

冯象:法学院往何处去 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_86_AF_E8_B1_A1__E6_B3_95_c122_485602.htm 自从文革结束，重建法学，转眼四分之一个世纪过去了。成就不可谓不大。不必一一列举，诸位今天坐在明理楼(清华法学院)这间教室里听课，学杂费是四分之一世纪前我进大学时无法想象的“天价”，即是证明。但是，法律教育在高速增长、成功竞争资源(生源师源、优惠政策、国家与社会资金等等)之时，也产生不少问题。比如学术腐败，网上经常揭露，教授学生都有份，形象受了影响。从前我给中国学生写推荐信，说他的学习能力、性格特长之类就行了。现在首先强调一条，该生道德操守如何。为什么？因为美国大学的招生办都知道，中国学生寄来的材料，推荐信有时候是自撰的，成绩单和学位证书也有假的。他们怕了。所以推荐人必须声明自己与申请人的关系，了解的程度，最好还举出实例，说明德智体的“德”怎么样，让人家放心，然后才评价其他方面。教育是一门基于信誉的产业，信誉受损，成本就涨，而且摊在每个受教育者的头上。病根在哪儿呢？当然不怪学生，也不全怪法学院；是大学本身出了乱子。关于大学改革，这两年讨论很多也很热闹，各种各样的方案，还请了专家论证。但我看根子就一条：大学无自治。大学自治即教授自治，主理大学事务，不做主管部门的小媳妇，直接对纳税人及其民意代表负责(就公立大学而言)。改革开放迄今，大学是一只死角。缺乏自治，学术独立便难有制度上的保障，大学极易沦为主管部门、校内外权势和钻营者各种名目下的牺牲，例如滥发文凭、盲目

合并、挂靠公司、招引洋野鸡大学合作办班之类。这局面一天不变，中国的大学就没有重上正轨的希望。但是现实地看，这一条一时还实现不了：牵扯的既得利益太大。所以一切改革(不算那些借改革之名牟利分赃的腐败)，无非两条出路：一是从外围入手，从容易做能够做的地方做起，切实维护全体师生的利益，逐步推动自治；二是继续“世界一流大学”的黄粱梦，邯郸学步照搬一些洋指标，聘请几个洋“大师”，直至无钱可烧，闹剧结束。实际上，中国人办大学是很有经验的。上世纪三十年代，先贤们就已经办成功了一批名副其实的一流大学，老清华即其中之一；抗战中北大清华南开三校南迁昆明组建西南联大，是另一例。两代人之隔，现在同那时相比，差距多大？恰逢跑博士点的季节，你们到附近的宾馆饭店去转转，数一数就知道了。有多少支外地院校专程来北京“跑点”的队伍？他们准备“搞掂”多少关系、洒多少钱？所以我说，百年大学百年学术，今日最愧对先贤。以上是我们这一节课的背景。下面我讲三个问题：法学院的定位、法学本科要不要办、写论文如何提问。

一、法学院的定位

历史地看，法学院的功用大抵有三：首先是培育法律人才。现代(城市工业文明)社会是“法治化”管理的，政府机构、公司社团和私人业务，为日常运作或处理纠纷，需要聘用大量通晓法律的专业人士。这些人才的培育，在多数国家，便由法律系或法学院承担。其次，是供养/雇佣一批学者，让他们通过课堂教学和著书立说，阐明法律的原理。现代国家的立法多半是政治妥协的产物，要专家学者分析注释了，原本矛盾百出的法条语言才可以做成一个看似完整的规则体系，号称“法律科学”，争取为官方意识形态所认可。最

后，这样一套掩盖现实矛盾、脱离生活经验而只能循环论证的“学理”和思维方式，被法律专业人士，即律师、法官、检察官等法律家组成的行会或利益集团全盘采纳，宣传运用，法律就开始区别于其他社会现象与制度，跟政治、宗教、道德、习俗等分道扬镳了。所以，法学院不仅是法治意识形态的一个生产基地，也是法律的职业化或业务垄断的门槛，是美国法学家伯尔曼描述过的西方式法律的历史自主性的一项必要条件(《法律与革命》，页8)。然而，这只是从法治操作者及其雇主(或总服务对象)的立场出发考察，并且假定，他们的愿望和要求代表了社会各阶层的利益。事实并非如此。所以现代法学院作为大学的一部分，另有一个立场，即基于大学理想、淡化职业主义的立场。什么是大学的理想呢？大学的理想在教育自治、学术独立。倘若奉行这一理想，法律教育就不应附丽于法治的需求，囿于培训实用人才或“法律技工”，虽然这是雇主们的愿望和资本的利益所在。于是法学院设在大学，而非由例如律师协会来操办，便体现了一项重要的公共政策的选择：惟有将法律教育与法治的日常生产流程脱钩，法学才能够冲破法条“学理”和资本的语言的束缚，关心、探讨现实世界的社会关系和压迫反抗；法学家的解惑授业与传道，才可以超越法治意识形态而保持清醒的批判意识；莘莘学子才不至于少年老成，早早磨灭理想和勇气。这一点非常关键，因为关系到法律教育的方向和伦理底线；据此，我们也可以看清楚通行的教学法和教材的弊端。例如，目前许多课程的讲授，都是以全国性立法为主导、条款的“学理”解释为内容的。但在实际生活中起作用的，还有大量渊源效力和适用范围各不相同、往往还互相矛盾的

正式和非正式的规范文件和惯例。法律教育如果局限于讲授纲要性、高阶位的立法，结果是“向学生掩盖了实际发挥效用的具体法律规范和法律冲突”（方流芳《中国法律教育观察》，页43），亦即隐瞒了法治的真相。而这些隐瞒或回避真相的课本知识，诸位心中有数，便是你们将来一毕业即还给老师的“那点儿东西”（苏力《送法下乡》，页369）。反过来，法律教育一旦开始朝独立自主的方向努力，法学便有可能成为社会批判的中坚。这一批判既是理论的也是实践的，所以才诞生了法律援助运动，要法治容纳不同的声音。今天，当法治时代来临之际，法律教育应当鼓励多元的价值取向，自觉地拒绝职业主义的诱惑与偏见。虽然我知道，诸位学习法律将来的出路（或在职的岗位）多半是法律职业，我仍然要说，法学院即真正一流的法学院的教育，对于你们最大的好处不是职业训练，而是职业批判：通过批判丰富你们的知识，训练独立的思维，树立人生的理想。如果我们认同独立自主的办学方向，便可以为当前法学院面临的挑战分主次了。挑战主要不在政治层面：什么能说什么不说----出乎一些西方观察家及其忠实读者例如德沃金教授的意料，他要中国人“认真对待”的那番大道理（《在北京认真对待权利》），远不如他头上一圈“大师”光环受人认真对待----转型时期，一般而言，法学问题的“合法性”或“可妥协范围”要比相邻学科（如政治学）的问题宽泛。除开行话包装等技术因素之外，主要归功于法治话语的“政治正确”。故法学之为“显学”，容易有读者听众，跟学术贡献是无关的。相反，正因为是显学，文凭证书的市场大、好推销，挑战就集中到了伦理层面。诸位想一想，法学院的诸多“成绩”，形形色色的创收项目

，吹了多少学术泡沫？就市场价格和规模效益来看，在大学里，除了商学院的MBA(包括EMBA)项目，恐怕无出其右者。但是，法学院不可以走商学院的道路。企业管理、财务会计之类，是商场上的知识与技能，商人不承担社会批判的任务。经营MBA可以市场导向、金钱挂帅而不负咎，只要合乎商业伦理、不犯法即可。大学只是它的一面招牌，不是它的办学理想。而法学，如上文所说，早已脱离或放弃了行会训练而加入现代大学。法律教育便不能以MBA为榜样，满足于市场/案例分析或分析工具的开发。法学必须关心、提出并试图回答困扰我们社会的一些基本问题；故而必须坚持学术独立，与法治及一切功利目标保持距离，才能建立起学术传统和话语权威。可以说，当前法律教育面临的最大威胁，是MBA化；最受打击的则是本科教育。因为市场导向放任扩张的研究生项目和滥发学位的结果，是本科贬值。

二、法学本科要不要办

本科为大学教育的基础及核心，是各国的通例。本科四年，大约十八至二十二岁，是青春时代心智成熟、求学交友跨入社会的人生转折点。在美国，私立大学的财政在很大程度上仰赖校友捐款，重视本科便还有捐款上的考虑：本科生“家庭出身”最好，最忠于母校，捐款意欲最高，故绝对得罪不起。研究生毕业多数做专业技术工作，当资本家慈善家的少，在大学眼里，地位就比本科生差一些。在中国，私人捐助大学还不普遍，但也应该重视本科。理由有二：一是本科招生国家统一考试，虽然不尽理想，相对而言，仍是最能保证质量而较少舞弊的选拔方式，也是传统上老百姓对教育的信心所在。二是国家不富裕，本科分专业培养，四年毕业参加工作，可以节省教育投资。美国式的通才教育，则要

到研究生阶段才进入专业训练。所以中国把法学设在本科，采取英国(三年)和欧陆(四年)的制度，是符合国情的。按照这一设计，本科毕业是律师执业或从事其他法律工作如法官、检察官的基本学历要求。研究生学历对于一般法律工作是多余的，不应鼓励，除非为学术研究(如大学教授)或个别科目的进修(在美国通常是税法，也有知识产权)。诸位或许会问，法学院，至少顶尖的几所法学院，不是培养“高层次”(读作高学历)专业人才的地方吗？这是误解。法律和文理社科专业不同，全部训练包括法律的基本原理、规则和学说，两至三年即可完成；具体的执业技能则要到实践中去学习掌握。在美国，三年法学院其实也就是头两年实在，第三年学生找工作寄材料、飞来飞去面试，学习就只能灵活安排了。故学界有三年改两年的倡议，以减轻学生的经济负担。近年来中国走了另一条路。诸如“复合型、外向型”人才，“能用一门外语”干这干那的要求层出不穷，越来越多。这在官员，是公家花钱买一张文凭的“专业化”游戏；在百姓，却是被迫陪上宝贵的时间精力、自己掏钱，陪着官员练花拳绣腿。实际一切照旧，从公司老板到政府大员，级别越高，越不需要精深的专业知识。法律工作亦然。上文指出，实际运作中的法律同教科书上的“学理”是两码事。法律不是数理化、医学那样的专业，有科学理论和实验的基础；也不是文史哲传统学科，本科只是入门，需要长期的知识积累。“法律的生命在于经验”(霍姆斯语)，而经验多半不是在课堂上可以传授的，模拟法庭也模拟不了(参见《送法下乡》，页371)。比如，总不能教学生吃请受礼，做“三陪律师”诱供行贿吧，虽然这些都是极有用的技能。所以必须强调，法学跟法治

的实践，无论肮脏与否，保持适当距离。这是教育自治、学术独立的前提。我以为，目前本科法学的必修课程(含政治课)多了一点。可考虑把必修课程压缩到两年，让主修法律的学生有充足的课时再修一门副科，在本科期间有机会学习两门专业，一主(major)一副(minor)。这样，大学本科法学就有一点通才教育的味道，对学生将来的成长有利。进入信息社会，技术发展日新月异，知识更新加快，工作环境对人的综合素质要求越来越高。美国式通才教育的优势就显露出来了。而中国大学的专业定向过早过细，可能会限制一部分学生的潜力和发展机会。这在法学尤其显著，因为法律不是一门可以转换利用的知识。我的观察，本科学法律的进入其他专业，比本科学其他专业的进入法律，要困难得多。然而中国的现实是法学本科已经贬值，必须重新设计。能否取消法学本科，干脆改成美国式的三年制研究生法学院，统一学位？一九九六年推出的“法律专业硕士”学位，似乎就是照猫画虎，移植美国的模式。报考者本科学学历即可，不论专业，录取后修满规定学分，作一“两万字左右”的论文，通过答辩，授予硕士学位(王健《中国的J.D.？》，页85以下)。但这新学位很快就市场导向，蜕变为官员和在职人员混文凭的捷径，进而诱发形形色色的研究生课程。这场恶性竞争，几乎毁了中国法律教育的学术信誉。试想，通过激烈竞争考试选拔，经过四年正规训练的学生只有学士学位，而未经选拔的官员和在职人员却轻而易举拿了硕士学位。本科贬值，人才学位倒挂不算，还“劣币驱逐良币”，大大加剧了大学和司法、行政部门本来已经猖獗的腐败。所以停办本科，借鉴美国的制度，或许是一简明的对策。至少有助于抑制腐败，挽回信

誉。改美国式，看似成本高，四年大学本科加上三年法学院，学生要接受至少七年高等教育才能进入法律职业(假如相应地调整司法考试的学历要求)。但法律实务和法学研究都依赖社会经验，年纪大一些好(我说过，神童不学法；《木腿正义》，页6)。传统的法律训练，以阅读讨论法规案例和学说为主，锻炼细致的文字和事项分析能力，排斥抽象思辨、道德意识和艺术想象。所以跟通才教育是对立的，放在研究生阶段更为合适。取消本科，还可以促进跨学科研究。这方面美国是个榜样。传统上，美国法学院的教授，学历只要求一个法律学位J.D.(法律博士)或其前身LL.B.(法律学士)。但上世纪七十年代开始，法学教授拥有非法律专业硕士或博士学位的越来越多，学术水平大大提高。这是因为，法律不能提供分析自身的学术工具(用从立法归纳或引申出来的原则和学说分析、比较立法，是典型的循环论证)，必须借助其他学科(文史哲及经济、政治、社会、语言、心理等等)的理论和研究方法，才能提出有意义的学术问题。而这些相关学科尤其人文学科的基础训练远较法律复杂长久，最好从本科开始。美国法学各个流派向世界其他地区包括中国的强劲“出口”，除了国力和市场等外部因素之外，法学家的跨学科知识背景和理论方法是一重要原因，值得我们借鉴学习。

三、写论文如何提问

近年来国内大学的教学硬件改善很快，与发达国家的差距缩小了(但校园环境普遍退步，到处盖些面目雷同的大楼，挤占绿地)。现在差距主要在软件，例如管理。当然，这和缺乏自治有关，今天不谈。学术训练方面最突出的问题，则是论文写作。法学院的写作训练分两种：一是实用法律文书，如起草合同、撰写诉状，真正熟悉掌握，是毕业以后进入

实务的事。二是学术论文，即按照学术规范讨论学术问题。现代法学院强调学术独立，淡薄行业意识。法学院的地位声誉便主要取决于学术成就。中国的法学院如果当真要同“国际”（解作美国）的标准接轨，这个趋势就避免不了。因此，学术论文的写作训练应当成为法律教育的中心环节。学术论文的形式规范，例如作注和引证，学界早有讨论，诸位一定耳熟能详了。我以前也谈过学术论证的一般要求，如论据与论点的真实相关性，并从论证规范的角度写过几篇评论，收在《木腿正义》里。在法学领域，形式规范大概是八十年代末由《比较法研究》等刊物领头建立的。现在基本形成惯例了。但是，学术论文除了形式“要件”，还有实质规范的要求，即文章提出讨论的问题，必须是有学术意义的，而非任何仅在语义上相关的问题。例如过去“争鸣”再三的“法的本质属性”，拿几个政治口号或“提法”打来打去（见韩述之编《社会科学争鸣大系》，页209以下），苏力称之为“微言大义”式的辩论，便是典型的无学术意义（但大有政治意味）的问题。那么，什么是有学术意义的问题呢？一九九三年我到香港大学任教之前，从未想到过这需要解释。因为在此之前，我所受的学术训练和参与的学术讨论，完全是西洋传统的。在北大读研究生期间，两位导师李赋宁先生和杨周翰先生非常重视对原始文献和学术传统的辩驳梳理，加之论文一律用英语写，跟后来在哈佛和耶鲁的学习在学术规范上毫无二致（只是英美法学论文的引证简略，没有考订版本源流甚至注明出版社的要求）。直到在港大带研究生指导论文，才发现好些学生，尤其内地来的学生，不懂得如何提问。后来有位同事刘南平博士对此亦深有感触，来清华讲过一次，写成文

章，发表在《中外法学》(1/2000)，据说曾引起热烈讨论。不过他谈的是论文的命题(thesis)，以及原创性学术论文(如博士学位论文)和描述性(descriptive)教程式通论的分野。后者似乎是国内研究生论文的主要形式。我想，在现阶段，老老实实收集资料，准确而详尽地描述(通常是中外比较)某领域的立法和学说，作为硕士论文应该说是完全够格的。中国毕竟是移植西方法律的知识进口国，迫切希望了解外国的制度和理论。但即便是描述性的论文，高标准要求，仍有如何提问的问题。论文缺乏命题，原创思想少的原因之一，很可能是提问不当。这里，我先澄清几个概念，也是经常提醒研究生注意的。中文“问题”一词有好几个义项，为准确理解，不妨用英语注释。所谓有学术意义的问题(question)，不是指论文作者发现、描述或试图解决的那个实际问题(problem)，例如我们讨论过的“TMT商标案”中《商标法》“注册保护”和“终局决定”原则的适用条件和司法解释(见《送法下乡与教鱼游泳》)。具体的法律适用或解释只可作学术问题的引子或注脚；学术问题往往是多问几个“为什么”之后，得来的那个抽象的提纲挈领的问题(如“注册保护”“终局决定”背后，行政权力运作模式与法治原则的矛盾，如何消解，意味什么等等)。一般而言，学术问题总是指向一个或数个学术传统的，或挑战批判或修正补充；挑战成功，足以颠覆一传统命题，仍然是对该传统的一种回应(并有可能开创一新的传统)。但是，仅仅找到有意义的问题还不够；问题的提出和论证，必须建立在正确的步骤或分解开来逐次讨论的一个个具体问题(issues)之上。故正确的提问(question)首先来自对具体问题(issues)的把握。这就需要透过社会生活和法律业务中纷繁

的实际问题(problems)的表象，看到学术传统的脉络、矛盾和突破口。在找到有学术意义的问题之后，仔细分析，斟酌步骤，将问题(question)限定在可以有效论证的范围之内。这也就是为什么，论文的序言或第一章，通常总是对已有学术成果的回顾或评述。这样做，不仅为表明作者对相关文献的掌握，更重要的，是通过总结学术传统向读者揭示本文讨论的问题，相对该学术传统处于什么位置，即学术意义何在。这后一点，正是我们许多同学的论文所欠缺的。如此看来，问学的第一步在进入学术传统。所谓学术传统，简单说来，即关于一学术领域的一些基本问题、概念或“关键词”的理论解说之汇合；这些基本问题等等，是涉及该领域的任何考察所回避不了的；因而任何考察的成立与否，最终均取决于其自觉或不自觉运用的理论解说的效力。同一个问题，可以由不同时代和地域的学者考察，经过一定时间的积累，形成不同的传统。但是有些学科制度是近世从西方传来中国的，例如法学；西方学术传统对这些学科的基本问题的考察，我们作为“后发者”就绕不过去。改革开放至今，几乎所有我们关心、引用、争辩的法学领域的话题，追根溯源，多问几个“为什么”，都是现代西方式法治、“普世”人权、资产阶级民主宪政和权利话语等等，在转型中社会的翻版或演变。因此，为了探索这些问题在中国的演变，我们就需要进入西方学术传统，研究西方理论。近年来法学译著之多，也可说明学界和读者的这一认识。学习领会或阐释一两家西方理论并非难事。真正的挑战，是在学习领会了之后。它来自学者(后发者和竞争者)本身的理论位置：我们提问和论述的目的，不是要为西方主流理论提供又一个中国的例证或例外，包括

以儒家等传统思想附会或抵制西方理论。那是徒劳。已经支配了人们想象力的主流理论无须多一个例证；而少数例外的发现，并不能削弱主流理论的效力，却只会强化其话语霸权。那些盘踞在资本主义“中心”地带的理论，并不在乎是否“放之四海而皆准”。它们之所以能够包容或孤立第三世界“边缘”国家现代化进程发生的“例外”，是因为这些国家不论成败(败者居多)，都不过是试图模仿、重复那“中心”叙述的历史：有自发的反叛、顺从的教化，但不可能有不属于资本而归于自己的语言(参见陈维纲《边缘的正义》)。换言之，主流理论真正的威力，在于消灭其他一切理论选择的可能。这不是法学的困境，也不是中国一隅的困境；这是资本全球化时代，一切在“边缘”地带思考的知识分子，包括西方知识分子，面临的理论挑战。我这么说，并无否认中国本土理论成就的意思，也并非奉劝诸位放弃探讨中国的问题，去钻西方理论的牛角尖。恰恰相反，我的意思是，你们的论文如果致力于提出有学术意义的问题，那么归根结蒂，不管论文探讨解决的是什么样的产生于中国实际的问题，你们的提问必然会直接或间接对准了西方主流理论的；你们的思考，便有可能挑战现代法治的前提条件和学术传统。而这样的挑战，是要在法学的所有部门展开的。不如此，中国法学就不可能真正独立自主，化作本土的实践；并且用本土的实践，开创一个崭新的中国的传统。我想，这样一种学术独立、自强不息的精神，应该是今日法学院走出困境的指引。坚持这一精神，则是你们今天学习法律、将来从事法律工作的伦理底线。谢谢诸位。注：本文是作者去年春天访问清华法学院讲授知识产权一课的结束语，故保留了讲课的口吻。

返美后，修改期间，中山大学法学院刘星教授及姜勤峰、武增、杨海峰、冷静、沈明、张薇薇、汪庆华、徐昕诸君，先后耐心回答了我的问题。谨此一并鸣谢。原载《清华法学》二十世纪汉语文明法学与法学家专号。参考书目(以著/编者姓名拼音为序)：伯尔曼(Harold Berman)：《法律与革命》(Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition)，哈佛大学出版社，1983。陈维纲：《边缘的正义》(Peripheral Justice: The Marxist Tradition of Public Hegemony and Its Implications in the Age of Globalization)，将载(西雅图)华盛顿大学《立场》(Position)学刊。德沃金(Ronald Dworkin)：《在北京认真对待权利》，载《纽约书评》(New York Review of Books)，2002.9.26。迪亚斯(Clarence Dias)等(编)：《法律家在第三世界》(Lawyers in the Third World: Comparative and Developmental Perspectives)，Scandinavian Inst. of African Studies and Int'l Ctr. for Law and Development，1981。方流芳：《中国法学教育观察》，载贺卫方(编)：《中国法律教育之路》，中国政法大学出版社，1997。冯象：《木腿正义》，中山大学出版社，1999。冯象：《送法下乡与教鱼游泳》，载《读书》2/2002。韩述之(编)：《社会科学争鸣大系：政治学/法学卷》，上海人民出版社，1991。刘南平：《法学博士论文的“骨髓”和“皮囊”》，载《中外法学》1/2000。史蒂芬斯(Robert Stevens)：《美国法律教育：1850至1980》，载Richard Abel(编)：《解读法律家》(Lawyers: A Critical Reader)，The New Press，1997。苏力：《送法下乡：中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社，2000。王健：《中国的J.D.？》，载贺卫方(编)：《中国法律教育之路》，中国

政法大学出版社，1997。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