸易实践中跟单信用证审单原理一比,由于跨国交易的货物种类数不胜数,如规定银行职员审单时必须判断提单项下的货物与信用证的规定事实上相符,无异于苛求他们必须拥有涉及各种货物的专业 and 行业知识。有鉴于此,国际支付惯例历来采取的是“单证表面相符”的审单原则,只要核定提单上对货物的文字记载与信用证的规定相符,审单员就已尽到了职责。

不难理解,这种“单一型”法律人才培养模式与大陆体系的特点相契合。传统上,大陆法系偏好法律实证主义理念。而法律实证主义者以追求“形式正义”为目标,他们所关注的是“分析法律术语、探究法律命题在逻辑上的相互关系”;并“试图把明确性、稳定性、一致性和非冗性等逻辑限制置于权威性法律资料之上,企望发现基本法律概念、基本法律范畴以及基本法律定理。”亦即,法律实证主义主张,法律是一个自主的体系,法律过程是一个超经验的逻辑推理过程,其间,在很大程度上可拒绝对价值观念和社会政策等外在因素的考虑。极端的情形是坚持“恶法亦法”的观点,在技术上对恶法照用不误。因此,在大陆法系国家,对法律人非法律知识乃至实际经验之要求,得以轻释。

中国不但具有大陆法系的传统,而且在当下中国的法律实践中,除了需要假借法律现实主义,徇私枉法,大搞司法腐败之外,在其他通常情况下,“概念主义”大有被发挥到极致之势。在中国的司法界,一种司空见惯的做法是,法官在断案时,最好有现成的法律规定;没有现成的法律规定,希望能找到最高人民法院的司法解释;没有这样的司法解释,如能找到最高人民法

转引自注 引书,第 123 页。

转引自张文显著:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社 2006 年版,第 67 页。

院 × × × 审判工作座谈会纪要等,也可;而且对于诸多法官来说,这些规则是越具体越好。

兹以中国的冲突法为例。中国现行冲突法属于欧洲传统冲突法体系,而欧洲传统冲突法可能又是与法律实证主义渊源最深的一个法律部门。首先,作为欧洲传统冲突法始祖的意大利“法则区别说”,就源于罗马法复兴时代的后注释法学派,极具“概念主义”之形态。传承的结果,现在,欧洲冲突法几乎全由范围(事实)、连结点、准据法、系属、系属公式以及先决问题、识别、反致、法律规避、公共秩序保留、强制性规则等术语构件堆砌而成,其基本价值取向为“冲突正义”,即保证法律选择的稳定性、一致性、可预见性以及连续性、系统性。由此,只要熟悉上述术语,在解决了先决问题、识别、反致等具有高度技术性的法律问题之后,依照传统冲突规则中固定空间连结点的指引,就可找到适用于案件的准据法。除非遇到法律规避、公共秩序保留、强制性规则等例外情形,否则,根本无需考虑该准据法适用之结果是否符合“实体正义”的要求。如此“机械”、“盲目”地选择法律,被认为是在玩弄一场纯法律概念的“游戏”。在这一过程中,看不出对非法律知识有多大的需求。

然而,无论是从提升法律实践还是法学研究之水平的需要来考虑,中国都应逐步放弃“单一型”法律人才的培养模式,借鉴美国的“复合型”法律人才培养模式。

中国既是一个社会主义国家,也是一个发展中国家,法律对社会生活的干预程度和范围,按理应甚于自由主义盘踞的西方发达国家。然而,如上述及,在中国当前的司法实践中,因各种缘由,“概念主义”泛滥,这是一个反常的现象。无疑,今后,中国法律调整的社会关系将日趋复杂,因此而生之法律问题所涉其他学科和行业的专业知识与一般常识之间的距离越拉越大。于是,这些法律问题要得到公正、有效的解决,将愈加有赖于兼具法律和非法律专业知识及经验的“复合型”人才。另一方面,中国法律体系发展本身,也要顺应世界潮流,更多地将法律规范置于社会过程之中,即法律过程必须寻找“形式正义”与“结果正义”之平衡点。而当中国法律体系中“纸面上的法”和“实践中的法”之配色出现“此消彼长”的态势时,对“复合型”法律人才

的需求也势必越来越甚。再者,随着中国更加深入地参与全球化进程,法律服务业的开放力度不断加大,在诸多法律服务领域,美国等“复合型”法律人才显然比中国的“单一型”法律人才更具“比较优势”。跨国法律服务业的激烈市场竞争,也将对中国现行法律人才的培养模式产生促变作用。

另从中国的法学研究状况来看,总体而言,“单一型”法律人才培养模式已妨碍了中国法律学者合理知识结构的建立,不利于法学与其他学科的交叉,进而成为制约中国法学学术水平提高的一大瓶颈。依此而论,也需加大步伐引入“复合型”法律人才的培养机制。当然,这不是说中国法学界一贯对其他学科采取“临床隔离”的做法,笔者只是想厘清两种不同的概念:当下,中国的法学研究虽然也在广泛地触及其他学科,然则,多仅仅是应用到其他学科的知识而已,不是严格意义上法学与其他学科的交叉。两个学科真正交叉的判断标准是,其将形成不同于传统法律分析的独特范式。正如以经济分析国际法的情形那样,可分为两种情形:一是以经济学的“知识”说明国际法的具体问题,可称为“国际法中的经济分析”(economic analysis in international law)。例如,各国反倾销法规定,外国产品低价销售对生产同类产品的国内产业造成损害的,构成倾销。对此处何为“同类”产品的界定,就需要运用经济学的知识;二是以经济学的“方法”分析国际法的制度和原理,此乃“国际法的经济分析”(economic analysis of international law)。例如,以博弈论分析 GATT 法律体制的产生等。在后一种情形下,只有那些曾经有过非法律学科训练的法律学者,才能深入开展法学与其他相关学科之间的交叉研究工作。试想,如波斯纳不是一个文学士,何以在法律与文学研究领域取得如此高的成就。

对此,也许有人会不以为然,认为法学院培养出来的“单一型”法科毕业生,日后在从事法学研究的过程中,可以边干边学,照样能掌握其他学科的知识。无可否认,像波斯纳那样,通过自学经济学终成法经济学大师这样的例子并非没有。然而,就多数人而言,“先天不足,后天难补”,世界上有许多

参见 J. L. Dunoff & J. P. Trachtman, *Economic Analysis of International Law*, *Yale Journal of International Law*, Vol. 24, 1999, pp. 6~7.

有成就的法经济学学者,他们中的绝大多数毕竟都有受过经济学专业学历教育的背景。推而广之,对于法科学学生的非法律学科训练,其“任务却必须放在法律工作者理论专业的非法律部分去完成。”

实现中国法学教育从“单一型”法律人才培养模式向“复合型”法律人才培养模式的转变,应当采取的一个关键措施是,废除现行的法学本科教育制度。如此“釜底抽薪”的结果,还可消灭“单一型”的“法学硕士”和“法学博士”。因为,没有了法学本科生,也就不可能有现在的“法学硕士”,剩下的就只有需大力发展的“法律硕士”。中国的“法律硕士”相当于美国的 J. D., 限非法律本科毕业生报考,他们升入法学院后,再经过系统的法科训练,最终可造就成为“复合型”的法律人才。与此同时,只要将中国法律专业硕士研究生培养层次简化为“法律硕士”一个品种,他们中的一些人继续攻读“法学博士”学位,培养出来的就不可能是单一法科血统的法律人才。

目前,在中国的高等院校和实务部门,仍有不少人青睐从“法律”到“法律”的那些“法学硕士”,乃至从“法律”再到“法律”的那些“法学博士”,视具有非法科教育学历背景的“法律硕士”以及“法学硕士”和“法学博士”为“半路出家”,这种观念亟待改变。应当看到,当前,中国的法科毕业生已进入供大于求的时期,尤其是那些培养质量低下的法律院系本科毕业生,终成“滞销产品”。当下,逐步放弃现行本科法学教育制度的条件已经成熟。此外,确立以“法律硕士”为主体的法学教育体系,也将推动中国法律院校师资水平的提高。因为来自不同学科、不同专业背景的“法律硕士”研究生,对法学院教师本身就构成一种挑战。其中最简单的挑战是,为了不被这些“不同来路”的学生轻易“问倒”,法学院的教师就必须不断地提高教学和科研水平,并拓展自己的知识领域。

三、中美法学教育培养方法之比较：“公断型”人才 v. “偏执型”人才

在培养方法上,美国“律师型”人才培养模式的另一个重要表现是注重对“偏执型”法律人才的培养;而中国“法官型”人才培养模式则偏向于对“公

引自注 引书,第 530 页。

断型”法律人才的培养。

(一)美国的“偏执型”法律人才培养模式

在诉讼中,律师的角色是,无论案件事实如何,作为当事一方的代理人,应为该方极尽辩护之责,而不能迁就当事另一方的诉求。正因如此,在中国,现在仍有民众不解律师的这一独特角色,视其专为“坏人”辩护者。可见,“偏执型”法律人才以律师为代表,故将此类人才的培养归入“律师型”人才培养模式。

在美国法学院,主导性的教学方式为“案例讨论”。从美国法学教育的发展史来看,最初,在美国法学院盛行的也是教师“课堂讲授”教学法。然而,因该教学方法具有教条性和呆板性,难以适应判例法实践的需要,1870年,朗代尔出任哈佛大学法学院院长之后,开始大规模地引入案例教学法。之后,对案例教学法的批评虽然不绝于耳,但至上世纪20年代,案例教学法终在美国法学院得到普及,从那时起到现在,案例教学法一直成为美国法学教育的主流方法。应该说,案例教学法是美国培养“偏执型”法律人才的熔炉。

从培养对象来看,美国法学院J. D. 学生参与案例讨论,容易形成带有“偏执”色彩的对抗性辩论。如前所述,这些J. D. 学生均受过非法律学科的专业训练,与中国法律本科生相比,无论是在知识结构上,还是在自主分析能力上,抑或在社会经验上,均具优势。因而,他们更容易从各自的角度,对案件展开针锋相对的辩论。缘此,哪怕是在普遍重视案例教学法的英美法系中,也数美国法学院采用案例教学法的比重最大,学生积极参与的“讨论型”特色最鲜明。与英国比对,英国的法律本科教育对象也是高中毕业生,顾及他们的知识结构尚比较单一、分析能力有待培养以及社会阅历仍属有限等因素,英国的法学教育与大陆法系有些相似,比较重视系统讲授;即便采取案例教学法,也带有教师主导下的案例“分析”之色彩,这些英国学生本科毕业后从事律师职业之前,仍需经过律师学院或律师协会的培训。

从教学过程来看,首先,在美国法学院,预习是“案例讨论”教学法必不可少的环节。如课前不预习,对案情茫然不知,则在讨论时,只能做一个尴尬的旁观者。这与教师主导的“课堂讲授”教学法不同,在中国法学院,学生

不预习,照样能够听懂教师授课的内容。由此可见,美国法学院学生课前预习的必要性,事实上要大大高于中国法学院的学生。无疑,多了一个预习的环节,就多了一个学生自我学习、自我提高的过程。更为重要的是,为了做到在案例讨论时有备而来,在预习的过程中,不但得熟悉案情,而且必须发现问题,并对这些问题进行必要的分析。事实上,这样的预习过程就是一个独立思考的过程,容易产生独立见解。

其次,美国案例教学所选取的典型例子多包含着对立的意见。在这些成案中,除了作出判决的“多数法官意见”(majority opinion)之外,还附有其他法官的“反对意见”(dissenting opinion)以及虽认同多数法官的判决结果但不同意其分析的“并存意见”(concurring opinion)。对于这些案例,在课堂讨论过程中,教师通常不预设对与错的标准,学生们可自由发表各种各样的意见。即便这些五花八门的观点可能使人陷入困惑,但适度的困惑可以激发学生进行深入思考的欲望,似有先“浑水”,后“摸鱼”之功效。而中国法学院不同,教师课堂“授业”是关键的教学环节,学生容易充当被动接受者的角色;同时,要求教师所授应为法律基础知识、基本原理和基本技能。因“三基”具有公认性,于是就少有学生置疑。显然,通过“课堂讲授”教学方法,难以使学生养成“偏执己见”的思维和能力的。

再次,在美国法学院,案例讨论往往采用苏格拉底式方法。该方法的特点是,在课堂上,教授扮演“智者”和“批判者”的身份,不断地向学生发问,挑战学生的看法,引导和激发学生自己进行概括和推理,并就各种不同的观点展开激辩。实际上,此乃教师要求学生做到:“如果你想知道,就必须发挥你自己的聪明才智。你必须用自己的论据。通过你自己的探询来解决问题。”苏格拉底式的对话、讨论方法不但能提高学生的学习积极性,而且可促使他们在自己探求的基础上,与教师和其他同学进行交锋,展开攻防训练,以不断地充实和深化自己的观点。可见,作为案例教学法的具体手段,苏格拉底式方法是训练法科学生“偏执型”分析能力的一种利器。

引自 J. Eager, *The Right Tool for the Job: The Effective Use of Pedagogical Methods in Legal Education*, *Gonzaga Law Review*, Vol. 32, 1996, p. 399.

最后,案例教学法可培养学生个性化的思维方式。经过该教学法的训练,学生就不会盲从教师及他人的观点,努力锻造以自己的思维方式去理解法律的能力,使自己感觉正在为自己累积独有的法律知识,并在头脑中形成具有个性化的法律观。正如一位美国学者所评价的那样,对法律的个性化理解,致使学生学会了“对看似有效和普适的东西提出质疑,培养坚忍不拔和不断探索的精神;以及对重要情势经深思熟虑作出决断后起而行的能力和意愿。”^⑩显然,这样的个性化思维乃“偏执型”法律人才的根本标示所在。

值得注意的是,晚近,在案例教学法的基础上,美国法学院又发展出了另一种新的教学方法——“问题教学法”。案例教学法有不少弊端,其中一个主要弊端是容易被简单化,一些教师要求学生花大量的时间了解成案的事实和判决,但课堂讨论的结果,不过只是从中总结出一些法律规则,被学生讥讽为形同幼儿园小孩在玩“藏球”游戏,从而使案例教学法沦为一种既达不到训练学生解决问题能力之目的,又无效率的教学方法。而“问题教学法”的基本过程是,先由教师设计出若干跨多个案例和法规的关联性问题,其类似于律师、法官、法律顾问等面临的一个复杂诉讼和非讼案件。然后,教师将这些问题布置给学生,令他们在课外准备解决的方案。其后,学生们再把他们准备的不同方案拿到课堂,在教师的引导下展开讨论,探讨如何最终解决问题之道。显见,“问题教学法”涵盖了案例教学法的所有要素,但是有所超越。较之前者,“问题教学法”除了要求学生使用更多的分析技巧之外,更加强调培养学生自己寻找答案的能力,而不是仅仅达到读懂别人在成案中如何发现答案之程度即可。^⑪此乃“问题教学法”最重要的一个特色,也是一种更为强化的“偏执型”法律人才训练方式。

美国哈佛大学教授梅伦曾断言,“以其由个别到一般的推理过程,案例教学法要比讲授法更接近普通法的天性”。^⑫通过案例教学法培养出来的

^⑩ 引自 E. M. Morgan, The Case Method, *Journal of Legal Education*, Vol. 4, 1952, p. 387.

^⑪ 参见注 引文,第 404 ~ 406 页。

^⑫ 转引自注 引文,第 69 页。

“偏执型”法律人才,的确与英美法系的传统具有相合性。

英美法系法律推理的形式和方法偏重归纳法,在法律的思维方式和运作方式上,英美法系运用的是“区别技术”(distinguishing technique),讲究从体系庞杂,缺乏系统性的诸多案例中提炼出规则。法律推理的归纳法首先要求得有提炼规则的能力;而对于当事一方的代理人而言,更是进一步要求其必须具有提炼和证明对己有利之规则的能力,这恰恰只有“偏执型”法律人才方能胜任。此其一。

其二,从实体法的角度来看,在判例法国家,法律规范的弹性本来就比较大。在美国,法律现实主义理念影响所及,法律过程应考虑价值取向和社会政策,以期实现“结果正义”,这就使得法律规范的弹性更大。实体法律规范的高弹性,为“偏执型”法律人才施展才华提供了空间。

最后,从程序法来看,英美法系采取“当事人主义”,在两造的“对抗式”诉讼中,法官处于相对消极的地位,律师则更为主动,通过“交叉辩论”等方式,充分展现对己方当事人有利的代理意见。何方律师的辩护越有力,其观点得到法官采信的可能性就越大,故有人称之为律师之间高度专业化的“决斗”。这样的程序更容易使律师养成“偏执”的强悍作风:有理时,当然“得理不饶人”;无理时,也要“强词夺理”。在美国法学院,法学职业教育的目标恰恰就是要培养学生能够“像律师那样思维”,包括具有“偏执型”的分析能力。

再以美国现代冲突法为例。按照美国《第二次冲突法重述》的规定,侵权行为应适用与之有最密切联系州的法律。至于如何判断最密切联系地,该重述开列了七项自由裁量的要素:州际和国际体制的需要;法院地的相关政策;有利益的其他州的相关政策和它们在决定特定问题上的相关利益;对正当期望的保护;特别法律领域的基本政策;结果的稳定性、可预见性和一致性;以及认定和适用所选择的法律的简易度。而且,对这些要素的列举是“开口式”的,即如有需要,还可增加。在具有如此弹性的框架内,对于一个州际侵权纠纷,当原告律师发现某一个相关州的法律对己方当事人有利时,得从这七个方面,竭力论证案件与该州有最密切的联系;相反,如被告律师发现另一相关州法律对己方当事人有利,也得从这些方面,想方设法反向论证该另一州才是与案件有最密切联系之地。不难发现,在同一弹性原则下,

取得不同法律选择结果的可能性越大,原被告律师各执一词的张力也越大,即各自的“偏执性”也越强。

需要澄清是,在中国法学教育界,存在一种误解,认为美国法学教育是一种职业教育,因而其只适合于培养律师等应用型人才,而不适用于培养研究型的人才。其实,案例教学法主导下练就的“偏执型”思维能力,同样也适合于学术研究。据此,美国法学职业教育可谓具有“双重功能”,在培养应用型法律人才的同时,又可“联合生产”学生们日后从事创造性学术研究所需的“偏执型”分析能力。证此最有说服力情形是,美国法学院的师资多来自职业教育培养的J. D. 毕业生,很少是具有学术教育型背景的S. J. D.。S. J. D. 倒成了只有外国留学生选择攻读的专有学位产品。事实上,经过“偏执型”人才培养模式训练的法科学生,日后在从事学术研究时,已然是“本性难移”。于是,美国的法学研究便带有了相当浓厚的“偏执型”色彩:首先,美国法律学者往往富有“批判性”,推崇对现行理论的质疑和挑战;然后是主张学术研究的“唯一性”,鼓励有破有立,各自阐发独立之见解,乃至“异端邪说”;最后是“不妥协性”,面对别人的批评指正,仍将极力捍卫自己的观点。在这样的学术对阵和攻防过程中,可以不断填补自己学说的缺漏,但在基本观点的固守上却决不退让。

美国法学研究“偏执型”学术风格也体现在学术成果的形式上。在美国的法学学术成果中,真正意义上的专著是对自己在某一法学学科或法学研究领域创造性学术思想的系统阐述,此类专著多为“开宗立派”的大作。不能成为这样的大家者,至少应对所从事研究领域的有关具体法律问题富有“管见”;而且在“偏执型”学术研究方式下,这样的“管见”亦多属穷掘深挖的“洞见”,其合适的载体是“专论”。如在同一研究领域有一系列的“管见”兼“洞见”,就表现为多篇“专论”,愿意将它们穿襖起来,便可成为宽泛意义上的另一类专著。按照中国时下通行的学术成果标准,这类专著只能被降格为“论文集”。

美国法学研究“偏执型”学术风格的养成,与其社会科学研究盛行“科学”的方法有关。最明显的例子是,在社会科学中,美国的经济学是一门“硬”科学。目前,在美国经济学界,相当一部分学者具有理工科的教育背

景。数理的方法、博弈的方法等被广泛运用于经济学研究之中。而经济学的方法又不断向其他社会科学(包括法学)渗透,以致形成一个庞大的“经济学帝国”。在法学领域,美国不但秉承了西方国家视法学为“科学”的传统,而且比之其他国家有过之而无不及。既然法学是一门可以与自然科学等量齐观的“科学”,那么从事法学研究就应当有穷极科学真理的“偏执”精神。

追根溯源,美国学术研究(包括法学研究)的此等“偏执”作风,乃美国人追求“独树一帜”(unique)之文化使然。

(二) 中国的“公断型”法律人才培养模式

在诉讼中,法官扮演着不偏不倚的“中立者”角色,对于当事双方的不同意见,不能偏听偏信,必须综合加以分析,然后做出“公断”。凡与这种“法官型”功能角色同类者,即为“公断型”法律人才。

“公断型”法律人才的培养模式与大陆法系的传统具有相合性。大陆法系的法律思维更多地呈现出演绎的特征,即从现存的立法中找到可适用的法律条款,再将其与事实相联系,最后推论出必然的结论。如前所述,大陆法系偏向法律实证主义理念,以追求“形式正义”为主要目标,立法“概念主义”色彩浓厚,法律适用强调“明确性、稳定性、一致性和非冗性”。简言之,就是在大陆法系,给定的法律规则必须得到忠实执行,伸缩余地不大;倘若偏离既定的法律规则大做文章,可能会被视为学法不精。在中国,因受传统文化的影响,法律实施更容易走中庸之道,乃至无原则地“和稀泥”。

对“公断型”法律人才的培养,“课堂讲授”教学法不可或缺。大陆法系历来重视对法律理论的概括,所培养的“公断型”法律人才就是要精于“分析法律术语、探究法律命题在逻辑上的相互关系”;相应的,在大陆法系,“法学教育不在于提供解决问题的技术,而在于对基本概念和原理的教导。法学教育所要求的内容并不是对实际情况的分析而是对法律组成部分的分析。”^⑬既然如此,对于蕴含在庞大法典化法律体系之中的基本法律原理,由具有研究积累及实务经验的教师在课堂上进行系统的讲解,比之学生自学,

^⑬ 原文出自[意]卡佩里蒂等合著:《意大利法律制度》,转引自沈宗灵著:《比较法总论》,北京大学出版社1987年版,第155页。

更加透彻,也更有效率。

在中国法学院,经常有人主张大量地引入案例教学法。倘若这样的主张得到实施,案例教学法的弊端将暴露无遗。^⑭其结果,就根本不可能适应具有大陆法系传统的中国法律实际。细究其原因,主要表现在以下两个方面:

一方面,案例教学法过于重法律思维,轻法律知识。以“案例讨论”为主要方法的“法学教育不是教授法学知识,而是涵养法律思维。无论教授了多少实定法知识,也无法追赶上法律的制定、修改和废除的速度。”^⑮对于英美法系,庞德的这一论断可能具有相当大的适用性。因为要从浩如烟海的判例中找出法律规则,有时犹如大海捞针,不具备很强的法律思维,就难有作为。应该说,案例教学法“重法律思维,轻法律知识”的特点,与英美法系更重“过程”而非“实体”的传统也是一致的。然而,知识毕竟是方法的载体,知识过于薄弱,方法也难见发达。在美国,案例教学法自确立时起,一直遭到诘责的一点是,其可能过于注重学生法律技巧的培养,从而忽视了他们法律知识的掌握。通常而论,只通过对数量有限的案例进行讨论,习得一门课程的法律知识,肯定具有不系统性。而在中国,一个法科毕业生不具备宽厚的法律知识,就难以胜任将来成文法项下的法律实务工作。换言之,案例教学法无法培养出与中国法律体系相配适的“公断型”法律人才。

另一方面,案例教学法过于重个性,轻共性。为了保持法律应有的稳定性,哪怕是在判例法国家,也存在大量的比较公认的法律规则。然而,采用“案例讨论”教学法,鼓励学生怀疑一切,以批判性的思维各抒己见,难免会使人对那些公认的法律规则产生疑惑。如前所述,适度的疑惑诚然有利于激发学生的创新欲望,但过犹不及,过度的疑惑也会令那些在创新问题上“心有余而力不足”的学生无所适从,陷入迷乱。因此,在美国一些非顶尖的法学院,可以非常明显地观察到这样一个现象,“案例讨论”教学法可使少数

^⑭ 关于美国案例教学法弊端的讨论,详见 D. D. Garner, *The Continuing Vitality of the Case Method in the Twenty-First Century*, *Brigham Young University Education and Law Journal*, 2000, pp. 316 ~ 338.

^⑮ 转引自霍宪丹:《法律职业与法律人才培养》,《法学研究》2003年第4期。

“精英类”学生的能力得到充分的锻炼和展示,但这是以普通的学生被“边缘化”为代价的。另者,如前所述,“案例讨论”教学法有助于培养学生个性化的思维,但这种思维方式如被滥用,就会无法使大家对法律规则的归纳和解释形成必要的共识。倘若一个法律实践者处处“剑走偏锋”,就可能会不断地办错案,其责任就不是一个学者事先作出“舛误之处,在所难免”之类的声明,就可了事。毋庸多析,案例教学法所滋生的“重个性,轻共性”之弊端,可称得上是大陆法系培养“公断型”法律人才之大敌。

毫无疑问,培养“公断型”法律人才的应有之意并非产出那些“高分低能”者。中国法学教育不但要强调学生对法律知识的掌握,也要有效地训练他们应用法律知识的能力。“能力培养”和“知识传授”应当并举,任何有助于法律职业思维训练的教学方法,中国法学院都应尝试,比较成熟的案例教学法自在其内。但是,中国的案例教学法与美国的做法仍应有所区别:美国的“案例讨论”是对抗式的,相互争论的焦点是何为对案件最适用的规则,训练的是学生“偏执型”的分析能力;而中国的案例教学法严格来说不是“案例讨论”,而是“案例分析”,其主要探讨如何将现行的法律规则适用于具体案件的问题,着重培养的是学生“公断型”的能力。因受既有法律规则的框定,这些供分析的案例往往存在一个正确的答案,即便交由学生讨论,通常也无达到各种观点相互对抗之效果,难以做成美国式的“案例讨论”课。最明显的例证是,美国法学院测试学生的多为“案例讨论型”考题,教师一般不预设固定的答案。最有代表性的试题是,给出一个案例,要求考生作答:假设考生充当原告代理人,应如何提出并支持诉求;接着,假设考生担任被告代理人,应如何进行抗辩;最后,假设考生扮演法官的角色,又该如何裁断此案。不同的是,中国法学院的考题多为“案例分析”题,实际上只要求学生充当“法官”,意在考察学生发现可以何种法律规定解决纠纷的能力;而且,对这样的案例题,教师一般事先已备有用以评分的标准答案。

需要指出的是,在中国,“公断型”人才培养模式只适用于法律职业教育,即培养应用型的法律人才。相反,对于研究型的法律人才,则应采取“偏执型”人才的培养模式;同样,对于中国的法学研究,也应提倡“偏执型”的研究风格。

目前,在中国,设置法律本科和“法律硕士”类别的学位,其目的主要在于培养应用型的法律人才,其中供有司法实践经验者在职攻读的“法律硕士”学位,更是如此。应用型法律人才主要是运用实定法,对于这类人才的培养,教师应围绕现行的法律制度讲授原理,更加突出教学内容的实用性,而不是脱离法律规定的实际空谈理论,尤其是不应过多地兜售自己的“学说”。然而,在中国法学院,时常可以听到本科生、“法律硕士”研究生,尤其是在职攻读“法律硕士”学位的学员抱怨教师的教学内容过于理论化。就此,多少反映了“公断型”法律人才培养模式与“偏执型”法律人才培养模式的错位。这样的错位更加明显地体现在不少法律院校对“法学硕士”的培养上。在改革开放的初期,法学教育人才奇缺,“法学硕士”的培养任务主要为各法律院系输送师资。显然,当时,对他们施以“公断型”法律人才培养模式,是适当的。但时过境迁,现在,“法学硕士”毕业生主要从事的是法律实务工作,但中国的许多法律院校仍然沿用旧制,继续以“偏执型”法律人才培养模式加之,在培养模式的使用上,难免有张冠李戴之嫌。

反之,在任何国家,博士研究生多应深造成为研究型人才。无疑,对于博士研究生,应采用“偏执型”法律人才培养模式,使之朝着做高深学问的方向努力。然而,不应混淆的是,此处并不是鼓励中国博士生的培养也应采用美国培养J. D. 学生的案例教学法。案例教学法本质上仍属职业教育的方法,而非学术教育的方法,只不过案例教学法可“联合生产”出“偏执型”分析能力而已;申言之,“偏执型”分析能力固然可从案例教学法中获得,但也可通过其他教学法加以训练。就此,绝不能将“课堂讲授”与“填鸭式”教学方式划等号。通过对“课堂讲授”教学方法进行改革,再增加其他切实有效的训练方法,在相当大程度上也可达到培养学生创造性思维能力的目的。例如,在“课堂讨论”中引入苏格拉底式的对话、讨论方式,或许在“偏执型”分析能力的培养上,对中国法科学生可起到与美国“案例讨论”教学法异曲同工之效。

众所周知,法学在推动大陆法系法律发展中起着重要的作用。正因如此,法国著名比较法学者达维德称大陆法为“法学家法”。在大陆法系,法典编纂和立法的理论基础需由法学家构建,通过修法使法律不断适应社会发

展需要的理论准备工作,通常也由法学家来完成。同样,就中国法律学者而言,他们当然也不能简单地充当实定法注释者的角色,其更为重要的使命应是,通过理论研究,不断地为发展立法提供理论依据。因此,中国法学研究应当是“偏执型”的,各种对立的观点应得到充分的阐发和交锋。只有这样,才能明辨立法的利弊得失,俾便立法者作出准确的判断。

再以冲突法为例。冲突法学可谓是包含着最多争议的一门法学学科。数百年来,该学科自名称起就无定见,遑论大到层出不穷的学说,小到针对一个概念和具体制度的不同理论,纷繁复杂。但反观依传统硬性冲突规则之法律选择实践,其司法过程却相当简单。该“一繁一简”的情形表明:在学术研究上,冲突法学需要各种“偏执”的理论,在相互论争中,不断地寻求理论上的突破,并为立法者选择最优的冲突规则提供充分的理论支持。然而,无论立法采用什么样的理论,一旦定制,传统的冲突规则便表现出了强烈的“概念主义”色彩。只要对这些硬性冲突规则以及相关的术语和制度作出准确的解释,即可完成法律选择的过程。鉴此,从应用的角度考虑,对于冲突法课程的教学,则应突出对本国既定规则之原理解释,而不必继续过多地纠缠于各种各样的学说。

然而,从研究方法来看,与美国强调法学为“科学”不同,中国的社会科学(包括法学)研究历来具有重视“人文”方法的传统。同时,在传统文化的影响下,中国社会科学研究的“人文”方法往往又与“中庸”哲学相结合,法学也不例外。于是,在西方学者看来,影响中国法学的传统研究方法是,主张“在任何领域内都没有先天注定的规律存在,但只要适当的礼教与风俗规范能被遵行,正义与和谐就能维系。正因这个缘故,有人认为,中国人始终未能按照西方的模式,以先天性因果法则为基础建立一套科学观。”^{①⑥}时至今日,在中国法学界,占据主流的仍然是此类“人文”方法主导下的“公断型”研究,不少著述立论中庸,四平八稳,一团和气,缺乏“惟我独尊”的学术霸气。这些中庸的理论看似八面玲珑,具有普遍的解释力,但往往既非对新学说的

^{①⑥} 引自[英]丹尼斯·罗伊德著:《法律的理念》,张茂柏译,新星出版社2005年版,第53页。

创造,也非对各种既存理论的再发展,以致产生 $1+1>2$ 之神效;充其量不过是对各种现有的观点进行简单的综合和加工而已,所从事的多为重复性的研究工作。

另从研究成果的形式来看,当下,在中国法学界,“公断型”学术研究方法被滥用的结果,已成为大量生产中国式专著的“流水线”。与前述美国“开宗立派式”和“论文集式”的专著有别,中国不少法学著述名为“专著”,实则采取的是撰写“教材”的手法,述而不著,过多地掺入旨在“综述”基本知识、基本原理以及他人观点的内容。这些“平淡无奇”的内容,多一个人写不多,少一个人写不少。倘若一个学者本本“书如砖厚”,加总后“著作等身”,但有“独立知识产权”之“洞见”却寥寥无几,岂不是对自己一生学术精力的无效配置;普遍如此,岂不是造成整个社会学术资源的极大浪费。

再纯粹从学术研究的技术角度来看,在人类进入信息化和网络化时代之后,“公断型”的研究方法也失去了原有的“核心”价值。首先,毋庸置疑,“公断型”研究成果提供的信息虽无多大创新之处,却有“综合性”之长。以往,这可在一定程度上济有些人学术信息缺乏之困,但时至今日,在获得各种学术信息越来越便捷的情势下,“公断型”研究成果所产生的此类济困之“正外部性”,被他人利用的价值正在不断地趋于下降。更为重要的是,在信息爆炸时代,就一项“公断型”研究成果,一个学者即便以拥有综合各种观点之“渊博学识”取胜,最多也不过是有“苦劳”而已,对学术发展并无多大之“功劳”;相反,只有具备“偏执型”研究能力者,才能有效地处理各种纷繁复杂的信息,标新立异,阐发各种有创新意义的理论。

综上所述,中国的法学研究应弘扬“偏执型”的学术风格,不能再将这种良性的“偏执”斥之为“偏激”,乃至“偏颇”。一个不明自白的道理是,各种学说的对抗性越强,较量越激烈,就越能推动学术水平的提升。

四、结语

总之,中美法学教育分别以对“法官型”人才和“律师型”人才的培养为特点。从培养对象来看,两国的这一法律人才培养模式表现为“单一型”人才 v. “复合型”人才;再以培养方法观之,则表现为“公断型”人才 v. “偏执

型”人才。就中国法学教育而论,随着社会关系的日趋复杂和社会分工的不断细化,应逐步废除现行的法学本科教育制度,实现由“单一型”人才培养模式向“复合型”法律人才培养模式的转变,以求提高法科毕业生的法律实践能力;同时,对“复合型”法律人才的培养,也将有力地促进法学与其他学科的交叉,从而拓宽中国法学研究的视野,促进法学学术水平的提高。另一方面,对于“偏执型”法律人才培养模式的借鉴,中国应有取有舍。可以说,“公断型”和“偏执型”两种法律人才培养模式分别与中美两国法律体系之特点相合,因此,就应用型人才的培养模式,两国之间基本上无多大可相互借鉴之必要;但对于研究型人才的培养和法学研究的开展,中国应摒弃缺乏创新动力,且不经济的“公断型”人才培养模式和学术研究之风,大力倡导“偏执型”模式和风格,在界限分明的学术对抗和攻防中,将中国的法学研究水平不断推向新的高度。