

司法考试制度的悖论分析----一个制度?利益均衡论的进路

PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/482/2021_2022__E5_8F_B8_E6_B3_95_E8_80_83_E8_c36_482868.htm 一、方法的交待 在波普尔看来，任何一种理论的成长都必定经历了一个猜想??反驳、不断被证伪（同时也有可能不断被证实）的过程。因此，在对事物有了初步的经验直观后，研究者不妨大胆地将这种经验直观上升为相对抽象的理念或理论，然后再运用这种理念或理论去解释相同类型的社会现象，直面来自现实的各种反驳，以检验这种在猜想之下诞生的理念或理论是否科学，是否实用。秉着波普尔的这一猜想??反驳理念，基于日常生活中的经验直观，笔者在本文中大胆地提出了一个用于分析制度成熟性和活力的进路，即制度??利益均衡论。在制度??利益均衡论中，制度利益（制度参与者的利益）与制度均衡（制度参与者利益格局的均衡）是两个基本的分析工具。制度??利益均衡论认为，任何一种制度安排的实质都是进行利益分配，制度参与者利益格局均衡是一项制度成熟的标志，而利益格局均衡化的灵敏度则直接表征着一项制度的活力；制度利益格局是否均衡取决于制度参与者的付出与所得是否成正比，而利益格局均衡化的灵敏度则取决于决策者是否能够清醒地判断制度参与者之间的利益格局，是否在努力调整不均衡的利益格局，以及这种调整措施是否有效。基于这一设想，在尽可能地保持价值中立的前提下，本文将着眼于对与司法考试制度相关的四个悖论进行分析，通过揭示其中的制度利益和制度均衡状况，力图对司法考试制度的成熟性和活力进行一个初步的评价。与此同时，这一猜想随时都准备

直面来自现实的各种反驳，随时都准备在被证伪之后修正自己。

二、悖论之一：鼓励思维与压抑思维

从总体上来看，人类的思维大致可以区分为两个维度：记忆性思维和分析性思维。记忆性思维要解决的是“别人是怎么说的”，其直接体现为“照着讲”，因此，绝大多数以记忆能力为依托的言说都不过是对已有知识的重复。分析性思维要解决的是“这究竟是什么”以及“为什么这么说”，其直接体现为“对着讲”、“接着讲”甚至“另外讲”，因此，绝大多数以分析能力为依托的言说通常都是新生的知识。如果我们认同思维是知识的载体的话，那么，记忆性思维对应着的就是知识的传承，分析性思维对应着的则是知识的创新，而知识的传承和创新已经涵盖了知识的全部。尽管记忆性思维通常不产生新的知识，但其对思维的传承不可或缺；尽管分析性思维通常产生新的知识，但这通常是一个不断试错的过程。对于人类而言，记忆性思维与分析性思维难分高下。这是因为，就个人的智力来说，记忆性思维是基础，分析性思维是关键：记忆力好，知识才可能广博；分析能力强，思考才可能敏锐，才可能深刻。但对于不同的个体而言，由于所处的社会环境和所具备的知识结构不同，必定会在思维的方式上有所偏好，从而形成所谓的“思维定势”。一旦思维定势形成了，就意味着不同的个体在思维方式上积累了各不相同的“积淀成本”。对一门学科而言，由于职业的原因（也就是“屁股决定脑袋”的原因），一般说来，外行人和内行实践者（或执行者）更多地偏好“照着讲”的记忆性思维方式，而内行研究者（理论家）则更多地偏好“对着讲”、“接着讲”甚至“另外讲”的分析性思维方式。因此身处不同背景的人在思

维上所付出的“积淀成本”是不同的。考试的实质是对思维的检验。在我国，单纯以笔试形式出现的司法考试（律师考试）一直都困绕于究竟该如何检验考生的思维方式。但可能是由于评判成本的问题，结果是，考试的形式历来都偏重于检验考生的记忆性思维，而对分析性思维则较为冷落。在偏重于检验记忆性思维的司法考试（律师考试）中，利益发生冲突的双方主要是具有正规法律教育背景的考生和不具有正规法律教育背景的考生（当然在高学历与低学历的法律科班考生之间也存在着类似于此的利益冲突）。如果考试仅仅是检验考生对法律条文的熟练程度，那么是否接受了正规的法律教育就不是一个决定考生是否能够通过考试的关键因素。在这样的利益格局中，接受了正规法律教育的考生实际上是在为没有接受过正规法律教育的考生承受了制度性成本：接受了正规法律教育的考生以国家拨款或自缴学费的方式参与法学教育并直接促进了中国法学和法治的发展，但他们却没能在以司法考试形式出现的评价体系内赢得相应的利益??用非所学。尽管分析性思维对于法治建设至关重要（因为这是怀疑、反思、批评、创新的基础），尽管接受了正规法律教育的考生在很大程度上垫付了法学和法治发展的原始成本，但以往的司法考试（律师考试）似乎对此都视而不见，依然对记忆性思维情有独衷。因此，在偏重于检验记忆性思维的司法考试（律师考试）中，就考生群体而言，制度对参与者利益的分配缺乏基本的均衡性，付出与所得不成正比，因此就经常性地出现了“博士不如硕士，硕士不如本科，法学本科不如非法学本科”的情况。在这样的制度框架中，由于利益格局严重失衡，从而进一步加剧了法学教育与法律职业脱

节的现象。对于这种失衡状况，决策者似乎已经意识到并开始重视起来。为此，值得一提的是，2003年的司法考试，第四卷最后一道题明显就是要考察考生的分析性思维。对于已习惯于运用记忆性思维的考生来说，这的确是一支始料不及的“暗箭”。

三、悖论之二：法学的神圣化与法学的庸俗化

古人云：“仓廩实而知礼节，衣食足而知荣辱。”这道出了人类行为的一个基本定律：持久的尊严一般是建立在充实的经济基础之上的，而卑俗则通常起源于经济上的匮乏。在这一点上，笔者无意纠缠于大而不当的道德辩论，而注重的是社会环境对人的行为的决定性；强调的是可把握可操作的外部因素，而非似是而非的道德因素。在中国，法学的神圣化进程最早也只能追溯到上个世纪的80年代。法学“从奴婢走向神坛”与其说是缘于法学自身“功力大增”，扭转了乾坤，毋宁说是时来运转，搭上了疾弛的快车。随着国家治理方式的逐渐转变，作为为法治提供智力支持的一门学科，法学无疑在社会中天然地占据了强势话语的地位，并因此在整个社会的利益格局中占优。在优厚利益的引导下，自上个世纪90年代以来，整个国家和社会对法学的投入急剧攀升，法学日渐成为一门显学。信徒越多，偶像越神圣，哪怕是人为的神圣，这是信仰的一个基本规律。在法学圈子里，圈内人一般总是向圈外人炫耀法学如何博大精深，如何经世济国，如何神圣不可侵犯。除了多少带有一点自卖自夸情结外，在厉行法治的国家中，这话还是挺实在的。但问题是，再漂亮的话，如果没有转化为普遍的现实利益，终究会像肥皂泡一样自行破灭。尽管当前法学仍是中国的一门显学，但其神圣性似乎已今不如夕。这除了人们从来自法学圈内的“法学的

坦白”了解了法学者的诸多脸谱（法学家的赶场、法学著作如何出炉、法学如何生财等）之外，很重要的一个原因就是法学似乎并没有像圈内人所吹嘘的那样能够带来普遍的现实利益。因此，有人提出了“警惕法治”。人们甚至认为，法学与别的行当并无二致，不过是一种生财之道而已。在神圣与卑俗之间，法学必定需要某种形式的评判。作为连接法学教育与法律职业的纽带，司法考试似乎本应维护法学的尊严，将没有接受过正规法律教育的人排除在法律职业之外，然而现实恰恰相反，在泛化的公平观念（英雄不问出处，考过就行）之下，司法考试实际上成为了许多人转换职业或寻求就业的机会。在这类非科班出身者巨大需求的刺激之下，各类司法考试辅导班、强化班四处泛滥，法学日益被塑造成为一种“快餐文化”。在这种喧嚣浮躁的背后，隐藏的是巨大的利益失横：一方面，正统的法学教育越来越被人们斥为“脱离实际”、“没有用”的教育；另一方面，各种“快餐式”的法律教育迅速地占领了许多本应属于正统法学教育的领地。诚然，有需求就必定会有市场，有竞争。这是经济学中的一个基本规律。但我们还要看某种造就了市场和竞争的需求是如何产生的。在笔者看来，“快餐式”法律教育的兴起在很大程度上是司法考试（律师考试）引导的结果，是应试需求的产物。按照人类思维的一般规律，记忆性思维是能够通过短期的强化记忆训练而获得的，但这样获取的知识通常是来得快去得也快，因为受训者往往只是知其然而不知其所以然。市面上各种“快餐式”法律教育的实质恰恰是短期的强化记忆训练，对于司法考试（律师考试）来说，可谓是棋逢对手了。尽管在“快餐式”法律教育中存在不少滥竽充数

的机构，但考试的结果却无可争议地显示了“快餐式”法律教育在应试方面的优越性。因此，竞争的结果是，“快餐式”法律教育以较少的成本投入获得了高额的利润，而传统法学教育却因为“积淀成本”问题而难以在司法考试的较量中得到应有的利益。在这样的利益格局中，法学，神圣还是庸俗？这是一个难题。

四、悖论之三：法律职业者的过剩与法律职业者的缺失

供给产生于需求，这是人类行为的一个基本定律。但供给与需求之间并非简单的线性关系，在两者之间还有一个很重要的变量，即供给者的利益。只有供给者在满足社会需求的同时得到了应有的利益，供给与需求才会平衡；如果利益格局失衡，再强烈的需求也不能刺激供给的产生。在我国，近年法律职业者激增缘于市场的巨大需求以及丰厚的预期利益。在许多人眼里，法律职业者，尤其是律师，早已借助东风成为了“先富起来”的一部分人。“天下熙熙，皆为利来；天下攘攘，皆为利往”。这是任何一个凡夫俗子都无法逃避的现实。这种对现实利益的追求在司法考试（律师考试）中的一个直观体现便是报考人数的激增。去年一度达到了36万人。因此，从表面上看，我国法律职业者需求与供给之间不会有明显的脱节。尽管司法考试被许多人誉为“法律人才的蓄水池”，但从目前的情况看来，这一蓄水池并未起到“蓄水解旱”的作用，法律职业者的需求与供给没有达到良性的平衡。这主要表现在：一方面，有资格从事法律职业的人越来越多了；另一方面，司法机关的大门仍然没有向这些生力军敞开，而且，法律职业人才的地区分布比例差距越来越大。在许多欠发达地区，尽管通过司法考试的人数本来就少得可怜，但通常的情况都是，考生一通过考试就义

无返顾地奔向大城市或立即辞职做律师。难怪有些学者不无忧虑地说，如果再不对司法考试制度作相应的调整，考试次数进行得越多，欠发达地区的法律人才就会越少。而与此形成强烈反差的是，在东部沿海发达地区以及许多大城市，法律职业者，特别是律师，可谓已是人满为患，僧多粥少。市场是一只无形之手，在冥冥之中调节着各种利益的分配。对于这样一个规律，我们不能人为地扭曲。但市场的自由调节未必能够符合一个国家在某个时期的特殊利益。就法律职业者的供给与需求而言，单靠市场的调节必定无法保证我国法治事业的平衡发展。“水往低处流，人往高处走”，对于客观世界中的运动定律，单靠意识形态和道德说教是无法改变的。如果顺其自然的话，法律职业者过剩与缺失的矛盾就会越来越突出；但如果一定要人为地扭曲这种客观趋势，其结果注定是导致更为扭曲的利益格局。例如，单纯地以户籍来限制从业地域，就不但会加剧这种不平衡状况，而且很有可能破坏国家的法制统一。因此，惟有因势利导才是解决问题的妥当办法。对于这个问题，当前决策者的一个基本思路就是通过制度性的措施，在一段时期内，在法律职业者匮乏的地区造就某些特殊的利益和交换条件，以产生、吸引和留住更多的法律职业者。例如，在某些地区降分录取便是造就一种特殊利益的表现，而作为交换条件，通过降分录取的考生则必须在当地从事法律工作。至于效果如何，还有待考证。

五、悖论之四：造就法律职业共同体与分化法律职业群体“没有永远的朋友，只有永恒的利益。”这是二战时期英国首相丘吉尔的一句名言。尽管这话说得有些赤裸裸，但作为对人类行为方式的一个基本概括，这句话还是不乏真知灼见的

。诸多的经验事实表明，人类社会中任何一个共同体必定是建立在共同的利益基础之上的，而且共同的利益基础必定是足以左右群体的生存和发展的。离开了这样的共同利益根基，任何一个群体都只不过是简单拼凑人数的结果而已。如果说在实行法治的国家必定存在一个法律职业共同体的话，那么这个共同体的利益根基何在？倘若把不同类型的法律职业者看作是各不相同的自然数，自然数之间的最大公约数便是法律职业者共同利益的最大范围。直观地看，法官的利益在于作出经久不被推翻的判决，检察官的利益在于其对被追诉者的指控得到法官的支持和确认，律师的利益在于其所提供的法律帮助能够使当事人满意。三者的利益并不完全相容。如果将三者的利益进行化约，似乎可以得到一个最大公约数（实际上很有可能是唯一的公约数），那就是依照法律办事。但如果要将“依法办事”作为法律职业共同体的利益根基，牢靠吗？这里边最起码有两个变数：首先，法官、检察官、律师这三个群体对“依法办事”的理解是否一致？这关系到法律信仰的问题。其次，相对于其他特有利益而言，“依法办事”这个共同利益所占的比重和分量如何？这关系到国家法律制度的整体安排。如果三个群体对“依法办事”的理解存在分歧，如果“依法办事”利益的比重和分量不及其他特有利益（例如唯官唯上、司法腐败），那么很显然，法律职业者的利益根基将不复存在，法律职业共同体也不会产生。在人类社会，只有天然的群体，而没有天然的共同体。因为只有当共同的利益根基足以影响到群体的生存和发展时，群体才有可能演变为共同体。在我国，法律职业者在更大程度上像是一个简单拼凑的群体，而非唇亡齿寒的利益共同体。

。因为在法官、检察官与律师之间，我们更多看到的是相互嘲讽、排挤甚至打击，而缺乏一些起码的共识和理解，更遑论共同分享足以影响自身生存和发展的相同利益根基。通过参加相同的考试，使所有的法律职业者都从一个相同的起点出发，促进相互之间共识的形成，是统一司法考试制度的一个初衷。但决策者似乎有些理想化了，想通过一次性的司法考试解决来自不同教育背景的考生的法律信仰问题。尽管如今考试报名的条件提高了，但是否接受过正规的法学教育仍然没有成为一个考量因素。实际上，宽泛的报名条件（不要求接受正规的法学教育）极大地削弱了司法考试制度在造就法律职业共同体方面的功用。这是因为，一方面，任何大规模的考试在追求检测的高效率的同时都忽略了对应试者个性的考察，有时甚至连应试者的意识和秉性也忽略了（但即使没有忽略这些因素，应试者往往也能够有限的时间里成功地将自己伪装起来），这就使得标准化的考试结果具有很大的缺陷——只是“刹那间”的考察，而非持续的考察。如果不对此进行弥补，规模化的考试对于选拔和造就人才来说将有可能是非效率的。另一方面，允许没有接受正规法学教育的人参加考试，实际上是给许多异质因素进入法律职业群体开了方便之门，从而造成法律职业群体更加难以形成共同的法律信仰。毕竟，民主与法治之间在一定程度上存在着紧张的关系。

六、基本的评价以及方法论的重申

通过对上述悖论进行分析，我们似乎隐约可以发现司法考试制度最初所承载的一个善良愿望：通过一次性的考试检测来自不同教育背景考生对法律条文的熟练程度，尽可能地给多一些人提供以最少的代价寻求就业或转换职业的机会——毕竟，中国的法治事业

需要源源不断的新生力量；毕竟，就业问题在中国已日趋严重；毕竟，考试面前人人平等，这本身就表明了司法考试制度最普遍的公平性！然而本文前面的分析却表明，在这种泛化的公平性的背后，隐藏着巨大的利益失衡，一种基于付出与所得不成正比的利益失衡：研究型法律人与记忆型法律人之间的利益失衡，法律科班出身者与非法律科班出身者之间的利益失衡，正统法律教育机构与“快餐式”法律教育机构之间利益的失衡，发达地区与欠发达地区在法治建设方面的利益失衡。这表明，在现有的司法考试制度框架之下，诸多制度参与者的利益格局并没有达到均衡，司法考试制度从总体上说并没有达到制度均衡。因此，目前的司法考试制度离成熟还有一定的距离。但作为一个新生的事物，司法考试制度并没有僵化，并没有失去活力，其仍在通过自我完善以尽可能地调节制度各方参与者的利益，努力实现制度的均衡化。例如前面所提到的增加考察分析性思维的题型，以及对欠发达地区考试的录取方式和考试“及第”者的从业方式进行灵活处理，就是这种努力的体现。而且，主管部门及其他有关部门都在组织人力对司法考试制度的发展和完善进行研究，并将采取进一步的改革和完善措施。这些都表明了司法考试制度在利益格局均衡化方面具有相当高的灵敏度。因此，客观地说，司法考试制度还存在着巨大的发展和完善空间，如果措施得当，就很有可能扭转本文所指出的失衡的利益格局，从而到达制度均衡。例如，将考试分两次进行，以分别考察记忆性思维和分析性思维，建立法律职业统一培训制度，在任职前将所有考试“及第”者集中培训，就能在很大程度上消解前面所指出的悖论。最后需要重申的是，本文的主

旨在于提出一个用于分析制度的成熟性和活力的进路（尽管还非常粗糙），一个基于日常生活经验而提出的看问题的方法论。这是一个试错的过程，也是一个不断被证伪或被证实的过程。更重要的是，这是一个独立思考的过程。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com