



法律文化研究文丛

17

梁治平 主编

论当代中国的 普通法教育

第二版

何美欢
著

LUN DANGDAI ZHONGGUO DE
PUTONGFA JIAOYU



中国政法大学出版社



法律文化研究文丛

17

论当代中国的 普通法教育

第二版

何美欢 著

LUN DANGDAI ZHONGGUO DE
PUTONGFA JIAOYU



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

论当代中国的普通法教育 / 何美欢著. — 2版. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011.9

ISBN 978-7-5620-4041-5

I. 论… II. 何… III. 法制教育-研究-中国 IV. D920.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第186566号

- | | |
|------|---|
| 书 名 | 论当代中国的普通法教育
LUN DANGDAI ZHONGGUO DE PUTONGFA JIAOYU |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮编100088 zf5620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908285(总编室) 58908325(发行部) 58908334(邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880mm×1230mm 32开本 7.625印张 175千字 |
| 版 本 | 2011年9月第2版 2011年9月第1次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-4041-5/D·4001 |
| 定 价 | 22.00元 |
| 声 明 | 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。 |

主编者言

《法律文化研究中心文丛》自 1996 年问世以来，已经出版著作十余种，其中有专著、文集、译著等，内容涉及法律理论、法律史、比较法、法律社会学、法律人类学等。原“编者说明”述其宗旨为“将私人交谈转变为公共话语，通过平等的交谈和论辩取得最低限度的共识，并在此基础上建构自主的学术空间和建立学术共同体，……通过开展严肃认真的学术讨论和学术批评，逐步建立新的评判标准和评判机制，探求法学研究规范化与本土化的途径，寻找理论创新的可能”。《法律文化研究文丛》将更新旧版，赓续其事，继续坚持批评和反思的学术立场，提倡跨学科之法律研究，深入探究和理解中国的社会现实和法律现实，改善中国的法学研究，推进中国的法治事业。

梁治平 谨识

我认识的何美欢教授（代序）

忽然听到何美欢教授辞世的消息，我不能相信自己的耳朵。惊愕之余，是深深的痛惜。其实，这个消息已经来得很迟。从她发病，救治，到最后不治，已然过去数周。她生前所供职的清华大学法学院为她举行了追思会，我未能参加，因为没有人告诉我。当然，这也没有什么奇怪。我既非她生前同事，更算不上是她的好友。我们之间的交往，仅限于数次见面，几通电邮，而且见面都是在学术研讨会上。我之所以深感震动，除了因为这不幸的消息来得太过突然，恐怕也是因为，我对她的认识和尊重，令我在心底里很难接受如此残酷的事实。

2002年上半年，我受邀到香港大学法学院访问，当时，何美欢教授即将离开港大法学院，转往清华大学法学院任职。这种不同寻常的举动让我多少有些好奇，不过，令我对她的名字印象深刻的，还是她在港大的同事关于她的介绍。这些介绍让我了解到，Betty（她的同事这样叫她，日后我也这样叫她）是全院最认真的一位教师，从备课、授课，到批答试卷，同学生谈话，每一件事她都全力以赴，一丝不苟。我后来见到她，得到的也是这样一个单纯的印象。她身材瘦小，戴深度近视

2 我认识的何美欢教授（代序）

镜，干练，直率，专注，单纯，热情，好像教育和学术占据了她的整个世界。

那次从香港回到北京之后不久，我便全力投入新成立的“上海法律与经济研究所”（即现在的“洪范法律与经济研究所”）的工作。Betty 有时会来参加我主持的学术研讨会，故偶有机会见面。闲谈中我了解到，她在清华讲授一门颇具实验性的普通法课程，而且有一整套关于中国大陆法学教育的想法。她把想法付诸实施，又根据教学反馈对这些想法做出调整和修正。她还送我一份手稿打印件，里面记录了她的思考和心得。这份文稿给我留下深刻印象。Betty 在那里阐明了在中国开展普通法教育的理据，并对国内法学教育领域若干流行的谬见予以辨析。在此基础之上，她根据自己对法学教育性质的理解，针对国内法学教育的现况，设计出一个普通法精要的课程框架。Betty 非常清楚自己的目标，对于达成此目标的方法和步骤也有细致的思考。文稿后半部分涉及她两年来的教学实践，以及她基于教学反馈所做的反思。

此前，已经有很多人就中国法学教育问题发表过意见，相关文献也不在少数，但是就我闻见所及，如 Betty 这样有系统思考、详尽论述且有实验作基础的论著，十分鲜见。因此，我特别邀请她来做了一场学术报告，报告题目是“法学教育的性质”。（讨论详情可见 <http://www.hongfan.org.cn/file/upload/2004/12/18/1214645706.pdf>）同时，我还请她就此题目为《洪范评论》撰稿。不久，她根据手稿中一章改写的文章，“法治社会的建设：在中国法学院教授普通法的一个理由”，

就在《洪范评论》第2卷第1辑（2005年3月）刊出。又过了两个月，这部浸润了她心血、记录了她梦想和追求的小书，放在我主编的《法律文化研究文丛》系列中，由中国政法大学出版社出版，书名是《论当代中国的普通法教育》。这算是我们一系列合作的最后一项了。

付梓之前，Betty曾邀我为她的新书作序，而我以为，她这样表示主要是出于礼貌，所以婉言谢绝了。现在回想起来，无论如何，我因此失去了一个同她交流和向她请益的机会，这已经是无可补救的了。如今，斯人已逝。重读其书，一时间感慨纷呈。

古云，文如其人。透过这部文稿，真的可以认识 Betty：简洁，明晰，严谨，准确，纯粹，坦率，坚实有力，没有丝毫做作。而在表面看似尖锐的观点之下，其实有着一一种综合性的平衡，比如在专业与博雅之间，法律外部研究与内部研究之间，知识与技能之间。Betty 本人就是这样。她既有专精的法学知识，又有开阔的理论视野；她一再强调技能和跨学科研究的重要性，同时对高度专业性的知识决不轻忽。对她来说，法学界流行的专业与博雅之争，其实是基于某种虚假的对立；所谓大师与工匠的区分，同样不得要领。文稿对许多概念和问题——知识、技能、阅读、研究、写作等等——的梳理和分析，不但富有洞见，而且也体现了这种理论与实践并重、知识与经验相融的特征。不夸张地说，Betty 以她的思想和实践，为我们提供了一个普通法训练的成功范例。而她辞世所留下的缺憾，恐怕是不可弥补的。

4 我认识的何美欢教授（代序）

我现在还清楚记得最后两次与 Betty 见面的情形。较早的那次是在 2007 年 8 月，洪范研究所借清华紫光国际交流中心，召开了一个有关社会公正问题的跨学科研讨会。在第二天会议结束之前的讨论环节，Betty 有一个发言，大意是说，她发现会议参加者中法律学者人数寥寥，这让她很失望，她还说，这样一个会议，法学院的学生们都应该来听。说这些话时，她显得颇有些激动。也是在那次会议上，她送了我一册刚出版的《法律中的社会科学》。这本翻译成中文几近 80 万字的美国法学院教科书，由她根据新版逐字校阅统稿。她在其中投注的辛劳可以想见。但正因为有她这份劳动，我们对这部译稿的翻译质量基本可以放心了。

最后一次见到 Betty，又是在洪范研究所的研讨会上，那是在两个月前。此前我听说她已离开清华法学院，当日忽然见她，有意外之喜。其实我正想找她，因为《论当代中国的普通法教育》一书预备再版，我想她可能会借此机会做些修订。显然，这是她期待中的事情，她立即回答说要做修订。为便于联系，她还再次给我留下了联络办法。当时，我决计想不到，这会是我们最后一次见面和交谈。我相信，她对普通法教育这个题目，又有很多心得和想法，我们原本有机会分享她新的发现与卓识，还有她的梦想跟快乐，但是现在，这一切都已不再可能。

我听说，病发那天，Betty 在清华法学院还有最后一堂课。下午，她没有像往常那样准时出现在课堂。待学生们找到她的宿舍，才发现她仍静卧在床。她就那样永远离开了大家。其

实，她就是那种工作到最后一刻、倒在自己位置上的人。也许，这也是她所希望的告别人生的方式。

Betty 是一个纯粹的学者和教师，她也是一个纯粹的人。她就是以这样的形象，永远留驻在我的记忆里。

梁治平

2010 年 9 月 18 日写于冀北榆柳草堂

附记：

《论当代中国的普通法教育》一书即将再版，同这本书一起和读者见面的，还有《理想的专业法学教育》和《君子务本》两书：一本是由 Betty 的学生们根据课堂材料整理成的教学法著作，一部是关于 Betty 的追思文录。在 Betty 离开我们一周年的时候，没有比用这样的方式来纪念她更恰当的了。

三本书中，只这一部没有新的内容，这是因为 Betty 突然离去留下的永久的遗憾。这篇代序，是我在听闻 Betty 的噩耗之后写的一篇文章，现置于篇首，聊以为纪念。

中国政法大学出版社不计盈亏，慨然应允其事，更集中人力物力，在交稿之后极短的时间里完成这三本书的出版，展示了一种今天已难得一见的出版家的眼界和品格。这种眼界和品格，我相信，也正是 Betty 所欣赏的。

治平补记于西山忘言庐，时距 Betty 辞世 11 个月又 3 日

前 言

2002年8月1日，笔者到清华大学法学院报到，包里揣着一份策划了一年多的为中国内地学生而设的普通法教学计划。两个学年（2002 - 2003、2003 - 2004）来，笔者得到了实施这个计划的宝贵机会。现在，应该向她的学生以及清华法学院的领导交代一下两年来的工作。这本书阐述了笔者建议的普通法教学计划及其教育理论基础，也包含了这两年的经验。当然，写作的目的不限于分享经验，而是借此论证中国重点大学法学院应该考虑引入同类计划的问题。

有人可能以中国法学院已经教授英美法律为理由而反对本书倡议的计划。诚然，中国法学院已提供了不少英美法律课程。今天，在任何时刻，任何重点法学院都会开一两门英美法律课程。在北京，访问学者人来人往，几乎没有一个星期没有来访者在这里举行这样那样的讲座或教授各种各样的短期课程。此外，本校的老师们在他们的课程里也无时不提及英美法律，可谓言必英美。因此，可以问，笔者倡议的计划是否有必要。

笔者第一个响应是，尽管中国法学院现在已经教授英美法律（甚至过多地教授），但是中国法学院仍然欠缺一个英美的

2 前 言

教育方案。所开办的课程都是间歇性的、偶然性的。这个学期，有一位访问学者来了，他专长于美国财产法，那么这个学期，学院就会开一门美国财产法课程。很多同学会选修，这类课程具吸引力的理由不少部分在于它提供了学习英语的机会，所以同学们都踊跃参加，哪怕他们没有修读过任何美国法律体系的入门课程，甚至对美国法律一无所知，他们也选修。这些同学当中，有些已经学习过不少美国法律课程，或者有很高的英语能力，他们会学习得很好，但其他同学不一定能适应美国的教学方法。这时，美国教授有两种选择。一是将精神集中于少数的同学们而忽略其他同学。另一种选择是改变教学方法，以讲课形式将就学生。如果教授改变方法，同学们可以从课程中得到若干知识。如果教授不改变方法，学期结束时师生都会有失落的感觉，但同学们的挫败感会稍为轻微一些，毕竟他们的英语能力得到了提升！这样，新的一个学期开始，有一位刑法专家到来，这个学期就会有一门美国刑法课程，如此周而复始。这些凑合起来的课程算不上一个系统的、深入的英美法教学研究计划。这一点，相信没有人会提出异议。值得一问的是，为什么中国法学院应该将它们罕有的资源花在一个认真的英美法教研计划上？

这里，让我先简短地介绍本书的结构。本书分两大部分。第一部分论证引入英美法教学计划的理由。第1、2章将提出全球化及本土化为学习英美法的理由。第一个理由——全球化是个比较容易理解的理由，今天常常被人挂在嘴边。今天再讲全球化有点像喊“狼来了”一样。过去数年，人们对全球化

讲得太多了，以致大家有点麻木。所以，第1章详细摆出事实。法律全球化在现实中究竟是什么一回事，希望可以说服对普通法教学持反对态度的人理解全球化的迫切性。第二个理由——本土化可能令人生疑，特别是由一个在北美洲受教育的人来提出，实在有“曲线救国”的嫌疑。但是，早在1934年，一位有名的法学教育家已经提出过同类的理由。他说，“我们的所谓法律教育，是希望以外国的科学方法，来训练出适合于中国国情的法律人才”。^{〔1〕}本书第2章将对这个理由展开讨论，论证完全掌握在美国发展出来的法学方法是本土化的必须条件。上述两个理由的前提是，法学教育的目的就是培训律师，这就牵涉到法学教育的性质。第3章探讨法学教育的性质，更阐明专业教育的含义。本书第4章将反驳一些常见的反对普通法教学的理由。

本书的第二部分阐述所倡议的普通法教学方案，其教育理论基础，以及从实践中汲取到的教训。第5章探讨若干教育学课题，为第6章关于本书所倡议的计划的概要及理论的讨论奠定基础。第7、8章讨论各个课程的设计及教学经验。

不少人对英美法教学计划有一个概念，认为它是各种基本专业的课程的组合，如合同法、侵权法、财产法、民事程序法、刑法、宪法等。同样，希望装备学生应付WTO的挑战的课程似乎应该教授WTO法律。但是，本方案既不教授美国法律主要部门法的基本概念，更不教授WTO法律。对这一点应

〔1〕 孙晓楼：《法律教育》，中国政法大学出版社1997年版，第142页。

4 前 言

该作出解释。

本书认为以上两种“知识型”课程对今天的中国来说，意义不大。对学生来说，美国部门法的基本概念，已经不是什么新事物，不是什么难以找到的知识。为长远发展计，学生更需要掌握的是普通法方法。本书倡议的就是方法的教育计划。本书使用“普通法”一词而不使用“英美法”一词，是为了强调本书倡议的教学方案的方法与态度，本方案是教授思维方法而不是传授一门实体法。

本书倡议的教学计划是基础智能技能培育，其意图是为学生打好基础，为他们日后在海外或本国大学继续学习或者自习创造条件，为建设一支能在国际舞台上运作的律师队伍创造条件。当然，方案不是完美无瑕的，它还有改善的余地。但是，笔者相信她已经找到一个可取的可行的教学模式，现在提出来让读者评估，希望他们不吝赐教。

何美欢

2004 年 11 月 10 日

鸣 谢

笔者得到实施策划多年的普通法教学方案的机会，完全是因为李树勤、王保树、王振民教授及其他不具名的领导愿意冒险聘用外来的人。到校后，3 位老师及刚上任的王晨光院长、车丕照副院长都在我的教研工作上给了极大的支持。对以上各位的信任和支持，谨表示衷心的感谢。也要感谢清华法学院的同事们，感谢教师们提供了一个开明且活跃的学术气氛，感谢行政人员提供了一个高效率 and 友善的工作环境。如果笔者做出了些许成绩，这是与让人安心工作的环境分不开的。

需要特别严重感谢〔BBS 语〕的是清华的同学们，特别是勇敢完成第一代白老鼠任务的 8 位同学（以座位位置排名）：杨利华、李筠怡、庄加园、林洁、沈晔、徐菲菲、王颖、李杏杏。没有他们的毅力，就不能完成本计划的第一次教授，也可能没有了第二次的机会。在此，再次向他们致意。两位因毕业未能完成本计划的同学——刘萍、杜枢——也应该一提。她们对丰富课上的讨论作出了很大贡献。杜同学更协助搜集本书引用的部分资料。赵蕾同学也替我搜集了关于司法改革的材料。在此向她们一并致谢。

两年来，得到韩家鳌老师悉心教导，汉语能力得到了提升

2 鸣 谢

(当然，离理想的程度还有一大截距离)，韩老师更细心阅读了本书的初稿，纠正了无数的错误。相信我的读者会跟我一起衷心感谢韩老师。

最后，得到《法律文化研究文丛》主编梁治平教授的支持和信任，不顾及本书的可争议性，这本小书才得以问世，一偿笔者的心愿。现在将问题交给公众，以后中国的普通法教育是否进行，是否成功已不是一人可以左右的了。笔者已经做了应该做的事，可以放下包袱，仅为得到这种轻松心情就应该再次向梁先生表示谢意。

何美欢

2004 年 11 月 10 日

目 录

我认识的何美欢教授（代序）	（1）
前言	（1）
鸣谢	（1）
第一章 全球化：在中国法学院教授普通法的一个理由	（1）
第二章 法治社会的建设：在中国法学院教授普通法的一个理由	（40）
第三章 法学教育的性质	（60）
第四章 反对理由无效	（83）
第五章 若干教育学课题	（98）
第六章 建议的普通法教学计划的概要及理论	（124）
第七章 判例及制定法阅读课程	（148）
第八章 研究与写作课程	（169）
第九章 前景	（184）
附录一 《马尔报告》（Marre Report）要求的法律技能	（200）

2 目 录

附录二 《麦克特报告》(MacCrate Report) 要求的 法律技能	(203)
附录三 律师认为重要的技能	(209)
附录四 律师对知识及技能的重要性的意见	(211)
附录五 若干选定的技能和知识的相对重要性	(214)
附录六 律师需要的基本技能	(216)
附录七 布卢母分类学 (Bloom's Taxonomy)	(217)
附录八 布卢母分类的法学例子	(220)