

主编／张桂林
执行主编／曹义孙

夏季论文集

中国法学教育 研究 2012

CHINA LEGAL EDUCATION RESEARCH

论法律思维——王利明

“走出去”战略与中国法律人才培养——黄清华

全面推行实践育人工程，努力培养卓越法律人才——陈训敬 林发新

关于法律硕士专业学位研究生培养的思考与建议——韩文生

学科体系性视角下的民法学教学——孙文明

中国政法大学出版社

夏季论文集

中国法学教育 研究 2012

CHINA LEGAL EDUCATION RESEARCH

主 编：张桂琳
执行主编：曹义孙
副 主 编：李树忠

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法学教育研究. 2012 年. 夏季论文集 / 张桂琳
主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2012.5
ISBN 978-7-5620-4307-2

I. ①中… II. ①张… III. ①法学教育-中国-文集
IV. ①D92-4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 085906 号

书 名: 中国法学教育研究

著作责任者: 张桂琳主编 曹义孙执行主编 李树忠副主编

责任编辑: 刘 彰 刘坤轮

标准书号: ISBN 978-7-5620-4307-2

出 版: 中国政法大学出版社

发 行: 中国政法大学法学教育与评估中心

地 址: 北京海淀区西土城路 25 号

邮购电话: 010-58908079

电子邮箱: maillaweducation@yahoo.com.cn

排 版: 北京佳美印刷设计有限公司

经 销: 中国政法大学出版社读者服务部 010-58908301
650mm×980mm 16 开本 13.75 印张 120 千字
2012 年 6 月第 1 版 2012 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 23.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。
版权所有 翻版必究

目 录

法学教育

- 论法律思维.....王利明（1）
- “走出去”战略与中国法律人才培养
- 关于国际化复合型中华情法律人才的思考
-黄清华（37）
- 全面推行实践育人工程，努力培养卓越法律人才
-陈训敬 林发新（44）
- 关于法律硕士专业学位研究生培养的思考与建议
- 以中国政法大学法硕培养为例.....韩文生（52）

课程与教学

- 环境法教育在塑造绿色律师中的作用.....姜双林 李明华（63）
- 我国高校环境与资源保护法学专业硕士研究生培养方案评析
-黄婧（74）
- 论环境法律诊所的法律咨询教学.....马燕（88）
- 本科宪法学教学中的讨论式教学法.....曾祥华（105）
- 学科体系性视角下的民法学教学.....孙文楨（111）
- 民商法教学中的案例方法.....王军（122）

目 录

香港法学实践教育的体系·····	陈 巍(130)
论法学专业教育与实践训练的融合	
——以美、德、日模式为例·····	雷 磊(146)

研究报告

我国奖学金制度下学生科研水平的实证分析	
·····	邓云成 胡曦彦(160)

百花园

对中国政法大学 Web of Science 收录论文的分析与思考	
·····	范静怡(182)

作者名录·····	(197)
-----------	-------

Contents

Legal Education

- On Legal Mind.....*Wang Liming* (1)
- "Going out" Strategy and Legal Training ... *Huang Qinghua* (37)
- Full Implementation of the Practical Legal Education for Cultivating
Excellent Legal Talents.....*Chen Xunjing & Lin Faxin* (44)
- Thoughts and Suggestions on the JM Education
..... *Han Wensheng* (52)

Curriculum and Teaching

- The Role of Environmental Law Education in Shaping Green
Lawyers..... *Jiang Shuanglin & Li Minghua* (63)
- Comparative Study on Master Training Programs from 27 Chinese
Universities for Environmental and Natural Resources Protection
Law..... *Huang Jing* (74)
- On the Teaching Mode of the Environmental Law Clinics' Legal
Advice..... *Ma Yan* (88)
- On the Discussing Style Teaching in Constitution Law Class for
Undergraduate..... *Zeng Xianghua* (105)
- On the Civil Law Course Teaching from the Viewpoint of Systematic
Characteristics of Discipline.....*Sun Wenzhen* (111)
- The Case Teaching of the Civil and Commercial Law
..... *Wang Jun*(122)

Contents

Practical Legal Education System of Hong Kong

..... *Chen Wei* (130)

On Integration Of Postgraduate Education and Practical Training

..... *Lei Lei* (146)

Research studies

An Empirical Analysis of Students' Scientific Research Stimulated by
Existing Scholarship System in China

..... *Deng Yuncheng & Hu Xiyan* (160)

Spring Garden

Analysis of College English Teaching and Coping Strategies in the
Analysis and Reflection of the Papers Recruited by Web of Science
in CUPL..... *Fan Jingyi* (182)

Index of Author..... (197)

王利明

论法律思维

方法论的首要任务是使各个思维步骤具有可理解性和可控制性——[奥]比德林斯基 (Franz Bydlinski) ^①

一、法律思维的界定

法律思维 (legal mind) 是法律职业者 (也称法律人)

“依循法律逻辑,以价值取向的思考、合理的论证,解释适用法律”^②的过程。法律思维有广义和狭义之分,广义的法律思维是所有法律职业者所进行的法律思维,是法律人观察社会现象、认识社会规律所具有的一种独特的思维方式。而狭义的法律思维仅指司法

^① Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien/New York 1982, S.42.

^② 参见王泽鉴:《民法思维》,北京大学出版社2009年版,第1页。

过程中围绕裁判所进行的法律思维,是法官所独有的思考问题、处理案件所应该具有的一种独特思考方式,体现了法官在职业过程中养成的独有职业素养。当然,法律思维并不为法官所独有,而是每个法律人所共同具有的素质。方法论上所研究的思维,也不仅仅限于法官的思维模式,而应包括各种法律人的思考方法。从世界范围来看,一个国家范围内的法律职业群体通常具有一定的共同思维方式和思考方法,而且应当具有一定的法律思维共性。此种共性要求并不是要抹煞法律人的思维个性,因为:一方面,实践中的每个法律人都因出身、教育背景、阅历等不同而在价值取向上存在不同程度的差异;另一方面,强调法律人思维模式的共性,旨在实现法律人最低限度的价值共识,使法律人之间实现真正意义上的沟通与对话,以维护法律制度本身的安定性和可预期性。

但我们需要同时强调法律思维对整个法律职业共同体的普遍适用性。虽然法官的法律思维是核心考察对象,但法官只是法律人共同体的组成部分,应当与其他共同体成员具有一样的思维方式。这一共同体不仅是法律人共同对话的基础,也是判决可预期性的保证。唯有法官与其他法律职业者享有共同的法律思维习惯,才能在特定具体问题上达成法律共识。如果只有一部分人具有法律思维,另一部分人不具有法律思维,或者说一部分人的法律思维与另一部分人的法律思维大相径庭,则法律论辩者之间将很难进行有效的对话,也便很难实现判决的公正性和可预期性。由于法官司法裁判活动思维模式在法律职业共同体中的代表性,在此意义上,法律思维就是以司法裁判为中心的思维模式,^①其目的就是要明确事实和法律,进而得出妥当的裁判结论。

从理论层面研究法律思维的一大重要意义就表现在法学教育领域中。只有通过总结以法官法律思维为代表的法律思维模式,

^① 参见葛洪义主编:《法律方法与法律思维》第一辑,中国政法大学出版社2002年版,第44页。

并将其运用于法学教育中，培养法律人所应具备的思维方式，推动法律人共同体法律思维的形成。法律条文并不能自动在法律适用中得到运用，而是需要经过法律思维的加工，方能获得最恰当、准确的运用。良好的法律思维，是准确理解法律的基础和前提。法律思维并不仅是对法律条文本身体如何理解，而更重要的是在于如何通过养成法律思维，准确地运用法律条文。正是从这个意义上说，法学教育不仅仅只是培养学生如何理解条文，而更重要的是培养学生的法律思维。在系统条理化的自觉法律思维意识形成之前，即便掌握了再多的条文，在许多情况下仍很难运用法律的概念和逻辑来界定社会具体事实，运用这些事实界定方法来认识社会事实和关系，尤其是把法律的规则巧妙地运用到实践中作为裁判依据。因此，法律思维更注重一种思考和应用的方法，是法律人应具备的一项基本素质，其具有如下基本特点：

第一，规范性。法律思维是规则性的思维，它不是随意的、散发的形象思维，也不同于纯粹从实践出发的经验思维。特定法律职业共同体的法律思维总是离不开该群体所在国家所形成的一套概念、制度、体系和规则。正如王泽鉴所言，“一个法律人应当始终有清晰明确的概念、严谨的体系结构、法律功能的准确认识。”^①概念是法律入门的基础，也是法律人相互间对话的起码平台。概念组成了规范，欲掌握规范必先掌握概念，因此法律人应当具有充分的概念意识，以概念为基础展开思考和论证。概念以及以概念为基础的规范都是通过一定的结构安排有机组合起来的，在不同层面上形成法律体系。法律体系不仅是概念和规范得以有序组织的基础，也是法律人便捷、准确认识法律概念和规范的工具。

法律思维是一种合乎法治的思维。法律思维不仅需要符合法律，更需要符合法治，即要符合现代法治理念。在具体的思维过程中，法律思维总是要以权利义务为思维的对象。因而，法律思

^① 参见王泽鉴：《民法思维》，北京大学出版社2009年版，第166页。

维的实质就是从权利与义务这个特定的角度来观察问题、分析问题和解决问题。^①法律思维的规范性特征决定,其只能以实定法规则为基础,而不能简单地以道德等非实定法为中心。即便特定道德行为规范具有妥当性,也需要在道德规范上升为法律规范,或者被认定为习惯法之后,才能作为法律思维考察的对象。例如,某人没有实施见义勇为的行为在道德上应当受到谴责,但是,在见义勇为道德义务被法定化之前,其毕竟不属于法律义务,不能作为法律人评价特定行为为法律效果的基础,也不应当要求违反道德义务者承担一定的法律后果。

第二,全面性。即法律思维应当兼顾各种思维的优点,又要在此基础上突出其自身的特点。法律论证活动是体现法律思维的一种典型形态,前文关于法律论证的讨论已经表明,其是一项需要全面运用逻辑学、语言学、法律哲学等多个学科知识的法律思维活动。此种多学科知识的全面运用特征同样表现在诸种其他法律思维活动中,使法律思维呈现出一种全面采用跨学科知识的思维模式。^②尤其是,法律思维并不仅强调逻辑,而且强调其中价值判断的因素,避免了单一思维方式的片面性。司法三段论过程本身只是逻辑的推理和演绎,并不直接涉及社会的现实变化,也不涉及社会需求对法律适用的影响,因此可能过分注重可预期性而忽视其妥当性。但是,简单地将三段论看做是在既定的大前提和小前提下的适用,也未免太过简化。法律的思维应当是由逻辑思维、经验判断和价值判断等各种思维方式的全面结合。如果法律思维仅以逻辑思维为重心,就会变成机械法学,使法律脱离社会现实。正如王泽鉴所指出的,法律思维是价值导向的思考方法,应当以一定的价值共识为基础。^③当然,如果我们纯粹考虑价值判断,又可能使裁判结果失去准绳,缺乏逻辑会造成法官的恣意裁

① 郑成良:“法治理念与法律思维”,《吉林大学社会科学学报》2000年第4期。

② See Eveline T.Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation: A survey of theories on the justification of judicial decisions*, Kluwer Academic Publishers 1999, p.15.

③ 参见王泽鉴:《民法思维》,北京大学出版社2009年版,第163页。

量。所以，从法律思维的过程来看，首先应当依循三段论来确定事实，发现法律，得出裁判结论。与此同时，在此逻辑的过程中，应当结合价值判断和利益考量，以得出妥当的法律解释结论。离开了后者，法律思维就变成了机械思维，死扣法条，机械地认定事实和僵化地理解法律，难以与法律本身的目的相协调。

第三，共识性。法律思维应当以最低限度的共识为基础，否则，法律论辩的参与者很难展开真正意义上的对话，形成共同讨论的平台，尤其是导致“各说各话”，甚至出现“关公战秦琼”的窘态，无法实现法治的统一性。没有平台就没有知识的生存之根，在论证中就可能出现无穷的追问，根本无法形成任何确定性和正确性。^①许多案件从一审到二审可能裁判结论差异极大，相当程度上与不同法官在思维模式上的差异有关。在以确定性为主要目的之一的司法审判实践中，此种共识性的要求更为严格，法官应当尽可能以实体法中所体现的共识为基础进行分析。就法律的理解来说，也应当尽可能尊重通说和共识，如果要突破通说和共识，就应当尽到更充分的论证义务。在司法裁判实践中，法律思维的共识性就表现在法律适用和法律解释方法的共识。这既是裁判科学化的要求，也是裁判可接受性的需要。

第四，程序性。法律思维之所以区别于单纯的道德思维、政治思维和经济思维等，就在于法律思维注重程序正义。程序正义是通过程序的保障，实现公平正义。它也被称为“看得见的正义”。^②程序正义要求当事人在程序上武器对等、程序公正，任何人不能充当自己案件的裁判者，论证和决定都遵循一定的程序。法律人在观察和评价社会现象与社会行为时，通常首先考虑是否符合程序的要求。在个案的裁判中，法律人在得出结论之前，应当按照法定的、严密的程序进行分析和论证。那种只问结果不问

① [德]罗伯特·阿列克西：《法律论证理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版，序言第2页。

② 参见陈瑞华：《看得见的正义》，中国法制出版社2000年版，序言。

过程的思维,不是法律人应当具备的思维。^①例如,采用请求权基础分析方法对个案进行分析时,必须要按照请求权分析的每个步骤进行操作,而不能直奔结论,而更应当按照一环又一环的程序获得结论。正当程序本身是保障实体正义的基础,是法律思维与“论证”过程。对法律人而言,结论(心证)是重要的,但正当结论的获取离不开程序保障,自由心证的程序化也至关重要。

第五,严谨性。在现代社会中,法律思维已经成为法学教育的中心议题,并被认为是法学教育的重要功能而日益受到重视。法律思维独特的论证形式、论证艺术,其历史可以追溯到古代希腊以来的修辞学(辩论术)传统,且是与法庭辩论有很深关联的一门学问。^②经过长期的发展,其已经形成了逻辑三段论这种演绎推理的方法。司法三段论在产生之后,实际上一直受到来自各方面的批评。尤其是法律唯实主义和自由法学运动的发展,主要是认为,三段论过分注重形式逻辑,而并没有考虑到社会现实过程,也忽略了价值判断。^③如前所示,现代法律思维是一种集形式逻辑、价值判断和经验判断于一体的复杂思维模式。法律思维所涉要素的复杂性也必然要求法律思维的严谨性,要以逻辑方式进行推理,在逻辑思维框架下开展价值判断,要遵循规范与程序。在处理案件的过程中,从事实的认定到法律的解释与选择,应每一步都给出充分的论证,避免简单化或引用并不充分的依据而牵强地得出结论。在个案司法实践中,法律思维的严谨性表现在,法官要对个案的案件事实和可能使用的法律规范之间进行理性思考,对相关要素进行分析、综合、判断、推理。^④法律思维理论正是着眼于司法实践,从实践中总结法官严谨的思维模式和经验。

在此,我们有必要讨论法律思维与法教义学的关系。所谓法

① 郑成良:“法治理念与法律思维”,《吉林大学社会科学学报》2000年第4期。

② 张钰光:“‘法律论证’构造与程序之研究”,台湾辅仁大学法律系2001年博士学位论文,第37页。

③ 张钰光:“‘法律论证’构造与程序之研究”,台湾辅仁大学法律系2001年博士学位论文,第34页。

④ 参见董开军:“法官思维:个性与共性及其认识误区”,载《中国法学》2010年第6期。

教义学，德文中称为“Dogmatik”，有学者认为，“Dogmatik”在立法和司法两方面均有所体现，“本质上指运用法律自身的原理，按照逻辑的要求，以原则、规则、概念等基本要素制定、编纂与发展法律以及通过适当的解释规则运用和阐释法律的做法。其核心在于强调权威的法律规范和学理上的主流观点”。^①法教义学不同于一般的简单生活经验，其功能在于提供一系列相对稳定的法律解释和适用规范，以确保法律的基本精神得到准确的贯彻，避免不确定、不统一后果的发生。^②在大陆法系国家，长期以来都十分重视法教义学的训练，其直接体现在法律教育中培养法学思维。就我国的实际情况而言，也应长期重视法教义学的训练。我们要警惕僵化的、教条的概念法学，但这并不是说法学教育可以抛弃概念，离开基本的法律适用与解释规范。法律思维需要通过教义学的培养来养成，但仅仅通过这种训练是不够的，还需要大量实务操作、案例分析等方式来逐步地养成。

二、法律思维与经验思维的比较

简单的经验思维，就是凭借日常生活中的常识和常理等进行的思维。从中国的传统来看，法官采用平民化、大众化的思维模式，力求判决能够体现民众的意愿，这一传统一直延续到现代中国。^③据此，很多人认为简单的经验思维也是法律思维的重要内容，法官在判案过程中应更多地采用这种简单经验思维的方式。认为过多的法律思维可能会拉开与民众的距离。此处所说的经验，主要是指一般的生活经验、社会常识与常理。笔者认为，此种看法也有一定的道理，严格地说，两者之间的确具有一定的内在联系。正如有学者所指出的，逻辑代表了法律知识、法律训练和法律技

① 许德风：“法教义学与价值判断”，《中外法学》2008年第3期。

② 许德风：“法教义学与价值判断”，《中外法学》2008年第3期。

③ 参见孙笑侠：“中国传统法官的实质性思维”，载《浙江大学学报》2005年第4期。

巧,经验体现了实践积累、社会知识和社会阅历。逻辑可以在象牙塔内形成,而经验则需要社会和实践的磨练。^①事实上,逻辑本身也是经验的总结,逻辑推演的正确与否,也要经验来验证。如果某个案件的裁判结论与社会常理相背离,就往往难以认定为正确的裁判。生活经验也可以用来作为理解、认识法律现象的方式和途径。尤其是在事实的认定方面,生活经验可以起到帮助法官正确认定事实的作用。例如,法律上关于因果关系的判断、过错的判断、损害的判断,这些往往也需要借助于生活经验。在民法上有所谓经验法则。例如,认定因果关系是否存在,就考虑一般生活经验,特定的行为是否会导致特定的后果。如果一个判决和日常生活经验完全背离,它就很难为社会公众所认可。另外,经验也可以起到逻辑不具有的作用。

但是,简单的日常生活经验并不能完全代替逻辑的分析,否则,法律的严谨性、司法的统一性都无法得到保证。简单的经验思维代替法律思维,可能会导致偏差。例如,在著名的“彭宇案”中,一审法院在判决书中称“彭宇自认其是第一个下车的人,从常理分析,他与老太太相撞的可能性比较大。如果不是彭宇撞的老太太,他完全不用送她去医院”。^②这样的一种推论是值得商榷的。在该案中,法官没有坚持谁主张谁举证的证明原则,也没有充分运用证据规则,脱离了法律思维,而以简单的经验思维替代法律思维。社会一般人的日常生活经验的思维不同于法律思维。霍姆斯说,法律的生命不在于逻辑而在于经验。实际上,此处所说的经验,并不是简单的生活经验,而是经过反复而长期的司法过程的锤炼而形成的经验。实际上,即便是熟知的功利主义哲学将认识的本源归结于“经验”,以与先验伦理主义哲学的“先验”相对,但前者所说的“经验”,也绝非简单的日常生活经验。有

① 参见孔祥俊:《司法理念与裁判方法》,法律出版社2005年版,第35页。

② “南京‘彭宇撞人案’事件追踪”,载《东方今报》2007年9月14日。

学者甚至夸张地指出，“这种由法律工作者本身在严格的纪律^①中获得的法律意念，对于门外汉来说总是新鲜而不可理解。”^②具体来说，二者的区别在于：

第一，是否以法律规范为基础。简单的经验思维的特点在于，其依据日常生活的习惯、伦理的、道德的等方式进行思维；而法律思维的特点在于，其严格地以法律规范为基础。例如，在欠债不还的案件中，普通人都会以“欠债还钱、天经地义”的生活经验为基础来思考。而法律人就会考虑，借款合同是否成立生效，债务人是否应当承担实际履行的责任等。另外，在法律上，还要考虑债权请求权是否超过了诉讼时效，是否有抗辩权的存在等。再如，在日常生活中，有些人将法人的法定代表人称为“法人”，而法律上则要求按照严谨的概念，区分法人和法定代表人。霍姆斯所指出的，过失应以法律规定的标准来确定，而不能按照社会一般人的思维来确定。“法律的标准是普遍适用的标准……人们在社会中共同生活，应当牺牲个人超出某一点之外的那些独特性，这对于普遍的福利而言是必要的。比如，一个人如果生来就比较草率而笨拙，总是搞出一些意外，伤及自己或其邻人，无疑上帝是会宽恕他的天生的缺陷的，但他的失误带给他邻居的麻烦，并不比邻人因为其不法的过错行为而遭受的麻烦更小。因而，他的邻人会要求他自担风险。”^③这就深刻地阐述了法律思维与一般社会思维的区别。

第二，法律思维需要以逻辑推理为基础，而一般的生活思维只诉诸于简单的经验判断。例如，没有经过正规的法律训练的人，其往往直奔主题，比较轻率地作出判断。但是，法律人在进行判断之前，必须要经过严谨的分析和推理，寻找各种法律依据，谨慎地得出结论。经验往往容易受裁判者的主观情感等因素的影响，

① 应为“训练”——作者注。

② [德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健等译，中国大百科全书出版社，2003年版，第22页。

③ Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Boston, Little, Brown and Company, 1881, p. 108.

而且,每个裁判者的生活经验、阅历等都不同,由经验而得出的结论有所不同。法律思维总是离不开公平正义,以公平正义的实现为目的,而经验思维并不一定强调这一点。即便经验思维中可能涉及到对生活经验中公平正义的考量因素,但通常不是以实现公平正义为目的的。

第三,是否要考虑类似问题类似处理。类似问题类似处理是法律思维的重要特征,它是以对个案进行相同的价值判断为基础的。法律思维是一种职业性的思维,法律职业者应当具有很强的理性的、专业的、经过专门训练的思维能力。以简单的日常生活经验替代法律思维,所造成的后果,将是很严重的。这样的做法,将会损害法律职业化进程,否定法官的专业化。

三、法律思维的主要类型

(一) 概念思维

概念思维,实际上就是通过界定概念的内涵和外延。“名者,实之宾也”。法律思维是特殊的知识性的思维,这就要求其应当建立在娴熟地对法律概念进行掌握的基础上。如果概念掌握不准确、思路混乱,就不可能有正确的法律适用。凡是概念模糊不清,甚至理解错误的人,他不可能形成正确的、有效的法律思维。^①概念是任何一门学科大厦的基石,法律概念则是法律规范和法律制度的基本构成单位。德国法理学家魏德士也认为:“法律概念是法律规范和法律制度的建筑材料。”^②从这个意义上说,概念思维是所有法律思维的基础。概念是法律的构成部分,处理问题的思考工具。^③离开了法律概念,就缺乏法律人讨论的共同话语。例如,在日常生活中,有些人将法人的法定代表人称为“法人”,将公

① 参见董开军:“法官思维:个性与共性及其认识误区”,载《中国法学》2010年第6期。

② [德]伯恩·魏德士:《法理学》,法律出版社2003年,第94页。

③ 王泽鉴:《法律思维与民法实例》,第14页。