

法律文化研究文丛

论当代中国的 普通法教育

何美欢

中国政法大学出版社

法律文化研究文丛

论当代中国的普通法教育

何美欢

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

论当代中国的普通法教育/何美欢著. —北京:中国

政法大学出版社, 2004. 12

(法律文化研究文丛)

ISBN 7-5620-2680-7

I. 论... II. 何... III. 法律-研究-中国 IV. D920.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 001092 号

书 名 论当代中国的普通法教育

出 版 人 李传敢

项目编辑 张 越

文稿编辑 黄 斌

封面设计 沈 飏

经 销 全国各地新华书店

出版发行 中国政法大学出版社

承 印 固安华明印刷厂

开 本 880×1230 1/32

印 张 7.5

字 数 175 千字

版 本 2005 年 5 月第 1 版 2005 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-2680-7/D·2640

定 价 18.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)

电子信箱 zd5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

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

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法

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

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)

第一章 全球化：在中国法学院教授普通法的一个理由

众所周知，现代的中国法律是间接地建立在德国法系的基础上的。因此在讨论法律改革时，常常会有意见认为应该以欧洲大陆法为主，毋须引入破坏大陆法体系的普通法。本章论证，法律全球化等于美国化，而欧洲大陆法也不能幸免，这个现实是不为人的主观愿望而转移的。因此，为了应付全球化，减轻其负面后果，中国需要采取一个积极进取的态度去学习普通法。

一、全球化等于美国化

谈到全球化，人们往往想起的是经济的全球化。事实上，全球化牵涉的不仅仅是经济，还牵涉到文化领域。在我们特别关注的领域里，弗里德曼（Friedman）教授指出，法律已经全球化了，^{〔1〕}他认为法律全球化是指通过自动采纳或演变发展跨国规范，而跨国规范是指那些在超过一个法域适用的规范和实践。简单地说，法律全球化就是指世界各国（自愿或非自

〔1〕 Lawrence M. Friedman, *Borders: On the Emerging Sociology of Transnational Law*, 32 STAN. J. INT' L L. 65, 69-73 (1996) .

2 论当代中国的普通法教育

愿) 采纳了美国的规范, 世界新体系就是美国法系。

当然, 也有反对意见, 由于人们仍然可以在不同的法律体系间看到一些分歧, 所以有人认为法律全球化并不存在。^[2]但是, 正如弗里德曼教授指出, 强调轻微区别是律师的职业病。如果人们采取一个较长较宽的角度看, 就会发现不同法律体系的相同比它们的差异更加重要。例如, “今天, 一个法国律师与一个英国律师在对比双方的城市规划或所得税减免或对计算机软件的版权保护的问题时, 他们有共同的语言, 他们双方的沟通比各自与亨利八世年代或路易十四世年代的本国律师的沟通更容易进行。两个国王的法律世界早已消失了”。^[3]这个例子很难驳倒。各个国家的法律体系仍然有着区别, 这些是具体细节的区别, 但是它们的相似是更重要的类的相似。至少在国际金融以及贸易范畴里, 对全球化已经来临了的这一事实没有太多的疑问。

当然, 全球化并不一定意味着美国化。全球法律美国化的主张建立在以下四点: ①美国律师事务所(律所)遍布全球; ②美国法学教育传播到世界各重要地点; ③美国式法律文件以及作法世界通行; ④美国法律内容传播到世界各国。换言之, 美国化的主张是以全球化的媒介以及其带来的规范与实践证明的。两者之间, 后者来自于前者。如弗里德曼教授指出, “规

[2] 例如 Pierre Legrand, *European Legal Systems Are Not Converging*, 45 I. C. L. Q. 52 (1996) (作者论证欧洲各地的法律概念和思维模式还存在着不可缩小的区别, 因此不存在融合或全球化。)

[3] Friedman, 前注1, 第74页。

范本身不能移动，它们是由自然人代理人传播的。”〔4〕这些代理人就是美国律师事务所和美国法学教授。

（一）美国律师事务所遍布全球

下文会显示，近些年最积极开拓新领土的律所是原来设立在伦敦的律所。因此首先需要对用语作出解释，为什么本书论证美国律所已征服全球，而不用“英美”律所一词。理由很简单，这是因为英国律所已经被美国化了。所以，我们展示的现象有两个平行的运动：一是美国人所有的律所在世界各地的扩张，二是美国化后的英国律所出征世界。

1. 大律师事务所在美国的发展。

要理解美国律师事务所的优势，应该从大律师事务所的发展说起。律师业是个“专业”。传统的专业是指“由服务于个别的消费者的独立生产者组织起来改善全体生产者的道德以及保证全体生产者的职业能力的团体”。〔5〕因此，典型的法律专业人士是个独立执业者或者是个小规模志同道合的合伙公司的合伙人。这个典型的执业模式在美国于1870年到1920年期间被彻底地改变了，形成了所谓大律师事务所（大所）的执业模式。〔6〕今天，大所（近期更称为巨大律师事务所）在美

〔4〕 Friedman, 前注1, 第75页。

〔5〕 Richard L. Abel, *Between Market and State: The Legal Profession in Turmoil*, 52 MOD. L. REV. 285, 285 (1989) .

〔6〕 Wayne K. Hobson, *Symbol of the New Profession: Emergence of the Large Law Firm, 1870 - 1915*, THE NEW HIGH PRIESTS: LAWYERS IN POST - CIVIL WAR AMERICA 3 - 28 (Gerard W. Gawalt, ed., Westport, CT, Greenwood Press 1984) .

4 论当代中国的普通法教育

国律师专业里占支配性地位，进而支配着全球的市场。^{〔7〕}

有一个名字与美国专业执业模式的改变牢牢地连在一起，这就是克拉瓦特（Cravath）。直到 1870 年代，法律专业的领袖是出庭辩护的律师，律所是组织松散的三几个律师的结合，律所是提供同一屋檐让各个合伙人单干的制度。克拉瓦特改变了这一切。最初的改变出现在波士顿，但更重要的改革由纽约的克拉瓦特进行。他的发明在美国律师业里留下了不可磨灭的印记。他将律所从一个松散的家庭式结合改变为一个有组织的企业。最具改革性的改变是在人事方面：他拒绝聘用亲友，而只招聘毕业于学院及法学院的毕业生，当中更倾向于“精英大学的高才生”。^{〔8〕}他违背了当时的作法，以薪酬招徕精英学生，同时又禁止他们为其本人或其他人执业，即将精英法学毕业生变成了全职雇员，将律所变成了公司。到了上世纪 20 年代他设计的律所组织制度成为了主流模式。^{〔9〕}

1915 年，在美国 5 个大城市（纽约、芝加哥、波士顿、克利夫兰、堪萨斯市）一共有 27 所克拉瓦特式大所。^{〔10〕}大所风气形成后，大所个别地整体地迅速地发展起来。到了 1924

〔7〕 R. Daniel Keleman & Eric C. Sibbitt, *The Americanization of Japanese Law*, 23 U. PA. J. INT' L RECON. L. 269, 283 (2002) (转引自 *The Global 100*, AM. LAW., Nov. 2001, 第 87 页, 报导于 2001 年, 在国际律所以总收入计的首 100 所当中, 美国律所占了 88 所, 在以平均合伙人收入计的首 99 所当中, 美国律所占了 83 所, 以律师人数计的首 99 所, 美国律所占了 65 所, 其余的律所都是英国、澳大利亚、加拿大律所。)

〔8〕 Hobson, 前注 6, 第 19 页。

〔9〕 Hobson, 前注 6, 第 19-20 页。

〔10〕 Hobson, 前注 6, 第 5 页。

年，该五个城市已有 101 所大所，而各所的规模从 1915 年的每所平均 8.8 名律师发展到 1921 年每所平均 12.9 名律师。^[11]当然，如今看来当年的大所的规模也不过如此而已。但是，重要的是执业模式的改变早在 1915 年已经完成了。

美国大所迅速发展的第二个阶段在上世纪 70 年代。那时，大所的数量剧增：1961 年只有 38 所大所，1985 年已有 500 所大所；此外大所的规模也急剧扩大：1988 年有 149 所大所的规模比 1968 年最大的大所的规模还要大。^[12]这个大所现象近期引起了学者的注意。首部对大所的研究认为大所的扩张原因在于其结构所产生的不可阻挡的扩张压力。^[13] 其后的研究指

[11] Hobson, 前注 6, 第 5 页。

[12] S. S. Samuelson & L. Fahey, *Strategic Planning for Law Firms: the Application of Management Theory*, 52 U. PITT. L. REV. 435, 449-450 (1991) .

[13] 律所的结构两个特征导致律所不可阻挡地扩大。第一，律所的利润来自受聘律师的工作，他们的薪酬只是他们产生的收入的部分。最低的合伙人对受聘人的比例是一对一。因此，如果一名受聘律师提升为合伙人就必须招聘两名律师填补空缺。第二，受聘律师的合同隐含着承诺，就是表现好的律师会得到提升。这个承诺甚至表现在称谓上。美国大律所的受聘律师称为 associate，相对于英国律所以前的称谓，即 assistant solicitor，英国的称谓指出受聘人是助理，而美国大律所的受聘律师是“副手”，是“准合伙人”。美国律所的隐含承诺必须履行，否则它就不能吸引素质好的副手。由于合伙人对受聘律师的比例不能降低，履行承诺意味着扩大规模，这个比武理论就是为什么大所变得愈来愈大的原因，见 Marc Galanter & Thomas M. Palay, *Why the Big Gets Bigger: The Promotion - to - Partnership Tournament and the Growth of Large Law Firms*, 76 VA. L. REV. 747, 781-782, 785-787(1990); Samuelson & Fahey, 前注 12, 第 449-450 页。但见 Kevin A. Kordana, *Note: Law Firms and Associate Careers: Tournament Theory Versus the Production - Imperative Model*, 104 YALE L. J. 907, 924(1995). (作者质疑上述“比武理论”是否能解释大律所的扩张，论证其扩张是由对企业顾问工作的性质所导致的。)