



甘肃政法学院法学文库

崇 德 明 法 弘 毅 致 公

FAXUE SHIJIANXING JIAOXUE LILUN YU SHISHI

法学实践性教学 理论与实施

赵海燕 刘晓霞 / 著



法律出版社

LAW PRESS·CHINA



甘肃政法学院法学文库

崇 德 明 法 弘 毅 致 公

FAXUE SHIJIANXING JIAOXUE LILUN YU SHISHI

法学实践性教学 理论与实施

赵海燕 刘晓霞 / 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法学实践性教学理论与实施 / 赵海燕, 刘晓霞著.

—北京: 法律出版社, 2015. 4

(甘肃政法学院法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7771 - 0

I. ①法… II. ①赵… ②刘… III. ①法学教育—教
学研究 IV. ①D90 - 42

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 068526 号

甘肃政法学院法学文库

法学实践性教学理论与实施

赵海燕 刘晓霞 著

编辑统筹 政务出版分社

策划编辑 张瑞珍

责任编辑 周 洁

装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 19.25

字数 270 千

版本 2015 年 4 月第 1 版

印次 2015 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

编辑电话/010-63939635

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010-62534456

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

第一法律书店/010-63939781/9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 7771 - 0

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

赵海燕,女,甘肃武都人,法学硕士,副教授,硕士生导师,兼职律师。主要从事知识产权法、经济法等教学和研究工作,先后在国家及省级刊物上发表论文40多篇;出版专著2部,参编教材3部;主持完成甘肃省社科规划项目1项和校级重点科研、教改项目多项,参与完成省级项目2项。主持和参与获得省级教学成果教育厅级奖3项。

刘晓霞,女,甘肃天水人。法学硕士,教授、硕士生导师。兼任中国经济法学会研究会理事,兰州市仲裁委员会仲裁员。长期承担法学专业主干课程《民法学》及《合同法学》、《合同法专题研究》教学。在国家及省级刊物发表科研论文30余篇。科研成果获省级奖3项;获甘肃省教学成果二、三等奖各1项。主编教材3部,参编教材3部,出版专著1部。主持国家司法部、甘肃省社会科学基金资助项目等项目。

总 序

在很多人的印象中,地处西北内陆的甘肃,尽管有着厚重的传统文化积淀,但在历史长河的大浪淘沙之下,这一方水土早已过多地与贫瘠、落后相联系。然而,让我们引以为豪的是,这里活跃着一支默默奉献的耕耘者队伍,他们热爱法学教育事业,愿意在艰苦的条件下为我国法学教育尽绵薄之力——他们,是甘肃政法学院事业发展的中坚力量和未来希望。

改革开放以来,法治现代化的进程催生了法学教育的繁荣。甘肃政法学院,正是伴随着中国法治建设和法学教育的步伐而成长起来的一所高等政法院校,她起始于1956年建立的甘肃省政法干部学校,几经变迁于1984年经教育部批准成为普通高等本科院校。近60年的发展历程、30年高等教育的历史积淀与传承,一代又一代的政法人秉承艰苦奋斗、自强不息的精神,薪火相传,实现了发展史上一次又一次的飞跃。筚路蓝缕,玉汝于成,今天的甘肃政法学院,已经形成本科教育、研究生教育、干部培训教育等多层次的办学结构和培养体系,为地方经济社会发展和法治建设培养了大批合格的法学法律人才,做出了积极的贡献。虽然,由于历史和现实原因,学校目前尚不能与国内著名的法学院校比肩,但是,她毕竟在发展壮大,在向“立足甘肃、面向全国、西部一

流”的目标迈进,并昭示出光明的前景。

在甘肃政法学院即将迎来建校 60 周年之际,学校与法律出版社协商,策划出版了“甘肃政法学院法学文库”。它既是甘肃政法学院当前法学研究成果的集中展示,也是对 60 周年校庆的厚重献礼。其中的著述,或为创新法学理论的学术探析,或为追踪法制实践的实务研判,从法学理论和法律实践的不同视角,为中国的法治建设求是探理、建言献策。文库是学校法学教学科研人员呕心沥血、笔耕不辍的结晶,展现了甘肃政法学院法学学人思索拓新的积淀。

应该感谢我们所处的这个时代,正是由于对社会进步的渴望、对法治的崇尚和追求,才有了中国法学教育事业的迅速发展,才有了砥砺催生法学新思想和新理论的沃土和摇篮。我们由衷地期望,“甘肃政法学院法学文库”的出版,能够为学界了解甘肃政法学院学科建设和科研工作提供一个窗口,能够成为观点碰撞、思想交流乃至学术批评的平台,能够成为促进提高学校科学研究水平的契机。

我愿意借此机会,向多年来关心和支持甘肃政法学院事业发展的各界朋友表示诚挚的感谢;向为我国法学教育事业奉献着青春、智慧和力量的政法学人表达由衷的敬意!让我们共同期待中国的法学教育和法学研究取得更多、更丰厚的收获;也真诚地祝愿甘肃政法学院以 60 年校庆为契机,以 60 年发展为起点,“百尺竿头,更进一步”,为中国的法学教育和法治建设谱写光辉灿烂的新篇章。

谨以“文库”作为庆祝甘肃政法学院建校 60 周年的献礼!

甘肃政法学院院长



二〇一四年三月十日

目 录

第一章 法学实践性教学概论 1

第一节 实践性教学及发展 1

第二节 实践性教学功能 3

第三节 实践性教学目标 5

第四节 实践性教学学制 8

第二章 法学实践性教学比较研究 12

第一节 美国法学实践性教学 12

第二节 英国法学实践性教学 19

第三节 德国法学实践性教学 24

第四节 日本法学实践性教学 30

第三章 法学实践性教学模式 35

第一节 法学案例教学 36

第二节 模拟法庭教学 49

第三节 法律诊所教学 61

第四节 法学辩论教学 73

第五节 法学情景教学 79

第四章 法学实践性教学的技能训练 84

第一节 资料收集 84

第二节 写作训练 86

第三节 口头表达训练 95

第四节 法律思维训练 98

第五章 法学实践性教学课程及教材建设 104

第一节 法学实践性教学课程现状 104

第二节 法学实践性教学课程设置 108

第三节 法学实践性教学课程教材建设 113

第六章 法学实践性教学基地建设 118

第一节 法学实践性教学基地作用 118

第二节 法学实践性教学基地模式 121

第三节 法学实践性教学基地建设 122

第四节 法学人才培养模式创新实验区建设 131

第七章 法学实践性教学的“双师”队伍建设 137

第一节 “双师型”教学队伍建设的必要性 137

第二节 “双师型”教学队伍建设的现状 139

第三节 “双师型”教学队伍建设的途径 141

第八章 法学实践性教学与现代教育技术 145

第一节 现代教育技术简况 145

第二节 现代教育技术对法学实践性教学的影响 148

第九章 法学实践性教学评价体系建设 153

第一节 法学实践性教学评价体系构成 153

第二节 实践性教学中的集体口试考核方法 156

第三节 实践性教学中的多元化考核方式 165

第四节 职业伦理培养及考核 170

第十章 学生案例摘要核对表和分析报告 181

第一节 学生案例摘要核对表 181

第二节 案例分析报告 188

第十一章 学生论文 206

第十二章 针对大学生在网络环境下的社会调查 214

第十三章 学生自主集体考试 222

第一节 考试组织活动 222

第二节 学生自主出题题目 228

第三节 集体口试教师出题试题 238

第十四章 实践性教学学生信息反馈 273

第一节 实践性教学实施的反馈信息 273

第二节 实践性教学考试改革反馈信息 278

参考文献 288

后 记 295

第一章

法学实践性教学概论

第一节 实践性教学及发展

实践性教学泛指与法学理论教学相对应的以培养学生技能为核心的教学活动。不过广义的实践性教学则包括所有含有培养学生实践能力的教学活动,即理论性教学的实践教学环节也属于实践性教学,本书则是从狭义的角度展开关于法学实践性教学的有关研究,以期我国能矫正过于注重理论教学的积弊。但是我们始终认为实践性教学和理论性教学只是强调培养学生理论和实践两种不同素养而进行的划分,本质上讲二者并不是相互割裂毫不相干。“一个好的理论基础定有利于掌握规则及其适应,丰富的实践经验又会促进理论的进一步提高。”^{〔1〕}法律教育基本分为两派,一是英美国家法律教育,二是大陆法国家法律教育,前者更重视实践性教学,后者更注重理论性教学。英美国家法律教育是从法律技能培训开始的,英国从13世纪开始就有了律师职业培训,一直到

〔1〕 周汉华:“法律教育的双重性与中国法律教育改革”,载《比较法研究》2000年第4期。

19 世纪英国研习法律通过学徒教育模式进行,19 世纪下半叶起,英国开始由大学提供法学教育。美国受英国影响,最早流行的也是学徒制,到 19 世纪初出现了正规大学法律教育。英美大学介入法律教育后,开始注重技能训练和理论并重的教育理论理念,采用了案例教学模式。但是 20 世纪 30 年代遭到一些学者的强烈批判,认为法律教育太学术化,脱离了实际。20 世纪 60 年代之后法律学院普遍采用了法律实际课。^[1] 这样法律教育开始向最初的技能培训方向回归。大陆法国家虽然重视理论性教育,但是并不说它的法律教育与实践无关,19 世纪欧洲国家的法律教育很重视实证法律技能的训练。20 世纪六七十年代以来,受美国诊所等实践性课程改革的影响,大陆法系国家和发展中国家也开始广泛重视法学实践性教学。考察实践性教学的发展历史,无论英美国家还是大陆法国家,其实法律教育始终没有离开技能训练这个主线,只是某个时期技能训练加强,某个时期技能训练削弱而已,法律教育也始终在技能训练和理论教育之间寻找平衡。这也是由法学教育自身的特点所决定的。

我国法律教育受大陆法国家影响较大,长期以来重视理论教学,甚至比它们走得更远,因为实践性教学非常薄弱,以至于法学毕业学生因技能欠缺常常被用人单位所诟病。我国在改革传统教学模式的内在动因和外国基金会的外在推动下,从 2000 年 9 月开始,已有北京大学、清华大学、中国人民大学、复旦大学、武汉大学等几十所法学院校开设了实践性课程,取得了一定成就,但还没有成为主导性的教学方法。并且在已经开展的实践性教学实际看还存在很多不足。如教学分散、随意性大、流于形式、学生参与度低、封闭式运行等。^[2] 所以,我国今后法律教育发展的趋势无疑是不断加强实践性教学,如加强实践性课程、基地、评估体系、教师队伍建设,加强法律学技能训练等,最终使实践性教学和理论教学齐头并进,共同形成法学教学体系的两个方面。

[1] 周汉华:“法律教育的双重性与中国法律教育改革”,载《比较法研究》2000 年第 4 期。

[2] 陈治:“我国法学实践性教学模式的反思与创新”,载《法学教育研究》2012 年第 1 期。

第二节 实践性教学功能

法学实践性教学之所以逐渐被我国法学教育者所接受采纳,并且日益成为我国法学教育体系中不可缺少的一环,主要的原因在于其可以弥补我国传统法学教育中忽视实践技能训练的不足之处。具体而言,实践性教学具有以下功能。

一、育人功能

法学实践性教学具有注重学生品德责任心培养的育人功能。对于从事法律工作的法律人来说,公平与公正是最重要的操守,无论拥有多高的法律职业技能,如果缺乏必要的职业责任心,就难以起到保障当事人利益、维护当事人合法权益的作用。正如英国哲学家培根在《论司法》中说过,“一次不公正的审判比多次不平的举动为祸尤烈,因为这些不平的举动不过是弄脏了水流,而不公的审判则是把水源破坏了”。技术层面的缺失可以通过司法救济程序来矫正,但如果整个程序的参与者都缺乏法律职业道德,那司法公正也就无从谈起。目前我国法律人的素质还处于相对较低的状态,这与我国现阶段法律职业道德教育的缺失和不足有很大关系,也是单纯理论教学的副产品。实践性教学通过让学生接触真实案件,置身于法官、律师、当事人等角色中体会法律公平正义的精神和匡扶正义、定纷止争的作用,可以在潜移默化中教书育人。如法律诊所教育能够通过为诉讼弱势当事人提供法律帮助解决实际问题时切身的感受和体会弱势群体的困境,激发他们学以致用、服务民众的自觉性,明白法律的作用以及身为法律人肩上所背负的社会责任。虽然提高法律职业道德和素质不是一朝一夕便能形成的,但只要长期的培养,便可从根本上改变我国现阶段法律人才素质不高的局面。法学实践性教学便是一个行之有效的培养方法和途径。

二、实践功能

法学理论知识与法律实践技能是相辅相成的,法学理论知识是法学实践技能的基础,拥有深厚的知识储备才能够使学生在实践中游刃有余。但法学理论又是抽象性的,学生对理论知识的理解就具有一定难度。实践性教学强调学生技能训练、亲身而为,所以它能帮助学生将理论知识转化为实践技能。实践性教学中学生都可以接触到真实案例,案例课学生可以分析讨论真实案例,模拟法庭学生可以模拟真实案件的审理过程,诊所教学可以办理真实案件,由于案件来自真实的生活,不确定性是案件的最大特点,它不像我们理论学习中的循规蹈矩,而往往因为现实生活纷繁复杂而呈现出千姿百态。学生在分析、模拟、办理这些真实案件时必须调动所学知识才能应对和解决,在此过程中其运用知识的能力自然会增强。如在模拟某一个案件的审判过程中会产生争议焦点,不同人对不同事实的认知的碰撞,当事人及其代理人双方、公诉方和被告人及其辩护人等在举证、质证、主张、抗辩、再主张、再抗辩等环节中进行法庭调查和法庭辩论都会利用法律针锋相对、据理力争,在激烈的对抗中能够激发学生深入思考,从而有力地推动学生法律专业知识的现实转化。在实践过程中学生的综合素质和能力得到训练和培养,如讨论、辩论、咨询等可以提高口头表达能力;写代理词、答辩状、起诉书等法律文书可以提高其写作能力;在运用法律规则,像法官、律师一样思考问题,解决社会纠纷时可以训练其法律思维能力;在自我构建知识的过程中通过独立、反向或多角度的审视和分析案例,还能培养学生的创新思维以及批判精神,不随波逐流、人云亦云。

三、补充功能

传统法学教育中存在诸多不足,比如法学教育将学生限定于书本的范围内,缺少真实性;再如传统法学教育容易与实践脱轨,难以对学生以后的法律实践生涯起到良好的帮助作用;又如传统法学教育是一种“填鸭式教学”,学生在

学习的过程中处于被动地位,缺少本身的积极性。实践性教学技能训练为主、不设定固定的“标准答案”,学生与教师能平等交流、学习内容具有不确定性与真实性等一系列特点,都能对我国传统单纯的理论法学教育起到完善和补充作用。目前,我国的各个法学院校都进行了不同程度的尝试,例如模拟法庭、参观真实审判、毕业实习等方式,虽然还没有形成自己的课程体系,但是已经对传统教学发起了有力挑战。相信,只要法律教育界不断关注和重视实践性教学,它的实践性功能最终会发挥应有的补充作用。

第三节 实践性教学目标

目前实践性法学教学除少数高等院校在国外基金的支持下开展以外,并未在全国广泛推行和实施,它要撼动传统教学模式,占据高校法学教学的重要地位还存在以下障碍。

一、法学教学目标模糊不定

实践性教学没有指路航向法学教育目标是由法学教育中内在的、与生俱来的二重性决定的,法学教育具有职业技能培训性和学术研究性,它的目标自然也就有两个:一是培养实践型人才,二是培养学者型人才。^{〔1〕}那么我国应确定什么目标呢?是双重目标还是单一目标,这是摆在我们眼前关乎法学教育性质、宗旨内容、方法等一系列问题而亟待解决的课题。就教学方法来讲,不同的教育目标要求采用的方法不同。实践型人才需要采用侧重培养学生职业技能的实践性教学方法,开设“法律诊所”、“法庭辩论”、“律师职业道德”等基本课程。而研究型人才则侧重培养学生对法律体系、规则、原理的全面掌握,教学多采用系统讲授的方式。一国培养何种类型的法律人才,就需要有与这一目标相

〔1〕 王晨光:“法学教育的宗旨——兼论案例教学模式和实践性法律教学模式在法学教育中的地位、作用和关系”,载《法制与社会发展》2002年第6期。

一致的教学方法。有人认为我国法学教学目标应定为双重目标,即本科阶段的法学教育定位于职业技能训练或培训,本科阶段以上的法学教育定位于学术培养。^{〔1〕}也有人认为鱼和熊掌二者不可兼得,舍鱼而取熊掌也。具体讲就是借鉴以美国为代表的法学教学目标——培养合格律师,学生毕业就可以进行律师实务操作。此观点认为,“法律是一种活动,而不是一个概念或一组概念,法学就其性质来说主要不是以学术为导向,而是以解决问题为导向”。^{〔2〕}法学院的教学目的不只是教授法律,更是教授法律人技巧。至今我国的法学教育目标仍不明确,从统一司法考试和招收法硕的改革看,培养目标倾向实践型人才,但实际法科中无论本科还是研究生阶段的学习,理论和实践严重脱节,毕业实习流于形式,除了少数开展法律诊所课程的院校外,绝大部分法律院校实践教学非常薄弱几乎没有开展。可以说我国是以通识性教育或研究型教育为目标的。我国法学教育目标存在理想中的实践型和现实中的研究型或通识型的矛盾。目标不定,隐性的通识型或学术研究型培养目标,使我国的实践教育缺乏思想指导。如同未来“产品”没有合格检验的标准,进而也就无法确定最佳的生产方式一样。

从世界各国法学教育的发展趋势看,美国实践性教学模式已被普遍接受和大力推广。各国为支持开展实践性法学教学方法,在教学目标上都进行了相应的改革。《德国法学教育改革法》于2003年7月1日起实施,其培养目标确定为培养“具有全方位工作能力的法律人”即培养在任何法律职业领域都有能力开展法律工作的专业人才。日本法学教育方面的改革,也在改变过去注重培养法学人才的倾向,将培养大量的具有法律实务知识的人才作为法学教育的目标。我国当务之急就是要明确法学教育的目标,随着全球化的深入,中国要与西方法律人平等对话,开展有效竞争,专业训练上就应具有同质性。学生单纯的、脱离实际的接受信息必将导致他们缺乏实际操作和对抗能力,将不利于树

〔1〕 郭明瑞、王福华:“高等法学教育的反思与审视”,载《法制日报》2001年9月2日。

〔2〕 苏力:“法学本科教育的研究和思考”,载贺卫方:《中国法律教育之路》,中国政法大学出版社1997年版,第12页。

立我国法律人的形象,更无法有效保护我国当事人的利益。我国应尽快确定以培养具有专业技能的法律人才为主的教育目标,这是现实社会对法律人才培养的需要,也是为有效培养这类人才的最佳实现途径——实践性教学方法的实施提供保障。

二、确立有侧重点的双重目标为实践性教学指明方向

虽然法学教学目标具有二重性,人们对于这一问题的认识也是见仁见智、各持己见,无论怎样确定都有其合理性一面,然而合理性并不意味着最佳性。教育的目标是实现个体的全面发展,推动社会的不断完善和进步,其价值取向是使个体和社会均达到最佳状态。法学教育目标也应如此。那么这个目标如何确定呢?从个体和社会两方面看:一方面,进入法学院的大多数学生最终将进入司法部门,从事法律实务工作,少数对法学科学理论感兴趣的,将进入研究或教学部门工作。显然要满足大多数个体的需要应确定专业技能培训的培养目标。另一方面,社会对于法律的需要主要在于运用法律的精神、原则、规范维护个人及社会整体的利益,解决各种社会纠纷,维持社会的稳定和可持续发展。即需要把静态的法变为动态的法,而不是静止不动的法律概念、条文和规则。正如霍姆斯大法官所说,“法律是经验而非逻辑”。从这一层面我们仍然可以将我国的法学教育目标确定为培养具有法律专业技能的人。当然,确定了实践型人才培养目标,并不能因此得出法学教育就可不重视学生的理论素养的培养。通常情况下法律实践训练与法律理论学习并不矛盾,它们许多情况下实际上相互促进和提高,一个好的理论基础肯定有利于掌握规则及其适用,丰富的实践经验又会促进理论的进一步提高。法律必须包含这一对要求才能促进法律的进步。^{〔1〕}由此可知,法学教育目标需要既能满足社会和个体的主流需要,又能顺应法律教育的内在规律;在实现途经上既不能搞目标的平衡论,也不能搞纯粹的单一论,而应该是有侧重点的双重论。即总体培养目标应该确定为

〔1〕 贺卫方:“法律教育散见”,载《浙江法律评论》1996年创刊号。

以培养职业技能为主,兼顾学术研究或通识。具体到研究生层次可作为特例,在坚持双重论不变的基础上,把侧重点由技能训练倾向到学术培养。有了这样明确而又符合法律教育规律和社会需要的教学目标,法律实践性教学也就有了指路的灯塔。法律院校的教育观念、教学模式、教学内容和方法都会随着实践性教学模式地位的确立而转变,实践性教学也就不会变成装饰门面的花架子而会被落到实处。

第四节 实践性教学学制

一、学制太短不利实践性教学的深入展开

如前所述的国家法学教育以职业技能培训为目标与其教学体制有关,美国法学教育是建立在四年通识教育基础之上的研究生教育,学生入学前奠定了良好的人文基础,学生在获得本科学位之后,使职业训练成为可能。德国、法国、日本都有本科教育之后的研修制度,学生本科毕业后要接受至少一年的实务培训。这些国家的学生在长达6~7年的法学教育中,技能训练有较深入扎实的理论功底作基础,在巧妇有米之后强调其技能训练顺理成章且至关重要。但我国学制短,学生又来自各中学校门,缺乏基本的社会科学知识,综合素质低,如果片面强调技能只能是空中楼阁,无法操作。

短短四年,莘莘学子既要完成通识教育,又要进行专业技能训练,时间过紧,学校在通识教育和技能培训方向捉襟见肘难以兼顾。结果只能是先补文化素养的课,而技能训练只是作为陪衬,无法深入开展。换言之,我国的法学教育学制短,学生在这期间不能同时完成技能训练和知识的积累。其中严重缺失的部分就属专业技能培训。也就是说实践性教学缺乏实施的足够时间和素质基础。对此,实施法律诊所教育的大学学生就深有体会的,有同学指出诊所课堂非常有益,但是由于学习时间的短暂,在实习期间,我们当中有些人无法接触一个案件的从始至终的过程而只能接触某案件的某一环节,由于时间上的限制使