



THE IDEAL LEGAL EDUCATION

理想的 专业法学教育

何美欢 等〔著〕



中国政法大学出版社

THE IDEAL LEGAL EDUCATION

理想的 专业法学教育

何美欢 等〔著〕



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

理想的专业法学教育 / 何美欢等著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 9

ISBN 978-7-5620-4036-1

I. 理… 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184289号

- 书 名 理想的专业法学教育 LIXIANG DE ZHUANYE FAXUE 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 zfs620@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 787mm × 960mm 16 开本 21.75 印张 350 千字
- 版 本 2011 年 9 月第 1 版 2011 年 9 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4036-1/D · 3996
- 定 价 48.00 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。

**理想的专业法学教育 / 1**

一、法律执业的含义 / 2

二、专业法学教育的含义 / 3

三、法学的基本课程 / 26

四、结束语 / 32

附录：布卢母分类学 (Bloom's Taxonomy) / 33

“普通法精要 I” 课程教学过程概要 / 35

一、引言 / 36

二、“精要 I” 课程的基本设置 / 36

三、判例报告概况 / 40

四、训练重点 / 42

五、“精要 I” 判例选排与后续精要课程的衔接 / 58

附录：“精要 I” 判例报告实例 / 70

普通法精要 I 案例 / 77

Re U. S. Financial Securities Litigation / 77

Sparf v. United States / 110

“普通法精要 II” 课程教学过程概要 / 231

一、引言 / 232

二、“精要 II” 课程的基本设置 / 232

三、前半学期：树状分析法训练 / 234

四、后半学期：理解和评价法官的推理过程 / 260

附录：“精要 II” 树状分析报告实例 / 277



普通法精要 II 案例 / 308

Ultramares Corporation v. George A. Touche et al. / 308

MacPherson v. Buick Motor Company / 326

后 记 / 340



理想的专业法学教育

何美欢

不得不用已被用滥了的陈词滥调：这是中国法学院最好的时刻，也是最坏的时刻。最好的时刻是指“法律热”的潮流好像还未冷却，证据之一就是法学院/系愈办愈多。虽然精英学界常常抱怨道，现在谁都能办一所法学院，但是，成为热门学科有一个好处，就是能吸引优秀学生。即使是对精英法学院来说，生源的保证也是重要的，所以，这是最好的时刻。最坏的时刻是指，一方面农村、乡镇闹律师荒，另一方面精英法学院的毕业生中，希望执业的同学不能顺理成章地走进占据高端业务的外国律师事务所（“外所”）。外所或者以将在中国招徕的业务送到纽约或香港处理，或者以引进外国律师或法律学生的方法执业。这就是说，中国法学院还不能培育出大量的高端法律人才，其产品只能囤积在中下档次。与此同时，外所大举来华，它们之间竞争激烈，为了争夺市场份额，不得不割价求售。在这个环境下，本土精英律所要冒出头来，在高端市场上占一席位，不是一件容易的事。这是执业律师所面对的严峻的情况，也是反映精英法学院失败的一面镜子。

在这种情况下，法学院应该责无旁贷地挑起培育律师这个担子，但学界仍然有一种强大的贬低专业教育的声音。与此同时，赞成培育律师的学者可能又急于求成，急于输出“制成品”，因而从事一种极低端的“专业教育”，进而愈加证明了专业教育不属于大学，精英学界应该敬而远之的观点。这样下去，能培育高端律师的中国法学院只有难产。

在拙作《论当代中国的普通法教育》^{〔1〕}中，笔者论证了专业法学教育是而且应该是“学术性的”、“博雅的”（liberal），而中国法学院应该从事这样的专业法学教育。本文在该书的基础上讨论理想的专业法学教育。本文分为三部分。第一部分综述法律执业的含义，第二部分讨论专业教育的含义及陷阱，第三部分提出一个专业法学的基本课程。

〔1〕 何美欢：《论当代中国的普通法教育》，中国政法大学出版社2005年版。



一、法律执业的含义

关于法律执业的含义,笔者在《论当代中国的普通法教育》中已作出了比较详尽的讨论,本文不拟重复。为了本文的完整性,也为了给讨论本文所倡议的课程奠定基础,本节略略综述法律执业含义的若干命题。

(一) 精英律师执业^[1] 内容包含大量原创性的工作

一般人往往认为律师的主要业务就是出庭辩护或者处理纠纷,而这些业务只需要机械地适用法律。但是美国从 1870 年到 1920 年间发展的大律师事务所(“大律所”)执业模式现在已成为“世界标准”。^[2]这个标准要求律师从事防御性法律服务,而大律所的优势在于策略性运用法律的能力、推动法律改革的能力。当然,这是美国法律人对美国精英律师执业内容的论述。因为没有中国精英律师执业的内容的实证研究,只能凭经验推论说中国精英律师执业的内容只会更深奥,因为跨境的业务,在经济转型中的业务只会使律师的任务变得更复杂,更难执行。例如,如何在没有抵押法的情况下进行及执行抵押,在没有破产法的情况下执行抵押贷款,在没有公司法的情况下到境外上市等等,这些都是原创性的工作,没有对理论及现实进行持续深入的思考,它们是无法完成的。

(二) 法律全球化要求中国发展本土的精英律师业

对大律所可以作出各种批评,例如它们只服务于富有的人,又如它们导致美国律师业出现了道德危机,然而,是否应该以此推论说中国不应该建立大律所呢?关于道德危机,这个美国的问题与中国关系不大,^[3]本文不拟讨论。而关于前者,大律所确实只服务于富有的人,但是水能覆舟,也能载舟。即使我们更关注穷人或弱势群体,这也不是否定大律所执业模式的理由,因

[1] 狭义的“精英”律师是指隶属于大律师事务所(“大律所”)或服务于大企业的内部法律部门的律师,而“非精英”律师是指服务于自然人或小型商户的律师。广义的精英律师是指高层次的法律人,包括政策制定者、法官、教授。见 George K. Gardner, “Why Not a Clinical Lawyer-School? — Some Reflections”, *U. Pa. L. Rev.*, 82 (1934), p. 802; Herbert L. Packer, “Thomas Ehrlich, with the Assistance of Stephen Pepper”, *New Directions in Legal Education: A Report Prepared for the Carnegie Commission on Higher Education*, McGraw-Hill, 1972, p. 48; Paul Brest, “Plus ca Change”, *Mich. L. Rev.*, 91 (1993), p. 1945.

[2] Carole Silver, “Globalization and the U. S. Market in Legal Services—Shifting Identities”, 21 *Law & Pol’y Int’l Bus.* (2000), p. 1094. 关于美国大律所的发展及执业的详情,参见何美欢:《论当代中国的普通法教育》,中国政法大学出版社 2005 年版,第 3~16、66~71 页。

[3] 详见何美欢:《论当代中国的普通法教育》,中国政法大学出版社 2005 年版,第 95~97 页。

为这个模式的优点完全可以为公共利益服务。这个模式的优势在于：它利用规模效益提供优质服务，它具创意地运用法律，它以营业管理方法管理律所。“零售的”公共利益法律服务（public interest lawyering）对个别律师可以提供精神上的满足感，对个别客户可以提供保护，但单干的律师资源有限，可协助的客户人数有限，他更没有时间精力继续研究，他掌握的法律知识及技能只会退化。但是如果这些律师组织起来，以大律所模式执业，一方面，可以协助的人数会变得更多，另一方面，律师可以专业化，可以进修，可以进行“试探式”诉讼（test case）或推动舆论修改法律，最终对弱势群体的保护可以起到更大的作用。所以不应该以一种负面的视角去看大律所模式本身。

况且，不管人们对美国大律所的看法如何，它们正在不可阻挡地入主世界各地，它们支配着全球的法律市场。中国急切需要掌握它们的技艺。

（三）非精英执业也有一定的法律含量

英美对非精英律师执业的研究不多。仅有的研究显示即使非精英律师也不是机械地执行一般的、毋须智力的事务。法律含量较低的事务早已下放给律师助理办理。^{〔1〕}我们没有对中国非精英律师执业内容的实证研究，也许今天的非精英律师执业内容与法律沾不上关系，但是只要中国继续走向法治，执业的法律内容就必然会增加，而对律师的法学修养的要求也必然会提高。

二、专业法学教育的含义

同样，笔者在《论当代中国的普通法教育》中已对专业法学教育的含义作了比较详尽的讨论，本文不拟重复。本节首先陈述专业法学教育的目标及其应有内容，然后针对中国法学教育的弱点讨论四个问题：技能的培育、学习能力的培育、法学教育的分工、专业法学教学的方法。

（一）专业法学教育的目标及其应有内容

如果律师需要原创性，需要思考能力，专业法学教育就应该培育能思考的人才。这根本就是任何一种教育的意义，如著名教育家迈耶（Mayer）先生说，“我们应该教授学生如何思考，[而不是]教授他们思考什么。”^{〔2〕}这不仅是学院派的意见，任何执业律师都会同意，成为成功律师的先决条件是拥

〔1〕 见何美欢，前引书，第71～72页。

〔2〕 Richard Mayer, “The Elusive Search for Teachable Aspects of Problem Solving,” in John A. Glover & Royce R. Ronning eds., *Historical Foundations of Educational Psychology*, Plenum Press, 1987, p. 327 (hereinafter Mayer, “Elusive Search”).



有广泛的, 不限于某特定情景的, 可按情景需要而转移的技能。^{〔1〕}因此, 以培育精英律师为目的的法学专业教育应该提供智能技能(intellectual skills)的培育, 具体内容应包括以下知识传授及技能训练(先后次序不以重要性排列):

- (1) 对实体法的足够知识。
- (2) 认定法律问题和就法律问题构建有效和中肯切题的论证的能力。
- (3) 明智地运用一切资料进行研究的能力。
- (4) 明白任何法律的基础政策以及社会环境的能力。
- (5) 分析和阐明抽象概念的能力。
- (6) 识别简单的逻辑上和统计上的错误的的能力。
- (7) 书写和讲述清楚简明的汉语的能力。
- (8) 积极学习的能力。
- (9) 认定和核实任何与法律问题相关的事实的能力。
- (10) 分析事实和就被争议的事实构建或批评某论证的能力。
- (11) 对法律实务和程序的足够知识。
- (12) 具效率地适用法律的能力, 即解决问题的能力。

以上的清单是综合英美业界的要求及执业律师认为其需要的技能得出的结果。^{〔2〕}

(二) 技能的培育

讨论中国法学教育首先要讨论技能, 因为技能的培育是专业法学教育的核心, 而中国法学教育的严重缺陷就是技能培育的全方位缺席。读者可能认为全方位过于夸张, 因为近些年来, 有部分法学院引进了案例教学、诊所教学等课程, 但下文将论证这些课程并不能培育专业法学教育的核心技能, 而法

〔1〕 See Timothy P. Terrell, "What Does and Does Not Happen in Law School to Prepare Students to Practice Law: A View From Both Sides of the Academic/ Practice Dichotomy", *Law Library J.*, 83 (1991), p. 496.

〔2〕 见何美欢, 前引书, 第101~102页。

学界似乎还没有意识到这个问题。从文献上看来,赞成者^[1]与反对者^[2]都将专业法学教育简单地等同于“律师技巧课程”、“案例课程”、诊所教育等。因此,在制定真正的专业法学教育方案之前,必须理清:技能与知识的区别、智能技能与实务技能的区别。

1. 知识与技能的区别

要说明这个区别,得借助布卢母分类学。^[3]布卢母分类学将学习的认知过程分为六个组成部分:知识、理解、适用、分析、归纳、评价。除知识外,其他五项都属于技能。这些名词的科学定义收在附录一。这里列举一些适用于法学学习的具体例子:

知识:学生能陈述,比如,物权的定义、过失诉讼的要件、自然法的理论。

理解:学生能用自己的文字表述,比如,《公司法》某一条文的含义。如果被告知《公司法》某一条文适用,他可以举例解释该适用及适用的后果。

适用:在未被告知的情況下,学生能找出适用的规则,然后将它适用于有关事实,得出结果。

分析:学生能够识别给定文章的未言的假定并加以检查;能够识别因果关系;能够察觉到作者的目的、观点、思想和感情特征。

归纳:学生能够就涉及多个部门法的纠纷,如合同法、侵权法、财产法、亲属法,提出一个解决方案。

评价:学生能够找出给定作者在给定文章中的逻辑错误或不同文章中不相符的地方;能够认定并评价某一法条对社会造成的影响。

如果按照上述的清单检视中国法学生的认知,可以说法学生只达到知识和某程度的理解的水平,缺少对法律其他更高层次的了解。实务界一般投诉

[1] 王春波、孙晓洁:“改革法学本科教育的思考”,载《中国电力教育》2003年第3、4期;王菊英:“‘诊所式法律教育’:本土化的思考”,载《河北法学》2005年第3期。

[2] 见蔡宝刚:“大学法学教育中重应用轻理论现象的检讨与对策”,载《扬州大学学报·高教研究版》1997年第4期。

[3] Benjamin S. Bloom ed., *Taxonomy of Educational Objectives: The Classification of Educational Goals*, London, 1956 (hereinafter Bloom's Taxonomy). 布卢母分类学是于1956年出版的为方便大家对课程发展及评价的通讯而制定的理论框架。作为教育目标的清单,其作用仍然受到包括批评者的认同。见C. P. Ormell, "Bloom's Taxonomy and the Objectives of Education", *Educ. Res.*, 17 (1974~1975), p. 10.



毕业生们“高分低能”。从毕业生求救的通讯看来，这种投诉是指法学生不懂得适用法律，接到任务时，不能从满脑子的法律知识中找出适当的内容加以适用。实务界往往就此认为法学生只懂理论，不懂实务。事实不然，法学生不懂的是理论，即他只懂得背诵理论而不懂得活用理论。这可说是技能的缺失，实务的不能。但说到底，是对理论真正的了解的缺失。

另一方面，老师们对学生的毕业论文的投诉就是投诉学生们不懂得分析、归纳和评价法律，只会陈述法条和复述别人的观点，不懂得识别及组织不同的观点来形成新观点。这明显是对理论的了解的缺失。

对于这些学生，我们同时可以说他受到的教育在理论方面（即对理论的了解）和技能方面（即理解、适用、分析、归纳、评价法律理论）都有欠缺。弥补这个缺陷应该从加强学生对理论的了解着手，但是很多针对“高分低能”的情况而提出的改革建议却错误地从加强“实务”课程着手，^{〔1〕}这是因为他们未能将不同的技能区分开来。

2. 智能技能与实务技能的区别

笔者认为律师需具备的技能可分为智能技能和实务技能。智能技能是指使用符号的能力，是一种程序上的认知（procedural knowledge）。如果说知识（knowledge）是知道什么（knowing what），智能技能（intellectual skills）就是“知道怎样”（knowing how）。在法律专业的范围里，这个“知道怎样”不是指“知道如何与人打交道”，而是指知道如何使用“符号”，即载着法律概念及规范的文字，^{〔2〕}也就是布卢母分类学的二至六层认知过程。

智能技能与实务技能的区别从英国律师业开列的技能清单可以清楚看出。英国律师公会于1988年发表的改革报告中列出24项律师需要掌握的技能。列在首端的12项已在上文列出，其后的12项可称为实务技能，如下：

（1）草拟法律文件的能力。

（2）在不同场合发表有力的口头或书面论证的能力。

〔1〕 如王春波、孙晓洁：《改革法学本科教育的思考》，载《中国电力教育》2003年第3、4期（“为培养学生的实践能力，还应开一些实践性、技术性强的法律运用课程，如律师技巧课程、诉讼技巧课程、商务法律实用课程、非讼处理课程、谈判技巧课程等”）。

〔2〕 See Robert M. Gagne, *The Conditions of Learning and Theory of Instruction*, CBS Publishing Asia Ltd., 1985, pp. 47~48 (hereinafter Gagne, *Conditions*).

- (3) 对专业及道德标准有足够的知识。
- (4) 在不同场合与客户进行有效沟通的能力，例如：
 - (a) 协助客户明白法律以及法律问题；
 - (b) 与备受困扰的客户交往；
 - (c) 了解客户的不同经济、教育、社会背景；
 - (d) 了解少数文化的特殊需要；
- (5) 在引导客户提供资料的同时与他建立良好关系的能力。
- (6) 协助客户明白可供的选择以便他作出明智的选择的能力。
- (7) 与客户对手或其代表进行有效的谈判的能力。
- (8) 衡量何时应该将客户转介给法律专业以外的专业人士，向客户提出建议而无损于客户对其信心的能力。
- (9) 协助客户控制常常伴随着民事或刑事法律程序的强烈情绪的能力。
- (10) 向客户以非法律术语的语言提出建议，而尽可能避免煽动当事人之间的反感的能力。
- (11) 与牵涉在同一案件或领域的其他专业人士合作的能力。
- (12) 对有效组织及管理技能的足够知识，包括现代技术的使用。^[1]

以上 12 项技能涉及法律，但他们的核心是处理业务中的人际关系。这一点在对待客户的“临床态度”（第 4～6、8～10 项）或办公室管理的技能（第 24 项）上相当明显。在诸如草拟法律文件（第 1 项）或谈判（第 7 项）等方面，人的因素表面上看比较淡化，而事实上这种工作需要更丰富的人生阅历。青年律师谈合同的时候最常犯的错误是企图将合同弄得一清二楚，殊不知，法律文件好像人生一样，也是难得糊涂，只有糊涂才能成事。而何时何事糊涂，只能是经验之谈。

处理符号的能力，即智能技能，是处理这种业务的必要但不充分的条件。智能技能加上处理人际关系的能力，即实务技能，才能成事。两种技能是可以区分的，两种技能的不同培育方法留在最后一小节里讨论。

[1] Committee on the Future of The Legal Profession, *A Time For Change: Reprot*, London: Law Society, July 1988, para. 12. 21 (hereinafter Marre Report).

（三）学习能力的培育

1. “终身学习”的思维

上文专业法学教育应有内容第八项，积极学习的能力，也是中国法学教育的一个盲点。海外教育界提出的一个口号是“终身学习”，当然在实践中，很多时尚的课程都是泡沫，不值一晒。因此，盲点也不无用处，但是完全欠缺“终身学习”的思维是一个更严重的问题。

之所以说“终身学习”的思维是中国法学教育的盲点，是因为笔者听过一种反对本科课程教授其他学科的意见，其认为法学是极其渊博的，穷7年的时间也学习不完，因此不能分出时间学习其他学科。这种理念的前提是法学院应该将所教授的法律内容最大化，但这是值得商榷的。法学确实是渊博的，不仅7年学习不完，终身也学习不完。因此，学院里的教育任务不应是将一切现存内容传授给学生，而是装备他日后终身自学。如朱苏力教授说，法学院的目标应该是使毕业生“能够在无需课堂教授的情况下也能依靠自身的通过法学教育培养起来的素质和基本知识迅速理解和运用新法律”。〔1〕可惜的是，法学界好像还未达到这一共识。

2. 扎实的知识、技能基础

为自学目的而言，一个扎实的知识、技能基础是最好的法学教育。上文已指出中国法学教育在智能技能方面的缺陷。在知识方面，中国法学教育存在着两种缺陷：一是基础性不足，二是覆盖面不广。

基础知识的欠缺是师生互动造成的。一方面，同学们忽视扎实根基的重要性。他们（甚至一些没有执业经验的教授们〔2〕）往往追求最新的，最“前沿的”知识，而不屑学习基础知识。例如，没有学习好公司法、合同法、财产法，没有学习过证券法的同学却选读证券期货法。他只可能从这个课程学习到一堆术语，一堆期货的名称，现有简单的期货内容，但精英律师执业所需的改造、创造新期货的技能，肯定与他无缘。

为什么会出现这种现象呢？除了对知识的非理性渴求外，这种行为可能是建立在对知识、其运用及其价值的误解上。当同学发现在现实生活里，他

〔1〕 苏力：“法学本科教育的研究和思考”，载《比较法研究》1996年第2期。

〔2〕 Peter Wesley-Smith, “Neither a Trade Nor a Solemn Juggery: Law as a Liberal Education”, in Raymond Wacks ed., *The Future of Legal Education and the Legal Profession in Hong Kong*, Hong Kong Faculty of Law, 1989, p. 62.

很难直接原装使用在法学院学到的法律概念，同时又发现现实生活里有很多在法学院里没有接触过的新事物的时候，他可能会得出法律知识不重要，或者法学院应该教授最新知识的结论。其实，法律知识是很少有“原装”、直接使用的。如果问题这样简单，它根本就不会出现在律师面前，出现在他面前的问题需要运用不同的法律单元的组合来解决，而解决问题的能力就是找出并组合适用不同的单元。有一肚子的法条但找不到适用的是学习（教学）不到家的现象，而不是知识无用的例子。

关于新问题，以为新问题需要新知识来解决的想法，其前提仍然是认为知识可以直接套入并解决问题的误解。在实务上，碰到新问题时，最重要的是对它进行基本结构分析，即回到最原始、最古老的基本原则。当然，有时新问题要求将目前的法律解构，然后再重构新规则，即制造新知识，但这种工作要求律师对原有的法律，特别是基本原则，有透彻的认识。关键仍然是扎实的基础知识。

基础知识比任何“前沿性的”东西更重要，在校时“前沿”的东西，到毕业时或许已经过时了，没有基本性的知识学过或没有学过都没有太大关系。然而，学生对“前沿”知识的非理性追求，也多少影响着教学。教师们未能抱“非不能也，实不为也”的态度来拒绝“前沿”的泡沫课程，却让“前沿”课程占据了基础课程的位置。

此外，法学教育仍然受到历史上的过早过细的专化倾向影响。虽然有些法学本科课程已在名义上废除了专业，但在实践上仍然保留着“方向”及“课程组”。结果就是“偏食”或盲点。然而，今天的法律环境复杂，任何一个问题都涉及多个“专业”。没有全面基础知识的毕业生如何能从各专业的法律中抽出可适用的规则来解决问题呢？法学院所提供的基础知识教育在广度、深度上都有欠缺。

3. 学习的方法

此外，法学课程普遍缺乏培育学习方法的思维。教育家发现，对学习与发展认知有重大影响的是“超越”认知（metacognition），这种认知是专家与非专家、成功学习者与非成功学习者的区别。^{〔1〕}“超越”认知的定义有些含

〔1〕 See Robert Glaser, “The Maturing of the Relationship between the Science of Learning and Cognition and Educational Practice”, *Learning and Instructions*, 1 (1991), p. 134.

糊。有人将它定义为“思考思考的能力”，即自知及自律的能力，能够对本身的活动进行反省，进而加以控制的能力。也有人将它定义为对认知的认知。^{〔1〕}在学习方面，可以定义为学习学习的能力。具有这种能力的学生能够了解本身的能力范围、注意本身的理解程度、分配时间与精力、纠正学习上的失误。^{〔2〕}掌握这种能力的学生学习得更成功，这似乎是不言而喻的，也是被证实的。^{〔3〕}

那么，教师的任务就是培育这种能力，^{〔4〕}激励学生使用这种能力。^{〔5〕}这也是教学任务中最艰难的一环。知道并不一定做得到，但最少教师应该心存这个任务，应该提供环境让（甚至强迫）学生探索出本身的学习方法，不应该过分迁就学生走快捷方式的要求，不应该轻易或过分“答疑”。

（四）法学教育的分工

法学教育是一件艰巨、复杂的事业。按照现代化的要求，理应出现分工的情况。本节讨论两种并行的分工方法。

1. 精英教育与非精英教育的分工

（1）不同的人行途径。中国大专院校现在提供很多不同的法律课程，大学里的法学院只是其中一个供应方。同时，法学学位不是参加司法考试的先决条件，因此公民有各种各样的进入法律行业的途径。

对这种形势，有意见认为应该取缔大学法学院学位课程以外的途径，将全国的法学教育统一起来。^{〔6〕}笔者认为问题不在于课种繁多。众多的人行途径有它不可替代的优点。其一，它方便了上向流动能动性（upward mobility），

〔1〕 John H. Flavell, *Cognitive Development*, 2nd ed., Prentice Hall, 1985, p. 108.

〔2〕 Glaser, “The Maturing of the Relationship between the Science of Learning and Cognition and Educational Practice”, op. cit., p. 133; Marcel V. J. Veenman, Joke Verheij, “Technical Students’ Metacognitive Skills: Relating General Vs. Specific Metacognitive Skills to Study Success”, *Learning and Individual Differences*, 12 (2003), pp. 260 ~ 261.

〔3〕 Flavell, *Cognitive Development*, p. 109; Thomas M. Sherman, “Learning Improvement Programs: A Review of Controllable Influences”, *J. Higher Education*, 56 (1985), p. 85.

〔4〕 Mayer, “Elusive Search”, op. cit.

〔5〕 Paul R. Pintrick & Elisabeth V. DeGroot, “Motivational and Self-Regulated Learning Components of Classroom Academic Performance”, *J. Educ. Psych.*, 82 (1990), p. 33. For different methods, see Elizabeth Rellinger, John G. Borkowski, Lisa A. Turner & Catherine A. Hale, “Perceived Task Difficulty and Intelligence: Determinants of Strategy Use and Recall”, *Intelligence*, 20 (1995), p. 125; Victoria Manion & Joyce M. Alexander, “The Benefits of Peer Collaboration on Strategy Use, Metacognitive Causal Attribution, and Recall”, *J. Experimental Child Psychology*, 67 (1997), p. 268.

〔6〕 王振民：“法学院转身：从人文教育到职业教育”，载《法律与生活》2004年第5期。

为那些不能在中学毕业后在大学里逗留4~7年的人提供一个入行的途径,这种方法对维护社会公平乃至安定,对丰富律师业的人才都有好处。其二,它可以满足社会对法律服务的不同层次的要求。在复杂的社会里,法律服务可分为多个不同层次的领域。在某些地区,某些领域,人们需要的法律服务比较简单,律师毋须经过七年的大学教育也可以提供,多途径的入行制度就能让一些希望从事法律服务,但又没有机会或能力接受7年大学教育的人得以执业。如果将全国教育统一起来,这种服务需求就可能得不到满足,或因为受过教育的人不愿提供这种服务,或因为他们收费过高,需要服务的人负担不起。因此,课种繁多不是问题。

问题在于多种入行途径未能分工,大学法学院,甚至精英法学院,无法体现出其优势,这是法学院的尴尬。最能说明这个问题的现象就是司法考试的合格率。自从2002年开始举办统一的司法考试以来,3年的合格率分别为7.9%、11.1%、12.3%,平均为10%。^[1]这是相当低的合格率。

司法考试合格率低可以有很多原因,如人为抑制律师人数的措施、考核设计不当、考生水平低。在中国急需律师的环境里,应该不存在抑制律师人数的动机。那么,是考核设计还是考生水平方面出了问题呢?在考生水平方面,又会是什么问题呢?考生水平低不一定是坏事,这可能是一个宽入严出的政策所致,即应考资格低,让大量的人参加考试,但考试要求严格,合格率自然变得低了。这种低合格率有可取之处,也就是方便上向流动能动性,让更多“平民”有当上律师的机会。明显的例子就是美国加利福尼亚州和纽约州。这两个州的律师资格考试的合格率低是有名的。2004年,在加州7月的考试,^[2]首次应考生的合格率是63%,在纽约的首次应考生的合格率是77%。^[3]加州的详细资料(2003年)^[4]证实存闻,即大部分的不合格考生都

[1] “国家司法考试成功举办三次”,载中国普法网(http://www.legalinfo.gov.cn/sfks/2005-05/30/content_145376.htm),最后浏览日期:2005年6月19日。

[2] 律师资格考试每年7月、2月举行。选用7月是因为该次考试最能代表法学院的成绩。法学毕业生一般是在4月/5月毕业后,同年7月应考。2月的应考生中有大部分是重考生或由于其他理由不能或不愿7月应考的人。

[3] American Bar Association, “The Bar Examiner”, May 2005, available at American Bar Association Web-site.

[4] “General Statistics Report July 2003 California Bar Examination”, in <http://www.calbar.ca.gov/calbar/pdfs/admissions/Statistics/JULY2003STATS.PDF>, last visited June 28, 2005.

是夜校生、自修生。大学法学院的毕业生的合格率相当高：

首次应考

法学院种类	考生人数	合格	合格率
加州，美国律师公会认可	3307	2365	65.5
加州以外，美国律师公会认可	1084	711	65.6
(未分配)*	599	236	39.4
加州认可	281	72	25.6
加州未认可	47	7	14.9
函授	45	13	28.9
学徒制	1	- 0 -	- 0 -
合 计	5364	3404	53.5

* 没有将这组考生分类是因为他们是毕业超过一年后才参加考试的，当中有些已经是另一个州的律师。

加州还有一组资料显示每所法学院的毕业生的成绩，按照美国新闻公司的排名，在加利福尼亚州的排在全国首 20 名的法学院的毕业生首次合格率是 88.8%，其他在加利福尼亚州的美律师公会认可的法学院的毕业生的合格率为 66.6%，在加利福尼亚州以外的排在全国头 20 名的法学院的毕业生合格率为 81.54%，其他法学院的合格率为 50.27%。

以上的资料显示，美国法学院毕业生比非法学院毕业生占优势，精英法学院相对于非精英法学院也体现了它们的优势。与此同时，其他的入行途径提供了上向流动性，各种入行途径有各自的功能，组成一个成功的分工制度。

反观中国，法学院，特别是重点法学院的尴尬就突显出来了。笔者找不到公开的资料展示各法学院学生与非法学院考生的成绩，但是这些资料肯定存在。轶闻称，官方不愿意公布这些资料，因为其对重点法学院会造成不良影响。法学界的解释似乎是，法学院所教授的（理论）内容太深奥，法学生不能适应简陋的司法考试，因而吃亏了。从美国的资料看，这个理由很难站得住脚。美国精英法学院只教授理论不教授法律，这是公认的，但是它的毕业生可以在短时间内恶补法条后通过考试，即法学院装备好学生，他们能够迅速地掌握、运用新材料。中国精英法学院毕业生身经百战，在恶补后不能顺利通过司法考试，很难以学生水平过高来解释。中国法学院毕业生