

中国政法大学 教育文选

(第27辑)

田士永◎主编 李慧敏◎副主编

董京波 || 国际法治人才实践技能培养

——以判例法背景下的案件类比 (Analogy) 技巧为例

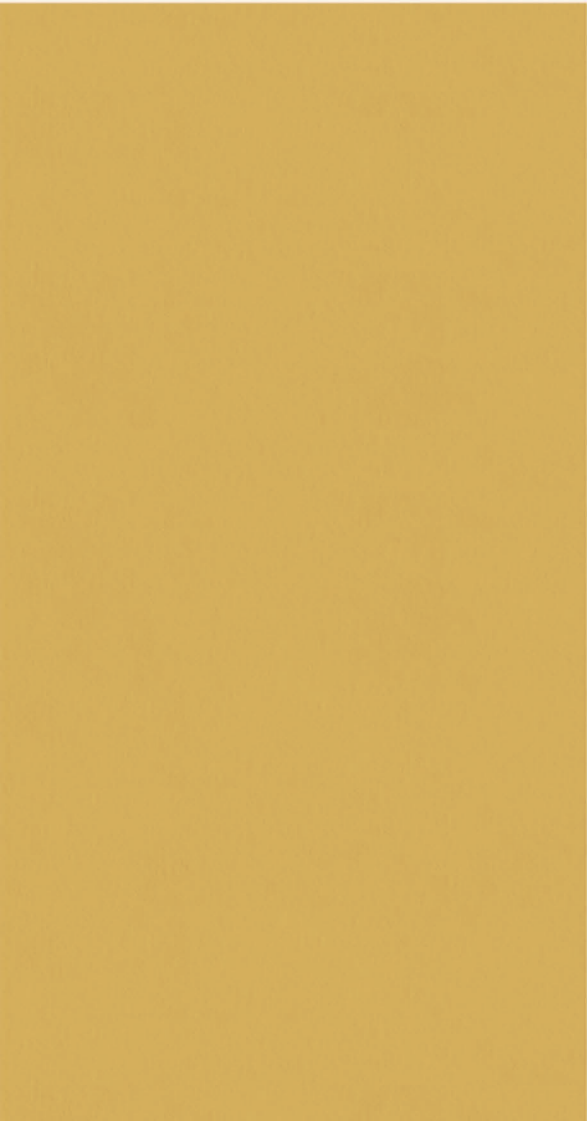
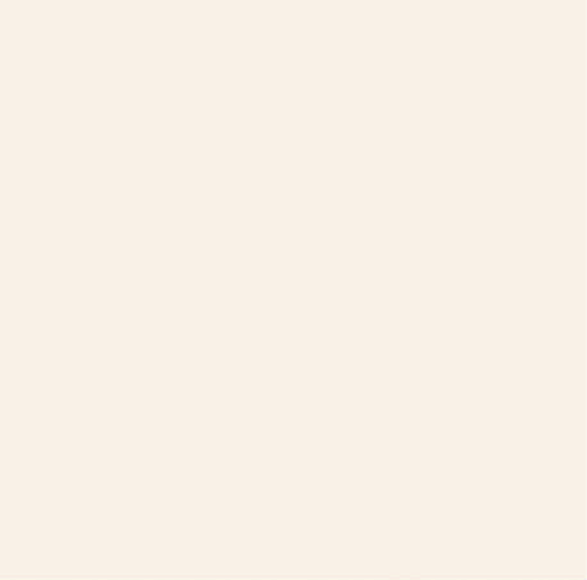
陈儒丹 || 课程思政理念下WTO法律制度课堂教学研究

杜洁敏 || 教师支架理论视域下的跨文化交际课程教学实践

朱晓慧 || 性别平等理念融入高校思想政治理论课程研究



中国政法大学出版社



中国政法大学教育文选

(第27辑)

主 编：田士永

副主编：李慧敏

中国政法大学出版社

2020·北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

中国政法大学教育文选. 第27辑/田士永主编. —北京：中国政法大学出版社，2020. 6
ISBN 978-7-5620-7628-5

I. ①中… II. ①田… III. ①高等学校—教学研究—文集 IV. ①G642. 0-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2020)第112336号

出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 北京京鲁数码快印有限责任公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 14.25
字 数 210 千字
版 次 2020 年 6 月第 1 版
印 次 2020 年 6 月第 1 次印刷
定 价 68.00 元

目 录



教育模式

国际法治人才实践技能培养

——以判例法背景下的案件类比 (Analogy)

技巧为例 / 董京波 3

法律硕士 (非法学) 研究生培养机制改革研究

——以知识产权方向课程设置为突破口 / 陶 乾 樊美辰 14

课程与教学

课程思政理念下 WTO 法律制度课堂教学研究 / 陈儒丹 31

高校保卫干部队伍建设与课程体系研究 / 王书丰 43

从法律和语言的关系谈法律外语教学改革 / 霍颖楠 52

高校德语文学教学中的跨文化意识培养

——以克拉朋德的《灰阑记》为例 / 贺莉莹 66

影视文学的教学案例分析

——以《午夜巴黎》中的美国人形象与怀旧为例 / 潘 珊 77

教师支架理论视域下的跨文化交际课程教学实践 / 杜洁敏 87

积极心理学取向的大学生心理健康教育：《心理学与我》课程思政模式的建构 / 高 钦 98

专门用途外语教学探析 / 高 莉 113

中美大学生议论文语篇中模糊限制语语用功能对比研究 / 张洪芹 127

论犯罪心理学学科的价值范畴与方法论体系 / 刘建清 144

从西班牙债法现代化到拉丁美洲合同法统一化

——“西班牙语国家合同法（双语）”课程教学研究

初探 / 李 蕴 156

思想政治教育专题研究

大学生思想政治教育的历史梳理及当下解读 / 王太芹 169

论五四时期马克思主义理论教育的历史回溯和当前启示 / 袁 芳 180

性别平等理念融入高校思想政治理论课程研究 / 朱晓慧 194

系统论视野下高校教师党支部发挥作用的机制与平台 / 杜学亮 206

教育模式



Jiao Yu Mo Shi

国际法治人才实践技能培养

——以判例法背景下的案件类比（Analogy）技巧为例

董京波*

一、国际法治人才案件类比实践技能的必要性

国际法学主要有三个分支（国际公法、国际私法和国际经济法），但不管部门法专业是什么，用人单位对实践能力要求是一样的，所以应当加强对学生实践技能的培养。另外，我国的国际法治人才还有一个目标就是去国际法律组织工作，而国际组织很大一个特点就是法律体系的混合。比如国际刑事法庭的很多制度都是融合了大陆法系和英美法系的诉讼制度，而和英美法体系的法律专业人士合作就必须掌握他们的法律技能，因此学习英美法体系的律师抗辩技能是就职于国际法律组织的必要条件。国际法治人才第一步最基础的实践技能就是找法，包括案例检索，相关有权机构的解释（包括解释、立法历史等）；第二步就是运用找到的法为自己的案件服务，即案件类比技能。作为国际经济法专业的法学人才，案例类比这个技能尤其重要。由于学生未来代理的当事人、对方当事人及裁判者都可能有国际背景，因此学生必须熟悉英美法国家的判例法（Case Law）的抗辩技巧，即如何有效地利

* 董京波，女，（1974—），中国政法大学副教授，法学博士，教学和研究领域：国际贸易法，国际金融法、国际模拟法庭教学等。

用检索到的案例，为自己的案子服务。

二、案件类比基本理论及其在具体案件中的适用

(一) 关于“案件类比”的基本理论

1. 遵循先例和案件类比

遵循先例是判例法的一个基本原则，它是判例法得以形成的基础。遵循先例原则的基本含义就是，即指以前判决中的法律原则对以后同类案件具有约束力。遵循先例原则要求将一项由先例提炼出的论断视同一项法则并将之适用于后一个类似情境之中。

克鲁格将类比推理（或比喻论证）的用法表达如下：如果一个法律规则的显性说明指向的是某一事件状态，而仅仅因为后一事件状态“在所有重要方面”与前一事件状态都表现得很一致，就将这一法律规则应用于另一个不同的事件状态，类比推理就发生了。换言之，通过类比这一手段，人们用一个特定的法律规则支持未预见的情形，这一未预见的情形与这一规则的“基本理念”一致。^{〔1〕}

列维指出，法律类推要求：①先例与本案之间的相似点必须是关键性的；②必须识别先例处理时所依据的理由或原则。^{〔2〕}法律类推的这两项内在要求，是一般类比推理所没有的。传统逻辑学中，“类比推理是仅仅根据两个或两类对象的简单比较而进行的推理，不能解决属性间的联系性质，因而其前提与结论的联系是或然性的”。^{〔3〕}法律类推法不同于从具体到一般的推理，也不同于从一般到具体的推理，而实际上是在两种具体情况（both particulars）都从属于同一个项（term）并且在其中一个具体情况已知的条件下从具体到具体的推理。类比推理指的是从一种从特殊到特殊的方法，它根据两个对象在一系列属性上是相同（或相似的），而且已知其中的一个对象还具有其他特定属性，由此推出另一个对象也具有同样的其他特定属

〔1〕 [以] 约瑟夫·霍尔维茨：《法律与逻辑—法律论证的批判性说明》，陈锐译，中国政法大学出版社 2015 年版。

〔2〕 [美] 艾德华·H. 列维等：《法律推理引论》，庄重译，中国政法大学出版社 2002 年版。

〔3〕 《哲学大辞典·逻辑学卷》编辑委员会：《哲学大辞典·逻辑学卷》，上海辞书出版社 1988 年版。

性的结论。〔1〕

伯顿指出,在进行类比推理时,还要比较事实上的相同点和不同点的重要程度,事实上的相同点更重要则应当按照权威判例;事实上的不同点更为重要则应当区别于权威判例,即不适用权威判例中的规则。有学者主张,由于类比推理的结论不具有必然性,因此在法学研究上受到质疑。德国法学方法论学者考夫曼在《法律哲学》一书中就举过类似的例子:“火星因着行星的特征:受太阳照射而暖和、有四季、白昼和空气……与地球一致;在合乎自然现象的法则这个比较点下,被推论出:在火星上亦和地球一样有生命存在。但如果我们根据火星上的空气比地球上的稀薄很多这个条件,也可以反面推论,在火星上没有生命。”〔2〕但是我们可以根据事实的重要程度这一概念来推导火星上是否有生命,比如空气是人类生存的必要条件,而这个重要事实的不同导致火星不可以和地球相类比。但是,在某些复杂的案件中,类比推理运用过程中存在的困难明显在于:用以类比的重要方面与不重要方面(或者说,基本理念与不重要的理念)间的区分非常含糊。〔3〕

(二) 如何进行“案件类比”

关于案件类比理论,列维的“三步骤”指出:首先要提炼出个案之间的相似之处,其次总结出先例中蕴含的相关法则,最后再将此相关法则运用于当下的个案之中。〔4〕

1. 提炼出个案之间的相似之处

一个类比建立在事实或理论的相关性上。因此如果问题涉及武器,那么刀子可以和枪相类比;如果问题涉及餐饮,那么刀子可以和茶匙相类比。因此,在法律问题涉及反抗时,胁迫可以类比为挑衅;但是,如果法律问题涉及同谋,胁迫也可以类比为诱导鼓动。因此,两个理论或事实可能在抽象意义上并不类同;但是在法律问题上,可能类同。〔5〕

〔1〕 王洪:《制定法推理与判例法推理》,中国政法大学出版社2016年版。

〔2〕 [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版。

〔3〕 [美]艾德华·H.列维等:《法律推理引论》,庄重译,中国政法大学出版社2002年版。

〔4〕 [美]艾德华·H.列维等:《法律推理引论》,庄重译,中国政法大学出版社2002年版。

〔5〕 Dworkin, R. M., *Law's Empire*, Cambridge: Harvard University Press, 1986.

类比是在一定的理论背景下讨论的。比如说冒充男朋友强奸案中有一个法律问题，即冒充男朋友这个行为是否使受害人在强奸案中的“同意”无效？〔1〕在其他案件中，关于同意是否有效的说理提供了潜在的可类比性，比如冒充丈夫强奸案件。

在天底下没有相同的两件事的情形下，所谓“相同”的案件只不过是某些法律评价意义上有相同的事态或是具有相同“道理”而已。所以，法官要判定个案之间是否相同，这种工作是“一种由一个案子到另一个案子小心翼翼地向前探触”的工作，所要探寻的当然是每个案子所蕴含的“事物之本质”，或者说是“事物本然之理”。〔2〕

2. 总结出先例中蕴含的相关法则

如果先例案中有冒充丈夫强奸的案件，这个案件中受害人的“同意”归结为无效。这样就需要研究先例中所蕴含的原理，即先例中之所以认定无效，是由于法官认为结婚意味着同意和特定的人分享身体亲密关系，而这个冒充丈夫强奸的案件中的受害人做出“同意”的意思表示的基础是误认了加害人是自己的丈夫，所以这个同意是无效的。

3. 将先例中蕴含的相关法则运用于当下的个案之中

在认定冒充丈夫案件中受害人同意无效的原因后，则可以将其适用于冒充男朋友强奸案中。如果结婚意味着同意和特定的人分享身体亲密关系，那么这个原理的解释就可以适用于其他的亲近的人之间的关系——比如男女朋友关系。那么，就可以推论冒充男朋友强奸案中的受害人的“同意”也是无效的。

如果先例的原理仅仅和特定的案件类型紧密相连，则没有空间将类比延伸到更广泛的类型上。在英国法上，胁迫不是个抗辩理由，而胁迫最多是个借口。因此在物理上使受害人致残案件中，没有空间去抗辩胁迫应该被豁免。而在胁迫是否能成为谋杀的部分抗辩理由时，这可以和挑衅类比，这样可以将谋杀减轻为过失杀人。杀人或许不能被谅解，但是那并不意味着每一件杀人案都会被判定为谋杀。当然，胁迫包含着一个实际的杀人故

〔1〕 这个强奸案中女方的同意的前提是误以为是她的男朋友，而冒充男友这个行为使这个同意无效，因为女方并没有同意和男友以外的其他人发生亲密关系。

〔2〕 王洪：《制定法推理与判例法推理》，中国政法大学出版社2016年版。

意，而挑衅也包含着暂时的个人控制力的丧失。在有胁迫时能否将案件减轻为过失杀人取决于挑衅的原理（人类脆弱性的共识）是否可以延伸到这样的案件中。两个事实，即被告的个人控制的丧失和受害人在杀人案中的参与，明显区分了这两种情况，减轻了类比的有效性。^{〔1〕}

（三）如何教授案件类比技能

案件类比技能教学必须有模拟或真实案例，让学生拿自己的案子和检索到的案例类比（analogy），分析与检索到的案子的相同（similarity）和不同（disimilarity）之处。从而，推导出自己的案子应该遵循或不遵循这个检索到案子。在教学中，可以参考美国法学院的教学方法，比如 Legal Process 是法学院的必修课，需要找五个有利于你的案例，五个不利于你的案例，并且找到你的案子和有利于你的案子的相同之处和不利于你的案子的不同之处，从而得出现有的案例支持你的结论。

笔者曾经尝试讲判例法的案件类比问题，给出六个案例，三个有利，三个不利，要学生站在自己的立场分析类比案子。学生对这些技能很感兴趣，这其实也是个法学思维和逻辑的训练。但同时也发现学生在初次接触这个问题时有点困难。比如 2 个案例不可能一模一样，就需要学生去分析发现，举个简单的例子，先例案件 A 是由于湖水里的树枝没在水下，划船的人没看到撞上去，导致人受伤。先例案件 B 是一个人骑摩托车冲上一个大坡后又下坡，由于该下坡路正在整修（在坡上有标示牌），所以该骑车人受伤。学生的模拟案件是一个老年人晚上在广场草坪里跳舞，踩到了水坑里，导致脚扭伤。这里的相似和不同之处要从法律要件去考虑。相似之处实际在于都是由于不显而易见的问题导致人受伤的情况，树枝没在水下所以并不显而易见；大坑在大坡上面对于骑车人并不显而易见；水坑由于天黑也不显而易见。而如果区分案件的不同之处，可以发现在案件 B 中，这个虽然非显而易见，但是它的非显而易见性对于当事人在大坡下来说是存在的，而对于当事人到大坡上又下坡时是不存在的，因此可以借此抗辩本案和这个冲上大坡后下坡受伤的案件不相似之处，从而要求该案裁决不适用于本

〔1〕 Grant Lamond, *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, First published Tue Jun 20, 2006, <https://plato.stanford.edu/entries/legal-reas-prec/notes.html>.

案。而学生在刚开始讨论时可能会去说安全责任等很大的概念或者去说不同之处追求细枝末节的区别，导致案件的核心要素未被涉及，这就需要教师多加指导。因此，教学实践告诉我们，需要加大案件类比技能的培训力度。

三、国内案件类比实践技能教学现状、教学的难点和解决方案

（一）国内案件类比实践技能教学现状

目前，国内的法学院在实践教学方面还较欠缺，这和课程设置、培养目标及实践教学要求较高的师资比等有关。美国法学院有实践教学课程组，包括法律程序（legal process）、庭审抗辩技巧（trial advocacy）、上诉抗辩技巧（appellate advocacy）、诊所（clinic）等。就案件类比技巧而言，美国法学院法律程序这门课会深入教授基础的案件类比技能，而上诉抗辩技巧课中会让学生运用案件类比技能为自己的案件进行口头和书面抗辩。

目前国内法学院在这方面的教学较为缺失，仅有少量的课会涉及该问题，但是只是讨论式的一带而过，而并非是作为一个实践技能来教授。实践类的课也很少涉及案件类比，比如法律文书课涉及文书写作，但是法律文书课偏重于国内法律文书写作，而并未更多地涉及英美法的普通法体系下的文书写作。诊所课涉及国际案件的更是少之又少，这个情况在其他实践类课程中也普遍存在。

（二）国内案件类比实践技能教学难点

关于案件类比需要教授学生了解遵循先例的原理，并认真分析先例需要遵循的理由。具体来讲，主要有两类理由：其一，先例的造法功能；其二，先例成为法律原则的情况等。在具体案件中，当分析先例蕴含的法律原则时，要有分析归纳的能力，这就要求学生首先对于先例要非常熟悉。同时要求学生不仅要能找到先例的法律理念，还要案件类比，运用先例为自己的案件抗辩。

笔者曾经在《模拟法庭书状写作》一文中指出，学生在案件类比方面存在困难。“以2013年北外-万慧达杯的赛题^{〔1〕}为例，竞赛赛题是被告方

〔1〕 2013 WANHUIDA-BFSU I. P. MOOT COURT PROBLEM, <http://sl.bfsu.edu.cn/wp-content/uploads/2013/03/2013-Case.pdf>.

的轮胎设计图案是否侵犯原告的知识产权，关键是对被告轮胎图案设计进行认定，学生找到了几个判例，分别是杭廷顿轮胎案、东风轮胎案，但是学生在进行写作的时候，只是以叙述的口吻将杭廷顿轮胎案、东风轮胎案的案情及判决进行了描述，继而论证，因此在本案中被告的轮胎是侵犯了原告的知识产权。此种论述，毫无说服力而言。原本，学生找到的杭廷顿轮胎案、东风轮胎案是最有利的证明，但是学生并没有在既有的判例和本案中寻找相似点来论述判例具有可借鉴性，又没有引用法官在杭廷顿轮胎案、东风轮胎案当中的说理，所以这样的案例引述是相当不正确的。”〔1〕下面摘抄一段学生自己进行引用案例的写作：

D-12 design is substantial identical or similar to T-E Enterprise design since “being similar” in Patent Law shares the same meaning with “has no substantial difference” according to Art. 11 (3) of Interpretation and Supreme people’s court decision in Bridgestone kabuskiki kaisha v. Zhejiang Huntington BullRubber Co. , Ltd.

这样的引用是学生经常犯的典型错误，只摆出根据，不进行说理和类比，与没有引用并无区别。正确的引用方式应当如下：

D-12 design is substantial identical or similar to T-E Enterprise design since “being similar” in Patent Law shares the same meaning with “has no substantial difference” according to Art. 11 (3) of Interpretation and Supreme people’s court decision in Bridgestone kabuskiki kaisha v. Zhejiang Huntington BullRubber Co. , Ltd. To judge whether substantial difference exists between D-12 design and T-E design, people’s court should make a comprehensive judgment in view of the overall visual effects of D-12 design and T-E design based on their design feature in the view points of ordinary consumers of the design product.〔2〕

〔1〕 董京波：《模拟法庭竞赛书状写作教学研究》，载《中国法学教育研究》2016年第3期。

〔2〕 董京波：《模拟法庭竞赛书状写作教学研究》，载《中国法学教育研究》2016年第3期。

当然这是一个简洁的文书描述，比先前的版本有了很大的进步，它重点突出了先例中蕴含的规则在本案中的适用。我们注意，在这里使用“案件类比”的三步骤：第一，要提炼出个案之间的相似之处，即使这些都是涉及轮胎图案是否相似的案件。第二，要总结先例（杭廷顿案）蕴含的相关规则，“相似性”应该是没有实质区别的含义，而判断是否存在实质不同时应采用综合的判断方法，要依赖轮胎产品普通消费者对设计特点总体的视觉感觉来判断。第三，将此相关法则运用于当下的个案之中。当前案件中的设计图样从总体上看没有实质区别，所以根据杭廷顿案的判决，当前案件中轮胎图案应被认定为相同。

（三）解决方案

应加强学生在此方面的训练。具体到教学课程的设置和改革上，要加强体验式课程的具体案件类比技巧培训课程教学。当然这要体系化，但要有具体的案件材料作为教学资料。找出的先例要适于教学，教学过程要循序渐进。比如，课程开始时的类比可以较为简单，比如冒充丈夫和冒充男朋友这种类型的案件，让学生觉得容易入手。之后，可以增加难度，类比抽象的内容，比如笔者前面案例举例中“非显而易见性”。让学生在一個学期的学习过程中逐步掌握案件类比的技巧。具体来讲，要注意以下几个方面的内容。

1. 比较相同点和不同点的重要性来判断是否适用先例

在将相关法则运用于当下的个案时，正如伯顿所言，“你要判断这些事实上的相同点或不同点在这种情况下何者是更加重要的”。〔1〕判断个案之间的相同点或不同点在法律评价上何者更为重要以及说明为什么依哪些观点在当下情境中是更为重要或不重要的。这种判断就是区别性判断或重要性判断。这种区别性（Distinguishing）判断是司法过程中最关键的一步，也是最困难的一步。在亚当斯案中，旅客亚当斯放在其所乘轮船客舱的贵重物品被偷。争议的问题是：轮船老板是否对旅客的丢失物负有严格责任？有两个不同的先例可以用来比较。在一个先例中，旅馆老板对旅客贵重物品

〔1〕 [美] 史蒂文·J. 伯顿：《法律和法律推理导论》，张志铭、解兴权译，中国政法大学出版社 1998 年版。

的被偷承担严格责任；在另一个先例中，铁路公司对旅客在开放式卧铺车厢里的贵重物品被偷不承担严格责任。需要回答的问题是：轮船客舱与旅馆更类似，还是与火车更类似？〔1〕由于轮船客舱和旅馆都为旅客提供了私密的空间，而旅客在这样的空间内会把贵重物品放在房间里，使老板有了欺骗和偷窃旅客的诱惑性机会，因此轮船客舱与旅馆更为类似，轮船老板应该负严格责任。在亚当斯案中，虽然轮船和火车作为交通工具有一定的相似性，但这个相似性对于判断发生偷盗案件时老板的责任并不重要；而火车开放式卧铺和轮船客舱的区别性，一个为开放空间，一个为私密空间，提供铁路卧铺车厢的老板没有旅店和轮船老板所有的欺骗和偷窃旅客的诱惑性机会——因为旅客并没有在开放的卧铺留存贵重物品以使自己放松。〔2〕这种区别性在判断老板的责任时更为重要，因此亚当斯案不适用火车的先例。

2. 根据“法律目的”来判断事实的重要程度

另外，判断重要程度取决于相关法律试图干什么，即法律的目的。如果不考虑法律的目的，司法判决可能就是基于法官那时碰巧注意到的任何事实。重要性常常产生于法官的政治倾向和利益，对一方当事人的认同，或者产生于在某些其他场合公布的法律规则的语言偶合。按照任何的正义观念看，基于这些基础之上的判决都是武断的。相反，法律的目的，能用来协调法官行为，以使他们的判决都可取得法治所要求的一致性。判断重要程度就是判断在案件的许多事实中那些事实可以证明把该案归于某一法律类别。要是某一事实恰好与有关法律要做什么的规范性理论恰好相吻合，那么该事实就具有这种价值。〔3〕在亚当斯案中，法律的目的是要区分公共场所和私密空间的老板的责任，所以这种区别就是重要的。而前文提及的草坪跳舞扭伤脚案件，法律的目的是要规范公共设施侵权案件中责任承担

〔1〕 Scott Brewer, “Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy”, *Harvard Law Review*, 109 (1996). 转引自张骐：《论类似案件的判断》，载《中外法学》2014年第2期。

〔2〕 Scott Brewer, “Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy”, *Harvard Law Review*, 109 (1996). 转引自张骐：《论类似案件的判断》，载《中外法学》2014年第2期。

〔3〕 [美] 史蒂文·J. 伯顿：《法律和法律推理导论》，张志铭、解兴权译，中国政法大学出版社1998年版。