

# 中国法律技能教育的制度分析

An Institutional Inquiry into Legal Skills Education in China

苏 力\*

[Abstract] With a brief introduction of state of the legal skills training in contemporary China's law schools, this paper analyzes the slow development of legal skills training in China from following perspectives, the rational choice of relevant actors in law school legal skill training, the impact of traditional institutionalization of knowledge, and most importantly the lack of sufficient social demand for legal skills. Accordingly, the paper suggests focusing on increasing social demand along the rapid social economic development in China rather than on, as commonly believed and suggested governmental increasing investment and cultivating legal skills training in China's law schools.

[Key words] legal skills education, rational choice, academic institutionalization, social demand, alternatives

## 一 . 问题和视角

鉴于中国法律教育日益增长的职业导向，中国法学院的技能教育看来不令人满意。中国精英法学院的毕业生，即使在智力和潜能上毫不逊色，但在掌握从业技能上看，虽然很难比较也没有实证研究，但在我看来，仍然很难同美国精英法学院的毕业生相比。中国法学教育界，受到美国法学教育模式的启发，很长时间来一直有人呼吁加强职业教育和技能教育，<sup>1</sup>但不断的呼吁本身就表明这方面还没有重大的实质性改善。但另一方面，中国的法律职业界似乎也没有感到法学院毕业生法律技能的缺乏，至少很少听到这种抱怨；一些法学院毕业生在

---

\* 北京大学法学院教授、院长，博士，教育部宪法行政法重点研究基地研究员。本文是为“Symposium : Experiential Education in China: Curricular Reform, the Role of the Lawyer and the Rule of Law”，Sacramento, California, U.S., Jan. 25-26, McGeorge School of Law, University of Pacific, sponsored by The Center for Global Business & Development and the Center for Legal Advocacy and Dispute Resolution,撰写的。本研究是国家社科基金重大项目“法律制度与社会建设的和谐”(编号 05&zd042)的部分研究成果；撰写过程中，北京大学法学院王锡铎教授曾提出宝贵建议；在此一并感谢；但所有责任属于本文作者。Email to: [sulizhu@law.pku.edu.cn](mailto:sulizhu@law.pku.edu.cn). 未定稿，未经许可，请勿引用。

<sup>1</sup> 例如，王晨光：法学教育中的困惑——从比较视角去观察，《中外法学》1993年2期；徐中起：“关于法学教育改革的几个问题”，《中外法学》，1996年3期；李龙：“论中国法学教育的改革”《中国法学》，1997年6期。

多年从事法律实务之后，也都成为中国的顶尖律师，尽管从事涉外法律实务的大多还是得在美国受过某种训练。这似乎意味着中国法学院毕业生基本令中国法律职业界满意。因此，有必要追究阻碍中国法学院法律技能教育发展的一些主要因素，其中最值得关注的则是什么令法律职业界在一定程度上可以说是无视法律技能教育的重要性，因为这一点可能是制约法律技能教育的最重要的因素。

对这个问题已经有学者做出了某些初步的要素分析。一个经常提到的因素是中国的法学教育是本科生教育。这导致学生进入学校时年龄偏小，不适于学习掌握职业教育所必须的技能；这些学生在高中期间接受基本是灌输式的教育，学生对知识的接受基本是按照理科的方式接受的，是概念的、命题的和定理的，要求学生的知识运用只是将一般定理原则灵活演绎到具体问题，而进入大学后要面对诸如法律职业中可能遇到的那种高度的不确定和各种各样的人，显然令中国的法学学生很不习惯。此外，中国学生在大学之前一般都受到家庭的太多的保护，父母亲唯恐孩子学坏，总是管的很严，尽量让孩子少接触中国社会的方方面面，只关注书本，尤其是实行一对父母一个孩子的政策之后，这都使得学生进入大学后，很难适应技能的学习。针对这一点，在一部分学者的推动下，中国政府推动了中国的法律专业硕士项目。<sup>2</sup>但这一项目虽然实践十多年了，却没有导致法律毕业生在技能方面的明显增强；继续沿着这一思路，少数学者提出了更激进的主张，全面废除本科阶段的法学教育，完全采取美国模式。<sup>3</sup>

另一个不常提到，但实际上更为重要的因素是法学院的财政因素。技能教育往往必须投

---

<sup>2</sup> 1995年4月 国务院学位委员会第13次会议通过了《关于设置法律专业硕士学位的报告》。1995年5月 国务院学位委员会办公室决定中国人民大学、北京大学、中国政法大学、对外经济贸易大学、吉林大学、武汉大学、西南政法大学和华东政法学院等八所院校作为法律专业硕士学位首批试点单位。

<sup>3</sup> 据2006年7月18日《北京晨报》报道，厦门大学校长朱崇实在上海举办的“大学校长论坛”上发言认为，法学专业不应该在本科设置。“法律应该作为大学生的基础课来学习，而不是专门设置一个专业。如果学生希望从事相应的职业，可以有了一定的知识背景后到硕士阶段再学习法律。”类似的观点，又请看，贺卫方：“法律教育向JM教育的转向” [http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_488663200100040e.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_488663200100040e.html)。

入大量的人力，以类似师徒制的方式教授，并且需要长期的练习。这就需要更多的教师 and 更多的空间，而且对这些教师的要求会更高，因为技能本身是缺乏知识的吸引力和智识的挑战性；教师无法依靠其传授的技能本身来增加他教学的吸引力。但鉴于中国目前的经济水平和教育投资，显然中国目前的法学院还没有这样的财力和人力（说到底还是财力）来全面实施技能教育。而且，由于中国法律职业发展较晚，也非常缺乏这样的教师。相应的对策是希望社会和法学教育界更多关注，政府和学校加大资金投入。这是一种政府投资导向的对策。这种呼吁至今没有多少实际的回应。<sup>4</sup>

上述观点有其正确的地方，但明显有不足。若是说本科教育本身制约法律技能教育，这就无法解说其他同样招收高中生读法学本科的普通法国家和地区（例如香港）的法学毕业生的法律技能。若说法学技能教育需要大量有经验的教师，而中国投入教育的财力不足，这又很难解说为什么在这样紧张的财政和师资资源条件下，过去十多年里中国法学本科教育却以令人担忧的速度发展。<sup>5</sup>

本文试图从三个层面或维度的分析这一问题。分别是微观层面的行动者的理性选择，以及构建行动者理性选择的两个宏观制度制约——学术传统和社会需求。微观层面分析强调的是，法律技能教育不足是法学教育中的行动者，学生和法学院，基于各自的成本收益最佳考量之合谋结果。

但仅仅关注个体行动者的理性选择是不够的。理性选择总是在既定制度制约中的理性选择，因此必须关注理性选择的制度环境。因此，我提出从学术传统和社会需求两个方面深化对这一问题的探讨。所谓的学术传统是一种既定的相对稳定的学术体制，代表了一种基于长期社会实践而形成的对于各种学科知识之社会重要性的稳定社会评价，因此在很大程度上，

---

<sup>4</sup> 参看前注 1。

<sup>5</sup> 到 2007 年底，据教育部的统计数据，中国已经有超过 600 所可以授予法学本科学位的法律院校系。而 30 年前，全国只有 2 所法律系。

它会制约甚至构建人们关于在学习投资时有关成本收益的主观评价和社会评价,引导个体的理性选择。

但对法律技能的生产和传播影响更大的是社会需求。如果没有社会需求,任何知识,包括法律技能就不大可能发生,发生了也不大可能有人购买,因此不可能转变为有价值的知识产品。社会需求还是社会构成的,与社会经济发展水平和社会组织形态无法分开,因此这就要比较具体考察当代中国社会。不仅如此。还必须注意,即使面对同一种社会需求,也并非某种特定产品才能满足,一般说来市场需求之满足都会有不同的替代品。当社会对某种产品需求不足之际,也许我们不应当仅仅责问为什么社会对某种特殊产品,例如本文关注的法律技能,的需求不足;我们或许还可以并应当考察是否有其他相对廉价的替代品已经满足或部门满足了这种需求,以及这种替代品是什么。

由此构成了本文其他部分的结构。但我对阻碍法律技能教育发展之因素的分析并不意味着我已经确定应当消除这些制约。我的分析是实证的;至于评价和政策研究,其实还需要一些更为深入和综合的研究和探讨。因此在最后一节,针对中国的法律职业发展,我对在中国法学院的技能教育提出一些相对保守的建议。

对法律技能一直有非常不同的界定。<sup>6</sup>尽管对本文的展开分析并不重要,但在展开本文之前,我还是首先界定一下我说说的法律技能,指从事某项具体的法律实务时所必须的技术性能力;并进一步较之操作化为:1,针对具体法律纠纷提炼法律争点撰写法律文书的能力;2,针对具体法律或诉讼问题搜寻、整合法律和相关材料的技能;3,同法律客户以及其他法律人的谈判和交往能力;4,解决具体纠纷的能力;5,在具体案件中熟练运用诉讼程序应对诉求的能力;6,就具体案件在法庭辩论、说服法官的能力;以及7,在立法中就特定法律

---

<sup>6</sup> 关于法律技能的分析 and 界定, John H. Wade, "Legal Skills Training: Some Thoughts on Terminology and Ongoing Challenges", *Legal Education Review*, vol. 5(2), 1994, pp. 173-193. 又请看, Fiona Boyle, Deverall Capps, Philip Plowden, and Clare Sandford, *A Practical Guide to Lawyering Skills*, Cavendish Publishing, 3d ed., 2005; Emily Finch and Stefan Fafinski, *Legal Skills*, Oxford University Press, 2007.

事项游说和推动法律变革的能力。我把对法律文本、法律事实的分析解读能力，排斥在技能之外；同时也把法律实践中难以避免而优秀法律人必须掌握的政策性把握的能力也排除在外，尽管这些知识和能力都非常重要，并且其中也有许多技术性的成分，例如法律解释。在这7个方面中，前两项可以说更多是同文本打交道的能力，后五项可以说更多是同人打交道的能力。并且，这些能力在法律实践中是混合在一起的，并不单独存在。

## 二．历史和现状

近代中国的法学教育始自清末。<sup>7</sup>但当代中国的法学教育一般从1977/1978年全面恢复高考招生开始起算。<sup>8</sup>尽管中国社会自1957年之后没有法律职业——尽管有法官和检察官，<sup>9</sup>因此1970年代末和80年代初整个社会并没有法律职业的概念；在学科知识体制上，当时也还没有如今已习惯的社会科学与人文学科以及学术教育与职业教育之分别，但计划经济下专业设计和人才培养模式，以及强调“理论联系实际”，法学教育的实用性事实上还是获得了某种关注。当时的法律技能性教育的主要标志一是模拟法庭，一些主要法律院系都有模拟法庭课程。二是毕业实习，作为教育部统一规定的本科教学的必修课程之一，所有大学生在本科四年级都有三个月左右的毕业实习，主要是在与所学专业相关的部门；法学院学生的实习一般是在法院和检察院。

当然，这些技能教育抽象看来是很不够的，体制上也有问题。第一，模拟法庭本身最多只能令学生基于给定的案件熟悉司法程序，改善辩论技巧等；这与现代法律职业人所需要的技能相差太远。其次，技能并不完全是教出来的，而是带出来的；但当时缺乏熟悉法律实务

---

<sup>7</sup> 关于中国近代法学教育的兴起和发展，可参看，汤能松/等：《探索的轨迹——中国法学教育发展史略》，法律出版社，1995年；王健：《中国近代的法律教育》，中国政法大学出版社，2001年。

<sup>8</sup> 可参看，张志铭：“当代中国的律师业：以民权为基本尺度”，《走向权利的时代》，夏勇等[编]，中国政法大学出版社，1995年。

<sup>9</sup> 在当时的体制下，法官和检察官从总体上并不因其工作类型而构成一个与普通党政官员有别的群体；这种区别是在过去20年间逐渐形成的，并且目前仍然处于这一过程之中。

的法律人，无论是律师还是法官，因此也没有合适的教师。至于实习，从理论上讲，确实有助于学生的技能培养，但在计划经济条件下，就业完全由政府分配，技能学习与毕业生就业之间没有联系，学生往往没有足够的激励来努力学习技能性法律知识；在实习期间即使熟悉和掌握了某些法律技能，也可能与其实际分配的工作关系不大，这也妨碍了学生利用实习机会努力获得这类技能。

这种状况一直持续到1990年代初。随着市场经济因素在中国社会的日益增长，1980年代中后期开始合作制律所开始在一些大中城市第次出现。<sup>10</sup>1992年中国正式提出全面建设社会主义市场经济，市场经济迅速发展，政府主管部门放松了律师职业的准入，从业法律的人数迅速增加，<sup>11</sup>开始出现了一个首先以律师为主体，后来才逐步扩展到法官、检察官以及部分兼职法律实务的法学教授的法律职业。出于对自我职业利益的追求，以及相对与法官检察官而言职业的不确定性，律师更关注法律实务，注重积累各种律师技能，因此开始积累起一种与法学院传授的分析性的知识话语相当不同的法律职业技能性“无言的知识”；由此也就出现了一批承载和传递这类技能性知识的职业法律人。

职业律师作为群体的出现大大加快了法律职业技能和知识的积累和普及。在中国，他们首先促进了法官群体的技能提高。律师与法官从理论上同属于法律人共同体，但律师在法律特别是司法实践与法官的关系是一种分工、对抗同时又有协作的关系。高水平、专业技能强的律师会向法官提出一系列更为专业的法律问题，迫使当时专业水平偏低、职业化程度明显不如律师群体的法官必须认真面对，从而促使作为整体的法官的技能提高。其次，面对已成雏形的法律职业市场，法学院也开始邀请一部分高水平的执业律师以某种方式加入法学院，开设了诸如法律实务这样的课程，在一定程度上改变了法学院的教学内容。

事实上，由于从业律师的经济收入较高，自由度较高，这也在很大程度上改变了法学院

---

<sup>10</sup> 张志铭，同前注8。

<sup>11</sup> 张志铭，同前注8。

学生的学习兴趣，引导了部分学生的职业取向，从之前总体上偏重法律“学术”转向偏重法律实务。为了进入律所和其他法律实务部门，学生开始关注法律职业技能，更愿意到律所实习；由于职业方向明确，他们也有很大的激励主动学习法律技能。

法学职业教育的概念正是在这一过程中进入了法学教育的讨论。由于对法律实践性和中国问题的关注，很多学校自 1990 年代中期以后纷纷开始建立了一些与法律援助更相似的机构，主要依靠本科、硕士学生，在一些老师的指导下，为一些需要法律服务但没有支付能力或不愿支付过高的律师费用的客户提供免费的法律服务。<sup>12</sup>这一政策也很快获得了中国政府的支持。<sup>13</sup>尽管高校这一服务的目的并不是法律技能教育，但客观上还是为部分学生提供了直接接触法律服务客户，了解和掌握法律技能的机会；而许多学生参加法律援助活动，一个重要动机就是增强自己对法律实务的了解。法律援助事实上成为获得法律技能的一个重要渠道。

与此同时，受美国法学教育模式的影响，针对中国法学教育过分注重教义分析的弱点，在教育部和司法部的共同推动下，从 1995 年开始，中国开始设立了以美国的 JD 教育为摹本的法律硕士教育，<sup>14</sup>并在此后的 12 年间迅速扩张。到 2007 年底已经有 80 所法学院设立法律硕士的教育。<sup>15</sup>这一项目录取非法学的本科毕业生进入法学院学习三年，力求培养实务型、复合型和高素质的法律人才。但这一教育并没有获得预期的效果。原因是多样的。但最大原因仍然是法律职业的发展不足，以及绝大多数法学教授的知识和传授知识的技能没有跟上法律职业的发展。

---

<sup>12</sup> 例如，1992 年 5 月 20 日武汉大学法学院成立了《社会弱者权利保护中心》；2003 年 1 月 24 日在湖北省民政厅正式注册。1995 年 12 月北京大学法学院成立了《妇女法律研究与服务中心》，专门从事妇女法律援助及研究。

<sup>13</sup> 1997 年 5 月 20 日司法部发出了《关于开展法律援助工作的通知》；2003 年 9 月 1 日国务院颁布了《法律援助条例》。

<sup>14</sup> 教育部《关于设置法律专业硕士学位的报告》，前注 2。相关历史，又可参看，霍宪丹：《中国法律硕士专业学位教育的实践与探索》，法律出版社，2001 年。

<sup>15</sup> “2007 年新增 30 所院校招法硕，总数增至 80 所”，《北京考试报》，2007 年 5 月 30 日。

尽管如此，因市场经济引发的法律职业的变化已经开始，潜移默化地发展。一个具有标志性的变化是，受美国诊所法律教育模式的启发，特别是在美国福特基金会的鼎力资助下，2000年9月，北京大学、清华大学等高校法学院开设了诊所法律教育课程。之后，其他高校法学院/系也设立该课程。<sup>16</sup>诊所教育进入了中国。2002年7月28日，11所院校成立了“诊所法律教育专业委员会”（The Committee of Chinese Clinical Legal Educators，英文缩写CCCLE），这是第一个把法律技能教育作为关注焦点的民间教育组织。该委员会建立了自己的网站；在一份中国重要法学专业期刊上组织了专题讨论；<sup>17</sup>并且先后出版和翻译出版了一系列有关诊所教育或与之相关的著作。<sup>18</sup>目前在中国的一些主要法律院校中，都已经有了诊所教育。但培训的学生数量较少，粗略估计，在北大法学院的全部法学院本科生中，受到诊所教育培训的本科生不超过20%；教师数量很少，每个法学院一般只有一两位，很可能还是兼职；在法学院的教学计划中，诊所教育也处于比较边缘的地位。最重要的是，在一段时间内，这种状况不可能会有大的改变。

### 三．理性选择

法律技能教育的欠缺首先是微观层面法学教育中行动者在微观制度层面的理性选择。行动者主要是双方，教育提供者——法学院和教育消费者——学生。

从学生的角度看，对学生是否要求和选择法律技能教育的一个重大制度因素是中国的法学教育属于欧洲大陆法系国家的广义法学教育。这种教育与英美的以培养法律人为目标的职业法学教育很不相同，它试图兼顾学生的素质教育和法律职业教育，培养的是具有初步法律

---

<sup>16</sup> 转引自，<http://www.cliniclaw.cn/>。又请看，甄贞：“一种新的教学方式：诊所式法律教育”，《中国高等教育》，2002年8期，页33。

<sup>17</sup> “主题研讨：诊所法律教育”，《环球法律论坛》2005年第3期。

<sup>18</sup> 甄贞 [主编]：《方兴未艾的中国诊所法律教育 2002~2004 年诊所法律教育文集》；李傲：《互动教学法 - 诊所式法律教育》，法律出版社，2005年；王立民/等：《法律诊所教育研究》，上海交通大学出版社，2004年。翻译著作有，马海发·梅隆 [主编]：《诊所式法律教育》，彭锡华/等 [译]，法律出版社 2005年。Pamela N.Phan 《实践型法律人才的培养诊所式法律教育的经验》，李傲 [译]，法律出版社

知识的通用型人才。毕业生并不以从事法律职业为其目标，事实上绝大部分法学院毕业生并不从事法律职业。他们会到各级政府机关当公务员，到各类公司企业任职，自主经商，进入新闻传媒界，他们的身影几乎遍及所有的行业。他们当中有一部分会进入法律职业，但除了当律师的外，即使进入法院检察院系统，也并非都从事法律职业，相当一部分会在法院检察院和司法部系统从事与法律职业有些许关系但关系并不大的工作，例如这些部门的出版社、报社、机关，从事行政工作、政策研究工作、教学工作，乃至打杂。他们其实更是这些所谓司法部门或系统内的行政官员。

针对中国法学院学生就业的这种状况，因此法律技能教育就对学生变得不那么有吸引力。从学生个人的成本收益上来看，投资于法律技能未必是最有效率的。原因有二。第一，法律技能可以说是一种比较特定化的人力资本（specific human capital），一定是与法律职业直接相关的。这些技能当然可以转移并有益于其他行政、管理和商业，但转移起来有一定难度或贬值；因此问题之关键不在于这种技能对于从事其他行当是否有用甚或偶尔非常有用，而在于法学院学生在本科学习期间投资于这种技能，相对于投资于其他根据流通性的知识和技能，增加一般性的人力资本（general human capital），是否对其长期的就业最有效率。<sup>19</sup>虽说是技多不压人，但学习掌握技能总是需要时间和精力，而大学只有四年，这种资源很有限，因此投资法律技能是有机会成本的。如果一个学生毕业后并不打算或不能确定自己能够成为律师，那么，从事前来看，花费较多时间于法律技能对于他本人来说很可能就是没有效率的，而投资于其他有较高流通性的知识或技能则可能是更有效率的投资。例如熟练掌握法律文书之撰写技能就不如熟练掌握撰写一般公文或论文的技能更具流通性。

还必须考虑的在人生不同阶段人们对知识的偏好，以及学习某些类型知识的效率。<sup>20</sup>从这个角度看，在大学本科期间投资于技能学习，相比于投资于其他的理论性知识而言，同样

<sup>19</sup> Gary S. Becker, *Human Capital: A Theoretical and Empirical Analysis, with Specific Reference to Education*, NBER, Columbia University Press, 2<sup>nd</sup> ed., 1975.

<sup>20</sup> 相关的分析，可参看，Richard A. Posner, *Aging and Old Age*, University of Chicago Press, 1994.

可能是不太有效率的。技能需要长期比较持续的练习，很难在短期迅速提高，甚至有人因性格原因天生长期练习也无法有显著改善；有些技能，例如谈判技能，解决纠纷的技能，还需要更多的社会知识和社会经历作为支撑；因此，尽管有些法律技能及早学习有好处，但有些技能推迟学习则更容易掌握，这意味着有时年龄并严重妨碍甚至有利于某些法律技能的掌握，例如谈判和分析问题的技能；以及法律技能在大学校园中是远不如表演、表达、演讲和组织能力那样对普通学生有普遍吸引力的。相比而言，某些其他学科的知识 and 能力对年轻有更大的依赖性，例如数学、文学和社会科学。此外从人生来看，人们在不同年龄段也会对不同的知识有不同偏好，对文学的偏好，对于抽象理论的偏好，对于广阔世界的关切，对于音乐艺术的欣赏力，这些偏好往往在一个人的青春期最为强烈，而一旦过了这个时期，学生对这些知识的兴趣和能力就很难发展提高了，兴趣也不那么强烈了。因此，学生愿意在大学期间投资于理论性、思辨性的知识学习，相对看淡法律技能，有合理性，因为它符合学生对自己生命资源的整体分配，符合生命的成本收益最大化的基本公式。这也是为什么各个大学的本科一般都更强调素质教育或通识教育的根本原因。

对于法学院来说也会比较投资于技能教育与投资其他专业课程比较收益。

首先，对精英法学院来说，当然应当一个国家的精英法律人才，但显然不应仅限于此。

其次，就法学院针对学生的需求设立课程而言，同样有问题。法学院的师资和财政资源也是有限的，因此法学院无论多么从学生未来的职业角度出发，设置课程时都会考虑学生选课的数量。一般而言，法学院总是会偏向设置有更多学生修的课程，无论是必修还是选修。而既然大多数中国法学院学生未来都不一定从事法律职业，相对而言，选修这类课程的学生一定会数量较少，法学院在是否设置法律技能课程以及设置多少课时就一定会有自己的小算盘。事实上，尽管目前在中国许多法学院都设置了诊所教育的课程，但由于学生选修的不多，它都是边缘的，不是核心课程。

此外对法律技能课程应当涵盖的核心内容也很难确定。如果过窄，则法律技能课不仅名不副实，甚至可能与其他同类课程重复，例如调解的技能；但如果过宽，则很难有教师有能力全面有效传授，教授法庭辩论技能的教师也许并不擅长推动立法或谈判。这还会造成在法律技能课程的名目下，各教师，各法学院实际教授的并不相同。还会出现人存政举，人去政亡的现象。课程的统一评估和比较也会很有麻烦，特别是在当代中国，往往有教育部的统一评估。

由于课程内容不统一，这类课程究竟效果如何，对学生有无帮助，帮助有多大，也就很难有一个准确的社会的评价和真实的反馈。甚至没有间接的反馈。因为社会各行各业在选择学生之际，往往更看重学生毕业于那所高校，学的什么专业，或上过什么专业课，而至少目前并不关心有无法律技能的课程。因此，对学生有效就业而言，修或不修这门课程，对学生就业的影响是边际的，甚至没有影响。因此这就使得法学院没有准确信息做出决策。

而所有这些因素都会影响法学院的法律技能课设置。

## 四．学术体制

而这些选择又是与中国现行的知识体制有关，这个体制是一个正在转型的知识体制。

若是从20世纪初中国大学正式确立现代法学教育开始起算，至今仅仅一个世纪。此前，中国传统社会有与现代法学教育有类似的律学，但总体而言，在传统社会中并不受重视。能够进入传统中国的知识体制并正式教授的是人文学科，经史子集，大致相当于现代的文史哲和人文学科。在这个意义上，传统中国既没有社会科学的教育，也没有职业教育。与法律实务相近的技能性知识被这种知识体制排斥在外，变成了在传统中国的知识体制夹缝中靠家庭私相授受勉强维系的一种比较隐秘的技能，除了少数师爷的回忆录性质的著作，<sup>21</sup>基本上没

---

<sup>21</sup> 一些重要著作有[清]汪辉祖：《学治臆说》（正续）、《佐治药言》（正续）；[清]王又槐：《办案要略》；[清]龚未斋：《雪鸿轩尺牍》；[清]许葭村：《秋水轩尺牍》等。这些著作都收入李乔[主编]《中国师爷名著丛书》，九州图书出版社，1998年。高浣月：《清代刑名幕友研究》，中国政法大学出版社，2000年；李

有这类知识积累。

20 世纪初，现代法学以及其他社会科学开始从西方进入中国，中国的知识体制开始转型，这个过程至今仍然在进行中。<sup>22</sup>但传统中国的知识体制还是塑造了有较强社会科学性质同时又强调职业教育的法学。法学进入中国主要不是作为重视实践和法律职业的学科引进的，而是作为一种话语实践引入中国的，更多是关于法律的理论，而不是法律的实践和经验。

因为当时也没有多少实践的可能，最主要的原因还不是当时还没有现代意义上的法律职业，最重要的是当时中国社会仍然主要是一个农业社会，熟人社会。在一个很少商业，很少都市人口的社会中，法律很难找到其有消费能力的消费者。<sup>23</sup>因此这就很难有一个生机勃勃的法律职业，因此也就很难积累相关的法律职业技能知识。许多法律毕业生，无论是毕业于中国还是英美或德日，除了在大都市能有少量的法律业务外，大多成了国家的公务员，少数在学校任教。而所有这些都与法学的职业性相距甚远。法学的繁荣仅仅是法学话语的繁荣，法学教育的繁华仅仅因为法学教育停留在话语教育。

这种格局持续了一个世纪，但社会原因不同。20 世纪前半叶，因为中国社会的动荡，中国社会的乡土性。20 世纪 50 年代之后，中国开始工业化，但实行的是计划经济，这使得法律实务的社会空间没有扩大，而是日益缩小，甚至可有可无。个人、企业和单位之间的冲突都更多通过行政机构来解决。到 70 年代末 80 年代初，只有刑事法律和诸如婚姻纠纷才会诉诸法院。法学教育完全萎缩了，其实践特点完全被抹去了，留下的更多是当时的主流政治意识形态。

1970 年代末，“文革”结束后，法学教育得以恢复。但由于缺少法律职业的支撑，也缺乏较高素质的教师，因此法学一开始的重建依凭的仍然是传统的话语知识体制和政治意识形态

---

乔：《中国的师爷》，商务印书馆国际出版公司，1997 年，特别是第 4 章。

<sup>22</sup> 苏力“社会转型中的中国学术”，《制度是如何形成的》，增订版，北京大学出版社，2007 年。

<sup>23</sup> Robert C. Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, 1990; 费孝通：《乡土中国·生育制度》，北京大学出版社，1998 年。

传统。尽管从外观上发展起来了，但还是更多停留在话语层面。至少最初几年间，法学院的毕业生首先是填补了因“文革”等政治运动造成的高校、科研机构 and 政府部门相关人才的欠缺，少有进入法律职业的。少数进入法院检察院的，如前所说，也更多是作为在这些机构的行政官员；几乎无人进入真正的律师职业。

没有法律职业支撑，自然也就没有法律职业技能支撑的法学教育和法学研究环境。中国的法学院和法学研究很自然形成了更类似人文学科的传统。最先得到发展的法学部门中，大多是与传统的人文学科更相近的法学，例如法哲学、法律史，以及由于对外交往之需要而发生的国际法学，那其实是另一种理论话语。所有这些都相对远离法律实务，并构成了当代中国法律职业和法律职业教育发展的基本前提，不仅教材，而且是教师，教学方法，至今仍然制约着中国法学研究和法律教育发展。并且很显然，这种模式一定会挤压法律的技能教育的发展。一个明显的证据是，尽管美国法学院毕业的中国学生在出国留学的中国学生中数量最多，但由于这种体制原因，以及律师的高收入，因此很少进入法学院教学的，大多选择了从事法律职业。相对说来，去欧洲大陆国家留学的中国学生则更多选择了到法学院任教。

这不仅因为中国近代的法律变革从一开始就采纳了大陆法系，中国法学教育模式与欧洲大陆法系有更大亲和性；仔细分析一下，也还因为欧洲大陆法系的法学教育以及成文法传统也都更容易同中国传统的知识体制妥协和整合。大陆法系的教育模式本身就重视法律文本，而不是从法律个案，注重法律教义的分析，而缺乏针对具体案件和法律问题的分析训练。在英美法国家，至少有部分法律技能是在法学院一年级课程中掌握的，例如预习所必须的案件摘要，法律搜寻和法律文书。当然，中国的一些法学院也开设了“法律文书及写作”这类课程，但这类课程所关注的仍然以格式化的法律文书撰写为主，由于缺乏具体的法律问题和针对性，学生也很难从这种高度格式化的法律文书中获得对法律后果的理解，无法感受智力的挑战，因此很难激发热情和关注。在这样的知识体制中，学生很自然会更多选择那些相对更有

思想有挑战的学术性法律课程或非法律的人文社会科学的课程,拒绝那些相对刻板的技能性法律训练。

甚至中国高等教育出现一些整体上具有积极意义的重大转型也不利于法律技能的训练。例如,1990年代初开始的市场经济发展本应促使法律教育的转向,更加注重法律技能教育。但这一时期中国高等教育的另一个整体的重大发展,又冲淡了中国社会和市场本来对法学教育可能产生的重大影响。这就是1990年代中期开始的中国高等教育的转型,“科教兴国战略”之确定<sup>24</sup>促使各大学和法学院纷纷追求科研教学并重的大学,然后又转向“产学研”一体化。这一转变对整个中国的高等教育无疑是正确的,必要的,对中国社会发展也是及时的,有深远意义的。对法学院的发展总体来说也同样是积极的。因为法学作为一个学科是近代从国外引进,受到社会变革的重大压力,教育水平一直不高,在新中国更一直属于政法,有很强的意识形态色彩,法学作为学术非常弱,“法学的幼稚”不仅是其他学界,也是法学界许多人不得不认同的对法学的的一个基本评价,因此中国法学界一直更多致力于提升法学教育中的学术成分,到了1990年代中期更是成为法学院的主流,并且确实基本完成了法学的研究转型。但这对法学院的法律技能教育则有明显的负面影响。强调科研、项目和发表,以及晋升的压力,迫使教师更多关注以各种方式撰写和发表论文,暴露出诸多弊端,加上部分律师实务兼职,教师没有多少时间,也没有多少激励去关注根本就无法以外在指标衡量的技能教育。这种大背景使得法律技能教育不可能成为法学院的重要议程。因此,可以说,自1970年代末以来,整个中国的法学教育都一直更多在“学术”路上迈进。这在一些精英法学院中尤为明显。这种努力强化传统的知识体制,强调“理论”和“学术”,强调“科研”和“发表”,<sup>25</sup>而忽视法律技能。法学院的学生的理性选择也受到这个宏观知识体制的影响。

<sup>24</sup> 1995年5月26日中共中央总书记、中华人民共和国主席江泽民在全国科学技术大会上代表中国执政党和中国政府发表了题为《实施科教兴国战略》的讲话。

<sup>25</sup> 可参看,苏力:《也许正在发生——转型中国的法学》,法律出版社,2004年,特别是第1、2章。

## 五 . 社会需求与替代满足

不仅因为中国固有的知识体制,更广阔地看,法律技能训练的缺乏还因为中国社会没有太多的对法律职业的社会需求。直到1949年,中国社会基本上是一个农业社会,工商经济很少,绝大多数人都生活在熟人社会中。这至少在两个方面就大大限制了人们对法律职业服务的需求:熟人之间会形成自己的防止和解决纠纷的机制,农业社会没有足够的财力支付法律职业的费用。20世纪初引入的法学就在这种状况下持续了数十年,绝大多数毕业生并不从事法律职业,法律职业都集中在一些大的商业化城市。

1949年之后,由于政权的改变,法律职业发展遇到了更大的困难。革命就是首先要摧毁旧制度,在这个意义上,必须摧毁旧法,否则谈不上革命;<sup>26</sup>但法律一旦被废除,法律职业就没有了依据。但更重要的是计划经济体制以及相应的社会体制的建立,消除了必须通过法律职业来解决纠纷的社会需求。之前必须通过法律程序解决的纠纷,在计划经济体制下,主要通过行政和党的组织,通过其他社会机制解决纠纷来解决;这使得法律职业成了鸡肋,很难继续下去。事实上,在1977年甚至更晚一些,在中国事实上可能实践的法律只有刑法和婚姻法。在这种状况下,没有法律职业,因此对法律技能的需求就不可能发生。甚至法学的存在都成了问题。

即使到了1990年代,中国市场经济已经迅速发展,法学教育迅速扩张,但社会对法学院法律技能教育需求仍然不足。首先就中国社会整体而言,当时的绝大多数法律实务还相对简单,粗陋,并不需要太多的法律技能就能有效处理。绝大多数中国的法学毕业生即使选择法律实务,最初也很少单独独立处理问题,他们都会在工作岗位上,在有经验的律师指导下接受一段时间的学徒式培训。年轻聪明的中国法学毕业生也有能力,为了个人的发展,也有很大动力努力学习。久而久之,从业律师对非常廉价的中国法学毕业生因此并没有太高的预

<sup>26</sup> 可参看,《董必武政治法律文集》,法律出版社1986年,页45,89。

期。法律技能的教育实际上由法学院转到了律所或其他司法机构。这是法律技能教育供应的一个重要替代。

当然，也有高端的法律实务，例如涉外的经济贸易纠纷等，但中国法学院培养的法律人显然无力承担这类法律实务，不仅欠缺外语，经济贸易知识的欠缺，缺乏相应的法律技能以及法律职业伦理，甚至还包括出入境的便利程度。因此中方当事人，出于可靠性和效率的考量，往往会委托国外或境外的律所承担。外国或境外的律师和律所因此成了满足中国法律实务需求的一种重要的替代。

还必须注意，从理论上认为对法律从业者非常重要的一些法律技能，其实是对商业社会中的法律从业者非常重要。在中国社会的纠纷解决中，这些技能的实际用途并不像想象得那么大。第一，中国社会各地政治经济法治发展的不平衡，因此解决纠纷的方式事实上呈现了强烈的多样性，所需求的法律技能，甚至对法律技能的界定在不同经济发展水平的地区就会有很不同；不仅很难形成统一的法律技能概念，事实上还没有形成一个强烈相互认同的法律人共同体，对何为法律技能甚至有很大的分歧。在中国农村地区甚至内地城市从业法律，最有效的并不一定是商业化社会相对标准化的法律技能。例如，在司法中，关键并不一定是依法界定权利，而是调解，能够有效协调各种冲突，摆平各种关系。在这里，如果刻意追求和运用工商社会中理所当然的法律技能，不仅不一定解决问题，相反有时可能加剧冲突；不仅会被当事人排斥，甚至会被一些法律人排斥。<sup>27</sup>近 20 年来，司法调解的起伏就是一个重要例证。<sup>28</sup>而如果中国人在熟人社会或熟人之间的解决纠纷的方式能够起作用，那么这些方法就会成为法律技能的另一种替代。

甚至，这些所谓的“方法”还有与社会转型相伴随的大量明显违反法律职业准则的行为，

<sup>27</sup> 可参看，苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社，2000年。

<sup>28</sup> 在 1980-1990 年代，调解一直受到法学界的批评，并在司法中逐步衰落。但近年来，中国法院系统又重新强调了调解的重要性。可参看《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》（法释[2004]12号）。

包括腐败行为。所谓的法律人并不是抽象的，他们都首先是具体的现实社会中的理性人；很少有法律人仅仅为了使自己更像法律人而努力提高自己的法律技能。法律技能的对于法律职业人之收益的影响其实是边际的。在一种理想状态下，法律技能仅仅是在保证那些两可案件中获胜起到决定作用。因此，法律技能能够给法律职业人能够带来最大收益的前提是，这个社会中的法治是相对健全的，许多方面的规则已经明确，并且法律人在职业中的任何交往者基本都是严格守法的。在没有其他更大的获利方式的前提下，法律技能的提高才会变成比较收益最高的投资方向。如果一个社会还没有这样的整体的法律制度条件，如果那里还有大量的法律空白，或者文本上的法律没有空白，但在实践中的法律太多模糊性，不确定性，案件或事项的结果还更多依赖各类人际关系，幕后交易或桌子下的交易，利益交换甚至公开行贿受贿，而不是取决于法律技能，那么提高法律技能的比较收益就会远远低于在其他方面的投资。可以设想，人们就不会投资于法律技能，因为这不是最有效率的投资方向。即使是法律人也一定会在这样的制度环境下逐步转向投资人际关系，权力，甚至违规腐败的方式获得本来只能以法律技能才能获得的收益。这个道理很简单。一般说来，努力学习可以提高进入好大学的机会，会增加自己的收益；但不仅这种努力超过了一定限度之后一定是边际效用递减的，而且如果关系或金钱收买就可以进入一个好大学，随之获得一个高收入的工作，那么人们就不大可能花更多时间精力于学习，而只要可能就会注意投资于关系。因此，法律职业界的各种不轨行为、违规行为甚至腐败行为都在这个意义上对于法律职业人而言也是法律技能的一种替代品。不仅如此，这类行为自然也会进一步遏制了社会对法律技能的需求。而在我看来，这可能是遏制法律技能需求的最重要的社会因素。

## 五．寓意和建议

我相信，上面的分析已经表明，中国法学院的技能教育之短缺不是一个简单的教育者问题，而是诸多因素促成的。不错，中国确实缺乏因此亟待强化法律技能教育，但要真正有效

回答这个问题，并不是增加和强化法律技能教育就能解决的。这是一个社会转型中的问题。

但这个分析的目标并不仅仅在于展示问题发生的脉络，其中已经隐含了一些政策性的建议，同时也否定或至少会悬置某些看来天经地义的建议。

中国当然应当加强法律技能教育，从中国的角度强调，并且这个任务很紧迫。最主要的是，中国深入改革开放必定导致中国经济与世界经济的进一步整合，中国社会的城市化、工商化和陌生化也不可避免，因此对于法律服务的需求是巨大的。法律服务市场的扩展和开放的都不可避免。可以期望，在未来十年里，许多高水平的外国律师会以各种方式实际进入中国的法律服务市场。<sup>29</sup>如果中国法律职业人不重视法律技能，至少一些利润最丰厚的法律实务都会被外国或境外律所和律师所拿走，甚至会垄断。这就会严重影响中国法律职业的发展和水平提升，也会影响中国法学教育的发展。

但对策不应是反对外国法律职业界的竞争。我不主张用法律服务准入来限制外国律师和律所进入中国法律服务市场。无论从消费者的角度，还是为了尽快完善提高中国法律职业的水平，促进法律职业的分工，净化中国法律职业，我都认为，竞争总体说来都可能是最好的途径。但目标一定是要促进中国法律职业的长期发展和全面快速提高。如果外来的法律职业竞争最终导致中国法律职业崩溃，那就不仅会成为中国法律职业界的一个严重问题，甚至带来社会动荡。因此，中国法律职业的提升，包括法律技能的训练和增强，是必须的，也是不可避免的。

---

<sup>29</sup> 1992年5月26日，司法部联合国家工商局制定了《关于外国律师事务所在中国境内设立办事处的暂行规定》，其中第六条规定：“根据互惠原则，如外国律师事务所所属国允许中国律师事务所在其境内设立办事机构，则该外国的律师事务所可根据本规定，在中国境内设立办事处。”2001年12月27日国务院发布了《外国律师事务所驻华代表机构管理条例》，自2002年1月1日起施行。贝克·麦肯思国际律师事务所于1993年前获准在大陆第一个成立外资律师事务所代表处。此后，许多著名的外国律所已经以办事处或同中国律所合作等各种方式进入了中国法律服务市场。随着经济的持续高速发展，到2006年8月15日司法部第56号《公告》准予七家外国律师事务所和四家香港律师事务所在华（内地）设立代表处为止，共有156家国外律师事务所在中国内地设立代表处。它们虽不能对境内的法律问题出具法律意见书，但可以提供法律咨询服务。一篇具有某种官方政策宣示的文章，又请看，李仁真：“WTO与中国法律服务市场的对外开放”，《中国司法》，2004年11期，页25-26。

另一个要求中国法律职业日益关注法律技能训练的因素是中国的社会转型。我在前面用了不少笔墨分析了农业社会、熟人社会不太需要法律服务，也不一定需要太多与现代法律职业相联系的法律职业技能；但中国社会正在转型，农村人口正在急剧减少，城市化迅速发展，人口流动大大增加，这就表明中国正在变成一个工商社会、城市社会和陌生人社会，传统的人际关系会发生某些变化，因此一些原先在农业社会熟人社会不大适用的法律技能在新的社会环境中就变得日益重要。甚至工商社会还会使得投资人际关系的机会成本增加，比较收益降低，这都迫使人们不得不更多诉诸法律职业来解决纠纷，因此法律技能的比较收益会随着社会转型逐渐增加。

这两个原因都促使我得出结论，法律技能教育在中国社会中应当加强，必须加强，而且会趋向加强。

我说的是在中国社会，其中当然包括法学院，但并不必定在或只是在法学院。

理由是，第一，欧洲大陆法系国家的法学教育，相对于美国，也不是职业导向的，对法律技能的训练也不如美国法学院，但他们仍然有良好的甚至优秀的律师。这表明，法律技能教育并不是一定要有法学院来提供，是可以由社会上的其他用人机构来提供，包括律所。鉴于中国的法学教育要兼顾素质教育和职业教育，我觉得由社会，特别是律所来提供会比较合理。

而且可能也更有效率。第一，如果中国高等教育仍然是以国家投资为主，那么加大投资于法学院的法律技能教育，就总体而言，不是有效率的，因为绝大部分学生并不从事法律职业，不需要太多的法律技能。因此，这种投资会有相当部分是浪费了。其次，大学本科教育只有四年，花费太多时间于法律技能教育，必定侵占学生在其他知识能力培养上的时间投资，这有个机会成本的问题。第三，即使最关心市场需求的法学院也是与法律职业市场或相关就业市场隔离的，他们并不了解市场究竟需要何种法律技能，了解了也很难要求教员或选择教

员（想想教员的 *tenure* 问题）并促使教员有关贯彻法学院的教学方案和计划，因此法学院提供的技能教育有可能与市场需求有较大的背离。

相比较而言，由毕业生就业后的用人单位，无论是政府、企业还是律所，投资技能教育，会是更有效率的。这些机构都会根据自己的需求，考虑到成本收益，进行更有针对性因此一般说来也会是更有效率的人力资本投资。这些用人单位在法律技能培训时，更了解市场的需求，更了解自己的需求，也有更大选择余地聘请合适的教员来传授训练法律技能。第三，学生一旦就业，并且是自我选择的，那么他学习的积极性会更高，更有目的性。第四，尽管我说由用人单位提供法律技能训练，但提供这种训练的时间却不必然推到大学本科毕业之后，而完全可以在大学本科学习期间，地点则在校园之外，就如同美国法学院学生一年级之后在律所的实习一样。<sup>30</sup>

因此，我的分析结果也表明，加强法律技能教育，不可能仅靠或主要靠引进美国式诊所教育，或法学院加大相关的资金投入，招聘一些诊所教授可以解决的。这不是政府教育部门、大学或法学院自己作为主要推动力可能完成的。还是要相信市场，相信投资者的眼光，相信消费者以购买力表达出来的需求欲望。

这丝毫不能减轻政府的责任。如同我的分析中所表明的，政府在这方面的责任除了推动中国经济发展和社会转型，以此来增加社会对法律技能的需求之外，更重要的是要整顿法律职业的纪律，减少违反职业道德和腐败的从业行为，最大可能地减少以各种不轨、违规甚至犯罪形式表现的法律职业的不正当竞争，从而迫使法律职业人真正感受到投资法律技能是比较收益最大风险最小的投资方向，使投资法律技能的收益高于违反法律职业道德和腐败的收益。这是创建一个稳定、合理和对社会最具建设性的法律技能需求和供应市场的根本。

---

<sup>30</sup> 诸如此类的文献很多，可参看，K. Daron Acemoglu and Jorn-Steffen Pischke. “Why Do Firms Train? Theory and Evidence,” *Quarterly Journal of Economics* 113 (Feb. 1998): 79-119.

若上面的推论是正确的，我认为，与许多人的善良美好预期相反，<sup>31</sup>鉴于中国目前的社会制度环境，中国的以美国JD教育为模本的法律硕士教育至少目前不大可能取得美国JD教育的效果。

最后，尽管我强调了工商社会、城市社会和陌生人社会中法律职业的法律技能，但我们还是不能忘记，中国是一个政治经济社会发展不平衡的大国，农民仍然是中国人口的大多数，因此在很长时间内，农村和经济不发达地区的法律职业还需要一些与其社会环境相应的但并不符合我在此讨论的那些法律技能。因此，在强调法律技能教育之际，在随着中国社会发展逐步形成统一的法律技能教育的同时，中国法学界还是必须给与这些地方法律从业所必须技能给与足够的关注和研究，至少是某种宽容；不仅因为其有效，最重要的是其中有些与现代的法律技能是有相通之处的。<sup>32</sup>

2008-1-1 于北大法学院科研楼

---

<sup>31</sup> 霍宪丹：《中国法律硕士专业学位教育的实践与探索》，法律出版社，2001年；王健：“中国的JD”，《比较法研究》，1996年2期。

<sup>32</sup> 苏力：“透视中国农村市场的司法需求”，《制度是如何形成的？》，北京大学出版社，2007年。又可参看，电影《马背上的法庭》，导演：刘杰；演员：李保田/吕玉来/杨亚宁；编剧：王力扶，制片人：刘杰/徐小明，2006年；以及苏力对此文的评论：“崇山峻岭中的中国法治”，《清华法学》，2008年2期。