

任东来：作为技艺的法律实践和作为学问的法学研究 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E4_BB_BB_E4_B8_9C_E6_9D_A5_EF_c122_486273.htm 2005-2006学年，我在美国衣阿华州德雷克大学的法学院做了一年的富布赖特访问学者。这个大学及其法学院属于地方性（regional）院校，其生源基本来自中西部地区。它每年招收150名左右的学生，共有30位左右的专职教授。在美国律师协会（ABA）认可的全美180余所法学院中，绝大多数都是这种地区性的、职业性的法学院。像国内法律人热衷谈论的哈佛、耶鲁、斯坦福这类全国性的、带有研究性的法学院，只是极少数，在某种程度上并不具有很大的代表性。这类大路货的法学院，给人最深的印象是，它从来不把法律看作是一个多大的学问，更多是一种职业训练和技艺培养。因此，它的课程设计，直接针对学生毕业后所要遇到的具体法律问题。这些课程主要有三大类，一类是侵权法、合同法、财产法、税法、宪法诉讼这些实体课程，另一类就是技能性课程，比如法律文献检索，法律文件写作，还有就是实践课，比如法律诊所，审判体验（trial practicum），模拟法院。在德雷克法学院，除了宪法法和比较宪法这两门略带些理论色彩和研究性的课程外（即使这类课程，也是案例教学法），基本没有国内法学院课程中的法理、法史等理论性课程。在这样的课程规划下，所有的老师都是执业律师出身，只有法律博士（JD）这样的专业学位，而无PH.D这类学术学位。相比较中国法学教授的学术成果，这些年薪十几万美元的教授真该无地自容了，除了在法律评论上发表一些案例分析这类非学术性论文外，他们至

多是编纂一些地方性的法律案例汇编。一句话，法律在这里被看作是一种实践而非一门学问。似乎正是这一学科定位，构成了中美法学院的根本不同。国内的法学院，虽然现在越来越注意培养学生的实际技能（professional skill），向美国式的专业学院（professional school）靠拢，建立了类似美国JD的法律硕士这样的专业学位，但是，从根本上讲，不论是学校领导，还是老师本人，都把法律看作是一门学问，因此，各院校把争取所谓的学科点和重点学科作为一大任务来抓，教师们发表学术论著的多寡也成为晋级升等的主要考核指标。结果，最近十年，中国法学高级人才的培养和学术论著的发表，中青年法学家的数量，均成几何级数增长。由此形成一个有趣的现象：一方面，中国在法治的道路上步履蹒跚，另一方面，中国的法学研究则突飞猛进，凯歌高奏。如果仅就法学家的数量及其发表的学术论著而言，中国绝对是一个“法学”（虽然不是法律）大国了。正是因为把法律看作是一个学问，而不是一种实践和技艺，国内的法学院太看重自己所谓的学术成果，反而忘记了自己的主要职责是培养合格的法律人。这也是中美法学院的很大区别。以上述德雷克大学法学院为例，这个在美国属于三流（3rd tier）的法学院，其毕业生首次参加州律师考试的通过率达到了85%，毕业后九个月内的就业率达到93.8%。如果以这两个指标来衡量，目前国内一流的法学院都未必能够超过德雷克。当然，由于国情不同，这个比较可能没有多大意义。学科定位的不同，也可以从法律概念的中英文转换中，发现中美之间有趣的差别。比如国内的法学家已经如过江之鲫，是个法学教授就是一个法学家，翻译成英文时就会产生歧义。有一次，在与一位美国

法学教授座谈时，我自我介绍说，“I am historian”（我是个历史学者），在座另一位中国学者则说：I am jurist（我是一个法学家）。会后，这位美国教授不解地问我，“他是一个法官吗？”我说不是，他只是一个法学教授。这位美国教授解释说，在美国的语境中，通常只有一些有创造性的法官才能叫jurist，书斋里纯粹的法学教授是不能称jurist。为此，我还专门告诉《法学家茶座》的编辑，他们的英文名字最好叫teahouse for lawyers，而不是teahouse for jurists。还有一个例子就是对jurisprudence的理解。最近看施瓦茨的《美国最高法院史》中译本，几次见到“马歇尔法律哲学”，“最高法院法哲学”的字样，觉得有些怪异。因为美国最高法院大法官中像霍姆斯、法兰克福特这样学者型的法官并不多见，大法官断案更多是基于经验、先例，而非什么法哲学、法理学。核对原文才发现，译者见到jurisprudence就翻译成“法哲学”，而不顾具体的语境。实际上，在讨论和分析美国最高法院及其法官的司法活动时，这个词比较恰当的理解应该是“司法理念及其实践”，而不是充满学究气的“法哲学”、“法理学”。显然，这样的翻译和理解都是在下意识中把司法活动学问化了。把法律视为一门技艺（profession），并不会因此而减少它在现代社会中的重要性，名律师比名教授更来钱、更有社会地位就是一个旁证；同样，把法律视为一门学问，进而把它提升到法律科学的高度，也不见得能够促进法治社会的早日建成，目前发达的法学研究 and 滞后的法律实践似乎也算是个例证。法律究竟该是一门技艺，还是一门学问，看来还真是一个需要进一步澄清的问题。（本文为《律师文摘》2007年第五辑“卷首语”）附：《律师文摘》2007年第5

辑目录 卷首语 作为技艺的法律实践和作为学问的法学研究...
.....任东来 学术论坛：法理沉思 法律与道德...〔英〕A.J.M.
米尔恩 著 张志铭 译 专家说法 民诉修法求解“两难”.....
.....叶逗逗 事件剖析“万圣书园店招事件”的法理问题.....
..... 赵凌 黄陵法院取消业务庭室建制再引激辩...台建林
采编 热点话题 法学专家会诊“娃哈哈”合资纠纷... 万学忠
吴晓锋 王婧 张雪丽 采编 应试拽着教育跑..... 包丽敏 采写
附：单纯的“竞技教育”何以必须终结？.....笑蜀#61618. 业
界了望：执业前沿 公益诉讼艰难进步.....殷俊
维权之声 自主选聘物业 依法理性维权 --关于富泉花园小区物
业交接问题的省思...杨玉圣 他山之石 公民教育从“你”开始
.....林达#61618. 史海钩沉：返回现场 联大平议
：学术史的回眸与审思 --“西南联大与晚近中国”系列之一
.....刘超#61618. 主编札记 儿子上学之忧..... 孙国栋
《律师文摘》由江平、梁定邦、张思之、邓正来、贺卫方先
生担任学术顾问，孙国栋主编。定价16元，全年96元。2008
年已开始征订。编辑部还存有2002-2006年已出版的各辑刊物
，2002年、2003年每年四辑，每辑约28万字，定价25元；2004
年四辑每辑约19万字，定价16元；2005年、2006年每年六辑，
每辑约20万字，定价16元。以及2002、2006年合订本，定
价100元。欲购买《律师文摘》的读者，请按下列地址通过邮
局（免收邮寄费）汇至编辑部。地址：北京昌平区东环路136
号方舟书苑《律师文摘》编辑部 邮编：102200联系人：梁小
玲 电话/传真：010-80111302 电子信箱：lushiwenzhai@126.com
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