



國際法學院
SCHOOL OF TRANSNATIONAL LAW

2022年
ISSUE 01

STL 中国法

不止于STL, 不止于中国法

STL中国法

不止于STL, 不止于中国法

ISSUE 01

全观视野，法律视角
全球视野，中国视角



指导老师

曹斐 / 洪国盛 / 黄卉 / 茅少伟 / 谭佩华 / 吴奕锋 / 吴雨豪 / 张玮倩 / 钟小金

第一届编辑部成员

主编：（2019级） 卢晴

编辑：（2019级） 成崑端 / 李沁芯 / 刘璨 / 苏诺 / 张一凡 / 周也 / 朱思远

（2020级） 曹润青 / 杜晨晖 / 何科锦 / 何清仪 / 侯肃敏 / 胡金浩 / 胡景宣 / 胡琳婕 /

冷帅群 / 李泰然 / 李文 / 李欣悦 / 李周霖 / 林诗婷 / 刘国英 / 刘昊阳 /

刘星 / 祁心语 / 田凯锋 / 吴娜 / 郑羽

第二届编辑部成员

主编：（2020级） 何科锦 / 侯肃敏 / 李泰然 / 李文

编辑：（2020级） 胡景宣 / 冷帅群 / 刘昊阳 / 倪睿雯 / 田凯锋

（2021级） 韩续美子 / 蒋丽君 / 李安华 / 李可欣 / 李曼昀 / 李梦超 / 王邦宇 / 赵萌萌 /

赵田田 / 张洪浩 / 郑文迪

本期杂志的摄影作品由STL 2020级贺加贝、田青同学提供

Page 002

01
教育随笔

02
教授访谈

Page 046

教育随笔

02

一切意外都源于各就各位
—从立法主义到法律适用主义

Page 012

05

有用的理论、无用的理论与备用的理论

Page 030

01

北大STL法学教育的12345

Page 004

04

比较证据法授课后记

Page 024

03

量化的科研考核与无法量化的教育浪费

Page 018

06

案例法的理念与法学教育

Page 036

目录

TABLE OF
CONTENTS

北大 STL 法学教育的 12345

茅少伟

▶ 北京大学国际法学院助理教授

“

一种专业教育、两个学位项目、三项方法特色、四步教育阶段、五大课程类型

”

这两年，内外激荡、风潮交汇之下，关心法学教育的朋友明显增多了。“小透明”一样的北大 STL（北京大学国际法学院，英文名 Peking University School of Transnational Law，简称“STL”）也渐为人识。常有感到好奇的朋友向我问起 STL 的情况。也有朋友坦率表达对 STL 法学教育探索价值的怀疑，认为其过于独特，无法产生普遍性经验。

我不能赞同这种观点，但对如何阐述 STL 确实独特的教育模式，也颇感踌躇。忽一日得了点灵感，不如就从最基础的“12345”（**一种专业教育、两个学位项目、三项方法特色、四步教育阶段、五大课程类型**）谈起，“速写” STL 法学教育的理念与实践，也方便朋友们指教。

01

◆ 一种专业教育 ◆

第一点，STL 提供的是一种真正的**专业法学教育**。如果夸张一点，甚至可以说，STL 是中国大陆第一所、也是目前唯一一所致力于专业法律人才培养的法学院。

需要赶紧解释一下这个“语不惊人死不休”的“标题党”式表达，不然朋友都得罪光了——这绝不是说其他法学院的教育不“专业”，只是说，由于学生多元、目标多元，恐怕难以“致力”。而 STL 之所以能够“致力”，既源于教育理念和培养目标的清晰，也源于一个鲜明的“缺点”，即 STL 暂时只提供硕士阶段的专业学位教育（且以非法本学生为主），既没有法学本科，也暂无学术型硕士或者博士项目。

但也正是这一缺点，让 STL 得以聚焦于**专业法学教育**（professional legal education），**即以培养律师、法官、企业及政府法务人员等职业法律人才**（legal professionals）**为主要目标**。其实也就是法律职业教育，只不过，“职业教育”这个词在中文语境经常有更狭窄的意义（vocational education），因此称专业法学教育更准确（何美欢教授的法学教育名文标题就是《理想的专业法学教育》）。

在高等教育体系中，与**专业教育**相区分的是**通识教育**和**学术教育**。这三者自然大有关联，但也大异其趣。

传统法学院本、硕、博兼备，通常在形式上更重视本科教育，而在实质上更习惯于学术教育。本科教育是大学的根本，自应重视。问题是，**本科教育必然首先是一种通识教育**，对于综合性大学的法学院尤其如此（几年前我参加返校活动时发现，同级本科毕业生从事狭义法律职业工作的只占很小比例），**而通识教育并不以任何特定职业为目标**。

在本科有限的四年里，学生和教师都不得不面临通识教育与专业教育在目标、方法、素材等方面的竞争乃至冲突。在缺乏通盘深入思考的情况下，进退失据在所难免。

法学院的教授们首先是学者，实务经验或兴趣往往有限，更习惯、更擅长的是学术教育（法学硕士、法学博士）。这当然无可厚非。**事实上，在高等学校进行的通识教育与专业教育都首先是学术性的，重视共通性的思考能力和研究能力的训练。**

问题是，教授们更倾心的狭义学术教育，与他们关心或擅长的特定专业方向的内容及特定时期流行的学术

方法有关，而在核心法律技能的训练上经常并不完备，且显得过于迂回和间接。一个相关事例是，法学硕士细分了许多学科方向，但这些方向的划分经常只是反映了某种过时的学科区分传统，而与学生将来的就业选择并不相关；如果说这是一种储备及选拔学术人才的机制，其实也过于低效。

至于由于糟糕的科研量化考核，而使“生态环境”极度恶劣，导致教授、尤其是“青椒”们无法从容尽心于教学，那又是另一个大问题了，且容下回再叙。

由于学位项目的单一，STL 得以免于在教育目标和方法上的诸多犹疑，而能首先专心做一件事。正如其他国家及其他领域成熟的专业教育经验所呈现的那样，在实践中我们发现，**专业法学教育是一个深具传统、又与时俱进的完整体系，而不绝只是一些局部的拼凑。在这个意义上说，教育与教学不同。**

如果没有对法学教育目标与方法的整体思考和设计（我们还需要对此投入大量智力和精力），个别教师的尽心教学也只是杯水车薪。

02

◆ 两个学位项目 ◆

第二点，在同一种专业教育的理念和方法下有两个学位项目：STL 提供**完整的美国法 J.D.**（Juris Doctor）和**中国法律硕士**（Juris Master）**双学位研究生教育**。

这也是 STL 最特别、最常为人提及的一点——**STL 是中国、也是全世界范围内唯一一所将美国职业法学教育（J.D.）和中国法律硕士两种培养模式和内容相结合，致力于培养具备国际竞争力的专业法律人才的法学院**。其中，J.D. 课程以全英文授课，中国法课程以中文授课。

简单说，STL 的学生必须以两种语言同时学习美国法（普通法）和中国法（传统上受大陆法系的影响较大）。

一个经常被问到的问题是：学生们不会晕掉吗？我的回答是：实践证明，并不会。

学习美国法的意义及其对中国法学习的影响，还是留待学生来具体回答（他们当然也会有不同的体会和意见）。不过，这样的问题及其中显而易见的怀疑，其实代表了一种常见且根深蒂固的前见或者偏见，其中当然也不乏卓见。

大陆法系和英美法系通常被认为代表了硕果仅存的两个成功的法治传统和模板，后者则自然只能“非杨即墨”，非英美则大陆，唯有这两条路径可以遵循，或此或彼，非此即彼；且这两者差异巨大，只能择一而从，从一而终；而由于传统的影响，模板显然非大陆法系莫属。既然如此，为省时省力计，何必要学习英美法呢？这不得不说是合理的疑问。

这是一个最可以说来话长的题目，尽管这里只能粗暴地长话短说。上述流行观点建立在至少两重“错估”之上。

第一重，流行观点可能高估了大陆法系和英美法系彼此之间**形式差异性**的重要性，同时又低估了大陆法系家族内部和英美法系家族内部**实质差异性**的重要性，因此实际上“大路”远不止两条，且“条条大路通罗马”。

进而，流行观点也大大低估了两大法系的**共通性以及共通部分的重要性**——某种程度上，甚至可以说，西方法律传统有共通的“体”，而差异性不过体现了结合各个国家特点及历史偶然性的“用”。

第二重，流行观点大大低估了中国法律现状的多样性，大大高估了单一继受方案的可能性与必要性。事实上，无论是以四十多年、七十多年、还是一百多年为尺度看，**中国法律现代化始终是一个多重继受、多方影响、多因多果的复杂进程，历史与现实交织，妥协与激进并存，演化至今，已经不可能像白纸上作画一样接受任何单一的继受方案。**

更重要的是，法律深深嵌于其所处的特定时空之中，社会、历史、政治的现实，都意味着我们只可能以一种更包容、更回归根本、更有创造力的方式达致彼岸，而绝无可能照着哪个模板轻松“抄答案”。

如果上面的说法显得大而不当、流于空疏，也有一个更简单的说法：**请看看法律实践**。哪里是非此即彼呢？哪里有整齐划一呢？到处是活跃的碰撞，到处是快速的变化。

STL 的学生都知道，在我的课堂上绝不允许说“我们是大陆法系国家”这一类的话——不是因为我们是英美法系，当然不是——而是因为这些说法几无实际意义。有什么推论必须以这种说法开头呢？以前常有学生在作业里写道，“因为我们是大陆法系国家，所以案例不是法源”——无待深论也该知道，即便在我国案例确实不是法源，也绝不是“因为我们是大陆法系国家”啊！

以我们所处的现实，以我们所想达到的目标，实在不应该期待会有什么简单、立刻、现成的答案，而应持更开放、包容的心态，做更坚实、深入的思考。不如学习老杜的方法论：“别裁伪体亲风雅，转益多师是汝师”。自我设限，既不可取也不可行。

03

◆ 三项方法特色 ◆

第三点，中美两国不同的**法律传统和教育传统近距离碰撞**，使得 STL 的法学教育呈现出鲜明的特色，其中最突出的三项就是**跨国比较、交叉学科和案例方法**。

比较法在 STL 无处不在。

STL 的学生要同时学习中国法和美国法，有的经验是先中后美（法本学生原来已学过中国法，在 STL 开始学习美国法），有的经验是先美后中（非法本学生是先学习美国法，后学习中国法），无论哪种情形，都是非常独特的经验。其独特性不在于比较法本身（这显然是所有中国法学院都在使用、甚至滥用的方法），而在于大规模和普遍性。

对 STL 学生来说，比较法已经成为一种“日常”，一种“自然而然”和“不得不”。曾有来访的美国教授调侃、也是鼓励 STL 的学生说：要知道，你们比哈佛法学院的学生更优秀——因为假设你们的中国法跟哈佛学生的美国法学习得一样好，你们的美国法要比哈佛学生的中国法强得多！身处其中的老师，也不能不受影响——在研究上，也在教学中。

这一点当然也不能夸大，至少就目前来说，这种比较法还停留在比较浅显的“经验”层面，对比较法方法和实践的反思还远远不够，但这样的机会和潜力是可见的。

交叉学科早已是法学界的热门词汇，但到底如何做，在多大范围做，则疑问多多。

在多数中国法学院，精深或者肤浅的教义学仍然是主流，这也并非不合理。相反，在美国，以法律经济学为代表的法律与社会科学运动已经轰轰烈烈几十年，彻底改变了法学研究、法律知识和法律论证的面貌，自然也对法学教育产生了巨大影响。可以说，现在的美国法学，本身就是交叉学科的产物，早已“物我交融”，无法“独善其身”了。

STL的学生在学习美国法时，自然会受到这种熏陶，其中最重要的影响就是重视实质说理，而不能满足于概念推演。我们也一直鼓励学生要发挥法律硕士的优势，将本科专业的方法与洞见带进法律学习之中，这当然不容易，但是值得努力的方向。

在中国法这边，我们正在积极尝试法学学科内部的交叉，如由不同学科的老师一起上同一门专题研讨课。举例说，在环境法专题课上，由行政法老师讲授监管问题，民法老师讲授侵权问题，刑法老师讲授刑事问题，公司法老师讲授企业社会责任问题。

事实上，就法律问题而言，交叉才是常态，人为的条块切割多数只是一种习惯，为了一种便利，而不能真正构成有意义的制约。环境法、医事法、证券法这些高阶课程固然是如此，民法、刑法、行政法这些基础学科又何尝例外？中国法课程的这些尝试仍是初步的，但确实是我们探索和实践的重要方向，正如我们鼓励学生的那样。

案例方法的重要性更清晰明了。

美国法这边自不必说，学生最经常抱怨的就是“case读不完”。**判例阅读与摘要写作是最基础的训练**，而与判例及判例方法相适应的苏格拉底方法也是美国法学教育中最受瞩目的课堂方法（尽管出于多种原因，程度可能比想象中打些折扣，不仅STL，美国法学院也多如此）。

中国法这边，案例方法的使用其实也并不逊色，甚至更具多样性。

一方面，我们借鉴源自德国的鉴定式案例分析方法（在民法，即为更耳熟能详的请求权基础方法），开设了系列的案例研习课程（民法、刑法、公法等）。鉴定式案例方法近年来得到了许多关注，也取得了可观的成功，对教义学训练确有重大意义。

另一方面，我们也借鉴美国的案例方法，改进基础课的授课方式，引导一种观念和方法的更新。**这种基础课的案例教学方法试图打破两大法系在传统教学方法上的壁垒，灵活使用中国法的鲜活素材，更注重对事实问题的探究、对一手材料的阅读和对实质论证过程的关注，在体系性的知识传授之外，更进一步训练法律思维和技能。**

基础课的重要性不言而喻，这种大胆尝试——尽管范围还有待扩张——我们自觉意义重大，且深具信心，容有机会另做讨论。

第四点，STL的法学教育尊重学生的自主性，也注重**法学教育内在的结构性**，在四个衔接阶段（**通识教育、基础法学、方向选修、实践教育**）逐步实现教育目标。

STL的学制是出名（恐怕得说是notorious）地长：**四年**（无论法本还是非法本学生皆同；STL非法本学生的学习状态更具典型性，下面主要以此为例）。**这可能是中国乃至世界上最长的硕士学制了**。无论对此是深恶痛绝还是甘之如饴，如果选择了STL，这就是最先要面对的现实。

雪上加霜的是，STL每年的授课时间远长于一般高校。STL实行Quarter制（即每年包括4个小学期，其中3个11周长学期，1个8周短学期），每年有37个完整的授课周，而且“逢缺必补”（即凡受法定假期影响的课程，均须补足）。仅以法律硕士而论，甚或包括任何专业法学教育项目，说STL是中国大陆最辛苦的法学院，恐无悬念。

在这四年里，第一年主要是美国法J.D.的核心必修课（Contracts, Property, Torts, Civil Procedure等），初来乍到，英文案例和英文课堂一顿“狂轰滥炸”，着实让学生吃了不少苦头。第二年主要是中国法的核心必修课及少部分美国法课程。第三年是中国法和美国法的选修课。第四年，学生修满课程学分后开始实习、找工作及准备毕业论文。

以上只是粗线条勾勒，可能很多学生觉得有趣的恰是线条外的内容（如国际交换、海外实习、模拟法庭等）。

这四年基本对应前述法学教育四阶段的后三个阶段，即基础法学、方向选修、实践教育。第一个阶段即**通识教育**，主要是本科的任务；当然，这个任务通常完成得并不太好，原因众说纷纭，结果则无争议。作为一所硕士阶段的专业学院（professional school）性质的法学院，STL显然不适宜、也无能力提供完整的通识教育；相反，STL的专业法学教育是以通识教育为基础的。

当然，真正作为“基础”的其实还不是特定学科的知识（一般而言，经济学、政治学、社会学、哲学等学科的知识与方法对于法学学习具有重要意义），而是**通用的智识技能（intellectual skills）——简言之，就是批判性（critical）的阅读、分析和表达（包括口头表达和书面表达）能力**。这些基础技能之于法学学习的重要性一目了然。

不过，始料未及的是，**由于美国法教育非常强调阅读和写作，一年级的美国法课程某种程度上同时起到了通识教育的作用（当然不可能完全弥补）；从而，中国法教师在二年级遇上的，可能是平均而言受到了最好的通识教育的法律硕士学生**。显而易见的是，STL的学生更热爱阅读（无论是发自内心还是出于习惯），更喜欢、至少更不害怕提问题，更不满足于标准答案。

从不同学校来访的教授们都向我们证实过这一点：STL的中国法课堂可能是他们所经历过的最活跃的课堂。这真是有趣的化学反应，也正是教育的魅力。

在STL四年的三个阶段里，“**基础法学**”阶段最为重要，也最为特别。一方面，无论是STL的美国法（这是长期的传统）还是中国法（这是我们的改进），都无比重视基础课程；另一方面，**STL的学生实际上打了两遍基础：一遍美国法，一遍中国法。**

“**方向选修**”阶段目前尚比较薄弱。一个原因是我们选修课程的丰富性不够，导致在现有课程里能够盘点出的“方向”有限。另一个原因则可能跟学生的**心态与方法的“错配”**有关。

我的观察是，很多学生在一、二年级的时候把自己当成研究生，不适应这么高强度、高密度的本科式的（从强度来说，学生经常说是高三式的）基础课程学习；而到了三年级的时候，又因为惯性而把自己当成了本科生，未能以研究生的心态投入。

04

◆ 四步教育阶段 ◆

换句话说，学生需要在三年时间里，以两种相当不同的心态、状态和方法学习法律，确实不易（传统法学院里，法律本科接轨有专业方向的法学硕士模式，法学学习的阶段性更为清晰）。

“**实践教育**”阶段（最后一年）主要是对当下求职环境的妥协，所有法学院都对此一筹莫展，但从教育角度是否完全没有改进的空间，或也未必，容待后论了。

05

◆ 五大课程类型 ◆

第五点，无论是方法的呈现还是教育目标的实现，最终都要落脚到课程上。五大课程类型（**基础课、技能课、专题课、理论课、实务课**）的合理配置至关重要。

在五类课程中，STL 最重视、也最有特色的是**基础课**（学分量巨大）和**技能课**。事实上，如果我们近距离观察和比较美国和德国相当不同的法学教育模式，会发现对基础课和技能课的重视是它们具有最大共性的一点。

基础课里最重要的就是民法（合同、物权、侵权，还可以加上公司法）、公法（宪法、行政法）和刑法（及相关程序法），可以称为基础法学“三原色”。所有色彩斑斓的高阶法律学科都建立在基础法学之上（当然还必须加上许多其他的质料、形式等）。

既然基础法学是所有法学的基础，也就应当成为法学教育的基础以及法律人共通的知识基础，这道理实则相当平易浅显，却总是沦为知易行难。

技能课（skills）是指那些旨在训练共通性的核心法律技能的课程，而不必与更具体的执业领域或方法直接挂钩（区别于实务课程）。**这些核心法律技能里，最重要的无非还是检索、解释、适用法律的技能，包括法律论证和法律写作的技能。**

这方面美国和德国法学教育都深具传统，中国法学院的改革也方兴未艾。STL 中国法的特点则在于根据实际需求，试图融会来自不同法律传统的经验，创新课程的设置，例如既开设**鉴定式案例研习**和**法学方法论**课程（近于德国传统），也开设**中国法律检索与写作**课程（近于美国传统）。

专题课的说法侧重于课堂的形式和方法，即不必像基础法学那样（在传统上）更在乎知识传授的系统性，而可以或应该更多采用小班专题研讨的方式；就内容而言，则对应着各个方向的高阶课程。

在理想的情况下，学生可以在教师指导下，**于第三年在特定方向上**（例如金融交易与金融监管、知识产权与科技创新、涉外民商事法律争议解决等）**有计划、有目的地选修相关中英文课程，相当于修读一个一年制的迷你“法学硕士”**，成为某个小方向上更有自信的专家，同时也可以训练研究能力，为毕业论文的写作做准备。

理论课其实也可以算作一类特殊的专题课（即以研讨课而非讲授课方式开展，可能效果更佳），只不过其研讨的内容并非各高阶部门法领域（如证券法、保险法、环境法、医事法、金融刑法、国际投资仲裁法等），而是更具基础性、理论性的内容，例如法理学 / 法哲学、中外法律制度史与思想史、法律经济学、法律社会学等。

这些课程如安排得当，可以部分发挥通识教育的功能，并使具备更宽广深厚的理论视野，不可谓不重要。

实务课（practical）与**技能课**的区别在于，其一般以特定的执业领域或者方法为内容，这正是学院派教授

之短，而适合由具有实际经验的实务专家（如法官、律师、监管官员等）来讲授。

这方面，美国法学院同样深具传统，STL 的相关英文课程也比较丰富（尤其是中国法学院还相对稀缺的合同 / 交易文件撰写、庭辩技巧等课程）。中国法这方面的课程也在探索之中，例如我们曾邀请资深前法官讲授诉讼相关课程，邀请资深律师讲授非诉相关课程，效果颇佳。

在法学院的整体课程结构中适当引入**实务课程**（比例不适宜太大），作为“**实践教育**”阶段的先导，可**有效降低学生在校及求职阶段的过度焦虑或者盲目**。

对于专业法学教育的目的来说，**基础课和技能课**无疑最为重要（基本对应“**基础法学**”阶段），**专题课**次之（基本对应“**方向选修**”阶段）。**理论课和实务课**则可以适当关照一“头”（“**通识教育**”）、一“尾”（“**实践教育**”）。

师资当然永远是最重要的，但不同类型课程的妥当配置及其合理的结构化，对于专业法学教育目标的实现同样极为关键。

以上就是我眼中 STL 法学教育的“12345”。

能够看到这里的朋友，是法学教育的“真爱粉”无疑了。您可能会觉得我上面的描述过于理想化了。确实如此。

上述各点皆有所据，但与其说都是对 STL 现状的准确描绘，不如说同时融进了对现状的反思、对历史的回顾和对未来的展望，包含了对 STL 教育理想的描摹——当然也仅代表我作为一线教师的个人看法，希望不至于引起误解。

STL 当然不是法学教育的“理想国”，她只是有理想，却仍“无往不在枷锁之中”。

就现状而言，STL 在很多方面都存在明显不足。例如，两个学位项目之间的联系还比较松散，冲击和影响更多还是单向的（美国法对中国法）；在课程方面，有意思、有内容、有方法的比较法课程还太少，技能课规模和频率受限，高质量研讨课数量不足；学术型博士项目的缺乏导致生态的单一，对教学科研（尤其是师资招聘）有显著负面影响；等。STL 在很短的时间（2008 年创建）里取得了绝对不俗的成绩，同时也一直面临巨大的困难（对于任何熟悉我们这个行业的人来说，这都不难想象）。

从另一个角度说，STL 作为法律教育机构和科研机构的真正潜力还远未充分实现。STL 始终处于发展变化之中，在发展中暴露问题，在变化中孕育希望。

我们仍然拥有信心，拥有期待，也拥有校内外许多宝贵的支持，尤其是来自学生的信任和支持。事实上，我们的“迷之自信”主要来源于学生。在 STL 的四年学制下，非法本学生学习中国法的时间满打满算不会超过两年，但一些学生完全达到了我所见过的中国最好法学院里最优秀学术硕士的专业水平。

这或许意味着我们一定做对了什么？——学生倒也慷慨大度地认可我们这种过于厚脸皮的想法，并鼓励我们继续探索。

为了这继续的探索，今天先把旗帜（flag）立起来。一方面是希望关心我们的朋友看到，尝试回答一些曾被问到的问题；另一方面是期待朋友们的帮助、监督和批评。这第一篇介绍既是一个引子、一个绪论，更是一个诚挚的邀请——邀请您的关注和参与。

毕竟，教育是一个公共的事业，也是为了公共的事业，无论如何我们都是其中的一部分。

一切意外都源于 各就各位

——从立法主义到法律适用主义

黄卉

▶ 北京大学国际法学院教授

“这偶然和必然，好像正符合一行介于流行和不流行间的诗句：‘一切意外都源于各就各位。’”

作者按

“STL 中国法”公众号新开张，少伟点名要“各就各位”这篇。

“各就各位”是写于 2008 年的旧文，当时刚出北大博士后站，德国法学教育的“法官培养模式”及与之相匹配的法律适用导向的教研风格（如长年累月的鉴定式案例分析训练）和国内法学教育的“目标涣散”（尤其不重视法律适用）反差太大，就写了这篇小文。有几位好友预先看到了，尽管都同意法学教研应该加强法律适用技能的传授，但基本认为作出“三到五年，法学研究和法学教育会全面转向规范法学，从而高度重视法律适用”的判断是因为我还不了解国内情况。我对自己的观察和判断很自信，事实证明自信得挺有道理，因为 2010 年已经呈现了明显的转向趋势（比如我们宪法学界开始了规范宪法学和政治宪法学的大辩论），应该说这个进程还在继续中。现在想想还挺开心。

原文发表在《读书》2008 年第 11 期，2015 年用作小册子《法学通说与法学方法》的“代序言”时作了些许文字改动，这次又作了个别字词的修订。十多年过去了，现在回看这篇小文，内容基本还成立，只有一小段话看着扎眼：

“可是，概念法学和我们有什么关系啊？我们的问题真的是因为拘泥法律概念或者迷信所谓的法律体系的封闭性所造成的吗？还是正好相反？也许有必要挑明，概念法学和概念是两回事，概念法学在耶林时代就被反掉了。”

这段话已经不符合我现在的认识了。通过这些年的案例研读和学术研讨，发现我们其实太概念法学了：我们可能确实不迷信法律体系的封闭性，但却十二万分地拘泥法律概念（不管有没有搞清楚概念）；概念法学作为法学理论可能在耶林时代就被反掉了，但一百多年后的我们，怎么说呢，一句话，就是“太概念法学了”。这个当然需要详细分析和论证，也想谈谈这些年对德国法教义学模式的反思，但等下回吧。

黄卉

二〇二一年三月七日 深圳·教师公寓

曾经在和学友交谈中说我们可以预言一下，三到五年，法学研究和法学教育会全面转向规范法学，从而高度重视法律适用。若干个月以及一年前，我们也说过这样的话，但不是说三五年，而是类似“五年之后规范法学问题就会明朗了”。学友认为我天真得可以。近些日子，看到贺卫方教授的一篇讲话，反复论说的一点就是“保证法律正确实施的问题是当前最迫切的问题”，其实是说，法律适用比不停立法重要得多。也许这是一个不大不小的契机，敦促法律工作者思考一下，法学从立法主义（立法论）转向法律适用主义（解释论）的时刻，是否已经到来。

美国圣路易斯安娜大学法学院的一位名叫南希的教授曾经访问华东政法学院。她擅长国际税法，到处讲学，对我国的税法很有一套看法。有一次一起喝茶，我吃力地说着英语，毫无知觉地时而妄自菲薄，时而纵容自己的民族主义情绪。南希说话也常激动，我们隔着茶几坐着，倒也相安无事。不知怎么她问我如何看待我们的税法，

我一窍不通，但沉着应对，说我们的法制建设还刚起步，税法过于简陋，基础框架还没有搭建成型，诸如此类。

正惦记着自己的英语语法，只觉得体态丰腴的南希猛地越过茶几向我倾过身来，凑到我跟前，慢慢地但重重地说：你们的法已经够多了，重要的是要认真对待（我还记得“enough”和“take seriously”）。她长篇大论，但总结起来，好像就是说“**保证法律正确实施的问题是当前最迫切的问题**”。

那是1993或1994年，肯定是夏天，因为南希穿了一条深蓝色的连衣裙，当时惊讶她能找到如此合体的衣服，衬托得她胖而威严，很羡慕所以印象深刻。20年的时间过去了。我想，至少有百千个外国专家在我国各地的众多法律场所，重复表达过这层意思。我们好像听不进去，或者听不懂。所以，贺教授在盛大的告别演说中提出要重视和正确适用法律，听起来还这么新鲜。

规范法学或者法律适用主义不能统领法学研究和法学教育，有着若干理由。第一项可以归结为立法惯性抑或立法迷信。三十年前重建中国法制时没有可依之法，也许因为路径依赖吧，或者直觉告诉我们此地没有生长英美判例法系统的土壤，所以老师一辈的法律工作者毫不犹豫地踏上了清末开辟的大陆成文法系的征途，大举立法。反正条条大路通罗马，何况考察我们帝国时期的法律传统，还是更接近这一法典编纂体系。只是，立法却无法着急考虑如何使用（法律适用），或者适用一遇到问题就呼吁重新立法，这有些费思量。

成文法律是凡人生产的文字艺术品，人生和社会有多复杂，它就有多复杂。向它乞讨是非曲折的标准，只在少数情况下才像使用傻瓜相机那样摁下按钮就行了，多数时候，它是一架有年头的、新旧装备齐全但配置不一定合理的手动相机，只有傻瓜机经验的使用者不一定能照出清晰的照片，但职业人员用它挣口饭钱是不成问题的，而且一旦遇上高明的摄影师就可以拍出高端的作品。**无论怎样的式样和品质，任何一部法律相机都价值不菲，所以使用出了问题，第一个反应怎么着都不该是弃之另购。这关乎成本。**

成文法的基本特征和最值得称道的地方，是它对千姿百态的人、事、物关系进行了高度概括，意在覆盖尽可能大的适用范围，此谓成文法的高度抽象性。但是，那些被生硬削剪掉的事件细节——它们是生活的褶皱，是空气——往往对法律裁判更为重要，狠下心弃之不顾，实在是成文法的先天不足。于是，法律适用需要一册详细的、活页形式的使用说明书，帮助读者还原被抽象法条隐去的具体，同时不断添加使用者的新发现以节省后来者的使用成本。

我们现在的法律说明书太简陋了，必须承认，很大一部分是因为我们直接搬来了别人的抽象，但没能搬来将抽象还原具体的机关。立法永远解决不了这个困惑，此处的他山之石是大陆法系的判例制度（注：判例不是判例法系国家的专属工具），用一个个活生生的个案裁判来揭开成文法的抽象盖头。我国“二五”司法改革纲要确定下的、正在建设中的“案例指导制度”，当是它的一种变形，虽然从观念到方案到局部技术尚未明朗，但无须怀疑，法律能否被正确适用，法制（治）能否最终大功告成，关键就在它了。

法律适用主义遭遇嫌弃的第二个原因，可能与部分学者的概念法学迫害妄想症有关。我们的立法模式尤其民法受到了以德国法为主的大陆法系的巨大影响，法律基本架构由若干核心概念、原则和机制（institutions）——后两者也都是概念——搭建而成，然后依次找寻下位概念，一边伸展一边结构。如此立法斥之为“极抽象”委实不算冤枉。不少学者认为借助这样的法律体系是一种错误，搬弄法条以求司法公正仿佛缘木求鱼，最后少不了推演出法律适用主义实在是中欧洲概念法学流毒太深的结论。

可是，概念法学和我们有什么关系啊？我们的问题真的是因为拘泥法律概念或者迷信所谓的法律体系的封闭性所造成的吗？还是正好相反？也许有必要挑明，**概念法学和概念**是两回事，概念法学在耶林时代就被反掉

了。可是概念法学的失势不等于概念的取消，纠正关于法律封闭性的认识偏差不等于放弃追求法网的周密和平衡。没有经历概念法学洗涤的英美法律也充斥着概念，诸多法律领域最后还要投靠立法进行统筹，这就是有力的脚注。其实，纳入我们法律体系的那些基础概念，即使再复杂，经过上百年的解析后也就复杂不到哪里去了，反之，再普通的词语一旦被锤炼成专业术语就再也不普通了。

那些在法律基础概念和规范面前束手无策，从而迁怒在本地从未真正践行过、在外地早已不存在的概念法学的法律人士，若不是缺乏必要的“技术理性”，便可能是陷入了法律逻辑判断和纯粹价值判断之间非此即彼的思维误区。法律适用不是就着明确的法律规范和法律事实进行简单的三段论推演，而是先要寻找合适的法律规范（大前提）以及裁剪出用以涵摄的法律事实（小前提），**这是一个需要不断坚守法律又不断判断价值的、集专业和良心为一体的过程，既需要相关法域的法教义学知识（部门法理学）和法律解释技术（法学方法论）的支持，同时又需要听从发自内心的正义之声的召唤。**此两则的平衡术，就是法律人安身立命的手艺活，想达到炉火纯青需要经验，但想充盈法治之精气神，便更需要逻辑，法律之逻辑。

此间最为困难的是，**要在两则价值冲突的法律规范间作出非此即彼的判断**——司法两造之争，中国特色的法律秩序可以鼓励但不能强迫调解以制造和谐。价值多元、观念流变时代的规范选择，有“开先河”之用，它永远不可能让所有人满意，这是价值判断固有的瑕疵，怪不上法律概念的艰涩，好比医生治不好病不在于他用拉丁文开了处方。

概念、法律特有的组织结构，都只是修筑规范、编织法网的工具，它们消除不了我们法律取舍时的犹豫，但也不会阻碍我们破釜沉舟，鱼和熊掌不可兼得，该断时则断，这个道理在我们的血液里。现有大部分法律——如果不是全部——应当被视为记载了民程序下的价值选择，这些用日常语言作出的价值选择（法律政策）经历了智慧和利益的交锋，经历了时间沉淀，不会仅仅因为经过一道法律概念的编码和结构工序，即所谓的法律范式转换，便骤然失效。

法律人员需要做的是，掌握抽象的法律条文背后的价值选择以及它们是如何分散到各种概念和结构中去的。只有这样，才能分清楚法律适用遇到障碍时，困难在于自己缺乏技术理性，还是在于法律判断难以八面玲珑、取悦各方。尽可能依法行政、依法裁判，这是法律实践者的底线原则。法用来设防鲁莽的正义和弱智的善心，提示安定和规律是一种惬意，一种退而求其次的、不高级但并非不高明的不得已。这种适可而止的谨慎，学名就是法制（治），是国人百余年来革命性选择，背弃它需要一场同等规模的革命，或者反革命。

当然，如果利用法律概念的抽象性在进行范式转化过程中移花接木，不当地置换了价值选择，法律概念的编码和结构技术当然负有责任。这种情况可能存在，至少若干年前的《物权法》草案宪法危机，就是因为晦涩专业术语下可能暗藏国有资产流失机关而闹得人心惶惶。幸好结果是，《物权法》经修改后照旧出笼，质疑者的意见，无论采纳与不采纳的部分，证明均与复杂的概念无关。

如果我们相信法律传统和法律文化的力量，法律技术这些雕虫小技怎么可能抵挡历史选择和历史潮流。再说，对于艺高胆大者，破、立均在一瞬间，只要时机合适，既有法律规范（包括死板的法律概念）就会背过身悄然隐去。短时间的不恰当的得逞，我们不妨用“存在即合理”的逻辑，聊以自慰。

法律适用主义推广不了的第三个原因，在于我们缺乏积攒法律适用经验的机制。这是一个浩大的工程，连接着成熟经验的传授（法学教育）、试验性经验的公示（个案裁判的公开）、新经验的评析和总结（规范法学研究）和经验法源化（立法修法）等诸多环节。这些都是基础环节，都是问题。可以明确的是，用抽象界定抽

象是到不了正确适用法律之彼岸的，法规范只有在法律适用中才能被真正掌握。年轻的的法科生如果没有经过系统的（不仅仅使用简单的教学案例，或者对媒体案件有一搭没一搭地评述、最后不了了之）案例分析训练，怎么可能还原生活的丰富，又怎么能全面掌握规范允许的、可能超出立法者预设的内容呢？

文字的不确定性时时刻刻挑战着法律适用者，法官、律师以及介入具体案件分析的法律专家们，在**规范和案件情节**，在**直觉（法律先见）和专业尺度**之间流转往返，每一次裁判都是**逐渐接近隐身于抽象背后的规范之具体的过程**。然而，由于我们的裁判文书推崇极少主义风格，不习惯记录法律判断过程中法官们如何寻找和选择合适规范，如何（尤其在疑难案件中）进行价值和利益衡量，如何拒绝或者采纳当事人证据，以及所有这些的依据和理由，所以个案裁判（甚至包括那些轰动性的媒体案件）所取得的艰难的进步和遗留的问题，都随着书记员卷宗归档封存起来。下一次法律判断重头再来。

要知道，某一法律规范的内涵、外延，通常不是通过一两个个案判决就能完成的，它需要持续的、或叠加或补充或纠正的一系列司法裁判，才能逐渐清晰。**如果没有系统出版个案裁判文书并籍此修筑判例制度的平台，法律职业共同体除了在法规范砌成的抽象围墙内困兽般打转，或者越墙遁入邻界学科后回身踢上几脚，可建树处实在不多。**

解析个案裁判得失的功课，非法学界莫属。其一，狭义或者主干法学（Jurisprudence）原本就是关于规范使用的科学，立法（规范）是必要步骤但不是目的，更何况，补充和更新立法须得立足于充分把握既有规范之得失——这只能通过具体适用才能发现——否则法越立越多，也越来越乱。**其二**，让被计时计件工作制压得喘不过气的司法裁判机关反思自己的裁判，在时间和精力上都难以保证，遑论对整个司法系统的裁判作横向纵向的分析和总结，甚至比照外国相关咨询。

数量可观、由国家财政支持的法学界，与其忙于制造“丰富的法律理论脱离丰富的法律实践”的学术景观，倒不如踏实一些从具体个案裁判入手，探寻既有规范所承载的内容是否被恰当地践行，若不恰当则询问理由如何，属于恰当的内容被不恰当地理解，还是不恰当的内容被恰当理解或者根本无法恰当理解后得出了不恰当的结果，如若后者则需要反馈立法机关。如此一来，既服务了执行“有法可依”任务的立法机关，也关照了履行“有法必依”任务的裁判机关。论文照写，成果照出，没有冲撞既有的学术游戏规则。因为着眼于真实案件的法律适用关系到了具体的人、事利益，学术议论的水平容易分得清高下，也许顺带着还能改变目前的“只会数数、不会看人”的学术评价体系。

研究规范晋级不了规范法学、法律适用晋级不了适用主义的第四个缘由，在于关乎法律解释、补漏和续造的法学方法论研究还没有成气候。法律实践者其实无时不刻运用着各种法学方法，比如法解释学中的诸如文义、系统、历史等各种解释方法运用非常频繁，但法学迄今没有整顿出名称统一、适用相对稳定的规则。

这是一个复杂的技术问题，不容易用三言两语打发，这也是第二位问题。**第一位的是观念和出发点问题：法学到底有没有自己独特的、主攻法律解释的学科方法（狭义法学方法）？**对于没有能力或者（暂时）不愿意突围形式主义思维的规范法学者，回答只能是肯定的，不仅因为这是法学成为独立科学的前提条件，更重要的是，它有着不可推卸的、而其他学科又不可能承担的任务，即确保法律的稳定性和可预见性，最大可能地接近同案同判的司法正义。

目前的法学在宏大叙述和实务琐碎两极附近游荡，主要原因是法学理论受制于其他学科（哲学、经济学、社会学、政治学甚至行政学、行政管理学，等等）的言语控制，研究者感受到其中的精彩和高明，但缺乏将其

转化为法律思维的能力，这是一极。另一极的情况是，还没有找到途径建立规范、尤其竞合规范的适用规则，于是，观点对峙者在一大堆与个案裁判有直接或间接关联的法规范群中分头找出自己需要的规范，互不认账。

本来对法学方法将信将疑、性格自由的学者，就可能因此得出规范法学、法学方法论无用的结论，转而经营“纯粹的”——多少有点横空出世、染有人治气息的——价值判断。严重者，以为法制（治）的价值判断和人治的价值判断没什么区别，法学方法最多用来粉饰判断的非法律性。这算黑色幽默吗？让人转不过弯来，让人绝望、窒息，苦中作不成乐。这当中有高明的洞察力和华丽的词藻，刺激和诱惑着法律人士尤其年轻学子的雄心和想象力，不甘平庸、不服任何约束的个性及时而恰如其分地给出警示：**我们不能邯郸学步，不能莫名其妙，不能固步自封，更不能在需要大原则的时代过早地堕落为技术的俘虏。**

但还是要说，**法学尤其法学教育的核心和尺度在于培养法律工作者的法律实践技能，法学方法就是敲门砖，就是法制（治）得以区别于人治的机关，它左右我们从“rule by men”转向“rule by law”再转向“rule of law”**。既然法律归入实践科学，它的方法当来自实践服务于实践，别无其他。也许——如果能者多劳的要求不算太冒犯学术自由的话——应该央求那些信赖和专营法律解释学的学者，不妨暂时稍稍克制一下研究所谓的法学方法本体论的兴趣，张望一下思“法学方法”若渴的、嗷嗷待哺的司法实践。

前两天和几位朋友又谈到规范法学和法律适用问题，谈到法学和其他学科的分界。我拿自由举例子：法学的自由问题，就是我们有没有深更半夜在这里喝酒的自由？孤男寡女有没有坐在这里喝酒的自由？父母有没有扔下幼儿独自在家跑来喝酒的自由？酒吧区十点之后有没有继续高谈阔论、觥筹叮当、大声喧哗的自由？规范法学面对任何高屋建瓴、天马行空的高论，最后都要回归这些简单而具体的问题。

单件人事问题，裁量空间很大，经验、常识、悟性（“自然理性”吧）和国人的一团和气，便能安抚人心解决问题，然而一旦涉及三方、四方、五六七八方当事人，以及他们背后的意志顽强但立场南辕北辙的利益团体，外加司法起了依法裁判、同案同判的司法正义念头，可此可彼的限度便骤然缩小，无限扩大的是太多的不妥、太多的不平衡。纵然如此，法律裁判者依然须在限期内果断决定——可能倒置的——是非，这是法律的宿命，法学奈不得它何。**唯有法学方法，可以妥帖其中的正当性，抑或不正当性。然后才好顾及其他。**最后，有自由留下的继续喝酒，没有自由的，该罚款的罚款，该拘留的拘留，该回家的就护送回家。

不能企望一蹴而就。我们能做的，无非把不得不的概念和抽象把握住，把不得不的法学方法条理清楚，把不得不的判例制度（“案例指导制度”）建设好。这谦虚的志向，至少也得几代法律人员的努力才能见到成效。不能不着急，也不能太着急。我们的工作不是在一张白纸上作画，也不是给一张上乘国画装裱，而是在一张已经被涂鸦的画纸上再创作，那些不堪的笔触遇到妙手就能回春。万事俱备，才能借机东风。**这偶然和必然，好像正符合一行介于流行和不流行间的诗句：“一切意外都源于各就各位。”**

二〇〇八年八月二十五日 北京·方庄

二〇一五年五月十四日 北京·北航如心楼

二〇二一年三月七日 深圳·教师公寓

量化的科研考核与无法量化的教育浪费

茅少伟

▶ 北京大学国际法学院助理教授

“

现代高等教育与传统高等教育呈现出极大的不同：一是更重视可规模化的‘言传’，而非适于小规模‘身教’；二是更重视知识、方法的传递，而非人生意义、道德价值的传达。

”

近年来，有关“青椒”（高校青年教师）困境的报道不时见诸报端和网络，其中不乏事理兼备的深入分析，引起圈内人的无限唏嘘，但似乎始终无法“出圈”（关注度远不如互联网大厂员工的996困境），触及更广泛的人群，引发更热烈的讨论。

我猜想，至少有两层原因。

第一，对公众来说，高校/学术界仍是一个自带光环的“小世界”，成功“挤”进去的年轻人，已经处于社会上较好的位置。这里固然存在一些误解（比如关于“铁饭碗”的过时想象），但不得不说——从更大社会范围看——也的确是实情。明乎此，“青椒”的委屈未免显得有些“凡尔赛”，甚至“不识大体”了。

第二，即便对“青椒”的真实困境有所了解，知道他们绝非“无病呻吟”，确为不平则鸣，人们仍然可能觉得，这只是属于一个少数群体的困难，而与社会上绝大多数人无关。这些顶着博士头衔的年轻人难道不早就应该知道，“所有命运赠送的礼物，都已暗中标注好了价格”？

第二点可能更为重要。多数报道更关注“青椒”困境的成因与表现，而对后果的阐发不足。事实上，**这些困境绝不只是“青椒”的，更是整个社会的，其负面后果至深且巨。**

01

◆ 量化科研考核与残酷的学术规律 ◆

“青椒”的压力之源主要有两方面，一是经济、生活上，二是科研绩效量化考核（及“非升即走”）体制。前者在一、二线城市更为迫切，后者则更具普遍性，大多数学者深恶痛绝、感到“天下苦秦久矣”的也正是后者。

然而，量化考核对许多行业是司空见惯甚至理所当然的，为什么学术界却应该例外呢？这可以从**供给端**和**需求端**两个方向稍加解释。

从**供给端**来说，这与学术“生产”的机制与动力有关。

好的学术来源于好的研究，而真正好的研究是兴趣、激情、耐心和能力的产物，经以时间酿造而成；它主要是自我驱动、内在驱动的；其生产过程包括人力无法粗暴改变的机制（例如自然的酝酿时间及其中的灵光乍现）。它不仅是个物质过程，因此需要物质的投入；同时更是一个精神过程，需要一种合乎其目的的精神状态。

因此，好的学术绝少是外界压力的结果，也不是“管”出来的。当下以限定时间的数量化管理为特征的科研考核体制，其着眼点却并不在于“科研”，而在于“考核”，也就是管理，种种指标的设置主要都是为了管理的便利。

但即便从管理的角度看，这套考核体制有时也实在粗糙地超乎想象，比如竟试图把不同性质、不同特点、不同发展阶段的诸多学科在量化考核的统一指挥棒下“熔于一炉”，实在“勇气可嘉”。

这当然违背了基本的科研规律，伤害了良性的学术生产机制，挫败了年轻人纯粹的学术热情，造就了急功近利的生态。在量化考核造就的这种学术生态下，兴趣、激情和耐心均被抑制，时间的自然过程被破坏，粗放、同质化的学术生产成为常态——因为这才能“多快好省”，是参与者（无论是考核者，还是被考核者）的“理

性”选择。

这种“理性”选择造成的伤害是巨大的。首当其冲的虽是学者个人，而真正受害的却是学术本身，进而是学术的终端“消费者”，也就是社会。

所谓“为学术而学术”主要是指不能以功利、切近的外在动机粗暴干涉学术生产的内在规律（“规律”的意思正是说，如果你任意违反，一定会遭受“惩罚”）；而绝不是说学术没有社会功用。恰恰相反，学术的社会功用是巨大的，对现代社会生成和发展的作用更是关键性的。

从需求端来讲，我们需要好的学术，甚至比从前更迫切、更大规模地需要好的学术研究。

然而，学术内在的一个残酷规律正是，质量远比数量重要；学术研究从不遵循平均主义。

不妨也赶个时髦，模拟“量化”一下这种质量与数量之间的失衡有多大：一个第一流的学术研究（我们假设体现为一篇论文），其意义和价值可能远大于一百篇第二流的，而又远大于一万篇第三流的。即便我们美其名曰，数量代表着积累，那也得这些“积累”包含了内在的、哪怕是微小的进步，从而导向一种在质量上的突破（scientific/academic breakthrough）。否则，这些数量只意味着原地踏步，意味着巨大的财力和生命的浪费。

大学主事者面对这样的诘问也可能感到委屈。这样的“管理”需求很大程度上是外部形势的要求，因为对大学发展甚至生存至关重要的各种资格评审、学科排名、（尤其是）经费保障等都与那些量化指标直接相关。

“巧妇难为无米之炊”——为了“米”，大家只能都委屈一点，不然能怎么办呢？

掌握“生杀”和“柴米”大权的教育主管部门可能也有本“难念的经”：不量化，如何考核呢？如何区分呢？

这里的问题确实很复杂，有待深论。但有一点是清楚的，学术的“难以评估”并不只是今天的问题，也不只是我们的问题，看看别人怎么做的乃至我们曾经怎么做的，不难得出一些有益的结论。例如，**作为制度的学术评价，说到底是由人而不是由数据来做决定，因此这实际上是个学术伦理问题，是个负责（accountability）问题。**

那为什么好的学术伦理无法建立，无人敢于负责呢？不是很值得人们深思吗？



02

◆ 无法量化的教育浪费与高校之困 ◆

话说回来，应当承认，凭借庞大的科研队伍和巨大的资金投入，就总量乃至质量而言，过去几十年我国各方面的科研都取得了极为可观的进步，尽管我们相信原本可以取得更大、更高质量的进步——但这样的假设或者推论并不否认前述事实。这些进步自然大大削弱了对科研考核体制的批评。

然而，一方面，今天对学术研究质量和创新性的需求已不可同日而语，以前那种粗放式的发展难以为继。另一方面，更间接、因此更隐蔽，但值得警醒的是，**这种劳动密集、效率低下的粗放科研体制造成的更大浪费，还并不在科研，而是在教育上。**

这就涉及科研与教育机制的一个重大差异。如前所述，科研/学术具有残酷的“优胜劣汰”属性。一流的研究绝非二、三流的研究靠数量堆砌即可媲美。反过来也可以这么说，二、三流的研究，一方面意义有限，另一方面彼此之间的可替代性极强。

有志于学术的“青椒”们其实都理解这一点。因此，如果条件允许，他们绝不会急于“输出”，而首先希望更多“输入”，持续学习和积累；然而条件不允许，他们也就不得不赶着“输出”那些他们自己也知道意义有限、甚至毫无意义的“学术成果”。毕竟，先得谋生存，才能谈发展。

那么，教育与科研有什么不同呢？**在于个体的“人”的重要性。**在催逼为之二、三流学术生产中，产品的同质化和可替代性意味着“人”的重要性、存在感、意义感大大降低，毋宁说异化成一种按照标准流程工作的机器。而教育则不然，教育始终与个人密切相关。

我们以教科书这种特殊学术成果为例。一本有典范意义的教科书出来后，几乎是“此书一出，余书尽废”，这是学术“竞争”的残酷一面；但还有另外一面，即学术成果的公共性，“此书一出”即成公共产品，不仅作者可以使用，其他教师、其他高校也同样可以使用，这正是学术研究社会意义的一种体现。

即便如此，教师的作用、课堂的作用却仍然不可低估。否则，在学习资料到处可得的今天，为什么还要上大学呢？即便为了学历上大学，为什么非要把大家集中到同一个实体空间呢？远程教学、视频课程不“香”吗？

新冠疫情一个无意的副产品正是大规模的“网课”实验。其效果如何，还有待将来更深入、全面的研究；但普遍的观感是清晰的，恐怕很少有人认为“网课”可以完全替代真实的课堂。

教育过程深刻存在于具体的时空之中和具体的个人之间，就此而言具有不可替代性。

这解释了为什么大学排名一项关键性的指标正是“师生比”。这也就解释了，为什么那些向现实做了妥协，却仍然焦虑不安、无法安放那颗被损害的“初心”的“青椒”们，在受访时纷纷表示他们宁愿多投入于教学，而从教学中得到的乐趣和成就感也更多。

可惜，形格势禁，“青椒”们并无法从容尽心于教学。在很多前辈看来，选择投入教学是一种“自我逃避”、“自甘冒险”，甚至“自暴自弃”。更可怕的是，通过消极遏阻（主要基于科研考核的“非升即走”）和积极激励（主要基于科研考核的“多劳多得”），量化考核指挥棒的威力几乎无远弗届，耗尽了大多数学者的心志和气力。

从学者个人发展来说，在竞争时间的事项中，首先“牺牲”教学最合乎“理性”：因为这种牺牲，除了良

心难安外，几乎少有其他消极后果——我们能够看得到良心的影响，也看得到这种影响的有限。

然而，**实际上只是少有看得见的消极后果，看不见的消极后果则是巨大的。**

最大的受害者首先是学生，进而也就是社会，因为学生正是社会的未来。这些年，在各种场合，我已经无数次听到学生对大学生活、尤其是大学教育表达的毫不掩饰的失望。这种失望首先是对大学教育本身，进一步看则**蕴含一种更深层次的精神危机。**

至少在两个重要方面，**现代高等教育与传统高等教育呈现出极大的不同：一是更重视可规模化的“言传”，而非适于小规模“身教”；二是更重视知识、方法的传递，而非人生意义、道德价值的传达。**这自然有其适应于现代社会的合理之处，但也可能导致或加剧许多社会问题（例如虚无主义、相对主义），贬低了高等教育的完整意义。

作为“青椒”，人生经验有限，更不适合进行单纯的道德说教。事实上，道德本身也无法通过“说教”来涵育，而主要依赖典范的熏陶，靠“默会”，而不是“言传”。因此，“**身教**”的意义进一步凸显。教师在日常工作中如何对待教学，如何对待学术，如何对待学生，如何谈吐，如何处世，学生其实都看在眼里。

试问：如果老师自己不认真备课、教学、做研究，如何教导学生应该努力学习、工作？如果老师自己没有对工作的热爱、对学术的真诚，如何期待学生热爱所学的专业？如果老师自己的状态总是很焦虑、很浮躁，如何让学生能多些从容、少些“内卷”？如果老师自己并没有对他人、对社会的真正关心，如何引领学生去关心社会 and 他人？

我们当然知道，老师们也都是普通人，也要养家糊口，也“无往不在枷锁之中”，凭良心来“授业”、“解惑”已属不易，“传道”实在是“不能承受之重”。

然而，学生处于青春的年华，处于大学的场域，他们读到、看到的，他们经历的，他们得到的对待，对他们精神世界的塑造影响深远。**这正体现了教师这个职业的特殊性，体现了大学这个场域的重要性。大学哪怕无意主动承担这些职责，也无法根本逃脱其责任。**

更大的、更令人痛心的浪费正是在这里。

无论是部属还是省属，无论是综合性还是非综合性，无论是研究型还是非研究型，各类高校的教师大多数时间都被迫用于二、三流乃至不入流学术的生产，只有很少的时间投入到大学教育本身；而与前者相比，后者

的社会意义要重大、深远得多。故事的开始也许确实是想“重视科研”，但由于方法不对，科研本身先被伤害了；同时受伤害的是被挤压到边缘的教学；初以为只是课堂教学受影响，到后来发现整个**生态**都已变得荒芜。

这是一种系统性、根本性的资源错配，极大损害了大学的社会功能，亟待迅速的调整。

03

◆ 法学教育的社会功能与范式转换 ◆

以上是就学术研究与高等教育一般而言，也基本适用于法学研究与法学教育。甚至，由于法学学科本身的特点，科研与教育上的巨大浪费体现得更为明显。

法学是应用型的学科，其生命在于实践。这绝不是说法学的理论研究不重要，而是说法学理论研究的生命力也来自于实践。

但是，观察、理解实践多难、多费时间啊！还不如多做点“规范研究”，毕竟，法学也是关于规范的学问。

“规范”的世界虽然远比真实的世界贫瘠，但遨游其中，要轻松自在许多——在“规范”的世界里，似乎总是“言之成理，即可得分”的。最多，再镶嵌一点域外法，这就已经很“科学”了（绝非贬低比较法的意义，而是无奈于比较法的滥用）。

久而久之，在很多学科眼里，到现在“法学”也难逃“幼稚”之名。即便在近年发展最快、成就最大的部分——法教义学的研究，也仍然存在严重的粗放、同质问题。

一个很简单的检验标准是，在几十个法学门类里，我们现在能够说出几本公认成熟、稳妥的典范教科书呢？非敢厚责于前人，毋宁说有深望于未来。

那么，长期被忽视的法学教育又如何呢？

与通识教育不同，法学教育是一种专业教育、“终端”教育，直接影响相关的职业、行业，进而影响社会的法治实践。

“法治”当然具有重大的政治性和伦理性，但我们不妨先把它理解为一种处理风险、解决纠纷、生产正义的中性机制，那么无论是对复杂社会的治理、市场经济的规范，还是对国际合作与竞争而言，**法治都是现代社会最基础、最关键的核心技术之一。**

为了良好地运行这套机制，我们需要一大批掌握这种核心技术的专业人才——这正是**法学教育重大的社会功能**，其重要性远非那些二、三流学术生产所能比拟。

更不要说，**无论是对法律、法学，还是对法律所深嵌于其中的世界来说，我们都正处于一个深刻的变革时代。**

古人说：“经师易得，人师难求。”其实，好的“经师”今天也不易得。近十多年来，法律实践迅猛发展，知识加速更新，学术范式更迭，旧的教育模式呈现出越来越多的不足，新的法学教育理念和实践此起彼伏，且仍在变迁之中，远未形成共识。

在这种背景下，教师必须投入足够精力和智力，在教学方面做大量艰苦的探索，才能够因应时代的变化，适应未来的需求，不辜负来自学生和社会的期待。**如果说学术的根本属性正在于有价值的“创新”，那么这种创新性的教育探索与实践同样不乏学术性，且具有重大的社会意义——但这又如何量化呢？如果无法量化，如何计入考核呢？**

我无法回答这个问题。但我希望，有一天我们可以根本不必回答这种问题。

我更希望，我们能正视那些浪费，减少那些浪费，转把宝贵的时间用于真正的创造。

比较证据法授课后记

满运龙

▶ 北京大学国际法学院实务教授

春节前不久，国法 2020-21 学年的第二学期（2020 年 11 月 -2021 年 1 月）结束。像往年一样，我教一门选修课《比较证据法》。与往年不同，由于肆虐全球的新冠，我无法从美国返回深圳，只好通过 Zoom 网上授课。这是第二次网上教《比较证据法》，上一次是去年的第三学期（2020 年 2-5 月），届时国内疫情紧张，大多数同学在全国各地的家里上课，这一次绝大多数同学已经返校。有 60 位左右同学选修，和上一次相差无几。

《比较证据法》是我在过去几年开设《Evidence（美国证据法）》和《比较视野中的中国证据法》的基础上，自我创设的一门高年级选修课程。设计课程内容时，没有查阅到国内外类似课程信息，所以全凭个人对证据法学术和实务的了解，针对国法学生特点（本科背景包括法本和非法本专业、英文能力强、在国法第一年和第二年业已得到苏格拉底式启发式教学的严格训练，等）和国法教学理念，结合具体课程内容，在有限的授课时间内（30 小时），力图让同学接触到世界两大法律体系（大陆法和普通法）下证据法的核心理念、历史发展轨迹和基本实务技能。布置的研读和课堂讨论材料包括欧、美、中国证据法和司法审判实践的中、英文著作、论文、案例以及电影、视频等影视资料。在条件允许的情况下，邀请校外学者、法官或律师就课程有关议题与同学们分享，比如今年请到中国政法大学证据科学研究院的吴洪琪副教授讲解中国刑事证据，受到同学好评。

由于课程时间限制，不可能系统、全面地学习和讲解两大法律体系之下的证据法法律条文，我设定了三个有限目标：**第一**，领会事实认定（fact-finding）在司法实践，乃至法律体系和法律教育中的基础地位；**第二**，树立从司法证明的动态角度理解证据法作用的观念；**第三**，透过案例窥见司法证明的实际运用。

通过课堂讲授和讨论，可以发现同学们随着课程展开，逐渐进入状态，不但提出的问题愈加深入，而且不时发表许多对我饶有启发的见解。期末考试采用课外开卷形式，回答几个限定的问题。为测试每位同学理解和运用课程内容的的能力，我特别要求课外答卷必须独立完成，不得互相讨论，不得提供讨论后的雷同答复。批阅 60 余份没有标准答案的试卷（每份中、英文 2000 字）是个费时、费力的过程，但看到大多数同学能够比较准确、完整地理解课程内容，特别是有不少同学以不同方式和语言表达对有关理念、概念的独到见解，感到欣慰。

本学季期末考试的一个试题是把“evidence”的一个英文经典定义翻译成中文。**双语教学的目的之一，是训练学生如何能够在两种语言中间自如转换，用一种语言准确地表述另一种语言表达的法律概念。**这不仅要求语言能力，而且要求对法律概念和具体语境之下语气、强调、隐喻等的理解和掌控。国法旨在培养全球化时代的法律人才，具备跨语言、跨文化、跨法律体系的素质和能力，每一门课的设计，必须从某个方面服务于该宗旨。该试题就是这一宗旨的体现。

试题英文原文如下：

“Evidence refers to, in law, any of the material items or assertions of fact that may be submitted to a competent tribunal as means of ascertaining the truth of any alleged matter of fact under investigation before it. To the end that court decisions are to be based on truth founded on evidence, a primary duty of courts is to conduct proper proceedings so as to hear and consider evidence. The so-called law of evidence is made up largely of procedural regulations concerning the proof and presentation of facts, whether involving the testimony of witnesses, the presentation of documents or physical objects, or the assertion of a foreign law. The many rules of evidence that have evolved under different legal systems have, in the main, been founded on experience and shaped by varying legal requirements of what constitutes admissible and sufficient proof. Although evidence, in this sense, has both legal and technical characteristics, judicial evidence has always been a human rather than a technical problem. During

“

我设定了三个有限目标：第一，领会事实认定（fact-finding）在司法实践，乃至法律体系和法律教育中的基础地位；第二，树立从司法证明的动态角度理解证据法作用的观念；第三，透过案例窥见司法证明的实际运用。

”

different periods and at different cultural stages, problems concerning evidence have been resolved by widely different methods. Since the means of acquiring evidence are clearly variable and delimited, they can result in a degree of probability and not in an absolute truth in the philosophical sense. In common-law countries, civil cases require only preponderant probability; and criminal cases require probability beyond reasonable doubt. In civil-law countries so much probability is required that reasonable doubts are excluded.”

这段文字，没有太多生僻字，但内容高度提炼，十分丰富，也比较有深度，跨越不同法律体系、兼及法律、哲学、逻辑等领域。非对有关问题有相当程度理解，难以准确翻成中文。我欣喜地发现，翻译试题出现了数个近乎完美的答案。这里举两则为例：

例一：

“证据在法律上是指可以提交给主管法庭的任何实体物质或事实主张，用来确定双方主张的待调查事实的真相。

为了使法院的判决以有证据支撑的事实为基础，法院的首要职责是采用适当的程序来听取并审议证据。所谓的证据法主要由关于证明和展示事实的程序性规定组成，这些规定涉及证人的证词、文件或实物的展示，或涉及关于外国法律的主张。不同法律制度下形成的众多证据规则，基本上是在经验的基础上，由各种关于可采性和证明充分的法律要求所塑造。

虽然从这个意义上讲，证据具有法律性和技术性的双重特征，但司法证据始终是关于人的问题，而不是一个技术的问题。在不同的时期、不同的文化阶段，证据问题的解决方法大不相同。由于获取证据的手段显然是可变且有界限的，它们能证明高度可能性，但不能证明哲学意义上的绝对真理。在英美法系国家，民事案件的证明标准只要求高度盖然性，刑事案件则要求达到排除合理怀疑。在大陆法系国家，需要达到足以排除合理怀疑的高度可能性。”

例二：

“谓证据者，在法律上，乃任何可得呈递给有管辖权之裁判机构，并可用来查明系争事实主张之真相的材料或事实陈述。

为依证据查明真相，并以此作出判决，法院要务之一便是依适当之程序听取并考量所呈证据。所谓之证据法，无论其规制如证人之作证、书证或物证之出示、域外法律之适用等事项，其主体总为事实之证明及陈述所须遵从的程序规则。各法律体系下发展之大量证据规则，主要建立于实践之经验上，并为法律上各异之证据可采性及充分性标准所塑造。

尽管就前述之角度出发，证据兼具法律及技术之特征，然司法证据向来便是人的问题，而同技术无干。在不同时期及不同文化阶段，就证据问题存在着各异的解决方法。由于取证方法五花八门、不可胜数，取证之所得绝非哲学上的绝对真相，而仅为某种程度之盖然性。于普通法国家，民事案件之盖然性须满足优势证据之标准，而刑事案件之盖然性须满足排除合理怀疑之标准。于大陆法国家，欲满足盖然性之要求，则总须达到排除合理怀疑之标准。”

两则译文，文风迥然各异，但内容准确、文字流畅，都成功地避免了几个易犯的错误，比如原文中的“material”“alleged”“before it”“admissible”“delimited”等语词的翻译。我在国际律所做过多年跨境律师，审阅过无数中英文双语文件，也翻译、审校过很多法律学术著述，可以毫不夸张地说，这两则翻译，从信、达、雅各个方面，均达到高度专业水平，胜过太多法律文书的律师译件和出版的法律专著译本。

引导同学们领会事实认定（fact-finding）在司法实践，乃至法律体系和法律教育中的基础地位，是我为课程设立的目标之一。法律的终极目的之一，是通过司法途径解决社会纠纷。每一个纠纷必然包含两方面内容：事实争议和法律争议。法学院教育，绝大多数（甚至全部）内容都是关于法律，很少内容涉及事实，中外莫不如此。但司法实践中，每一个案件，无论性质如何、标的大小，首先需要解决的是事实争议。事实错误，即使法律适用正确，结果也是非正义。刑事司法领域诸如“亡者归来”“的冤案，古今中外，莫不是事实错误认定的结果。作为律师，掌握发现、认定事实的能力，是成功执业的基本功。法学院教授事实认定的课程，主要是证据法。但多数情况下，证据法与其他法律学科（合同、刑法、宪法，等）一样，被视为纯粹法律建构，从法条、文意、法理的角度讲授，忽视了事实认定本身是人类推理的自然能力，需要从理性思维、逻辑、人性层面领悟、体会，不然就难以理解为何普通法法庭给予没有法律专业知识的平民陪审团决定事实问题的制度设计。我的课程，没有按照证据法常规详细讲解各国证据法法律规定，而是强调从知识论角度探讨事实认定的理性推理过程和有关推理逻辑问题。有的同学结课后向我表示，课程开始对没有讲太多具体法条感到失落，但后来逐渐领会到课程用意。一位同学在期末试卷中写道：

“我不禁想起霍姆斯的名言，‘法律的生命是经验而不是逻辑’。对于该句话有不同的解释，但在在我看来，这句话放在这里亦非常契合。很多法律的学习者容易一开始就钻进具体的法律规则中去，却缺乏对整个法律解释、推理过程的系统性学习。坦白来说，我一开始学习本门课时感觉有一些失落，因为我以为老师会具体且详细地去介绍中美两国的证据规则。但随着学习的逐渐深入，我逐渐明白了本门课的真正内涵之所在。”

这使我想起去年一位同学课后告诉我的一段话：

“事实上，您在这门课程中的教授纠正了我一个非常大的误区。您摘出的那一段，其实不仅是您引导我产生的对证据的理解，甚至不仅是对法律的理解，而是对人生一切“罗生门”的思考。这种思考也在引导我再次觉察我从事法律乃至做一切事情的动机。在生活中其他的“解题”过程中，我也曾经过分执着于：事实是什么？我认为的事实是不是对方所以为的？如果对方跟我理解的不一样，那是不是我错了？我错在哪里？但责怪自己不能探究出“真相”，背后隐藏的逻辑是坚信自己“本应”有能力找出真相，这何尝不是一种无知与自负呢？现在我更加愿意承认：我们所倚赖的知识，从某个角度来说都是偏见。我似乎才明白，霍姆斯大法官的那句话并不是妥协，而是一份平和的、真正的理性与信仰。承认自己在真相面前的渺小与无助，或许反而能更加真实地，全心全意地投身于所热爱的事。真诚地感谢您带给我的启发。”

本课程**第二个目的，是树立从司法证明的动态角度理解证据法作用的理念。**如前所述，多数证据法课程是以证据为对象，然后从法理、法意等层面揭示证据的内在逻辑。这种方法实际等于从静止角度观察证据。我希望从司法进程的动态视角观察证据，审视证据在司法证明过程中的作用和实际应用。所以，课程的核心概念不是证据，而是司法证明，它是一个涵盖法定规则和人类自然推理的特殊事实认定过程。该过程有的方面可以、甚至应该由法律规制，有的方面则不能、不应该有法律硬性规定。通过学习，很多同学对此有了很好的领悟，见下段考试答案节选：

“证据法之规定，多针对何种证据具有可采性加以规范，鲜少涉及证明力。究其原因，在于法律只能将事物运行之一般规则固定于文本之上，而不能对人类的思维过程作出范式。于证据法而言，其只能对证据的一般属性等进行规定，而不能规定何种证据必须推导出何种或哪几种结果。证明不是一个机械套用公式的过程，而是根据日常生活中所积累的概括性知识或者专业人员所灌输的专业性知识进行缜密推理的思维过程。因此，证明力和可采性是从动态和静态两个维度来研究证据，而证据法作为静态的法律文本为有关证据可采性的法律规范所垄断也就不足为奇了。”

有的同学视野开阔，从司法证明与科学研究对比的角度发表独特看法，并提出发人深思的问题：

“证明与自然科学中的科学解释之间存在某些相似之处，两者都采用归纳逻辑和类似演绎法的解释结构。然而，科学解释渴望普遍性，证明却重视区别和类推。相比之下，证明更像临床研究，因为在临床实践和司法事实认定中，类比均是首要的“诊断工具”……值得思考的是，证据法研究的重心为何需要从“可采性”上转移到“证明”上？证明如何当做自然科学来研究？证明是否是一种科学解释（scientific explanation）？证明的科学（probative science）离我们还有多远？”

我的第三个有限目的，是试图透过案例窥见司法证明的实际运用，借此介绍一些实务操作的技术。案例的阅读资料包括美国法庭庭审记录、教学用虚拟案例证据材料、中国法院判决等。视频资料包括中外庭审实录片段和几部经典法律影片。同时，有选择地讲解“图示法”（Chart Method）等实务技术。三个月下来，仅从期末试题答卷，可以窥见同学们分析证据在司法证明过程中的实际运用的眼光、品味有了明显提高。

譬如，一位同学对电影《费城故事》（Philadelphia）的评论，能够拉开观众与故事中人物的距离，从司法证明参与者（当事人、律师、陪审团）的视角分析“证明”：

“观看 Philadelphia 的过程中，观众通过律所合伙人之间的对话能够清楚地知道律所辞退 Andy 的真实原因是他们对 Andy 身为同性恋且身患艾滋病感到厌恶，假借 Andy 工作上的疏忽为由辞退了他。但是在庭审过程中，陪审团并不知道这一信息，他们只能通过双方律师提交的证据、证人证言来推测 Andy 被辞退的两种可能原因各自的可能性之高低。观众所看到的是绝对真相，陪审团所看到的则为诉讼过程所追求的人类认知范围内能够还原的“真相”。”

这位同学则借用《费城故事》，从“先验”和“嗣后”的视角解释庭审实务中需要查明的“真相”有别于哲学意义上的“真实”：

“……对于 Andy 诉讼中使用的 Truth 的概念最具概括性的应是“truth founded on evidence”……这种 Truth 和第三自然段中的“absolute truth in the philosophical sense”是不一样的，后者是一种哲学层面上的理想化的真相、是法官在裁判案件时力图追寻的终极目标，同时后者也是比较难以实现的，因为彼时的真相随着时间的流逝、受限于目击者等物质条件的优先，对其进行 100% 的还原是难以实现的；而前者是基于证据所构建起的真相，这种真相也许与彼时真实发生的真相是有差距的，但是其是基于一种嗣后的视角，通过当时遗留下来的实物、言辞等证据还原出来的。”

还有同学进而对法学界专注于“证据”的静态研究，忽视对“证明”的动态探索提出质疑：

“法学界很长一段时间对于可采性有相当的关注，而对“证明”未进行积极的探究。但是此两者均为证据原则中的重要组成方面：可采性主要对应举证过程，而“证明”主要对应说服过程，二者对于实务律师而言均为诉讼过程中不可或缺的进程。Wigmore 也正是意识到了二者的重要意义，因此超前地尝试发展出了上述统一

的证据原则框架。”

上述看法虽不尽全面，表述也不无缺陷，但清晰地显示了冲破惯性思维框架下（特别是受过系统中国法教育的法本学生持有的）从证据的静态角度看待证据法视界的冲动。同时，不止一位同学在不同场合（包括过去几年的试卷中）不约而同地联想起霍姆斯大法官的名言：“法律的生命是经验，而不是逻辑”（本课程材料和讲授从来没有提及该名言），并根据课程内容做出个人注解，让我印象深刻，隐约感触到同学们正在形成对法律本质的某种意会。

这一点，是我开设这门课程的最大收获。



有用的理论、无用的理论与备用的理论

茅少伟

▶ 北京大学国际法学院助理教授

“那么，对于三种不同的法律理论，我们便期待‘有用的理论’更加扎实，‘无用的理论’更加相关，而‘备用的理论’更加经济。”

作为一种**专业教育**（指一种职业教育/professional education，而非仅指对任何“专业”/学科/discipline的教育），我们常说法学院的法学教育是“实践导向”的。这种说法也可能具有误导性，比如，既然是实践导向的，那是不是实务课程更重要呢，是不是理论学习不必要呢，是不是学术训练不相关呢？

当然并非如此。法学院的法学教育，主要内容并非实践性课程，而仍然是学术性课程，侧重具有**普遍**（general）意义和**生成**（generative）能力的**基础知识、基础方法和基础技能**。甚至可以说，法学院（这个限定很重要）的法学教育，最重要、最核心、最不可替代的功能正是训练“**研究能力**”，即通过自主学习和研究，解决法律问题的能力。

既然如此，法学院教育的内容就不可能只是“法律”，毋宁说是“法学”，也就是关于法律的“理论”。问题是，到底什么是法律的“理论”，有哪些类型的“理论”，学生在法学院主要应当学习哪些“理论”，又如何学习呢？

01

◆ 三种不同的理论 ◆

不妨先回到一个我们共同关心的基本出发点：“法治”。法治是一种基于法律**规则**的社会治理。为了能以有限复杂的规则去“治理”无限复杂的真实世界，规则就不可能不具备**抽象**或者**一般化**的特征。

在个案法律适用过程中，要把抽象的规则与具体的事实有效地“链接”起来，就需要借助于一种以规则（法规范）为对象的、极重要的**阐释性工作**（具体化）。

规则很少“茕茕孑立”，而总是处于一个更大的**意义脉络**（规范体系）里；从其所属的不同意义脉络观察，不仅可以更准确地找到规则的“定位”，理解规则的意义，还可能发现规则在形式和实质上的疏失之处（例如，无论是过度一般化还是一般化程度不足，都可能产生法律的“漏洞”），进而需要更多的处理规则的**法技术**。

无论如何，这种法律适用导向的、以实证法规则为主要对象的阐释、梳理、关联乃至补缺、重整的工作，会生产出一类特殊的**知识**——如果用现在流行的词汇，也可以不完全确切地叫做“**法教义学**”。

这些知识固然主要以实证法规则为对象，但并不就是规则本身，而是规则的阐释，是另一种独立的**精神造物**，也可以说即是一些“**理论**”。这些理论是为了澄清规则的意义及限度，以达成妥当的解释和适用，即对于法律适用这一根本的法治实践过程具有重要的实际功用，我们姑且称之为“**有用的理论**”。

那么，不直接与实证法规则的阐释、整理及适用相关的那些理论，似乎就是“**无用的理论**”了。当然，这种“无用”，只是没有法律适用意义上的**直接**功用，即其并非哪一实证法条文或制度的“**教义学**”，不能**直接**帮助阐释、构建具体法律适用过程中的大前提。

然而，“无用的理论”可能恰恰有大用，所谓“**无用之用**”。这些理论处理的不是个别条文或者制度的阐释，而是更一般性地观察无数的具体阐释背后忽隐忽现的方法问题、价值问题和社会现实问题。“无用之用”的理论主要即包括三类：**方法的、伦理的和社会的**。

方法的理论，是关于生产“有用的理论”的**法律适用方法和技术**的理论反思。

例如，我们说某规范是一个任意规范，它的构成要件是什么，法律效果是什么——这是对一个具体规范的阐释。但是，什么叫做任意规范？任意规范有哪些类型？如何辨析任意规范与强制规范？又如，我们说相较于其欲实现的意旨，某规范的语义太宽了，应该限制其适用范围——这也是对一个具体规范的阐释。我们这时使用的方法可能叫以目的性限缩的方式来填补隐藏的法律漏洞。那什么叫做法律漏洞？什么时候需要以这种或那种方法填补漏洞，界限在哪里？这些都属于方法的理论。

伦理的理论，是关于法律适用和法治实践中无法避免的**价值判断**的理论反思。

特定法规范的意旨是什么，直接影响法律适用的结果。然而，不同的法规范有不同的追求，不同的追求之间可能有价值的冲突，在冲突的价值中如何判断其在具体场合下的相对重要性，如何尽可能确保这些衡量结果在形式和实质上的一致性（consistency），这些艰难的问题显然超出了个别的规范。而我们整个法体系也只是社会整体版图中的一部分，何为良好的生活，何为良好的统治，何为良好的当代人跟下一代人之间的关系，这些重大的伦理问题当然与法治的理念与实践相关，尽管它们未必直接针对某一特定法规范的适用。

社会的理论，是关于法律适用的**历史、文化、社会、政治、经济和机构（institution）环境**的理论。

这些理论是要把法律从“规范”的应然世界拉回其实际上深“嵌”于其中的实然世界，理解其真实的运行环境，并评估实际的效果及可能性。以机构环境为例，法律并不是在一个假想的场景下运行，而是在现实的机构中由现实的人实践。那么，关于法院的研究（例如，什么人能够进入到法院，法官是在怎样的考核制度、管理制度之下进行法律实践活动）、关于律师职业市场的研究、关于法律职业资格考的研究等，都对理解法治的实践有重要意义。

从语词逻辑上看，“**有用的理论**”与“**无用的理论**”似乎已经构成“全集”了，但从实际情况观察，或许还可以列出第三种理论，即“**备用的理论**”。

从内容看，这些理论也是在阐释具体规范，本应属于“有用的理论”；但其与实际法律适用却关系甚微，而又接近于“无用的理论”。比如，有的理论所阐释的并非我国实证法上的法规范，而是外国的法规范（比较法）；有的理论所阐释的并非现行有效的规范，其主要目的是提出并论证某种假想/建议的法规范（立法论）；有的理论所阐释的虽是我国实证法上现行有效的法规范，但这些法规范本身却（出于各种原因）几乎没有在真实案例中适用过。

换一个角度，也可以说，这些理论通常是为了将来可能发生的法律适用而预为准备，不妨叫做“**备用的理论**”。

02

◆ 不同理论的问题 ◆

那么，以**当前**（而非历史）的眼光，考虑**当下和未来**（而非过去）的需求，以上三种不同法律理论的供给，各有什么特点或者不足呢？

简单粗暴一点，或许可以说，“**有用的理论**”，恐失之于太“**简**”；“**无用的理论**”，恐失之于太“**空**”；“**备用的理论**”，恐失之于太“**滥**”。这三者当然又是高度关联的。

“**有用的理论**”，未免失之于太“**简**”，有时乃至近于“**陋**”。这又主要体现在两个方面。

首先是**回避问题**。大多数读者恐怕都有过这样的体会，即带着问题查阅了半天资料（比如教科书、学术论文），却发现“我已经知道的，它说了很多；我想知道的，它一句也没说”——换句话说，虽然看似是在处理规则的阐释，却回避了实践中许多真实、疑难的问题，也因此回避了真实世界的丰富性和复杂性。

其次是**回避论证**。即便是指出了问题并给出了结论的地方，论证也经常是极为简陋的，拘泥于一些形式性的论据（例如单纯的文义、概念的堆砌或者演绎、有权机构的意见、比较法的简单对照等），而难以实质地阐明理由及回应质疑，不具备理论本身所要求的透彻明晰，从而也就降低了理论的解释力和适应力。更有等而下之者，甚至脱离了法律适用的目的，而沦为玩弄概念的“**语词之争**”，徒然增加了沟通的成本。

“**有用的理论**”之简陋，很大程度上正是因为缺少“**无用的理论**”作有力的支撑。例如，对现代法学方法基本理念和操作方式的陌生，对价值判断问题的处理缺乏足够的理论和技术工具而滞留于模糊的、粗糙的常识，对法律适用的真实语境和客观约束缺乏清晰的体认等，都极大伤害了“有用的理论”之“有用”性。

但“伤害”其实是互相的。反过来说，也正是由于对“**有用的理论**”，尤其是对**核心的、基础的法律制度及其适用问题的陌生**，导致“**无用的理论**”经常失之于太“**空**”，即只在重大法律问题的边缘和外层打转，而无法深入其内部——“无用”之讥，原非无因。

如果不能结合对实际问题的切近讨论，不能在事实缠绕、价值纷争的真实问题上“**显真章**”，方法论就只是空洞的说辞，价值争辩就容易沦为“**大而无当**”，而“**语境**”也就成为隔靴搔痒的遁词。往好了说，它是在研究另外一种学问，比如它可能是好的经济学、好的伦理学、好的历史学，但不是好的法学。当然，更常见的是它既不是好的另外一种学问，也不是好的法学，它只是空洞。

既然具有重要实际功用的“有用的理论”的产出，受限于“无用的理论”的不足，那为什么我们没有动力去发展这些“无用的理论”呢？很大的原因恐怕在于“**备用的理论**”的“**泛滥**”成习。这当然又与我国法制发展的进程及继受法制的历史有关。

一方面，早期的法制确实过于粗疏，且变迁极快，难以成为发展“有用的理论”的坚实基础；以异域或者假想的更成熟的规范作为讨论基础，为法律的发展完善提供借鉴，在很长的历史时期里确实具备合理性。

另一方面，法制的继受过程虽必然包含了有意识的选择，但仍然基于不完全的信息，难免囫圇吞枣，乃至泥沙俱下；在这种情况下，耽溺于规范本身，而缺乏对于规范的实际应用环境及其效果的体察，就难免产生很多无“的”之论。

“备用的理论”有其不可磨灭的历史贡献，但“泛滥”也会成“灾”，即在方法上遗留下深刻的负面影响，加剧了对事实问题的漠视，对实质性论证的陌生，以及对真正疑难问题的逃避。例如，尽管实际上很少能够“解释”乃至“解决”任何问题，但“比较法+立法论”的“王炸组合”却长期在“规范研究”的世界里攻无不克、所向披靡。这是造成“有用的理论”供给不足的重要原因，并抑制了“无用的理论”的发展，在立法基础和实践需求已大不相同的今天，尤其值得警醒。



03

◆ 理论研究的体裁 ◆

针对以上不足，近年来法学界也有不少深刻的反思。备受关注的法律评注工作，就是改进研究方法、提升理论供给的一次重要尝试，其既建立在过去几十年法制建设和理论研究取得长足进步的基础上，又包含了面向未来法治实践的雄心，意义匪浅。

那么，这种新的写作体裁对三种不同法律理论会产生什么影响呢？

第一点，我相信，法律评注很可能会极大改善“有用的理论”的供给。

一方面，在方向上，法律评注明确表明其主要关注规范阐释和法律适用问题，预设读者也主要是现在和将来的法律实践者（与过去很多学术界内部“自产自销”的论文不同），目标极为清晰；可以说，法律评注要做的正是提供“有用的理论”。另一方面，在方法上，法律评注的目标决定了其必然首先及主要关注本国的法制现状、案例实践和理论储备；并且，既然重视实际的法律适用，也就意味着不能回避实践中的任何疑难问题。

这种方向的聚焦和方法的改进，在实证法基础已大为完善的前提下，可能促进更好、更全面的理论积累，并持续更新迭代。在供给“有用的理论”方面，就数量乃至质量而言，经过良好训练的法官和律师在很多方面

可能更具比较优势。

第二点，法律评注似乎不大可能直接改善“无用的理论”的供给，但可能增强对“无用的理论”的需求。

根据主流意见，法律评注写作更侧重于结论的呈现，而非得出结论的过程（论证）；更强调共性的总结，而非个性的展露。在一个向度上，它是丰富的（法律适用角度的全面性）；在另一个向度上，它又是单薄的（实质论证的相对缺乏）。

但是，重心的转移和目标的清晰（法律适用导向），会使得我们对“有用的理论”提出更高的质量要求，从而要求更好的“无用的理论”作为支撑，包括对于法学方法的自觉运用（例如对要件思维和证明责任的强调）、对于价值判断的明确剖露（例如对规范意旨和体系关联的揭示）、对于法律适用环境和效果的真切体察（例如对真实案例的梳理）等，这些都会产生巨大的势能，从而间接改善“无用的理论”的供给。而在对“有用的理论”的研究过程中，不断反思、改进“无用的理论”，可能是学者真正有比较优势的地方。

第三点，法律评注很可能会抑制一些“备用的理论”，但也可能催生另一些“备用的理论”。

对本国法和现行法的关注以及论证方法的改进，会抑制对比较法和立法论的滥用。但是，法律评注写作所要求的尽可能涵盖所有法律适用情形的全面性，则可能催生另一种“备用的理论”（即对所有可能适用情形的预测及解决方案的预先提供）。这本身无可厚非，甚至正是评注功能的体现。但继受法制的特点（并非所有规范都有实践基础），以及法律实践的现状（对真实案例的理解和整理需要非同寻常的眼力和耐心），可能会使得此种“备用的理论”虚耗过多的精力，而挤占了真正理解实践、回应实践的时间和空间。

一言以蔽之，学者是不是应该适当克制“指导”实践的冲动，而首先从实践中学习？我们要学习的，当然并不直接是实践者的结论以及说理（如何评估和理解那些言明的、未言明的、言而未明的说理，无疑需要“慎思明辨”），而首先是问题本身，是事实本身，是真实的冲突、矛盾、褶皱和约束条件。突出这种“问题意识”，培养基于真实问题的理论想象力，才能进一步改进“有用的理论”的供给，并促进“无用的理论”的发展。

我们知道，理论（theory）和实践（practice）绝非对立的两面。实践（其实是实践者）不可能完全自免于理论的影响（无论是自觉还是不自觉的），理论也不可能长期脱离实践而“自生自灭”。

实际上，理论本就是为解决实践中的问题而生的，我们之所以关心特定理论，往往是因为我们关心理论所欲解决的特定问题；而评价不同理论优劣的首要尺度，也正是其与待解决问题的相关性（relevance），以及所提供解决方法的效能（efficacy）和效率（efficiency）。

法律的理论和实践当然也不例外。那么，对于三种不同的法律理论，我们便期待“有用的理论”更加扎实，“无用的理论”更加相关，而“备用的理论”更加经济。

最后，回到开篇的问题：在法学院主要应当学习什么理论，又如何学习呢？

在极有限的时间里，我们恐怕只能挑选最重要、最基础、最具体系框架意义、最具方法训练价值的少量“有用的理论”来学习（而不必贪图全面性），并主要在学习、阐释、质疑、辩论这些理论的过程之中（而非之外），着意训练对于“无用的理论”的反思性理解与应用（侧重方法的理论与伦理的理论，亦不可忽视社会的理论）。这既要求我们有挑选、取舍素材的眼光和勇气，也要求我们有方法和理论的高度自觉。

这当然并不排斥在需要的时候，从“备用的理论”获得灵感和养分；也不排除在新兴前沿领域，“备用的理论”甚至可能构成主要的学习内容。但就法学院教育的整体而言，上述方法、内容和目标——不仅在理论上，也在实践中——可能是更优的组合。

案例法的理念 与法学教育

茅少伟

▶ 北京大学国际法学院助理教授

“大家不觉得，案例法方法下的案例，就是一种促进法律适应、发展和生长的‘最简可行产品’吗？至少在三个方面，两者分享相似的逻辑，即更真实的信息、更快速的反应和更交互的经验。”

去年，在浙之滨的章程兄大作付梓，嘱我作序。有感于“歧出的异色”，我谈了一点自己对案例法（case law）方法及其在中国法上应用的认识，作为殊途而或可同归的遥远共鸣。有友人读后，建议我展开谈一谈。

其实那些浮浅的认识，只是民法基础课教学改革的产品。这学期的中国民法（一）刚上完导论，即将进入较能体现课程方法特色的法律行为部分。深圳疫情缓和，返校也似乎有望。我想，不妨以前序为基础，对案例法的理念及基础课案例教学的改革，再略做一点说明；对于疑惑为什么这样开展民法教学的同学，也希望有一些解惑的作用。

还是从我近距离观察到的一个教育现象说起。国际法学院（STL）的学生需要在四年时间里以两种语言同时学习美国法和中国法，第一年主要上美国法基础核心课程。美国法课堂向来重视讨论和互动（无论是否严格使用苏格拉底方法），学生也逐渐或主动或被动地养成了提问、被提问（cold call）和讨论的习惯。

这当然是个好习惯！我推想，英语毕竟不是学生的母语，表达起来总归更费劲一些，更“幼稚”一些。等学生经过一年的美国法训练，回到中国法的母语课堂，岂不是思路更加流畅，讨论更加活跃，效果更加“炸裂”？

出乎我预料的是，这一切并未自然而然地发生。回到中国法课堂后，就像是揞了一个神奇的按钮，学生立马切换成另一种模式——或者说，“回归”了传统课堂模式。学生似乎突然不知道如何参与、甚至也不很期待参与课堂讨论，反而更希望“老师多讲点”。

我当然很不服气——难道就逃不开那种“上面讲、下面记、考前背、考后忘”的魔咒？但我也知道问题未必出在学生身上。那是出在老师身上？是老师组织讨论的能力不足？这显然因人而异，不能一概而论；即便有这方面因素，也不是根本原因，不能解释这种强烈的反差以如此“整齐”的方式出现。

经过长时间的观察和反思，我发现，**问题可能出在我们对法律知识以及（生产和运用这些法律知识的）法律方法的不同理解上**。上述现象不过是这一方法之别在教育上的自然折射。

01

◆ 成文法方法与案例法方法 ◆

为方便讨论，不妨把美国法基础课呈现的那种法学方法称为“**案例法方法**”，把传统中国法基础课呈现的那种法学方法称为“**成文法方法**”。以下尝试描摹的是两类方法的某种“理念型”，**不避过度简化之嫌**，也并不能精确反映在实践中使用的法学方法的全貌——不过，法学院课堂使用的方法原本也是一个简化版本，而正与这种“理念型”接近。

在成文法方法下，由专门的立法机构系统制作的制定法是法律规范最主要、最重要的来源及表现形式（法源），案例只是制定法适用的对象（在适用前）和结果（在适用后）。固然案例也可能、甚至应当成为法律发展的契机和有效工具，但其中体现及实现的法律发展，最终仍必须通过解释或者修正制定法的方式复归于成文法母体。**成文法是“我自岿然不动”的根本，案例始终是依附性的，可谓“从成文法来，回成文法去”**。

在比较的意义上，正可以说，案例法方法恰好是“从案例法来，回案例法去”。即案例（先例）是法律规

范首要的来源及表现形式（法源）。有先例可遵循，即为有法可依；无法可依时，则不妨创造先例。即便存在制定法（在案例法国家，制定法也早已成为诸多领域的主要法源），在其被适用于案例前，不过是法官发现、确认规范的一个（有拘束力、但并非唯一的）素材；而在其被适用于案例后，案例（判例）就成为更直接、更确切的规范来源。案例尽显“近水楼台先得月”的体制优势，制定法则依赖于案例的实践。

诚然，无论是成文法方法，还是案例法方法，作为法律适用方法，都必然同时关注“规范”（大前提）与“事实”（小前提）这两个方面，都需要“目光在事实与规范之间往返流转”。就此而言，两者共通的一面实在是首要的。不过，上述法源结构的差别及相应法律方法的分野，在实践中产生了巨大的差异，并在课堂教学的简化语境下加剧，从而往往是其区分的一面而非共通的一面更为人们重视。

也不是没有过想弥合这种差异的努力。最高人民法院的指导案例制度就曾被认为（或被期待成为）中国案例法（case law）的试水，但在实际运作中，却基本沦为附带案情的单条司法解释——又走回了成文法的老路。在很多观察者看来，这恰恰印证了流行的观念：案例法不能实质兼容于我们所习用的成文法方法。

是否果真如此呢？这种法源视角的观察，是否充分揭示了两种方法的真正差异及各自的优缺点呢？我们还是先从其对于法学教育的影响谈起。

02

◆ 成文法的理念与法学教育 ◆

大体而言，对于“规范”（大前提）与“事实”（小前提）这两方面，成文法方法，首先在理念上，进而在方法上，始终更重视“规范”这一面。而“规范”又主要来源于制定法——制定法实际上被认为包含了绝大部分（尽管不可能是全部）法律问题的答案。事实是无穷无尽、纠缠往复的，而规范是“人为”的、有限的——以有限复杂的规范世界去把握无限复杂的真实世界，以此“建构”一个合乎正义要求的秩序，正是其背后的深刻理念。

这种无限与有限之间的张力自然使得规范“有时而穷”。现代法学方法早已明确承认这一点，即成文法不是完备的，是有“缺”、有“缝隙”、有“漏洞”的；但是，甚至这种承认，在方法上也经常以假想成文法原本存在一个无“缺”、圆满的“计划”为前提。

在成文法方法下，法律适用具有强烈的“自上而下”（从规范到事实）倾向。事实当然是重要的，是刺激法律适用的真正动因。问题在于，它刺激了什么法律的适用呢？这就要求我们能够准确找到合适的规范。而在绝大多数情况下，规范早已经在那里了，因此主要的工作就是“找到”。这种“找到”自然不是简单的搜寻，而首先是一种理解。

规范的有限复杂是相对社会的无限复杂而言的，相对于法律适用者来说，规范仍然极为复杂，必须以某种更简洁、更稳定的方式被组织、被把握，才能一方面减少缺漏，另一方面减少矛盾，这就是“体系”的意义——因此，我们总被教导要体系性地理解规范整体。

上述成文法的理念给法学教育带来什么影响呢？它实际上设定了法学教育的基本任务和基本方法。

法学教育的基本任务就是教授理解这套（以成文法为基础建构起来的）规范体系的核心技能（法学方法），以及过往理解的成果（法教义学）。技能当然重要，因为法学院不可能教授全部的知识，训练技能就是训练自主探索未知领域的的能力。但知识显然也很重要，因为探索的能力不可能无所凭借，只能是“从已知打进未知”，这个很少剧变的“已知”就是基础知识，是一代代前辈法律人（学者、法官、律师等）的智慧结晶，我们理应继承。

顺理成章地，在实践中，法学教育的基本任务就首先体现为教授这些知识成果。试问，我们何德何能认为自己能轻易超越这些深厚的知识积累？更何况，这些知识体系如今已经无比庞大，规范连接规范，概念嵌套概念，理论“PK”理论，真是“不学诗，无以言”！

既然如此，我们就不能责怪学生“开不了口”，总担心“那么简单几句，我办不到”了。这种担心并非多余，确实经常一开口就显得特别“无知”——毕竟这个“知识大厦”太宏伟了，历史悠久，积淀深厚，设计精巧繁复，路径四通八达，谁徘徊其中能不感到无知、自觉应当谦逊呢？那就只能先虚心学习，请“老师多讲点”，这不正是合理的态度吗？

03

◆ 案例法的理念与法学教育 ◆

那么，案例法的理念有什么不同呢？在比较的意义上，正可以说，对于“规范”（大前提）与“事实”（小前提）这两方面，案例法方法，首先在理念上，进而在方法上，始终更重视“事实”这一面。案例法的形式天然与（案例）事实更为亲近。

在案例法方法下，法律适用具有强烈的“自下而上”（从事实到规范）倾向。这其实很好理解。法律适用的起点都是一样的，即待处理的、新的个案事实，刺激了我们去找法。但在下一步，重大的分歧就出现了：“法”在哪里呢？案例法不是安居于某座充满设计感的恢弘大厦里，而是（有时难免显得过于混乱地）分散在许多风情各异的村镇城市中。虽然也有不少好心的前辈基于旅行经验提供了或详或简的地图，试图把那些“点”连贯成线、成面、立体化，以提供更清晰的路径，供后来人参照；但地图终究是地图，不是路本身，且终究只代表他们个人的理解，改变不了“法”本身分散居处的根本现实。

那我们该如何找“法”呢？只能回到对（案例）事实的详审。如果能够在先前有拘束力的案例（先例）里，找到事实相似（analogy）的那一个，其处理结果也就可以“拿来主义”。如果这个“拿来”的结果很难令人信服，可能就说明有什么重要事实被我们忽略了——表面相似的两个案例实际上存在重大差异（distinguish），则应重新寻找合适的先例。如果寻寻觅觅，始终找不到，法官有权根据公认的法律原则和正义观念自行“立法”。

成文法规范以抽象语言表述，“天似穹庐，笼盖四野”，要“逃脱”其拘束，相当不容易；并且整套思维模式也完全不鼓励这种“逃脱”——谁不想待在庄严的大厦里，而宁愿掉入莫测的“缝隙”（gap）中呢？而在案例法方法下，外在的、先存的拘束要小得多。毕竟，如果说“世界上没有两片完全相同的树叶”，那恐怕

更不会有两个完全相同的案例，因此，无论是要“立异”（“与某个先例不同”），还是“标新”（“与所有先例不同”），论证负担似乎都要比成文法下小（但案例法的整体运行并未因此产生无法接受的不确定性）。

上述案例法的理念给法学教育带来什么影响呢？它实际上同样设定了法学教育的**基本任务和基本方法**。

案例法缺乏成文法那种谨严的体系，也无意追求这种体系；相应地，作为沉淀结果的法律知识的系统性、稳定性和完备性就显得逊色许多。法学教育也就因此更着眼于“动”的一面（法律方法、法律思维），而非“静”的一面（法律知识）。

作为回报，缺少体系束缚也带来了重大的灵活性，导致一种极为不同的切入法律问题的方式。在案例法下，思考一个新的——无论是对个别的还是全部的法律适用者来说——法律问题时，不需要总是考虑如何将其嵌入（因此也更少受限于）一个先在的、庞大的体系中，同样也不期待直接从这种体系中“逼”出一个答案，而是可以直面问题。直面问题，首先就是直面案件事实，进而基于事实所揭示的冲突性的利益格局，展开实质性论证。基于这种事实及论证，“找到”适当的先例，或者有时干脆“建构”一个合适的规范，作为大前提。这种直面问题的方法，并不总是需要（常规案件）；但在有需要时（疑难案件），则显得更自由，也更实质。

04

◆ 不同方法理念与课堂表现 ◆

以上讨论实际上也就解释了，为什么同样一批学生，在美国法课堂和中国法课堂上会经常有不同的心态和表现。

在成文法方法下，要准确理解、表达乃至“解决”一个法律问题，通常意味着首先要准确界定这一问题在庞大体系中的位置，也就意味着首先必须学习和消化海量的、先在的知识。教义学的讨论经常是概念化的、技术性的，并非因为其不考虑实质性问题，而是实质性的论证通常被包裹在形式化的论争之中，被间接而不是直接接触。在必要的知识储备过程完成之前（当然不可能终局完成，而仍只是基础的搭建），学生难免信心不足，“开不了口”。

非要他们开口，则经常显得“半生不熟”、左右为难：要么容易陷入形式化的论据和论证，空举法条或者概念，却不知其所以然，即**外在体系压倒了内在考量**；要么只能“用自己的话讲”，无法把他们认可的道理与法律的道理，以某种合乎方法要求、合乎论证目的的方式联系起来，即**实质考量脱离了形式论据**。

而在案例法方法下，讨论问题只需要很少的知识基础，讨论也主要不是围绕规范（更无须顾忌令人望而生畏的体系“大厦”），而是围绕案件事实进行，因此通常不必使用太多的技术化语言——“准确性”的要求至少不首先体现在概念使用上。个案中的生活事实固然也可能离我们或远或近，但总比抽象规范要亲切许多，也更容易引起联想。学生在参与这种讨论时常感觉更自在，老师要担心的往往不是他们无法开口，而是离题万里收不回来。

05

◆ 不同方法取向与知识过程 ◆

可以说，尽管成文法方法与案例法方法都是法律适用方法，其基本目的与性质是一致的——例如，两者同样使用三段论作为其最终的表达形式（而非实际的思维过程），但两者的差异确实也很显著。这种差异首先源于截然不同的规范“生产机制”。

首先，规范的“作者”不同。暂且抛开背后实质性的历史脉络、社会意识、政经现实等（用苏力的话说，“一个民族的生活创造它的法制”），从形式上看，成文法的主要作者是立法者，又因为建设规模宏大，在设计、施工、修缮等方面都极大依赖专业学者，法官的地位相对次要。而案例法的主要作者则是法官。

其次，规范的“生产”过程更是大相径庭。成文法的“生产”是高度集中性的（包括人力的集中、智慧的集中、机遇的集中等），取精用宏，想象丰富，而最终成其宏大规模。案例法的“生产”则是高度分散性的，法官本身是分散的，通过案例来“立法”的机遇、时间更是分散的、被动的，“临事而作”，缺乏融贯的设计。

两类方法的实际运用因此呈现出不同的取向，体现了极为不同的知识过程。

第一，成文法方法更重“规范”取向，案例法方法更重“事实”取向。

在成文法方法下，“规范体系”首先是一个有形的存在（外在体系），其次也是一个精神建构物（内在体系）。它固然在制作时充分吸收了过去的经验（包括案例经验），在运作过程中也通过各种管道和触角（一般条款、不确定性概念等）保持对层出不穷的案例所携带的新鲜经验的开放，但它本身确已足够丰富、复杂，有自我发展的倾向和动力——因此也容易产生很多“内生”的、意义有限的“问题”及相应的冗余理论。

规范取向在法学院教育中（相较于在法律实践中）得到进一步强化。传统的法学院基础课课堂以大课讲授为主，最注重知识传授的体系性；很少讨论案例，或只有简单的“举例来说”。恰好，处理规范，而不是处理事实，也正是学院派教授的强项。

而在案例法方法下，离开案例根本无从谈论规则。案例天然的“去中心化”特征又使得完备的“体系化”既不必要、也不可能。因此，法学教育也就更加注重方法，尤其是以事实为首要处理对象的方法（比较、辨异、类推）。

久而久之，大家逐渐形成了成文法方法重“演绎”（从抽象规范到具体事实）、案例法方法重“归纳”（从具体事实到抽象规范）的印象——用这样截然两分的方式表达法律方法上的差异当然是不完整、不准确的，但以此表达法学教育上的差异则未必不可。

第二，成文法方法和案例法方法的运用，包含了非常不同的知识过程。

成文法的重心在规范，绝大多数法律问题的“答案”被认为已包含在制定法体系中；并且通过长期的法律实践，经过学术研究的总结，已经被揭示了大半。因此，成文法下的法律适用过程主要体现为（或者被普遍理解为）一个既有知识的应用过程，极少有直接的、可反馈于整个制定法体系的知识增量。在案例的不断刺激下，细节的增删变化仍是活跃、丰富的，但是整个体系“大厦”依然稳固，很少动摇。

案例法的中心是事实，而事实总是千差万别的。因此，个案的处理过程本身常常就是一个知识生产的过程，

是一个**发现问题、界定问题与解决问题**同时进行的过程。

两种方法当然是各有千秋，利弊互现。以案例法方法作为“他者”观察，成文法方法一个内生的弱点，恐怕正是容易耽溺于“规范”的世界，而对处理“事实”的方法重视不足。事实即是经验——“**法律的生命不在于逻辑，而在于经验**”。忽视了从无穷无尽、生生不息的事实中吸收新信息，成文法方法常为人诟病的封闭倾向似乎也就在所难免。

不过，如果成文法的基础是原生的规范，“重规范”这一倾向并不必然导致“轻事实”，因为大多数制定法规范本身就来自于事实，来自于历史，来自于经验。**方法的运用仍可能呈现出概念化、形式化的特征，但实质性考量则构成内在的、真正的动力。**

最容易封闭、僵硬、形式化的，恰恰是继受的成文法——它庞大的体系同样望之俨然，却并非建筑在自身的历史和经验之上。中国法的现代化过程很大程度上就是一个继受的过程，呈现在方法实践和法学教育层面的“重规范、轻事实”倾向也有目共睹。我们的外在法律体系几乎都是继受的结果；而我们长期习惯的比较法方法，几乎可以叫做“照搬”。

然而，忽视事实取向的方法所带来的诸多弊病，在很长一段时间里，在一种奇妙的逻辑下，实际上被大大稀释了。过去几十年，中国社会的“事实”和“意识”始终处于快速的变迁过程中，与被继受法制背后其他社会的“事实”和“意识”，在很多方面（例如现代经济交往和社会发展的普遍要求）往往恰好可以粗糙地吻合。从而，虽然不是直接我们从自己的土壤，但仍然间接从他人的土壤里，吸取了重要的养分。换句话说，**比较法所携带的信息，很大程度上，不仅在规范层面、方法层面，也在事实层面，开阔了我们的眼界，丰富了我们的法律思辨。**

然而，这毕竟是无源之水、无本之末，难以久恃。继受至今，法制规模粗具，由形式上、大略上的“吻合”带来的边际效用已低，由实质上、细部上的“不合”带来的边际调适成本则剧增。这恐怕说明，**继受法的后发优势已消耗殆尽，而后发劣势——尤其是智识上的封闭、懒惰和依赖性——则特别值得警醒。**

06

◆ 最简可行产品设计的启发 ◆

说到这里，难免有人要问：那么，成文法方法与案例法方法，到底哪一种更好呢？这个问题恐怕不会比问一部晦涩的文艺电影里“谁是好人，谁是坏人”更容易回答。无论是凌空蹈虚的抽象思辨，还是具体时空下的实际比较，都很难有令人信服的答案。而且，谁来回答呢？对这个问题及其回答感兴趣的人，往往不在问题之外，而已经在问题之中。

这一问题的难以回答，**还可能跟它所暗示的一种选择可能性（可以做选择）及选择排他性（只能选一种）有关。**然而，事实上，“选择”通常已经由历史做出，彻底“改换门庭”殊难想象。如果二者完全无法实质性兼容，那这个问题也就没多少实际意义。

也许，我们可以换一种问法：**无论实际处于哪一种方法传统下，我们是否还需要另一种方法呢？**

我想，答案应该是肯定的。“海鸟跟鱼相爱”，并非一场意外。**现代社会越来越复杂，我们因此更加需要清晰、简明、易得、系统的规则供给——这正是成文法方法的强项，也是案例法传统的国家越来越重视制定法的重要原因。**反过来，**现代社会越来越复杂，我们也因此更加需要规则适用的灵活性，需要有效汲取新鲜信息、在局部进行快速调整的能力——这正是案例法方法的强项，也是成文法传统的国家越来越重视案例（法）的重要原因。**

我们无疑属于成文法传统，成文法方法的必要性和重要性不必过多强调，而案例法方法的意义则还需要更多的澄清。这当然不是本文能完成的任务（关于正式制度和运用上的可能性与可行性，请容下回再叙），这里只再谈一点理念上的重要性和必要性。

不妨借用一个很酷的产品设计概念，来稍微“触摸”（touch upon）一下这个问题。在讨论创业公司的产品设计，尤其是互联网公司的产品设计时，经常会提到一个词即“**最简可行产品**”（Minimum Viable Product, MVP）。它的理念，简单来说，就是创业公司应当以更低的成本、更简单明了的方式，首先制造一个能够展现其核心理念的可用的第一代产品，尽快推向市场，然后从实际（而非假想的）用户的真实（而非假设的）使用经验中获得反馈信息，再根据这些反馈信息快速迭代产品，完善细节，并持续推出更好的产品。

这个听上去很酷的概念，跟案例法理念有什么关系呢？——大家不觉得，**案例法方法下的案例，就是一种促进法律适应、发展和生长的“最简可行产品”吗？**至少在三个方面，两者分享相似的逻辑，即**更真实的信息、更快速的反应和更交互的经验。**

第一是**更真实的信息。**

成文法原本就有耽溺于语词世界的倾向，而继受的成文法，由于规范体系本身是外来的，更是缺乏与其适用的土壤之间的血肉联系。但是，案例总是本土的，包含了与法律适用相关的重要的真实信息，在恰当的、反思性的“目光往返流转”之下，**每一个妥当处理个案的过程，也就是妥当理解和阐释法律、赋予成文法真正生命力的过程。**

此时，与其非要人云亦云地说案例（判例）只是成文法的附庸，不如说他们的结合构成了真正有效（effective）的法源。

第二是**更快速的反应。**

成文法的体系过于庞大，思考负担沉重，调适成本巨大，有时难免显得保守，不能适应日新月异的实践发展需要。**正是在成文法的边缘处，在其力不从心或始料未及处，可以充分发挥案例法的灵活性，并且务必要“让子弹飞一会”，不要着急把案例法吸纳的新信息“汇入”制定法的母体——那经常太早地造成额外的体系困扰，并降低了案例法的灵活性。**

两者不妨先相安无事，待真正成熟稳定时再融合不迟。这些点滴累积的“异质物”甚至有可能冲击原来的体系，而蕴含了再体系化的历史性契机。

第三是**更交互的经验。**

仅仅关注“规范”的法律论证经常显得过于高蹈，“不接地气”。除了技术层面，法律上的重大论证几乎总同时是价值的论证、伦理的论证。**从伦理学的角度说，我们并不是在生活的“外面”而总是在生活的“里面”做判断。**伦理的论证是一种在场的论证，而不是完全超脱的。

例如，在解释法律时，我们经常需要想象“一个合理的人在同等情形下”（a reasonable person in the same situation）会如何行为、如何期待。但是，我们究竟如何去想象这种“理性人”呢？研究往往到此戛然而止，无法再往前推进。这其实很正常，因为**这种论证是在实际案例中被真正需要，也只有有一种充满细节的交互性场合下才能恰如其分地做出。**

因此，相较于学者，法官往往有更好的机会把握这样交互的经验，并在案件裁判中贡献更具体、更实质的论证。**凝结在这些案例中的“智慧”是水灵灵的，如果非要输送回成文法，就像是从小溪中取出的水草，很快就会枯萎。**

归根结底，就法律方法来说，规范和事实始终是两项最大的关切。无论是事实取向的方法，还是规范取向的方法，都是我们需要的。**根本的法律方法也许只有一条：把事实搞清楚，把道理讲明白。而要把法律的道理讲明白，就不得不关注事实的道理。**在我们原来的方法库中，这恰恰是被忽视的一部分——我们对于案例法方法的了解不是太多，而是太少了。案例法的理念对于我国的法治建设（例如提高法官的“司法能力”）有重要的意义。

如果关于理念的讨论总有“纸上谈兵”之嫌，那我们还是回到法学教育——至少在法学教育上，我可以很有信心地说，成文法方法和案例法方法并非水火不容，而恰恰可以取长补短、同舟共济。我们在 STL 尝试革新中国法课程的授课方法，尤其是在基础课上尝试采用一种创新性的案例方法，引导学生积极参与课堂互动，不让美国法课堂专美于前。

这种在民法基础课使用的案例方法，更接近于（但不完全等同于）美国法学院的案例教学法（case method），而不同于近年来颇有影响的德国传统的鉴定式案例方法（我们在高年级也开设多门鉴定式案例研习课程）。基础课案例方法更多是一种“放”（发散）的方法，鉴定式案例方法则更多是一种“收”（收敛）的方法。**两者有效配合，才能“收”“放”自如，才能尽可能避免法律学习“一放就活，一活就乱，一乱就收，一收就死”的循环。**

这当然不是容易的事情，我们的工作也远未达到理想的状态。但是，我想我们仍然可以骄傲地说一句：**我们正和可爱的学生们一起，大胆想象并实践中国法课堂的另一种可能。**



教授访谈

01

朱庆育：STL，法学教育的另一种可能

Page 048

03

吴奕锋：找到乐趣，风险无惧

Page 063

02

曹斐：刑法是我的人生导师

Page 056

04

戴悦：不精通税法的大厨不是好的网球运动员

Page 069

05

蔡小雪：法官眼中的法学教育

Page 076

06

郑戈：面向真实世界学习法律

Page 083

07

金印：以真实案例为基础学习法律

Page 093

09

美国法教授：当我们学习美国法时，我们在学什么？

Page 114

08

孙维飞：人同此心，心同此理

Page 103

10

田朗亮：打破唯一性，接受不确定

Page 153

12

钟瑞庆：向下扎根，向上突破

Page 170

11

陈大创：民法学习方法的“鉴定式”

Page 161

13

吴雨豪：规范与实证的往返流转

Page 184

目录

TABLE OF CONTENTS

朱庆育： STL，法学教育的 另一种可能

朱庆育

- ▶ 南京大学法学院教授
- ▶ 北京大学国际法学院访问教授

“

STL 以非常有限的师资培养出最具市场竞争力的毕业生，在我看来，根源就在于教学自由的贯彻。

”

Q: 朱老师今年是第七年来 STL 授课了，一开始来 STL 授课的原因是什么呢？又是什么让您一直坚持下来的呢？

第一次来 STL，是 2014 年的 Q1。葛云松老师受学院委托，邀请了几位老师以访问教授的身份过来授课，进行中国法的课程改革，我是其中之一。刚开始我很犹豫，因为在此之前我几乎不出差。每周都要来的话，有点接受不了，觉得会很辛苦，时间也紧张。但经不住云松左忽悠右忽悠，我最终答应试一试。因为不确定是不是能坚持下来，我接受云松的建议，先开一门选修课——民法研讨课。没想到这一下子坚持到了现在。

现在想想，我能一直坚持下来，可能主要是两个原因：一是我虽然授课不多，一年就一门选修课，也谈不上有多大的影响力，但这边教师本来就少，去留一个人影响都挺大，我想，每年都来，也许对刚刚博士毕业，来 STL 工作的少伟、对学生稍微可以表达一点支持之意；二是这边的教学环境和学生的好学精神让我觉得比较惬意，身体虽然比较辛苦，但精神很愉悦，愿意每年过来换环境，透透气儿。

我来之前，STL 中国法的课属于点缀性配角，主要由北大本部的老师过来讲。老师们的时间都很紧张，所以他们一般是来深圳住几周，集中授课。但集中授课，知识一下子全灌过来，学生很难吸收，并且这种授课方式跟培训学校似的，不太像正常的大学。

不过这些我事先都不知道。授课时，觉得大家都是学过基础课的研究生了，研讨课又属于所谓的高阶课，所以我基本没有讲授，只在每次课的最后一节就同学们的报告和讨论作总结。第一次讨论课的主题直接就是“负担行为与处分行为”。

一个学期下来，同学们表现不错，我对授课效果也比较满意。学期结束时，有同学和我聊天，说“朱

老师你知道吗？讨论主题大部分我们都没怎么学过，包括第一次的负担行为与处分行为。”我当时很震惊，问他们民法基础课是怎么学的。这才了解到，原来每门基础课像集训一样上几次就结束了，而且那时候 STL 招收的法硕绝大部分都是非法本法硕。

更让我震惊的是，上课的时候，我完全感觉不到学生几乎没怎么系统学过基础课。学生程度当然也是参差不齐，但这种参差不齐就像其他任何法学院一样，属于正常现象。每次课的讨论，负责报告的同学也默默努力做课下准备，没有人抱怨说超出他们的能力范围——至少我没听见抱怨声，而每次报告的质量也是可圈可点。

到现在为止，我接触的所有 STL 学生中——也可以把“STL”这个限定词去掉，那一届都是最刻苦的。那届学生的刻苦，基本上奠定了我对 STL 的好印象，也是我愿意继续来 STL 授课的重要影响因素。

Q: 朱老师经常提到 STL 是一块独一无二的“试验田”，代表了法学教育的另外一种可能。那 STL 的独特性体现在哪里？“试验田”又在试验些什么呢？

对外宣传上，STL 的最大特色是美国法教育，拿美国法 J.D. 和中国法 J.M. 双学位。无论从拓展知识面还是国际化程度的角度来看，这当然都是特色。

不过，我个人不是特别强调这一点。我说相较于“体制内”大学，STL 是一块独一无二的“试验田”，代表了法学教育的另外一种可能，这种可能也许可以反向影响“体制内”大学的法学教育，主要是我基于教师角度的个人感受。

对教师来说，理想的大学里最让人神往的，大概莫过于教学自由：想开什么样的课，判断什么是重要的知识，怎么样设置科学的课程体系，以什么



方式授课，怎么考核学生以便检验教学效果，所有这些都是自由的；至于校方的任务，则是甄选并延聘有责任心有学术追求的教师，然后放手。但在“体制内”，这些当然是做不到的。

“体制内”大学，课程是被设定的，课程体系的设计更像利益分配，而不太关注知识的科学构成。一般情况下，老师只能在既定的框架内选择上什么课，并且受到诸如教学大纲、教学进度、指定教材、考核方式、课堂巡查以及教室监控等等这些越来越严密手段的制约，稍有不慎，就酿成教学事故，轻则通报批评，重则教职不保。所有这些日益加重的制约，是朝着以照本宣科为标准授课方式的方向推动，等到目标实现的那一天，教师也就变成了复读机器。

这听着有点夸张。至少就目前的现实来看，好像还不至于，也不能说体制已经到了密不透风的程度。我任职的南京大学有一种本科生课叫DIY课，在常规课程体系之外，由本科生自己邀请老师开课，在教务处备个案就行，授课则是在晚上或周末这些

不排常规课的时间段，考核方式也任由老师和学生商定。我应邀开过一次课，内容是在STL所开研讨课的简版，感觉不错。

说回到STL。之所以说只是我的个人感受，是因为我羡慕传说中的民国大学的教育方式，尤其是西南联大，所以对这方面会比较敏感一些。我们所看到的西南联大当然是经过了后人的美化，只不过恰恰是这种美化，代表着一种追求。无数人说过，西南联大最重要的精神是自由——**教学自由、研究自由、学术自由**，而学生在这种自由的氛围中也得到充分成长。陈寅恪先生所称道的“独立之精神，自由之思想”，可能只有在这所独特的大学里才得到过比较好的诠释。

而STL，在我看来，是目前各高校中最接近这种理想状态的。STL当然也是体制内大学（学院），所以我前面所说的“体制内”大学都要加上引号。只不过，STL因为学位项目的高度国际化，学院管理和师资配备的特殊状况，再加上远离学术喧嚣之地的特殊位置，可以不受如同其他大学的“体制内”

限制。至少就我个人而言，能在这里感受到教学自由带来的愉悦。这一点是我最看重的，也是我为什么说STL是一块“试验田”的最重要考虑。

STL这些年来影响力迅速扩大，不是因为STL的宣传攻势很强（恰恰相反，这是一所低调内敛的学院），更不是因为获得多少省部级课题省部级奖项省部级人才省部级批示导致排名提升，而是非常简单的，因为这些年的毕业生得到市场的高度认可。区分行政级别的指标体系没办法为人才培养质量背书，有时候，反倒是越追求指标，实质的学生培养投入越少，没有这些指标的制约，可能还更容易回到教育的本原。

STL以非常有限的师资培养出最具市场竞争力的毕业生，在我看来，根源就在于教学自由的贯彻。

教学自由不仅仅关乎教学与学生培养质量，还直接对教师的学术研究产生影响。**大学老师的教学和研究一定是相辅相成的。**老师的研究兴趣一方面从自己的阅读中来，另外一方面从教学里来。教学是检验研究程度的最好试剂。如果授课时不能清楚表达，往往意味着没研究清楚，教学中呈现的问题，同时又为研究指示了方向。教学自由对研究的促进，我其实已经有过深受其益的经历。

我的《民法总论》是在我法大十年授课讲义的基础上写的。那时候我是年轻教师，一无所有，也不报课题，也不争利益，在学校基本上就是一个透明的存在。没人关注我的最大好处，是可以从容按照自己的计划做事，不必浪费时间在自己没有兴趣的事情上。所以，年复一年我都是在阅读、备课、教学和写作中度过。备课时遇到什么问题，尽己所能去阅读资料，上课没讲清楚的，回来继续研究，觉得差不多清楚了，再回到课堂上接受检验。这样，讲义一年一年积累，体系一年一年清晰，认识也一年一年深入。等差不多可以定型了，就动手写教科书，这才有了《民法总论》。

如果我的授课有什么可取之处，如果我的《民

法总论》有什么可取之处，得感谢法大的宽松环境和一届一届好学的学生。

很难说法大的宽松和相对自由的教学科研环境是校方有意追求的结果，更大的可能是，法大的管理体制比较粗放，网格比较大，也就有更多的网格外生存机会。不仅如此，法大和其他任何一所“体制内”大学一样，追求的都是官方指标，我想，这大概也是为什么我在校方会是一个透明人。在这个意义上说，法大的自由是一种“漏网”自由，并且打捞这种自由需要付出因为无官方指标而透明的代价。话又说回来，不能满足官方指标，仅仅是成为透明人，而不会有其他不利后果比如教职之忧，这其实已经是非常宽容了，要放到现在，在任何一所高校都可能教职难保。

只存在“漏网”自由的法大尚且如此，我想，在有意追求教学自由学术自由的大学里，教学和研究的相互促进作用也许会更明显。这一点在STL已经得到部分印证

我在STL兼任任教的这七年，有几年是在讲相同的主题，就是画家村案。一次又一次讲过之后，我从画家村案中看到的东西越来越多，不仅仅包括法律之内的解释适用问题，还有很多法律之外的土地制度、经济制度乃至更宏观的制度变迁的基本逻辑问题，以至于几年下来，课时量从30小时变成60小时，还是讲不完。

在这过程中，最大的受益者其实是我自己。通过一次次授课，我对画家村案所涉及的各方面问题看得越来越清楚，也越来越感受到自己知识天花板的所在。如果我的生活还能像十几二十年之前一样单纯，又或者在STL的教学不是兼职而是全职，这些年在STL授课积累起来的画家村案的讲义，差不多也可以写成一本书了。

稍微总结一下。**教学自由是培养高质量学生的保障，也是学术研究的有益前提。**STL能在市场需求的竞争中胜出，就是教育成功的标志，同时也可

以反过来影响受行政指标主导的“体制内”大学，因为无论是作为教学“产品”的毕业生，还是作为研究“产品”的学术著述，最终都要接受用人单位和读者市场的检验。

STL正在招聘中国法常驻老师。如果能聚集一批追求教学自由学术自由的志同道合的老师，不以官方指标为指挥棒，在规模效应下，相信STL的成功还会继续放大，前景不可限量。

Q: 在STL授课的这些年，老师所感受到同学们的变化是什么呢？

STL学生的一个特点是焦虑，所以也许可以从焦虑这个角度说说变化。

从我第一次上课到现在，都能感觉到STL同学们的焦虑。有的焦虑是STL特有的，有的焦虑则是和其他“体制内”大学共有的。

特有的焦虑，在我来STL的头几年感受比较明显。首先，STL的课业焦虑。非英语专业的同学面对第一年纯英文授课的美国法课程，压力很大；英语专业的同学面对法律的学习，压力也很大；既非英语专业又非法律专业的同学，则面临双重压力。其次，在STL读书的经济压力也很大，STL的学费是国内法律硕士项目中最高的。另外，STL的同学还有“身份认同”上的焦虑，大家一方面会觉得自己是北大的学生，另一方面又因为STL地处深圳，难免有一种被“放逐”的感觉。

同学们还有一个普遍的困惑：怎么能把法律学好？这个困惑看起来很普通，但实际上带有很深的STL烙印。STL同时学美国法和中国法两套法律。两套法律怎么各自学好，又怎么融会贯通，这大概是STL同学一直以来的困惑。

有这些焦虑和困惑其实是好事，这表示同学们把关注点集中在学习上。

现在的焦虑好像和以前不太一样了，不再是专属于STL的焦虑，汇聚到了各高校的焦虑洪流里。这两次上课，我在课堂上说STL越来越“体制化”。其中一个“体制化”的表现是：STL同学的焦虑和其他学校没有差别了。前几年，STL同学焦虑的是怎么把法律学好，以便以专业能力去证明自己。现在的焦虑可能更多是怎么找到好工作，怎么让履历更好看一些，怎么多实习、多和律所混熟一点。其他学校常见的逃课实习、考试要分的操作，在STL也开始出现了。

同学们一直都很忙，只不过以前忙于学习，现在可能是忙于考证、实习，忙得没时间学习了。

Q: STL逐渐变得“体制化”的原因可能是什么呢？

我不太确定具体是什么原因，试着猜一下。

一方面，可能和学生自身有关。

早几届，STL属于“初创”阶段，几乎没有任何积累。同学们来这里像拓荒一样，需要通过自己的努力，证明自己的价值，STL的名声和市场认可度也需要同学们自己建立。所以，大部分同学是憋着一股劲儿的，因为他们担心，如果不努力，会没有出路。

现在，STL的市场认可度逐渐建立起来了，同学们从这种市场认可度中获得了相当程度的安全感，毕业生开始拥有STL的光环，证明自己不再那么个体化，也不再那么迫切。STL为同学们确立了一定的“体制依赖性”，这和同学们在大学阶段的体制依赖性比较相似。进而，有了体制依赖性，同学们好像也就更有理由和“主流”接轨，以驱散被放逐的感觉。和主流接轨，在某种意义上，也就是和体制接轨。

另一方面，也可能和老师有关。

STL的常驻老师比较少，大部分中国法老师都是外聘的访问教授。STL的访问教授都是经过精挑细选并且得到同学们认可的，所以没有“混日子”的老师。从师资配比上来说，STL的师资质量毫无疑问是最高的。但是开的课多了，也许难免会多少带入一些各自的“体制内”习惯。

STL风格的改变，可能和同学们自己的关系更大，毕竟访问教授来来往往，影响有限。STL是研究生教育，到这里上学的同学们都已经经过“体制内”大学的熏陶，如果STL又能提供体制依赖性，大学阶段的习惯很容易顺延过来。

这些年STL的生源质量越来越好，保送过来的学生也越来越多。我经常在想：“体制内”官方标准下的好学生，在某种程度上，可能恰恰表明他们更符合官方标准，更“体制化”。也就是说，STL的生源质量越来越好，也就意味着越来越符合官方标准。

我还经常会说：某种程度上，高考成绩很好，未必表明具备足够的学习尤其是反思能力。高考当然很重要，可以甄选出大部分学习能力还不错的同学。但是高考成绩好，未必说明学习能力强，也许只是迎合能力很强。大部分高校的考试机制和中学

其实也差不多，也是在考察迎合能力。这样的话，大学绩点高的同学，可能也表明“体制化”程度比较高。

可是“体制化”程度越高，也就越失去个性。而在STL，恰恰是要鼓励个性的发挥。在这里，要在自由的教学中，让老师意识到自己知识不足，让学生意识到自己学习能力不够。

Q: 在您看来，STL目前所处的困境是什么？可能的出路又是什么？

刚刚谈到，STL越来越“体制化”，我说这种变化可能主要不是受老师影响。作出这个判断还有一个考虑：都是研究生了，比较不容易受老师影响。即使能影响，STL也还有一个缺陷限制这种影响的发挥，就是**中国法的常驻老师数量太少**。

访问教授的课堂效果都不错，但上完课就回各自学校了。仅仅靠课堂是不足以对学生言传身教的。所以，如果STL要形成稳定的风格，在既有成就上继续往前迈进，需要有相当数量并且志同道合的常



驻老师。否则，即使形成了风格，也很脆弱，很容易消失。

现在，STL处在转型时期。一方面教育取得了初步成功，另一方面恰恰是这种成功对STL各方面尤其是师资配备提出了更高的要求，因此也面临着更大的不确定性。招聘新教师的时候，如果不能准确甄别出志同道合者，STL目前形成的风格和所积累的成就可能很难维持。这是一个很大的考验。

影响STL往前走的因素可能还在于**教学定位**。

之前一直强调STL是职业教育。从务实而不空谈的角度，这么说当然是对的。可是法律教育原本**首先就是职业教育，为什么还要一再强调甚至引为特色呢？**对这种强调，我稍微有点担心，担心会让同学们产生一种心理暗示：所谓的职业教育就是以从事法律实务为目标，而法律实务要求所学的知识都是有用的知识，那么，看起来没用的那些知识，我为什么要去关注它？我交了这么多学费，你为什么要拿没用的知识浪费我的时间？如果这样，职业教育可能会蜕变为急功近利教育。在急功近利的驱使下，焦虑于实习、考证这些看起来对找工作有直接帮助的操作，就得到某种程度的正当化。

如果真有同学这么想，可能就误解了一个问题：**即使以从事实务为目标，也不意味着可以不具备研究能力和反思能力，不意味着可以越过无用的知识。很多时候，无用的知识是有用知识的基础。**过于功利直奔有用的知识而去，结果可能是一无所获。这一点，少伟老师最近也有很深刻的思考。

可是我们的J.M.本来就是对标美国的J.D.，尤其是在STL，更有理由走J.D.之路，难道他们也会有这个急功近利的危险吗？美国的法学院有没有这个危险我不太清楚，不过，可以肯定的是，**J.M.教育不能和J.D.简单相提并论。**

美国没有法学本科，J.D.虽然是研究生教育，可它是法律专业的第一学位，同时也基本上是最高学位。而我们有法学本科，并且法学硕士之上还有博士教育，法学本科—法学硕士—法学博士是呈递

进关系的法学教育常态三阶段。

这样的格局决定了：第一，J.M.不可能是我国法学教育的主流，无法类比美国的J.D.；第二，虽然J.M.被定位为实务型学位，与学术型法学硕士学位相区别，但想要成为实务型还是学术型，不可能由学位类型而是由学生自己决定，J.M.学生固然不妨从事学术研究，更重要的是，所谓学术型硕士也是绝大部分进入实务领域。

所以，J.M.注定是尴尬的：非法本法硕面对法学背景硕士生，缺失四年的基础法学教育，市场竞争力不足；法本法硕和学术型法学硕士相比，又处于边缘地位，市场竞争力同样不足。这种尴尬严重影响J.M.的吸引力和生源质量。

STL招收的是J.M.。这些年生源质量能大幅提升，只能说明STL本身的吸引力极大抵销了法硕之短，但这恰恰也表明，法硕之短能被抵销，是学长艰辛努力之功，后来者如果不继续努力，STL的良好局面不会持久，更不会改善。再说，法硕之短只是被抵销，而不是被清除，所以，如果不努力，短处仍会随时凸显。

实际上，STL在短短数年之内赢得良好的市场口碑，固然是因为自身足够努力，不过也不必估价太高。还可能有一个因素，那就是也“得益”于对手的不够努力，用郭德纲的话说，“得益”于“同行的衬托”。一方面，“体制内”同等层次的竞争对手大量精力被其他事务消耗掉了，用于学习的时间少到惊人，另一方面，“体制内”法学本科教育效率如此之低，以至于即使非法本背景，经过一两年的努力学习，也可以超越绝大多数法本背景研究生。

Q: 有一种观点认为：法学院学习的知识和实践是脱节的，因此法学院学习的知识大部分都是无用的。您如何看待这种观点？

觉得自己在法学院学的知识用不上，这是一个普遍情绪。如果这是个事实，原因可能比较复杂。

首先，也许有老师的原因。“体制内”的不少老师教授的内容乏善可陈。讲稿可能还停留在十几年甚至几十年前的水平，或者，即使是现在的水平，也不过是法学八股。对他们来说，上课无非是完成教学任务而已，或者，即使想好好授课，也限于水平有心无力。在这样的课堂上，不可能指望学生学到什么真正的知识，如果受到这种老师的影响，也不太能指望学生能有什么有效的课外学习。**如果是这种情况，其实不是“法学院学的东西用不上”，而是老师教的内容本就不是应该学的。**

其次，也许有学生的原因。如果学生自己不好好学，即使遇到最好的老师，也是没有办法教好学生的。孔子说：“唯上知与下愚不移。”所谓下愚，不是指愚蠢，至少不是仅指愚蠢，更多是指“困而不学”之人。很难想象一个靠考前突击完成课程学习的人，能真正掌握这门学科的知识，即使考前突击取得了很好的考试成绩。恰恰是，靠考前突击取得好成绩的人有更大的迷惑性，当这样的学生面对法律实务无法处理的时候，他不会怀疑是因为自己学得不好，而更愿意归咎于“法学院学的东西用不上”。**如果是这种情况，用不上是因为没学好，而不是“法学院学的东西用不上”。**

再次，也许有实务部门的原因。法律的学习有点特殊，不太可能在法学院完成全部教育，因为法学院无法真正面对司法适用。即使有案例课，也是被重新表述过的案例，是模拟实践，不是第一手的法律适用实践。所以，法学院所能做的，仅仅是尽可能精确地建立概念体系和规范理论，至于将概念与规范对应于现实案例，则需要实务的介入。这也是为什么法科学生有实习的要求。但现状是，很少有学生在实习的时候真正投入到法律适用训练中，实务部门也往往不愿意付出成本培养实习生或新进员工，而更愿意“坐享其成”，希望实习生或新进员工能马上上手，一入职就是熟练工。**如果是这种**

情况，也不是“法学院学的东西用不上”，而是实务部门做了不切实际的要求。

最后，也许还有社会环境的原因。如果这个社会的法治状况不佳，法律案件的处理讲究“功夫在诗外”，法律专业知识学得再好，可能也“用不上”。如果是这种情况，看起来确实是“法学院学的东西用不上”，但法律教育总不能因此转而教授那些“在诗外”的功夫。法律教育的意义，恰恰是要致力于让法律适用的功夫回到“诗内”。**所以，这种情况下，让“法学院学的东西用得上”应该成为所有法律人的努力方向。**

我想，现在很多人相信“法学院学的知识用不上”，在某种程度上可能是一种逃避心理。学习很辛苦，如果不想付出足够的努力，就需要给自己找一个正当性——“法学院学的东西用不上”正好可以提供这种正当性。如果又不愿意承认自己学得不够好，这种正当性的心理暗示就会更加强烈。

Q: 您对STL同学的期待是什么呢？

期待就是，希望STL的同学们保持并发扬刻苦学习的光荣传统，做好学生阶段该做的事。

如果说更具体的期待，STL的同学们在法律知识和思维的训练上可能拥有独一无二的优势，希望能发挥出来。这个优势是，STL同时教授案例法思维和制定法思维，如果能将二者融会贯通，真正做到博采众长，那么，在职业市场上，STL的毕业生将拥有无与伦比的竞争优势。

◎ 本次访谈采编、校对工作由成端端、卢晴、王瑞芸同学完成。

曹斐： 刑法是我的人生导师

曹斐

▶ 北京大学国际法学院助理教授

“

但刑法在实践中的适用又不仅仅是天理人情，更有其本身的规范逻辑，这套逻辑恰恰是非常细致、严密甚至艰涩的，要全面掌握并不容易，必须要付出很多努力。学习刑法，需要穿越最先的情感冲动，投入到专业学习的丛林。

”

Q: 曹斐老师是什么时候加入 STL 的？在 STL 授课的感受如何？

我是 2016 年加入 STL 的，是 STL 中国法的第四位常驻老师，当时 STL 的独特性、开创性和办学理念很吸引我。

对我来说，在 STL 授课很有挑战性。作为在传统讲授性授课风格中成长起来的教师，我在 STL 第一次上必修课《中国刑法》时，就遇到了学生督促老师改良课程的局面。因为 STL 的同学经过一年级 J.D. 课程的训练，已经很习惯课前、课后阅读，课堂讨论的学习模式了，所以我在 STL 的第一节课结束时，就有同学来问我：“这门课有没有阅读材料？”

意识到这个问题后，我开始向茅少伟老师和其他中国法老师学习，将课程调整成讲授和讨论相结合的形式。当然，这个调整也不是一蹴而就的，我一开始在引导讨论时，因为经验不足，所以对课堂节奏的把握并不总能如愿，慢慢才找到平衡，和学生彼此适应。我很感激 STL 良好的师生氛围，这种氛围也在帮助我成长。

在 STL 的这几年里，我观察到，每一年的学生在基本价值立场上都会一点不同，会带有不一样的群体性特征。比如，我们在讨论价值性问题的时候，有的年份的学生会更倾向于对个人权利的保护，有的年份的学生会更倾向于对公共秩序的守护，所以即便是经典问题的课堂讨论，每年也会呈现不一样的图景，无法在课前去预估，这是很有意思的。

Q: 在看到新闻中的刑事案件时，有时候会出现基于“专业视角”作出的判断与基于“直觉”作出的判断的结论并不一致的情形，这是为什么呢？

刑法是和道德情感联系最密切的法律，很多同学学习刑法的初衷也是受到刑法体现的价值的感召，舆论中最能引发爆点的往往也是刑事案件。刑事案件中的人性善恶，命运纠葛，很容易在我们的情感之弦留下回音，因此即便没有学过法律的非专业人士也可以对刑事案件做出评价。

但刑法在实践中的适用又不仅仅是天理人情，更有其本身的规范逻辑，这套逻辑恰恰是非常细致、严密甚至艰涩的，要全面掌握并不容易，必须要付出很多努力。学习刑法，需要穿越最先的情感冲动，投入到专业学习的丛林。

那同学们如何**跨越道德直觉，钻入专业学习的丛林**呢？

首先是承认刑法学习的双重视角。一个引发社会轰动的刑事案件，不单单是一个纯粹的刑法问题。刑法学人对某个刑事案件做出评价的时候，可能是基于**专业视角**做出判断，也可能仅仅基于**道德直觉**做出判断。当然，很多时候，专业分析会印证初始直觉。但也有时候，通过理性逻辑的专业分析得出的结论和先前的直觉相去甚远，这也是为什么有一些案件会有争议。

我在课堂中会告诉大家，作为学过刑法知识的专业人士，一定会同时具备这两种视角。我期待同学们能**把这两种视角融合在一起**，通过运用理性的专业知识得出的结论，也能同时符合道德直觉。

当不能得出理想结论时，同学们要识别目前的结论是通过哪一种思考方式得到的，是一个普通人视角得到的？还是一个专业人士通过运用专业知识得到的？如果运用这两种视角分析问题，却出现了截然相反的结论时，同学们需要考虑：是直觉出了问题？还是专业知识的运用出了问题？还是存在一个更根深蒂固的结构性的问题？

作为刑法学人，我们终身都会受这两种视角的纠缠。但通过刑法学习，可以达到自观的效果。

Q: STL所提供的“专业教育”，是通过基础知识的学习，进而培养法学学习所需要的反思能力与研究能力。基于这种特点，STL刑法课程的定位是什么呢？

正因为 STL 的开创性，所以每一门课程在法学院教育版图中的意义和价值都会被重新审视。

STL 究竟需要什么样的刑法课程？和传统法学院有什么不一样？对这些问题的思考，还有 STL 专业教育以及注重案例教学的特点，都会指导我去设计教学内容。

我会反思：“刑法这门学科，除了帮助法学院的学生实现法律体系知识结构的完整性，还有没有其他学科不可取代的意义？”所以，我往往会在刑法基础课的第一节课上，通过自己学习刑法的心路历程，去讲授刑法这门课在 STL 开设的意义是什么。

我最初学习刑法当然是因为刑事案件和人类基本情感以及道德直觉的关联，对公平正义的向往，但选择研究刑法的原因则是刑法体系结构的逻辑性和清晰性。刑法看起来是所有基础部门法学科里最具确定性的，无论是规范来源还是分析架构，完美契合三段论的逻辑推理。

刑法的**确定性**和**缜密性**很像科学，具有天然的理性美感。当然越往深处学，不确定性就会逐步增加，但对于初涉法学领域的学生而言，刑法的分析架构和价值碰撞将是绝妙的导引，带给同学们较好的学习体验。

这也帮助我自己找到了 STL 刑法课程的定位，我希望在课程中除了有短期知识性的收获外，更有长期甚至终身的意义，在离开法学院之后，还能对人生产生影响。我想，STL 的刑法课程，大体包括这两方面的意义：

第一，方法上的意义。刑法是法学方法论入门和实践的最佳阵地，确定的规范来源，缜密的分析

架构，丰富的理论争鸣，学好刑法，对演绎式方法的掌握大有帮助。

第二，价值上的意义。我一直认为刑法是最好的人生导师，每一个刑事案例都在反复提醒，人生中最重要、最基本、最不可缺少的利益和权利是什么。希望同学们可以珍视这些基本权益，不要舍本逐末去放弃它们，更不要去侵害他人的权益。这就是我在 STL 开设刑法课程最重要的目标，一个是方法性的，一个是价值性的。

Q: 您刚刚提到了 STL 刑法课程的定位，您在 STL 开设的《中国刑法》与《刑法案例研习》具体内容和讲授方式是什么样的呢？

STL 刑法课程不仅定位特殊，其内容和讲授方式也有很不一样的地方，这主要是因为必修课中国刑法的课时数和 STL 提倡的案例教学方法。

考虑到刑法课程实现完整方法训练的使命，研究生的自主学习能力，STL 学生的兴趣和需求，以及保证课堂互动的的时间，我设置出了这样的一个课程体系：**必修课《中国刑法》是基础课程，覆盖刑法总论全部和分则典型罪名的知识型内容，辅以案例式（主要是鉴定式案例分析）练习。而在高阶选修课《刑法案例研习》中去深入探讨刑法分则各种具体罪名的适用，同时进一步巩固和反思刑法分析方法。**

所以基本所有 STL 的同学都会在我的课堂上去认识和学习“**鉴定式案例分析**”方法。

那何为鉴定式案例分析呢？这里的“鉴定”就像医学鉴定或者专家鉴定一样，从一个专家的角度，用自己的专业知识解决去解答某一个法律问题，并给出结论。

“鉴定式”是一种既能给出答案，又能给出论

证过程的一种书面表达形式。其特点是：论证在前、结论在后。论证的过程中，能够清晰地展现出你所想过的可能性、可能性是否成立、为什么成立或者不成立以及所想过的解决方案的过程。

刑法上的“鉴定”，举例来说，A 是一个 13 周岁的未成年人，他用刀去捅了另外一个未成年人 B，B 不治身亡了。我们要解决的问题是：13 周岁的 A 是否需要承担刑事责任？如果需要承担刑事责任，需要承担何种刑事责任？

在分析 13 周岁的 A 是否需要承担刑事责任时，我们首先要找到承担刑事责任的规范基础，所有的刑事责任都会有一个规范基础。而根据“A 用刀捅 B，导致 B 死亡”这个行为特征，我们很容易就可以定位到《刑法》第 232 条的故意杀人罪。

接下来，我们要去提出可能性，A 有没有可能成立故意杀人罪？“鉴定”不会直接给出一个答案。

我们需要首先假设 A 的行为，符合了故意杀人罪的规定，成立故意杀人罪。然后去看小 A 有没有全面地符合故意杀人罪的全部前提。

此时这又涉及到刑法的一个专业知识，在刑法里，成立一个犯罪必须要通过三个阶层的检验：

第一，这个行为符合某一个分则条文所规定的所有构成要件要素。

第二，在符合构成要件的基础上，这个行为是否有阻却违法的事由，即有无正当防卫、紧急避险或其他阻却违法事由。

第三，如果一个行为既符合某个刑法规范的构成要件且具有违法性，还需要检验行为人本身是否具有认识其行为违法性的可能。是不是具有责任能力？是不是达到了责任年龄？是不是具有理论上所探讨的“期待可能性”等。

总体而言一个行为在刑法上构成犯罪必须符合



三个阶层的检验，即构成要件符合性、违法性以及罪责这三个阶层的检验。

“鉴定”的分析方式，是在每一个阶层，都假设为符合了该阶层。以故意杀人罪为例，A 客观上有没有杀人的行为？有没有出现被害人死亡的结果？结果和行为之间是否具有因果关系？主观上行为人对这个结果是否具有故意？将要素一个个地带进去检验，每一个鉴定是既规范、又繁琐的。

鉴定式案例分析的优点是可以把刑法体系，尤其是刑法总则中的知识点非常清楚、规整地串联起来，并能在涉及典型刑法规范的案例里面加以运用，体现思考方法的优越性。

但我们也要清晰地意识到：“鉴定式”作为一种法律分析方法、案例分析方法，适用语境其实也十分局限。“鉴定式”的适用，适合法律初学者，可以让初学者在刚接触法律领域，学习相关知识时，完整且灵活地运用学到的知识分析问题。当学生经长时间的法律训练，成为法律专业人士之后，就没有必要再去对所有的法律问题都进行一次完整的鉴定了。相反，经历了“鉴定式”的长期训练的同学，在分析法律问题时，能够**非常敏锐地定位到案件中最实质的法律争点**，并运用相关知识对案件进行分析。

但需要注意的是，这个“初学者”的过程，可以相当漫长，并不是在法学院选修完刑法课，就可以从刑法初学者的身份中毕业了。对刑法知识和鉴定方法的掌握，需要很长的时间和反复的练习。

因此，《刑法案例研习》课程仍然是通过鉴定式案例分析的练习形式来展开。在案例研习课里，我们会通过 7 到 8 个比较复杂的案例，讨论法律适用中典型和非典型的疑难问题，比如，财产性犯罪中盗窃和诈骗如何区分？交通肇事犯罪中的过失和其他细节如何认定？我们会通过鉴定式的方式进行具体的训练。这是一门由同学和教师共同驱动的课程，甚至很多没有定论的规则解释，都会在同学们

的研讨中得到补充。相应地，课程作业量也比较大，基本每周都要完成几千字的作业。在前几年关于鉴定式方法的参考资料还很稀缺的情况下，选修这门课程的同学也都非常认真地完成了每一次作业。

这门课程的内容也在不断改进，比如除了针对教学案例的练习、讨论和点评的部分，也加入了相关罪名拓展性知识的讲授，完善同学们刑法分则的知识版图。

在经过案例课程的训练后，同学们处理刑法条文、检索相关法律规范和识别法律争点的能力有了很大的提升。并且，同学们的整体思路会清晰很多，体现在能够快速定位到自己不确定的地方，也学会了能对类似案件中的争点进行更有效和更有针对性地提问和总结。

Q：在初学刑法时，同学们往往会被刑法纷繁复杂的理论所困扰，同学们应当如何面对众多的刑法理论呢？

很多同学在学习刑法的过程中，被众多的刑法理论所困扰，这是常见的现象。理论争议的存在使得刑法中的很多问题难以给出一个统一和确定的答案，初学者很难适应这样的风格。

首先，理论存在有其合理性。理论是解决问题的一种方案，不同理论体现了不同的理性基础。为什么理性基础会不一样？**根源在于，不同人群对什么是刑法、刑法存在的意义的理解有所不同。**

比如，我们怎么去理解违法性，有的人更倾向于行为造成的侵害结果，有的人更倾向于行为本身对于规范的破坏。存在这样的分歧，在解决问题时就会有不同的路径。当各自的路径上走的人多了，就会变成相互对峙的、具有一定影响力的理论。而且同一种理论中路径中又会有所分叉，有些人会更

偏左边，有些人更偏右边，就会出现针对原有理论的修正理论。待解决的问题越复杂，理论可修正的余地就越大，于是就会出现更多的理论。

那我们应当如何面对不同的理论？首先不要去把理论作为真理，或者说不要把理论作为结论。理论的存在是为了解决问题的，**关注点应当放在最终的解决上。你想要达成什么样的目标？**

理论只是达成目标的一种经验路径。但理论存在的地方，往往说明问题本身是复杂的，是有争论余地的。学者在理论争鸣的时候，可能更注重逻辑的一贯性和自治性。而法律使用者，如果熟悉了各种理论、知道不同理论针对何种问题的解决，那么在碰到实际案例时候，首先可以快速定位到案件可能的争议焦点属于哪个问题域；其次能快速梳理出争论焦点，通过理论提供的不同路径，想象这些路径可能指向的结论。最后基于案件事实，去查验哪个路径更扎实更具说服力。如果实务中有确定的辩护立场，对不同路径及其背后理性的熟悉，能够更充分地应对各种可能的挑战，从而更好地为当事人服务。

刑法理论名称纷繁复杂，同学们在阅读相应的文献时，遇到困难也很正常。在阅读文献时，要特别注意：**不要被作者所用的名词迷惑，要考虑作者使用某个理论时，真正想解决的问题是什么？作者是如何分析这个问题的？最后的结论又是什么？**我们在课堂上给同学们讲授不同的理论，重点不在理论的名称，而是解决的问题、具体的结论和背后的理性，只有这样才是真正掌握了某个理论，并且能够辨别理论误用的情形。

Q：同学们在刑法学习时，遇到的另一个难点是比较法的运用。一方面，刑法教科书和文献中存在很多的域外理论和实践；另一方面，J.D. 课程中刑法的学习也会带来很多借鉴。同学们应当如何面对比较法的运用？

首先，要明确的底线是：结论不能直接拿来用，尤其是具体罪名的认定和具体规范的适用。

其次，在比较有争议的部分，比如刑法的逻辑框架，还有阶层犯罪体系这种源自德国刑法的犯罪成立的要件，这些内容能否拿来适用，不同的学者会有不同的见解。我的看法是，对于基础方法性的东西。如果没有和我国法律规定以及伦理基础有明显的冲突和偏离，我们可以适用德国刑法中的方法去分析我们现行的法规范。因为这些体系、框架，经过许多年的应用和反思仍然流传下来，存在其内在稳固性。同时，我们清楚其体系框架的优势和弊端，在借用的时候也能够做到扬长避短，自主修正。

Q：您认为 STL 目前刑法类课程还有哪些有待完善的地方？

从体系完整性的角度，STL 的刑法课程供给仍然还是不够的。这和常驻刑法和刑事訴訟法的老师不足有关。第一，从刑事实体法的角度来讲，在必修课上，我们没有办法讲授太多刑法分则的内容，而只能通过选修课程《刑法案例研习》去讲分则具体罪名的适用。刑事程序法上的课程设置也并不全面。

第二，我们缺少一些基础理论课程，基础理论所涉及的内容都是共通的，而我们也比较缺少涉及

到刑法哲学部分的课程。

第三，我们缺少一些案例实践课，对已经完成了刑事实体法和程序法课程的高年级同学，可以由实务人士来与他们一起讨论、分析实务案例中的重点和难点。

Q: 您对 STL 的同学们有什么想说的吗?

我一直说，刑法是我的人生导师，对个人基本权益和人身犯罪的关注，引领我去探究医事法，进而去认识个人成长和教育。

作为教育工作者，我也一直关注 STL 学生的成长，平时同学们也会和我聊一下他们的困惑。有同学觉得，入学前自己是打算好好学习，但入学后却发现自己变得“结果导向”了，心态被分数影响的越来越多，以至于在做课程规划、职业规划的时候，不自觉地会被大环境带跑。

我觉得，同学们的焦虑是一个时代问题。STL 没有护城河，我们的同学有身处象牙塔中独立的、平静的部分，但也有和社会没办法脱节的部分。我非常理解同学们焦虑的心态，一方面想静下心来好好学习，另一方面也会受到现实因素的困扰，困扰来源又是个人很难对抗的结构性问题，如果处理不好这种压力，就会带来情绪性的问题。

我个人会建议同学们，**首先还是要有规划**，将最多的精力投入到和自己将来人生发展最密切的课程学习中。

其次也要有弹性，承认变化和负面因素的存在，并保留随时重启的可能。

最后，很多心理学专家都建议正视和接纳自己的情绪。实际上这只是第一步，**更重要的是要有行动**。要尽可能去自观，去识别情绪背后的原因，然后行动起来去解决这个根源性的问题。如果根源性的问

题一时半会没有办法解决，我们可能就要学习与这个问题共处。

当然，如果同学们实在没有办法打起精神去面对问题的时候，**需要向外界寻求一定的帮助**。

大家在学习之余，进行一些运动、锻炼，在一定程度上也能够帮助调整心情。希望同学们处于焦虑的状态时，都能看到自己已经做到的部分。审视自己的成长是很重要的，当你能看到自己的成长时，焦虑感就会大大减轻。

STL 的同学们都非常优秀，职场表现也一样出色。但我同样想告诉同学们，我们在 STL 课堂上所经历的波澜壮阔、激动人心的法律问题的争论和解决，都是经过浓缩后的时代精华。我们的生活更多还是由平凡、普通的点滴构成。今后无论同学们选择何种职业，都要做好这样的心理准备：尽管会有一些精彩的、疑难的案件需要你一马当先，力挽狂澜，进而演化为职业生涯中的高光时刻，但更多的时候，我们面对的还是平凡乃至枯燥的工作，希望大家一样能够从这些工作中找到意义和价值。

祝愿同学们能够找到自己最热爱的职业，在不同的选择里都能够尽自己最大的努力，找到这份工作中最吸引自己的地方，充分发挥出自己的潜力!

◎ 本次访谈采编、校对工作由卢晴同学完成。

吴奕锋： 找到乐趣，风险无惧

吴奕锋

▶ 北京大学国际法学院博士后

“ 当我们进一步想这个问题的时候，我们会想到一个东西叫做‘责任’，处在一个更好的环境的我们，其实对处在不好环境的同伴是负有责任的。我们还是应该想着自己能为其他人做些什么，能为这个社会做些什么。”

Q: 吴老师毕业后为什么没有选择留在北京或者上海发展，而选择了深圳，选择了STL?

我并没有把北京、上海当作我毕业后去处的必选项，大家可能会觉得北京、上海整体资源更好一些，只有去北京上海才能有所发展。但我有一个观察，以美国为例，美国优秀的大学其实并不限于在美国的一两个城市，美国的大学是呈分散状态的，当人才数量到一定程度时，优秀的大学不会集中在一两个城市。所以，在一个较长的时间维度上看，除了北京、上海外，肯定会有一系列的城市慢慢发展起来，深圳肯定是其中之一。

有些人没有考虑 STL，我想可能是因为这边比较新，比较陌生。我虽然是广东人，但我对深圳其实也不熟悉。后来 STL 的老师与我反复沟通，茅少伟老师向我具体介绍了 STL 的情况，加之我的老师们对我的鼓励，帮助我作出了具体的决定。我家人的支持也是重要因素，相比北方，我的爱人更喜欢南方的生活，同时我的家乡是广东湛江，从深圳回家也比较便利。

Q: 吴老师当时为什么选择继续学术研究之路，继续攻读博士学位呢?

有段时间我翻开以前的日记，发现我大二的职业规划写的是：十年后回到家乡的中院做法官。所以我发现，我认为自己是矢志不渝走上学术道路的印象是错误的。这种错误印象来自于记忆的自我美化，事实并非如此。

现在想来，如果寻找走上学术道路的触发点的话，应该归功于在法大读本科时，朱庆育老师的民

法课。在朱老师的课堂上，我感受到了法学独特的魅力。我会有“原来还可以这样考虑问题，思维、逻辑各方面都可以很完美地结合起来”的感觉。当时我就觉得，学术研究挺有意思的，如果以后有机会像朱老师一样去德国也很好。

但这只是一种隐隐约约的想法，我并未笃定。到了本科快毕业的时候，父母没有要求我赶快工作，我又有保送资格，所以我就想读一个研究生。在北大读研期间，薛军老师要求我们坚持把厚厚的英文书读完，开始对我们进行专门的学术培养，包括写作上的教导和训练，这样学术上开始入门了。同时，葛云松老师又组织了读书会，在读书会上，真的是在思考和讨论一些实质性的问题。后来我跟着葛老师和刘哲玮老师开始上《民法案例研习》，让我看到法学的学习怎么样把教义学和实际应用结合起来，使我对学术的兴趣更加浓厚了。这时又看到有师兄师姐他们去了德国，觉得此路切实可行。接下来我就去读博士了，我读得津津有味，一方面，研究给我带来很多乐趣；另一方面，在德国科隆我非常幸运地受到一群师友的照顾。快乐的时间总是过得非常快，一晃就超过了资助年限，不得不申请延期归国。

回顾起来，其实我也没有一开始就决定要做什么，我也会考虑，会退缩，会担心，在这个过程中我也会问我的老师、家人、朋友，听他们的意见。所以我现在的这个状态，其实是由我所处的整体的环境所决定的。假如有一两个变量变了，我的选择可能就会截然不同。

我不觉得我的人生一定要做某一种职业或者成为某一类人，才能说过好了这一生。**过好这一生是以各种角度呈现的。我定义的人生意义不在于某一种途径，所以我也一直没有勉强自己去做一些什么。**

目前来看，学术研究是比较符合我的。一方面我觉得研究工作趣味性比较强，解决问题有成就感，另一方面，我比较自由散漫、精力也不够旺盛，公务员或者律所的工作可能不太适合我。

Q: 吴老师在STL正式开设的第一门课是《保险合同法》，为什么要开展这门课呢？这门课的开展方式又是什么呢？

《保险合同法》这门课主要是从民商法的角度讲解保险合同。我在学生时期，主要学习《民法总论》《合同法总论》，对分论中有名合同的部分内容掌握的不多。所以现在我在设计课程时，从中吸取经验。**从分论开始，在学习分论的具体过程中，不断地回到总论，运用总论的知识，形成一个循环。**

为什么要不断地回到总论？规范越学越多，越学越怕杂乱，所以不能仅就具体规范讲具体规范，还是需要尽可能地回归到民法总则、合同法总论既有的规定上。**当可以用基本原理讲清楚一个具体制**



度时，我们就不说这是一个特殊制度。而当一个制度具有特殊性的时候，就需要把制度背后的特殊性揭露出来：它为什么如此特殊？为什么和其他规定不一样？

对同学们来说，因为是在学习分论的过程中不断回到总论，运用总论的一些基础知识，所以在这个课上，一方面同学们会了解到很多保险合同法中有特色的规定，同时也会加深同学们对于整个合同法重大制度的理解。

所以我明年可能还会就某个有名合同开一门新的课。还是从具体的规范，比如租赁合同、委托合同、承揽合同这些具体的合同的制度出发，从分论回到总论。大家在民法（二）学习完合同法总论后，可以在我的课程上，通过学习分论中的具体合同，以这个合同为基础，重新把整个体系过一遍。

Q: 吴老师从德国留学回来，如何看待比较法的运用？

有一种比较法的运用方式的确是不妥当的，那就是：“德国这样做，所以我们也应该这样做。”当然，在一定历史时期，这其实也是一种进步。因为如果大家都不去看其他国家的做法，只是自己闷头想，那也很难在刚开始的阶段有所发展。学术发展是无法一步到位的。但是在现阶段，我们确实已经发展了一定的时间，是时候开始反思，提出“为什么我们要和其他国家一样？”的反问了。

这方面茅少伟老师有特别精彩的总结，我直接引用一下。

我们谈论中国法，常常把他想象成一个在无摩擦力环境下的问题解答，然后就把外国法搬过来，直接往上面套。**这忽视了，外国法之所以是这样而不是那样，完全是在他的特定时空下“摩擦”产生**

的结果，我们没有对应的摩擦，或有不一样的摩擦，直接搬过来很尴尬。有些东西在德国需要5步才能解决，我们3步就可以，有些别人3步，我们偏偏还需要多走几步。原因就在于具体的约束性条件不一样。忽略我们的约束性条件，或者忽略他们的约束性条件，都使得直接地照搬非常不讲道理。

甚至从更高层面来说，我们也有要不要将规范背后已经言明或者尚未言明的价值抽取出来，重新审视是否接纳的问题。因为即便在价值层面，我们也要考虑，从我们的历史文化来看，是不是一定要全盘接受这种价值，我们自己有哪些自己的东西，和别人不一定一样的东西。

Q: 吴老师平时有哪些兴趣爱好呢？

小时候，我毫不怀疑我会成为一个科学家，因为我对世界太好奇了。

我对大自然很好奇，我很喜欢昆虫，我觉得昆虫像一个小机器，身体虽然小但是功能齐备。小时候我经常去挖蚂蚁，甚至因为挖蚂蚁还被咬出了登革热。小时候我也会抓螳螂，养蝴蝶，现在我的家里还养了两只小乌龟。我对生活各方面也都充满了兴趣。我很喜欢机械，我从小就喜欢看军事相关的内容，也很喜欢天文，有机会的话我还打算买天文望远镜。

但是毫无例外，我所有兴趣都没有得到专业化的发展。我是普通人智商，记忆力还比普通人差一些，因此我要把大部分的时间放在我的专业上，所以这些兴趣爱好只是我生活的点缀，没有专门去研究。

最近一次将兴趣变为专业发展的机会，是大学填报志愿时，因为我觉得研究蚂蚁很有意思，所以我有点想报考华南农业大学的红蚂蚁研究专业，但后来发现这个专业其实是害虫防治，研究怎么杀死红蚂蚁的，这让我比较伤心，后来就没报。

Q: 吴老师经常与同学们一起打羽毛球，老师坚持运动的原因是什么呢？

我比较喜欢打羽毛球和游泳这两项活动，最近我也和茅老师一起打乒乓球。

我的观点是，我们知道我们是哪一年出生的，知道今年自己几岁，我们有时候会计较自己比人家大了两岁，或者比别人小了两岁，自己比别人工作早了两年，或者晚了两年。

但是，我们还有另一种计算方法，就是从后往前算。当我们从后开始算的时候，能有质量地活多久，其实是和身体健康是直接关联的。虽然不知道什么时候死，但我们能够健康生活多久这件事，在一定程度上，我们是可以掌握的。

运动当然是我的兴趣，我会从中得到乐趣。但另一个角度来讲，这也是我人生安排的一部分。运动就像吃饭一样，为了保证我的身体健康，我必须去完成。可能我今天不是特别饿，但我还是得吃饭。可能我今天不是特别想要运动，但是为了保证身体健康，我还是需要继续去运动。

Q: 吴老师的心态非常乐观，您在保持乐观心态上对同学们有什么建议吗？

在心态方面，我不敢做任何人的老师。我的心态很大程度上是由我所生活的环境造就的。如果我是出生在别的家庭、没有碰到这个时代，或者我遇到更多的困难和挫折，我可能就不会这么乐观了。每个同学都有自己的背景和个人阅历，因而大家的性格也是不同的，不能要求大家都应该有乐观心态。我只能说我是个乐观的人，而我不能教大家做一个乐观的人。这只是一个告诉别人的故事，而不是应

该成为的一个行动指南。

如果说有什么方法保持这种心态呢？我觉得有一个好方法是“把绝对化的东西相对化”。比如高考，其实它并不是绝对化的“重要”。有的同学高考没有去到自己心仪的学校，但这个同学很努力，研究生还可以去自己心仪的学校。这个同学在工作中也特别努力，英雄不问出处，工作几年之后谁又会在乎本科是在哪里读的呢？所以“绝对化的问题相对化”，可能是一种比较好的思考方式。

Q: 前段时间，一个有航空服务工作经验的女子，利用亲友的身份信息，靠自己对航班和天气的分析，购买了近900次航班延误险，获得300余万元的理赔金。从保险法的角度，您如何看待这个案件呢？

这个事情是跟保险特别核心的一个概念“**保险利益**”有关。保险利益在学术上是有定义的，这里我把它大白话表达为，“**有没有需要分散风险的损失**”，如果有，那就有保险利益，如果没有，那就没有保险利益。正是保险利益使得保险和赌博这类活动不同。

网络上有的观点认为：保险公司太不厚道了。理由是：事实上，保险公司并不在意购买延误险的人是谁。比如当长辈们要坐飞机的时候，年轻人就为他购买了延误险。这个时候，保险公司这时候并不会说，由于不是本人，所以不能购买延误险。在这个案例中似乎是相同的情形，她也只是以亲戚的名义买了许多延误险，为什么这个时候就要说这个女子是保险诈骗呢？这种情形就像是一场对赌，保险公司赌“不会有气象原因延误”，这个女子赌“会有气象原因延误”，当保险公司赌赢了，保险公司二话不说，高兴收保费。赌输了，保险公司就找保险诈骗的借口把她抓起来，保险公司简直厚颜无耻。

但是这样的论证，似是而非，既搞错了朋友，也搞错了敌人。

对于这个问题，要区分保险公司的意愿和保险作为一个社会制度的客观存在。博彩行业有很大的利润空间，我想如果法律允许的话，很多保险公司愿意同时开一些博彩业务，但即便保险公司愿意开发这个业务，我们在法律上也是不允许的。换言之，**即便保险公司愿意跟你进行对赌，但只要没有保险利益，这个保险合同也是无效的。为什么？**

原因在于，**保险是一个重要的分散社会风险的制度，这种的制度非常重要，我们不希望它被拿来做成一个博彩类的谋利机制。**生活中，我们确实存在风险分散的需求，比如分散个人疾病风险、失业风险，甚至妇女生育风险、死亡风险等等，在这里，哪一个不比某女士“猜天气谋利”来得紧要呢？况且，用来谋利还会败坏我们制度本身。考虑延误险好了，如果做成博彩产品，现在赌资够大，大到如果延误、乃至机毁人亡时，无关的第三人能从中获得巨额利益，那么，坐这一趟飞机的乘客会不会担心“被意外地”永远延误呢？

我们希望保险制度用来分散风险，而不是让无关第三人利用这个制度来套利。因此，给长辈买延误险是没有问题的，因为此时这个长辈确实有坐飞机的需求，如果飞机延误，会打乱他的出游计划或者出行计划，是有一个切实的损失，而这个风险是需要分散的。在女子购买大量延误险的案子里，没有任何人有坐飞机的需求，也就没有任何因为延误导致损失的风险需要分散，她单纯是通过来赌概率来完成博彩的目的。所以说，这个例子似是而非。

那为什么还说，搞错了朋友，也搞错了敌人呢？

这位女士之所以能够获得这么多赔付，其实是因为保险公司基于成本考虑，在事后赔付时，推定前来理赔的乘客是诚实守信的，这时候不会严格调查她，是不是当时真的有乘坐飞机的需求。

但是如果这种情形变多了，保险公司就会开始

严格调查，到时候理赔就会非常困难，大众获得理赔的成本也会上升。设想一下，如果哪一天，大家坐飞机延误了，递给保险公司材料后，保险公司“有罪推定”，认为可能是这位女士的同党，从而严加审核，到那时候的“理赔难”，必定有这位女士的“贡献”。

正因为一些利用这个制度来套利的人，而极大地提高了有分散风险需求的人所花费的成本，这才是一个需要关注的社会问题。

Q: 吴老师有什么想要对 STL 的同学们的建议或者想说的吗?

罗尔斯的《正义论》给了我启发，书中说**像天赋、出生的地域、家庭乃至时代，这些好的事物在这个世界上并不是均匀分配的，相对的幸福或者不幸落在个体上，依据的不是个体的辛劳和努力，因此有幸获得者不能称之为应得。**

就像下雨一样，今天 A 地下雨，A 地的种子遇到了就会生发，但 B 地可能就是旱得要死，B 地的种子就无法生发，这不是均匀分配的，A 地的种子也不能说我应得这份雨，B 地就活该没得到。

来 STL 读书的同学一定是通过自己的努力，通过层层选拔进来的。但也不是每个人都有像 STL 的同学们同样的机会，这里其实存在天资、既往接受到好的教育的机会、甚至是家庭负担学费等等非个人的因素。遇到某个好的环境、某个好的时代，这些并不都是我们通过努力换取的，很大程度上是因为我们比别人幸运。**幸运是一种偶然，不是努力的必然，一个人的境遇不如自己好，不是因为这个人做错了什么，而是他可能本身就处于更糟糕的环境。**

当我们进一步想这个问题的时候，我们会想到一个东西叫做“责任”，处在一个更好的环境的我们，其实对处在不好环境的同伴是负有责任的。**我们还**

是应该想着自己能为其他人做些什么，能为这个社会做些什么。

希望大家能够保持诚实，对自己诚实，对社会也诚实。希望同学们在校期间能够好好学习法律技能，将来在职业生涯中，用真才实学来成就自我，服务大众。

这个可以具体化到最近发生的事情，最近我们开座谈会也交流过。

现在有些同学比较焦虑，早早地翘课实习，他们说，现在就业大环境不好，不早早出去实习，把简历弄得漂漂亮亮的，恐怕找不到好的工作。同学们的焦虑我称之为“找第一份工作的焦虑”。

这样的情况使得 STL 老师也比较焦虑，老师们会担心，不好好上课的这部分同学法律基础不牢，以后没办法在社会上妥善地运用法律。老师们的焦虑我称之为“担心学生在社会中不能妥善运用法律”+“担心学生职业生涯过得不好”的焦虑。

我相信，我们的学生不会只担心“第一份工作”，而不顾及自己整个职业生涯的好坏。有能力者，必定愿意用自己的才干服务社会。只是在有些时候，近处的声音可能很大、很嘈杂，掩盖过了长远、更实质的担忧。

希望同学们能够加以思考辨别，对自己诚实，为未来做好准备！

.....

◎ 本次访谈采编、校对工作由卢晴同学完成。

戴悦： 不精通税法的大厨 不是好的网球运动员

戴悦

- ▶ 上海财经大学法学院助理教授
- ▶ 北京大学国际法学院访问教授

“我觉得可以把利润比作是一个机体的心脏，有了利润，这个实体才能运作下去，商业运营也才能运作下去。那么，税就是这个心脏的一支非常重要的血管。税收筹划的作用，就是在血管有血栓，产生阻碍的时候，通过合法的税收结构安排，来把这些障碍疏导开，从而实现利润最优。”

Q: 戴悦老师今年为什么选择来 STL 访问呢? 您在 STL 这段时间的感受如何?

我之前对 STL 就有所了解，今年在考虑开设国际税法课程时，我主动联系了你们的 Dean McConaughay。恰好 STL 缺少一位税法老师，而税法在法学院又是非常必要的课程，所以我们一拍即合。

我觉得 STL 的一切都非常的“新”，这与我去过的其他中国高校都不一样。STL 的学院大楼很棒，课程也非常与时俱进。但最令我印象深刻的还是 STL 的同学们，同学们真诚、好学，眼里对知识的渴求非常打动我。

我和同学们在课上会进行很多讨论，我会让同学们上台把自己想说的话写在黑板上来发现他们不理解的地方。我的任务是让同学们更努力地去思考、去分析——我不能代替他们思考，我只能帮助他们思考。

下课之后，在课程的微信群中，同学们也会进行许多讨论，同学们会发很多自己读到的文章。看到同学们课后也认真钻研学习，主动去了解税法的最新发展，我也很开心。

当然，在课堂外，我还会和同学们一起看展、打网球、走访创业公司，这些课堂外的接触，让我觉得自己是他们的一份子。

Q: 您在美国获得 J.D. 学位，同时在上海财经大学也教授本科生的普通法课程，您认为普通法教育的特点是什么呢?

我自己在案例法的学习中最大的收获是一种**逻辑思考的方式**。其实，我在准备中国司法考试时，会将知识点翻译成英语后再吸收，正式考试时我也是先将题目先翻译成英语，再用英美法的逻辑来解决问题。中国是一个成文法国家，但我仍然觉得阅读案例能够更便于同学们记忆与理解，也会让同学

们对内容更感兴趣并参与其中。虽然我们可以一直随身携带法条，但如果不能记住一些案例，那可能永远都想不到这些法条如何运用。

所以我觉得案例法是试图搭建一种思考的方式。的确，在中国执业，大部分时候都不会用到美国的法律，但**案例法的学习能够培养同学们分析问题的思维方式**。

我觉得 STL 同学在执业后，上升速度会非常快。这不是指工作以后律师的年级上升，而是 STL 同学自己发现问题并解决问题的能力、对人生的领悟速度会超越很多其他非英美法训练出身的学生。

Q: 您今年在 STL 开设了《国际税法研讨课》，这门课是如何开展的呢?

我觉得这门课程对我的挑战在于：我一共只有十节课的时间，而我的学生们对税法所知甚少。又由于税法具有相当的技术性，所以我不能只教学生们学习最新的税法案件，还需要保证他们在进入具体案例时，已经掌握了一定的基础知识。

所以，在课程设计时，前四节课我们从税法中的四个基本金融问题着手：从“什么是收入 (income)”“收入应该归谁 / 谁是纳税者”“收入类型是什么”和“哪些收入是可以被扣除的 (deductible)”这四个基本问题出发展开学习。这四个问题帮助我们研究国际税法的建构，也是本课程最终学习目标。如果不能回答这四个问题，就无法理解之后介绍到的国际税收体系。

另一方面，在给同学们提供背景知识后，我需要引导同学们主动思考、发问。同学们经常提出一些有意义的问题，而我们的课程以小班研讨的形式展开，也能够鼓励同学们多多参与进来。

Q: 您为什么会选择税法作为研究领域呢?

首先是家庭因素，我的父亲是一名律师，我的母亲是一名会计，我在本科期间是经济和国际关系专业，我在弗吉尼亚的寄宿家庭是纽约大学毕业的较早的一批税务律师，所以我会选择税法并不意外。

其次，我特别喜欢逻辑学，我觉得税法逻辑性非常强。比如，由于不同国家存在税率差别，所以公司会有动机将子公司设在某一特定国家(如荷兰、卢森堡)，税是这些公司设置子公司背后的重要原因。

同时，我之所以会选择成为一名税法老师，也是因为我在读书时碰到一位非常好的教授，他对我有着非常积极的影响，点燃了我学习税法的热情。

税法学习过程非常艰苦。我自己学习税法是从阅读法条开始的，美国税法法条有 7 万多页，因为税法的法条本身非常难啃，所以我读得很辛苦，但我的税法老师把整部法典串成了歌剧，用《卡门》的旋律自己唱出来，非常有趣，这就是我学习税法的起点。

在法学院三年级的感恩节时候，我当时正在写一篇有关税法的论文，我向我的税法老师寻求一些修改建议。他在我的文章里，逐字逐句地添加了满满的批注，还单独打印了一份两页的批复，告诉我怎么样写得更好，告诉我应当注意哪些地方。那年感恩节我没有去任何地方玩，就在改那篇论文，后来这篇论文在联邦律师协会举办的税法竞赛中得到了第一名。这两页纸对我来说非常特殊，所以到现在我还保留着。所以我觉得，自己要努力，同时也要遇到对的人，一个人的努力有时可能会没有方向，所以需要有人可以在你困难的时候帮助你。



Q: 您有哪些兴趣爱好呢?

首先是网球。昨天我就在网球场度过了4个小时，但我发现我是网球场上唯一的女生（笑），希望男同学们能够邀请你们的女同学一起去打网球，女同学们也不要以天气不好作为不去球场的理由（笑）。

我打心底认为同学们需要发展一项自己专业领域之外的兴趣。我知道有同学特别喜欢金斯伯格大法官，我也非常喜欢她。她曾经说过，“Be a lady and be independent.”而独立意味着总是能照顾自己（fend for yourself）。就我个人而言，我不仅通过法学学习，还通过打网球来践行这一点。

我也很喜欢美术和古典音乐。我最喜欢的艺术流派是印象派。印象派的用色非常有特点，它是明亮的，但又不是那种闪闪发光的明亮（shining bright），而更像是一种散发着柔光的明亮（subtle bright）。梵高画笔下的蓝天常常令我出神，我拜访过梵高晚年的故居，在那里，整个天空都呈现出一种灰色的基调，我也在那时理解了为什么梵高晚年的作品都不自觉地流露出一种黯淡（gloomy）的感觉。

前两年有一本书叫《Range——Why Generalists Triumph in a Specialized World》，里面提到，梵高其实一开始不是画家，他的家庭希望他成为牧师或者律师。但是他并不喜欢，梵高在30岁的时候才选择去画画，当时遭到了巴黎艺术学院的拒绝，所以他只好去乡下自己画画。我觉得，或许正是因为梵高并非学院派的出身，所以才没有把自己禁锢在传统的印象派的思维的框架中，才把印象派带到了另外一个高度。

Q: 同学们形容戴老师每天都“元气满满，充满能量”，老师是如何保持这种状态的呢?

我一直有做好不断学习，不断进步的准备。我的学生也是我的朋友，而我也不认为我一定比同学们懂得多，我只是比同学们早几年接触这个领域而已，所以我觉得大家有很多共同进步的空间，我也始终保持着一种学习的心态。

其次，我觉得很重要的一点是，我现在所做的事情是我真正热爱的事情。我觉得人的一生非常短暂，时间也非常有限，我们都需要找到那个我们真正在乎、热爱、并愿意为之付出热情的领域。我们不需要担心自己能否成为这个领域最优秀的人，因为总有人比你聪明，也比你努力，或许学着接受这个事实是一种更好的选择。而在接受这一点后，我们就会更在意投入的过程。

对我而言，法律是我愿意付出时间和精力和精力的领域。我年少时，就一直非常清楚地知道自己想成为一名律师，所以，对我来说，能够进入法律行业工作是非常幸运也非常幸福的。

Q: 您是如何看待税收筹划的呢?

我觉得任何一个实体或是个人，都非常在意利润。利润最大化的一个方面就是节省成本，而税又是成本的一部分。**我觉得可以把利润比作是一个机体的心脏，有了利润，这个实体才能运作下去，商业运营也才能运作下去。那么，税就是这个心脏的一支非常重要的血管。**只有把血管疏通了，把成本降到最低了，这个心脏才能最优运作。

税收筹划的作用，就是在血管有血栓，产生阻碍的时候，通过合法的税收结构安排，来把这些障

碍疏导开，从而实现利润最优。

现在很多的科技巨头缺乏好的税务律师。自2018年起，国际税收体系的改革风向时刻在变化，我们强调数字的电子转移（digital transformation），这就导致公司有更高的移动性（high mobility）。对于数字经济来说，这就意味着征税权更不可测。**在公司移动性越来越高的背景下，税务律师的角色就会越来越重要。**怎么进行选址？选址之后怎么去长期运作，和当地政府进行税务沟通？最后公司如果要退出的话，怎么设计一个税务上的退出机制？这些问题对公司而言都至关重要。

另外，我觉得做菜在某种程度上和税收筹划有相通之处。做菜要考虑怎么把这个菜做出来，加什么料，经过什么步骤。而如何在众多法条下做税收筹划，和怎么利用这么多原材料去做一道菜，是同样的思维方式。金斯伯格大法官的先生 Martin Ginsburg 曾是纽约的税法律师和 Georgetown 的税法教授，他也曾在一本书里提到自己很爱做菜，顺便自夸一下，我是一个非常出色的大厨喔，为同学们准备一顿丰盛的晚餐不在话下。

Q: 有观点认为，国内缺少专业税务律师的执业环境，相关的税务问题都是由会计人员负责。您是如何看待专业税务律师这一领域的呢?

我觉得我们非常需要专业的税务律师的，相信在接下来的5到10年内，我们可以期待中国税务律师团体的发展壮大。很多的税务上法律争议涉及到对国际条约（treaty）的法律解释，因此单纯的会计人员无法解决这些问题，需要有专业的税务律师来处理。

我担任伦敦仲裁院专家的时候，有一个任务就

是要去解释国际条约的条款（clause）。解释条款就需要在熟悉先例（precedent）的基础上，对于手头的案子做一个法律上的解读。比如说，去预测中国税务局在具体运用这个条款的时候，会采取怎样的态度，这需要坚实的法律知识基础（legal foundation），而不是光靠计算就可以完成的，所以我觉得，在税收争端的国际仲裁中，中国的税务律师会有很重要的地位。

实践中，跨境税务争议解决的案子也非常多。因为征税权问题（公司在哪个地方需要被征税），非常有争议。

现在中国公司在“走出去”战略下，会不可避免地在其他国家或者地区有经济活动，有了经济活动就会产生税收，面临被当地税务机关征税的可能性。**但是谁有第一征税权，谁有第二征税权，以及有征税权的主体各自应当征收多少税，这些都是需要专业税务律师去解释，甚至有争辩空间的。**这就和一般会计所做的工作有了区分，因为一般会计所做的就是填写各种税收相关的报表，但是可能很难去理解我们怎么能够去通过解释条款或是合理争辩，来实现更少地交税。

Q: 您可以举一个例子来告诉我们税务律师是如何发挥作用的吗?

从个人角度而言，个人，尤其是高净值人群（high-net-worth individuals）有很多避税需求，这些避税方案可能需要他们的个人税务律师进行安排。

比如沃伦巴菲特，他是亿万富翁，但是他的实际税率是低于他秘书的实际税率的，为什么呢？因为在美国，巴菲特投资所获得的收益需要缴纳的长期资本利得税，税率最高是20%，而他的秘书的一般收入所得要缴纳的是所得税，在美国的税率最高

可达 37%。在中国也存在类似的情况，我们知道个人所得税税率最高是 45%，高于对于资本利得征税的最高税率，并且在中国还有一个特殊情况就是，在二级市场上是免征资本利得税的。所以说，很多靠投资生活的人，他们的税率是低于拿工资薪金的人的税率的。

再比如，有很多高净值人士，他们有非常多的税收扣除（tax deduction）的合法渠道，比如说建立慈善组织、建立基金会等等，所以他们实际上缴纳的税负可能比我们想象中他们应当缴纳的税负要低。

从公司角度而言，公司的话也有非常多的税收筹划需求，很多跨国公司都非常需要税务律师。比如说这个跨国公司要上市，或者说需要收购目标公司，都会涉及到很多的税务筹划问题，这里面可能存在很多的税收延迟安排。还有比如说公司重组过程中，对于重组的公司究竟是买资产还是买股权，这个问题的答案很大程度上也是由税收方案决定的。

Q: 同学们在看到税法这门课程时，往往会因为自己没有相关的专业背景而感到畏惧，您对同学们有什么建议吗？

每个学科和税法之间都可以碰撞出火花。现在我们班上有同学本科专业是公共管理，其实税法里面有很大一块是关于税收作为公共财政收入如何去使用；有些同学本科有金融专业背景，谈及到专业名词时，她会有一个比较迅速的反应；还有同学本科是学英语文学的，出于对英语语言理解的优势，她对我们的案例就会有一个非常好地掌握。

今早我还听 Tax Notes Podcast，里面提到一个有 8 年英语教师经历的美国人最后成为了税务律师。他个人认为英语教师的经历和他成为税务律师的经历存在很大的关联之处。

税法非常强调基于法律文本，这不仅体现在税收法律条文繁多上，还体现在税法对条文理解准确性的要求上。如果对于税法条文没有一个非常好的把握，一个理解错误就会带来计算错误。而这位英语老师基于自己对语言的敏感，就能够很好地把握税法的法律文本。

所以你看，即便是看起来和税法非常遥远的专业，比如英语专业，也对于学习税法有着非常大的帮助。**同学们的之前看起来并不相关的学科背景反而是自己的附加价值（added value）。**当同学们自信心不够的时候，其实是可能还没有看到自己的闪光点，而我相信每个同学都存在这样的闪光点，等待自己去发现。

Q: 您对同学们的职业选择有什么建议吗？

现实原因是选择职业时需要考虑的重要因素之一。比如，如果有经济因素考虑在内的话，我们确实需要早点进入职场，学术或许就不是一条合适的道路。如果你想转行，也需要考虑现在的条件是否已经给了你跳出这个行业、到另一个行业重新开始的资本。

如果暂时没有现实方面的担忧，最重要的是要问问自己**喜欢什么样的生活**。我当时申请了西雅图的一份检察官工作和在上海高校老师的工作，但我比较恋家，所以最终还是回到了国内。我认为，每个人都有很多的可能性，你要去考虑这个领域你喜不喜欢。你可能需要 3-4 年体验，给自己修上一个学分，在有自我评判的能力后再进行选择，这样也能让自己的人生更加有弹性。

另外，选择一个职业，最重要的是**专业技能**，而技能是一个流动的概念，你可以不断地去扩展延伸这个概念的范围。我觉得不能把自己局限在固有的思维中。比如，在掌握了税法领域的专业技能后，

可以尝试非常多的领域。

首先，税法和公司法的关联非常紧密，公司其实需要专业的税务的顾问。比如，在跨国公司中，经常涉及到如何根据不同国家的税法、公司法规定来架构公司内部实体，从而实现合法避税。

除此之外，还可以从事国际税法的争议解决。现在我们的“一带一路”涉及很多跨境条约，而跨境条约经常存在冲突，我们就可以从事这个领域的国际仲裁和诉讼业务。当然，这时不仅需要掌握本国税法，还需要掌握他国税法，以及国际条约（包括程序法上的内容）。对 STL 的同学来说，国际税务律师可以是大家尝试的一个方向。

另外，也可以从事私人客户的业务。比如有一些家族办公室业务，需要我们在了解了家族企业整个构架和家庭情况后，结合其中不同家族成员和财富传承的需求，对家族的资产财富进行规划，比如怎么样去筹划股权税收，怎么进行规划房产税等。

Q: 您是如何处理迷茫情绪的呢？

我觉得每个人都会有站在“岔路口”的时候，在我们生活中，迷茫是非常寻常的事情，每个人每一时刻都有可能会迷茫，比如我们选择是否要通过考试获得一个资格证书，是否选择从一个领域转而走向另一个领域等等。**但是在经过“岔路口”或者迷惑之后，你会发现自己相比于原来而言是在向前走的，正是这些迷茫时刻推动我们对当下生活状态进行反思。**

在迷茫的时候，我觉得找周围人聊天能够极其有效地获取能量，所以对同学们来说，找到志同道合的朋友是很重要的。

寻找志同道合的朋友，需要大家勇敢地走出自己的舒适区，让自己接触到更多的人。我生命中遇到过一些人，他们切实地改变了我的生活。在牛津大

学的时候，我在一次校园活动中认识了一位律师，我们聊起了一些税法的问题，他告诉我，他的合伙人是全英国最好的税法律师之一。通过这位律师，我有机会和他的合伙人约了时间面聊，我在伦敦大律所的第一个工作就是这样产生的。所以我觉得，我们需要努力地创造机会让自己能够走出原有的圈子。

Q: 您认为 STL 还应当增添什么课程呢？

我觉得 STL 的“国际化”的定义更多地限于“中美法”，而缺少第三方的观点。我发现班上的同学对欧盟知之甚少，在讲欧盟案例的时候，同学们欠缺对欧盟法律较为基础的知识储备。

要做到真正“国际化”，需要把世界不同的部分都连结起来。以我个人为例，我去英国前，我的思维方式是被中国和美国两种思维方式和文化所主导。而到了英国之后发现欧洲是很不一样的景象，我甚至觉得欧洲更加开放。而仅从税法纳税扣除（deduction）的角度来说，英美规定就非常不同，所以我觉得 STL 的同学对欧盟法也应当有所涉猎。

Q: 您对 STL 的同学还有什么想说的吗？

希望作为法律人的大家，能够 keep your integrity，而在面对生活，则要时刻为其注入热情，stay hungry, stay foolish.

.....
◎ 本次访谈采编、校对工作由卢晴、薛傑、张雅琛、周也同学完成。

蔡小雪： 法官眼中的法学教育

蔡小雪

- ▶ 原最高人民法院高级法官
- ▶ 北京大学国际法学院访问教授

“ 第一个是要注意收集问题，第二个是研究这些问题。研究问题，要把问题先进行归类，归类后可以写文章。写东西是提高书写能力最快的方法，但是写东西也是最苦的。”

Q：蔡老师为什么选择长期来 STL 授课呢？您在 STL 开设的《中国行政法专题》的课程内容是怎样的呢？

我第一次来 STL 授课是在 2014 年退休后。第一次来了 21 天，现在的时间安排也差不多。之所以能坚持一直过来，有几个原因：

第一个是我挺喜欢深圳这座城市。深圳这边气候和绿化很好，水果、蔬菜也比北方的品种多，食物也比较符合我的口味。我在深圳的朋友也比较多，有一巡的一群朋友，很多大学同学现在也在深圳，所以在深圳也可以和他们聚一聚。

第二个是整体的讲课氛围好。同学们比较活跃，学术氛围也比较好。STL 的形式主义比较少，不会要求老师一定要以什么形式展开课程，所以我就比较喜欢到这边来。

课程内容的话，我和学校中老师讲的内容是截然不同的，学校老师讲的内容主要是纯理论的、原理性的内容。我也讲原理，但相对来说比较少，我主要讲应当如何操作、在实务中具体是怎么做的。

我讲课还有一个特点，我基本不会引用外国的某个学说，某个观点，完全立足于中国社会。为什么不愿意讲外国呢？

第一点，外国的学说翻译到中国来是否准确？这是一个很大的问题。比如原告资格问题，有的老师称其为“保护规范理论”。后来我问了很多人才弄清楚，在日本，“保护规范理论”就是被理解为“利害关系”。搞了半天，其实都是一个意思，但是名词不一样。而我们又不知道不同名词的内涵和外延是什么，所以使用起来就会很麻烦。

另外一个原因是我们不了解外国的背景。每部法律的出台都与特定的背景有关。比如公租房征收的问题，国家将公房低价出租给职工，90 平米的房子，一个月的租金只有 100 多块钱。政府征收这些

房屋时，承租人虽不是产权人，但将公租房征收，也使承租人丧失了享受低租金的待遇。这个待遇消失了，政府应当予以补偿。

再比如说企业改制问题。以前是计划经济，现在要从计划经济向市场经济过渡。如何过渡、如何平稳过渡，这是我国改革开放能否顺利进行的关键问题。而这些问题在西方国家是不存在的，我们只能摸着石头过河。

这些问题都是中国的特色，其他国家没有这些问题，而这些问题的解决必须基于中国的国情，没办法从其他国家找出一个现成的路子。

因此，法律需要本土化。法律与科学技术不完全一样，科技是一个自然的东西。数学在中国是 1+1=2，在美国也是 1+1=2，在哪个国家都是一样的。法律就不一样了，与国家的政治、经济、文化传统等息息相关，必须符合本国的国情。**因为我们不了解外国的法律在该国家是具体怎么运用的，所以简单移植过来，就有可能南橘北枳。**因此，必须基于我国的国情，研究我国应当制定何种法律规则。

Q：老师您对于学习行政法有什么建议吗？

与学习民法相比，学习行政法更难些。同学们在日常生活中会接触到民法中的很多问题，而行政法所涉及的问题，同学们在日常生活中很难接触到。行政法会涉及社会的方方面面，变化较快较大，考虑问题的角度与民法亦有很大的差别。尤其是法律适用问题，涉及到上位法与下位法之间的关系、同位法之间的关系，很多问题都属于立法法的问题。因此，学习起来较难。

行政法的学习要把握以下几点：**第一点，要把行政机关架构的问题搞清楚。**这需要同学们去读有关行政机构的设置方面的文章。行政法的学习是围绕行政行为的合法性审查进行的，所以需要同学们

搞清楚每个行政机关是在什么情况下产生的，各自都有哪些职权，包括部门职权、层级职权、地域职权、事务职权。把行政机关的职权搞清楚，才能明白哪些行政行为是合法的。

第二个是行政程序很重要。程序法是用来保证实体的正确性的，程序不公正，实体就很难公正。但在我们国家，学习程序法是比较难的，我们没有独立的程序法，它散见于《行政处罚法》《行政复议法》《行政强制法》等法律、法规及规章中，所以需要从中总结出规则。学习程序法可以对比着学习。如学过民事诉讼法，再学行政诉讼法时，有一个学习方法的技巧，就是只需要记住行政诉讼法和民事诉讼法不同的点就可以了，这样可以帮助你减少记忆量。

最后，同学们要想对行政法有所理解或者有所研究，必须要从合法性审查这个角度来考虑问题。但是行政法课本里的理论里面并不是按照合法性构成要件来编排的，这里面有很多像公务员制度、行政机关的设置构成等原则及理论，却很少讲到如何运用的问题。行政审判和行政复议都对行政行为的合法性进行审查，因此，我讲课主要按照合法性构成要件来讲，同学们进入社会后，这些知识对处理具体行政纠纷问题是非常有利的。

Q：您认为在法学院学习的过程中，同学们应当着重培养什么能力呢？

我很赞同王泽鉴的说法：**法律学习最好的方法不是读书，而是写作。**我考大学的时候背了很多东西，虽然我的记性还算不错，但过了几年之后，这些内容我忘记了不少。然而，只要是我写过的法律文书，随便拿出一个，我都能够大差不差地讲出来当时是怎么办的，是怎么考虑的。

为什么说写作是最好的学习？这来源于写作的

特点。写作的时候逼着你去读很多书，必须把这些书读懂，能明白其原理：书中持有何种观点？你是否同意这些观点？同意的理由是什么？不同意的理由又是什么？这些内容都需要在你脑子中认真地过上一遍或者很多遍。

把一篇文章写好，先要构思文章的结构，搭好大框架，然后考虑每个部分中写哪几个问题。每个问题有哪些观点，每个观点下又有哪些理由。**框架搭完后，如何充实每个观点的理由，如何将理由表述地更准确，这是一个系统的思考过程。**在系统的思考过程中，思考地越认真，越细致，记得就越牢。但是看书的时候，“哗”一下看完了，很多东西在脑子里没有留下很深的印象，所以容易忘记。

现在培养出的大学生、研究生，有个普遍的问题是写文章喜欢啰嗦，不简练。要找他对一个问题论述的理由，有时候要看好几遍他写的文章，从论述中一点一点摘出来。好的论文不在于长短，关键在于它有无内容、有无见地，往往短文章比长文章更难写。我上大学学习刑法的时候，读意大利贝卡利亚的《论犯罪与刑罚》，这本书只有五万字左右，但奠定了贝卡利亚“刑法学之父”的地位。

Q：老师提到过自己无论是开庭还是开研讨会，都有记录的习惯，您是如何记录的呢？

我们先说如何记庭审笔录。庭审笔录不是要求你一字不差地来记。相关规定要求书记员有言必录，也就是，人家怎么说你怎么记，要保持原汁原味的记下来以便供法官判决。但是作为审判员、法官助理或者律师，就不需要像书记员这样记笔录。

法官、法官助理或律师做笔录要记住以下几点：**一是在记之前一定要提前阅卷。**这是为了提高记录的准确性和记录速度。看透了卷，人家说什么，你

心里就有底，思维自然可以跟得上，记录速度就能提高。

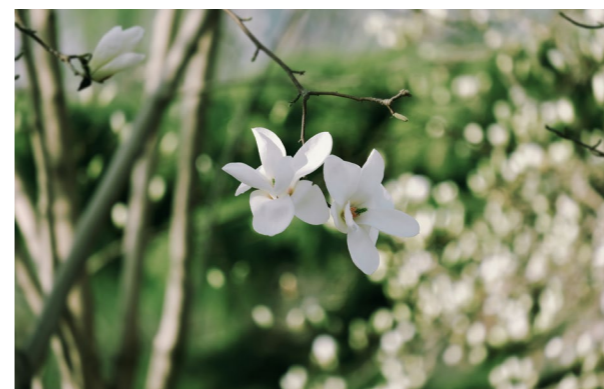
二是记录不是有言必记。首先要将双方当事人的争议焦点用一句话或者几句话概括出来。争议焦点记下来以后，在辩论阶段，围绕着**争议焦点**，将原告、被告的**诉求**及各方当事人的**理由**记录清楚。

整个案子开完庭后，我一般很少看庭审笔录。拿着我的记录，我就知道双方争议的焦点以及理由。然后稍作归纳，文字上稍微润色，这个判决书的前面部分就写出来了，这样可以大大提高效率。如果没有这种记录的习惯，回过头来根据书记员的记录找争议焦点及理由就会比较麻烦。因为书记员是根据原话进行记录，那么就需要从原话里一点点地找理由，而理由往往分散在记录的各处。

这是庭审的记录的一个方法。开研讨会的时候，包括司法解释的论证会和一些立法工作的论证会，记录也是非常重要的。

我参与研讨会工作的时候，也有记录的习惯。例如，司法解释论证会会议结束之后，都要有一个综述。综述主要有两大块内容：一是我们这次论证会主要讨论或者论证哪几个问题，二是每个问题有几种观点及每种观点的理由，这两个方面的内容都需要记录下来。

当时没有计算机，于是我将**不同的问题分别记在不同的页面上**。会议十几个人发言，如果是同一



问题之下的观点，我先**写清问题**，然后记下**各观点及理由**，开完会就可从记录上清楚地回想起讨论了多少个问题，以及每种观点的具体理由。回去后稍加整理，第二天基本上就能把一个综述提交上去。如果不是这样记，要想搞一篇综述非常费时费力。所以这是一个记录的技巧，也是学习的技巧。

Q：老师对同学们还有其他的学习建议吗？

第一点，学习的时候要掌握整门学科的逻辑思维。我记得高考前我们学习中国史，学得并不好。当时的历史课本是一个小薄本，内容是跳跃的，不是连贯的。等到大学学习中国通史的时候，我们的教科书是范文澜那本厚厚的《中国通史》。大学学习历史要比中学学习历史容易一些，我觉得主要原因是大学学习的是整个历史的脉络，这个事情是怎么演变过来的。知道事情怎么演变，演变的原因是什么，就比单纯地理解一个点要容易许多。

学历史是这样学，法律思想史也是同样的。举例来说，中国古代分为儒家和法家，到了汉武帝的时候，为什么会强调“罢黜百家、独尊儒术”？为什么它会发展到这种程度？这是有一个历史背景的。法家强调以法制治国，法家的“法制”和我们现在说的“法治”并不一样。法家的“法制”是治人，让奴隶都服从主人，法家是“威权之治”。到汉武帝的时候，他感觉到只靠“法制”一手，人民压伏到一定程度是要反弹的，于是就开始采取儒家的一些观点了。

学习法律思想史对学法律也会一定的启发，那就是不能仅就法律条文来学，必须要了解法律条文规定的背景、原因和历史演变，这些搞清楚以后，思维才会比较清晰，才会比较好地理解法律为什么这样规定。

第二点，建议同学们学习一下**形式逻辑**。我们大学里学习过形式逻辑和辩证逻辑，我们当时学习形式逻辑用的课本是金岳霖的《形式逻辑》，这本书写得很好。形式逻辑是训练思维方式的，“南京彭宇案”的判决书写得不好的原因，一方面是因为法官的价值观有问题，另一方面也和思维方式有关。**我们在写判决书的时候，是严禁“假设”、“如果”这类表达的。**作为律师辩护，也是忌讳使用“假设”和“如果”的，不能给出一个或然判断。

Q：您觉得同学们在学习过程中有哪些共通性的问题呢？

现在最突出的一个共通性的问题是很多的研究、博士生的语文水平不高，甚至有时候句子都是不连贯的。语文水平与读书多少是紧密相关的，我虽然没有读过高中、没有学过语法，但是我读的书其实不少。在读书的过程中，我们会发现中国的文字是有韵律的，如果读起来朗朗上口，那么这个句子就是没有问题的。相反，如果一个句子读起来很别扭，读都读不顺的话，这个句子肯定有问题。所以，同学们还是需要多读书来提高自己的语文水平。

学习法律需要积累，需要有一股子“韧性”。法律的学习需要下工夫，需要数十年如一日的坚持，这往往是现在很多人所缺乏的。如果不能做到坚持不懈地学习，不能做到抓紧每一点时间去学习，即便再聪明，也很可能被时代所抛弃。

法律人需要有**发现问题和解决问题的能力**。**发现问题不是靠聪明，而是靠勤奋。**把身边发生的细小问题记下来，日积月累就会成为自己的资本。

我有一个习惯，不管开会，还是办案，凡是遇到问题都记在一个本子上。只记一面，另一面是空着的。如果之后我发现这一问题已解决，就画个勾

并将相关文件号和所作出的结论记下来。时间长了以后，将这些问题进行梳理、分类，然后有计划地把收集的问题写成文章。

办案子的时候特别忌讳忽略小问题。大的问题一般出不了错，错就错在细节上。把一个细节搞错了，整个案子就有可能搞错了。

举一个例子。我在六巡的时候，当时有几个农民来起诉。他们的土地之前被国家征收，国家把补偿款给了他们，土地所有权已经发生了变化，土地已经是国家的了。过了几年，这些农民向法院起诉，要求耕种这块土地。法院想当然地作出了一个裁定，认为这块土地的所有权是国家的而不是这些农民的，这些农民没有利害关系，不具有原告资格，裁定不予立案。

但是法院忽略了一个很细节的问题。《土地管理法》规定，任何单位和个人不能闲置土地。取得国家土地使用权一年之内不开垦土地的，处以罚款，并可以交给原承包户耕种；两年不开发的，收回土地使用权，并可以交由原集体经济组织耕种。

这里涉及到一个很重要的问题，农民所要求的是土地耕种权，不是土地所有权。土地耕种权是法律赋予的。当土地被收归国有后，为防止土地荒芜，可以将该片土地交由原集体经济组织耕种。

这个案子中，提起诉讼的是18个承包户。这涉及到以下问题：一是他们是以谁的名义来起诉？虽然法律规定了耕种权，但应交由原集体经济组织耕种，而不是交由原承包人耕种。二是根据最高人民法院的司法解释规定，如果原集体经济组织不提起行政诉讼的，超过半数以上的村民，可以以原集体经济组织的名义来提起诉讼。这里面就需要查这18户是否达到原经济组织村民的半数以上。如果达到了，他们可以以原集体经济组织的名义提起恢复耕种权的诉讼；如果没达到，这18户就没有这个权利。最后我们发现在这个案件中这18户并没有达到村民小组的半数以上，所以就以这个理由驳回了他们的再

审申请。虽然最终的裁判结果都是驳回了起诉，但是法院一开始的裁判理由忽略了许多细节，这是有很大问题的。

Q：您觉得法官和律师的思维差异是什么？律师又应当注意哪些内容呢？

律师和法官的思维是完全不一样的，我写过一篇文章就是阐述律师和法官的思维差异。律师是为当事人服务的，律师要尽自己最大的努力去维护当事人的合法权益。法官是个裁决者，法官需要考虑的问题是怎么样保证判决的公正性，也就是说既要考虑原告的合法权益，也要考虑被告的合法利益。因此，法官和律师的出发点是不同的，这就是律师和法官最大的区别。

如果律师想要自己手上的案子办得快，法官书写判决书的时间变短，律师就要让法官**清晰、明确**地知道你方的诉讼请求是什么。律师所提供的理由**说服力**有多大？是否足够**清晰简洁**？如果律师把自己的理由写得很长，法官就需要花很多时间一点点地找出你的理由。

作为律师，在诉讼中首先需要先表明本方的观点，然后再阐述具体的理由。**理由就是本方的论点，每一个论点下的第一段的第一句话是最重要的。**第一句话要高度概括这一段的内容，后面再详细地阐述。了解法庭的律师，在提交法律文书的时候会提交两个版本，一个简洁版本和一个详细版本。简洁版本清晰明确，可以供法官写判决书时参考，便于归纳当事人诉讼请求以及理由。而详细版本有详细的论理，用来说服法官。

法官书写的裁判文书与论文不一样。论文提出具体问题之后，要指出学界对此问题的不同观点及不同观点的论据论点，最后得出结论。法院的判决

要求精炼，要求法官简明扼要地阐述出裁判的理由。这就要求同学们在学院学习时，应当学会写精炼的文章。

另外，律师的证据来源和法官的**证据来源**不一样。律师根据当事人叙述的事实去收集证据来证明当事人所说的案件事实成立，法官是根据双方当事人提供的证据来综合判断哪些证据是真、哪些证据是假，去伪存真以后，再认定这个案件的事实是什么。这两种证据来源差异就大了，那么律师的价值体现在哪呢？律师收集证据的水平要高。首先，律师要把有关当事人所说的事实的证据收集到；其次，收集到证据以后要能够说服法官。

还有一点，律师在法庭辩论环节**不是说得越多越好**。当你说的内容偏离实质要点，法官就不会记录，也就是说，当法官不进行记录的时候，就意味着律师说多了。如果法官要求重复的内容不要再说了，那么律师就真的不要再说了。很多人以为越慷慨激昂越好，越侃侃而谈越好，其实并不是这样的。法官主要看律师是否说在实质要点上，不在于到底说了多少。说的太多，反而有可能说反了或者说漏了。所以需要注意用最简练的语言来表达自己的观点，语言要清晰，不要产生歧义。如果法官把你的话理解错了，这个问题就更严重了。

Q：您可以为从事法律职业工作的同学提供一些建议吗？

第一点，不管是律师还是法官，都要守住一个底线。这个底线就是：遵守法律。比如说，律师找证人做假证，这实际上已经完全违背了律师的基本职业道德。律师是维护当事人合法的权益。维护合法的权益，律师不能干违法的事情，不能找人作假证、说假话，歪曲法律。如果事实对当事人不利的話，

可以采取其他策略去解释，但是绝对不能说假话，这是必须要遵守的底线。同学们需要记住：不要着急发财，不要着急出名。太着急地追求名利，都容易出事。

第二点，不要有侥幸心理。有人在干违法的事情的时候总是心存侥幸，觉得不会被发现，这种心理是万万不可有的。举个例子，某地法院的一个院长水平很好，文章写得也很好。他当时受贿，但是他有一些“原则”。比如，判决书写不出道理的他就不会受贿，没有执行到位的他也不会收钱。他想做的是让外界在表面上看不出有任何的问题。但是后来他的一个朋友出事了，为了立功，就把他受贿的事实也给交代出来了。所以说，不管是律师还是法官，这种违法的事情、行贿受贿的事情是坚决不能干的。君子爱财，取之有道。如果爱财，就堂堂正正地通过正当路径去实现自己的目标。你堂堂正正地挣钱，谁也管不着你。

同学们需要记住：不要着急发财，不要着急出名。太着急地追求名利，都容易出事。

上面这两点是道德上的准则。下面还有两点建议是关于如何提高自己的水平：**第一个是要注意收集问题，第二个是研究这些问题。**

研究问题，要把问题先进行归类，归类后可以写文章。**写东西是提高书写能力最快的方法，但是写东西也是最苦的。**写作过程中不要着急写大部头，可以先从小问题着手。我最早给《人民司法》写“信箱”栏目，该栏目接收来自全国各地的问题。一个信箱最多500字，一般200-300字，其实短文有时候写起来比写长文还难。我给《人民司法》写了10年，每个月写一篇。做什么事情都要逐渐积累，积累到一定程度以后，才能达到一定的高度。但是，积累也要有一个计划。比如我研究行政诉讼法，最早就是研究两个方面的内容，一个是受案范围、一个是管辖。等到把这两个方面研究通了，我再研究诉讼当事人、庭审程序等问题。

此外，同学们要有**终身学习**的意识。社会是在不断变化的，今天这个问题解决了，明天可能会出现新的问题。比如，之前，“互联网”这个概念是陌生的，但我们现在已经离不开互联网了，那么在法学上“电子证据”如何认定就是一个很有挑战性的问题。再如，这两年支付方式发生了很大的变化，法律上有很多问题也随之而来。如果以后无人驾驶技术实现了，必然也会带来很多法律问题。这些都需要同学们不断地去学习。

Q: 您对同学们还有什么想说的吗?

第一点，同学们作为法律人要有坚定的法律信仰。没有法律信仰，就无法成为一个好的法律人。

第二点，要热爱法律。你热爱它，你才能学好它。你要不热爱它，仅仅是把它作为一种谋生的手段，就难以达到很高的境界。热爱法律，才会从中寻找到快乐。

第三点，要有终身学习的思想准备。持之以恒的刻苦学习精神，是法律人不可或缺的。

第四点，要保持一个很好的心态。希望同学们不要短视，要把眼下遇到的事情放在长远的职业生涯和人生旅程中看待。我也经历了人生的大起大落，但我觉得人在困难的时候不要消沉。我很欣赏李白说的“天生我材必有用”。**只要你刻苦努力，尽到自己的一份责任，肯定能做出一定的成绩。**

◎ 本次访谈采编、校对工作由刘晴、卢晴、吴限同学完成。

郑戈： 面向真实世界 学习法律

郑戈

- ▶ 上海交通大学凯原法学院教授
- ▶ 北京大学国际法学院访问教授

“ 在我国，社会事实和法律规范有时候就被割裂开了。相当于我们把别人的果子直接摘来吃了，但它的树仍然留在原地，导致我们的法学很难有一个可持续发展的基础。 ”

Q: 郑戈老师第一次来 STL 是什么时候呢？这些年在 STL 授课，您觉得 STL 有哪些变化呢？

我第一次来深研院这边是 2006 年，STL 当时还没有成立，先是我的老朋友强世功在这边负责北大深研院的法学教育，然后苏力老师每年也会来这边讲一个月左右的课，而我当时在香港大学任职，所以我也会来找他们聊天。之后也在这边开过法理学的课。2014 年到上海交通大学后，基本每年都会来 STL 了。这里的师资一直在变化，但有一位行政老师一直都在，就是张趁利老师，我第一次来上课就是他邀请来的。

变化要分“物的变化”和“人的变化”。“物的变化”就是成立了北大国际法学院，建了现在这座楼。我在这边任教这么长时间，对学生的变化也有直观的了解，STL 的每一届的同学都挺爱学习，也很认真，这一点一直没有变。但是现在的同学可能更注重绩点，用现在流行的话说，就是越来越“内卷”了。

之前有一级的同学给我留下的印象特别深，好像是 2012 级吧。因为他们除了课堂上学的内容以外，还会主动要求更多的阅读材料，特别渴望拓展自己的知识面。

我之前教法理学和现在的方法不太一样，一开始在 STL 讲法理学的时候，我同时也在港大讲法理学（Introduction to Legal Theory），当时的讲法主要是围绕着西方的一些主要的法理学家展开，比如奥斯丁、凯尔森、富勒、哈特和德沃金，讲他们的概念和观点，讲他们之间的争论。因为当时讲的内容和中国没有非常直接的关系，所以那时的同学会主动问我这个和中国有什么关系，他们希望能够找一些中国的例子，看看这些理论是否能用得上。同学们的问题对老师本身也是一种挑战，所以我后

来讲课的时候，也越来越多地用到中国的例子，讲到后来理论也越来越中国化了，不是讲哈特或富勒怎么说，这就是一个很好的教学相长的范例。

当然，之后每一届的同学也都很认真，但是没有那一级的同学给我留下的印象那么深刻了，这一届的同学毕业以后也和我保持着比较密切的关系，他们碰到各种问题，想要找人讨论的时候，还是会和我一起讨论。

Q: 您是如何看待“内卷”这个现象的呢？我们应该如何走出“内卷”的困境呢？

我读书的年代，当时我国的法学教育和法学研究都还不太“规范”。我读本科的时候，法学教育刚刚恢复没有几年，那个时候我们虽然在课堂上学到的“干货”不多，但是当时处于所谓思想解放的时代，整体的思想氛围比较活跃，整个社会处在一个爱读书爱思考的状态，所以我会读很多的课外书，大多数是哲学方面的，比如尼采和叔本华的书。

现在我国的法学越来越成熟，内部分工越来越细致了，在这种情况下，留给个人自由思考空间反而越来越小，所以我觉得“内卷”是一个难以避免的现象。一个社会它越成熟，越工业化，越法治化，每个人的社会角色定位就越明确。孩子们从小学开始，都处于一种高度受“规训”的状态，而往往是被“规训”的比较好的孩子，才能经过激烈的竞争进入好的大学，所以在比较好的大学中，“内卷”难以避免。

所谓“内卷”，就个人而言，其实是指一个人既缺乏人生的方向感，找不到星与罗盘，也缺乏热爱和激情，因此他的**每一步都困于具体情境中的外部标准和利益权衡**，比如每门课的老师偏好和评价标准，以应付的心态去寻找通关的套路，通关失败就躺平。内卷的人没有把自己的人生作为一个整体来加以规划和考虑，陷入一个个的蜗角和蝇头之中，

我觉得这是一个“格局”的问题。

要克服内卷，其实并不容易，需要反思所谓的“现代性”。在现代社会里，**越来越需要专家，哲学家、思想家和诗人这些反内卷的存在在这个分工明确的社会里很难找到自己的位置。**所谓“专家”就是在越来越少的事情上知道得越来越多的人。人的目标被自动限定在非常有限的范围里，把这个范围内的事情和其他的事情割裂开来，单独加以处理，这就是所谓的专家。专家到最后会在一个越来越小的范围内知道地越来越多，而这个“小”是不断缩小的，最后可能就是“**know everything about nothing**”。这是整个现代社会的问题，这其实是很有害的。

现在人们在小的事情上变得越来越理性，但是在大的事情上，也就是关于价值和目的的判断上，大家普遍比较迷茫。**现在大部分人不在乎价值，也不关心目的，只关心如何在这个已经形成的生活秩序当中找到一个最有利于自己的位置。**所以说大家都去争一个“996”的机会，BAT 的员工都想加班，不让加班大家会有意见，因为就没有加班费可拿了。在这种氛围下，别说诗情画意、快意人生了，恋爱、结婚、生孩子都是可有可无的了。这是涉及人类未来的大问题。

要走出内卷的牢笼其实是比较难，顺应总是容易的，但想要做出突破和改变，是需要个人付出艰辛努力的。**人的弱点在于能忍受辛苦，比如 996，但不愿承受不确定性。**但我们至少可以做到把眼界放开，把自己的整个人生拉通来看。读书本身可以弥补自身经验的不足，但是如果只读专业书的话，其实也提供不了这方面的帮助。因为技术性知识都是某种工具理性的体现，可以帮我们在给定目标的情况下寻找最优解，但无法告诉我们如何选择值得追求的目的。大家可以阅读一些文学作品，通过阅读进入别人的世界，意识到这个世界是丰富多彩的，有各种各样的可能性存在。

Q: 您今年第一次在 STL 开设了《互联网法》，这门课的主要内容是什么呢？

我本来是想把这门课叫做《数字科技与法律》，而不是《互联网法》。互联网法的范围相对来说比较小，主要是如何治理网络的问题，比如说网络言论、网络竞争这一类的问题，互联网法是把网络看成一个客体，一个对象，然后研究如何用法律去治理它。但是开新课的程序比较复杂，我就借用了互联网法这个已经存在的课程名称，然后往里面注入我想讲的内容。

我想讲的内容是什么呢？我发表过一篇文章叫《算法的法律与法律的算法》，所谓的“**算法的法律**”就是如何用**法律来约束算法**，而算法可以理解成整个网络系统背后的程序或者代码。

而“**法律的算法**”，就是说现在**数字科技在很大程度上也变成了法律的一种承载工具和执行工具**，比如说我们现在的智慧法院，它其实就是试图用代码的方式来再现法律，甚至在某种程度上自动化法律决策。我们今天所处的时代被称为数字化的时代，数字科技已经影响到我们生活的方方面面，不仅改变了生产力，也重塑着生产关系，改变着包括法律在内的上层建筑。这才是目前我们所面对的真实世界的一个基本状况，**并不仅仅是一个互联网需要法律去管，包括互联网在内的数字科技本身也在影响着法律的运作状态。**

法学里有很大一块内容是关注经济组织形式的，比如公司法，而数字科技本身也改变着经济的组织形式。我们现在的经济组织形式和传统的公司法所理解的组织形式，已经完全不一样了。比如说平台经济，平台虽然表面上看来是由一个公司在运营，但是平台在很大程度上已经成为市场本身了。

像淘宝这样的巨型平台，它不仅有着阿里巴巴的

一个产品或一种服务，其他的成千上万个市场主体，只要在淘宝平台上去开店或购物，便都受制于阿里本身所制定的市场准入和市场秩序规则。而我们的反垄断法和反不正当竞争法，它们都是去规制市场主体的，但是当某些市场主体，在很大程度上已经变成市场本身的时候，如何针对它去反垄断呢？诸如此类的问题比比皆是，像零工经济这样的新的形态，已经不是传统劳动法所讨论的那种基于生存依赖性的比较稳定的长时段的劳动关系了，但外卖小哥、快递员、外包软件设计师的权益又无法用普通的合同法来加以保护，法律如何解决这些问题呢？

当然，并不是说法学就没办法解决这些问题，而是法学至少需要把自己原有的框架扩容才能够应对已经发生了根本性变化的世界。

Q：您为什么会想到研究法律与数字科技领域的关系呢？

这个就说来话长了。我最早关注这个问题是在加拿大和美国游学的时候（2000-2004年），当时我的主要关注点是网络空间中表达自由的可能性及其边界，切入点则是美国的《信息通讯文明法》（Communications Decency Act）。当时的互联网还处在 web1.0 阶段，表达自由的规范还可以参照印刷术时代的法律。

后来在港大任教期间我也继续关注这个问题。实际上，互联网对我们的生活和我们的社会的革命性影响早在 1990 年代就已经初露端倪了，敏感点的人早就发现了。比如说作为一个学者，前网络时代和后网络时代完全是两个不同的世界，以前我们要做研究，要找资料，都需要到图书馆去，但是有了网络之后，查找资料就会变得非常容易，反倒是如何筛选资料、如何去芜存菁变得十分重要。

所以我很早之前就觉得这个问题非常重要，但是如何从法学的角度去研究数字科技，思路的厘清有一个比较长的过程。

在这个过程中，学生对我的启发是非常大的。我在港大的时候带过一位博士生叫胡凌，他现在是网络法领域的大牛了。胡凌研究互联网的方法跟别人不太一样，他是从互联网本身的政治经济基础来考虑的，他考虑的是**互联网如何改变了传统的生产组织方式，改变了人们的相互之间的交往方式，并进而形成了可能的新型法律关系**。这既不是一个单纯的技术问题，也不是一个单纯的法律问题。法律没办法、也没有必要直接去管技术，法律是去调整已经被技术改变了的生产组织方式、社会交往方式，它处理的是人与人之间的关系。

所以他的视角其实对我启发非常大，也就是去关注互联网如何促生了新的商业模式和社会治理方式，改变了传统的生产组织和社会组织形式，比如现在的平台经济，整个平台经济其实是在一种没有受到法律规制的情况下产生的，比如淘宝的商业模式一开始形成的时候并没有这方面的法律，但是它做大以后，让人们看到这么一个庞然大物游荡在法外之地是不对的。用胡凌的话来说，就是**互联网经济的“非法兴起”**，这里的非法并不是说它违反了法律，而是说它是在一个法律真空中成长起来的。

但是现在，我们所有的人都认识到了，平台经济是如此重要和基础，我们都离不开它了，围绕着它而出现的纠纷也越来越多了，这个时候需要法律介入了。法律的核心功能就是解决纠纷。法律介入也不是为了介入而介入，而是比如说当平台经济造成了一些实际的损害，包括侵害消费者权益，个人的隐私权、数据权，还有劳动者的权利等，这个时候就需要法律去介入了。

这个话题可以延展到同学们学习法律时经常陷入的误区，特别是本科就开始学法律的同学，**很容易陷入法律本身的规范逻辑里面，而看不到法律其**



实是为了解决现实的社会问题而存在的。尤其是中国在法律方面是一个借鉴者，这个时候我们就很容易把外国法律的套路直接照搬到中国，而别人的法律是土生土长的，他们知道法律是为了解决本国特定的问题的，在德国民法典起草的过程当中，有著名的萨维尼和蒂堡的争论，萨维尼说法律的规范之树应当是从本国的文化土壤中生长出来的。

但是我们是只把别人的形式搬过来了，社会生活的土壤不可能搬过来。**所以，在我国，社会事实和法律规范有时候就被割裂开了。相当于我们把别人的果子直接摘来吃了，但它的树仍然留在原地，导致我们的法学很难有一个可持续发展的基础。**

甚至现在法学界分成两块，一块是“**社科法学**”，一块是“**法教义学**”，法教义学学者说社科法学不是法学，因为法学是一个规范科学，法学不必关注原生性的事实，而只需关注被规范之眼判断为相关

的事实。社科法学的研究者的确关注经验事实了，但往往又对法解释技术用力不够，常常被评价为“法盲”。这两个“阵营”的对垒其实对彼此都是有害的。只有这两边进行更多的交流和对话，中国的整个法学才能有更好的发展。

Q：您觉得现在我国法教义学研究存在的最大问题是什么呢？

法教义学的研究**缺少对社会事实的关注**，有很多法教义学学者，甚至无法举出能够让大家一听就能感同身受的当代例子，他们举例都是借鉴德国某本教科书上的例子，而德国教科书上的例子很可能又是来自《学说汇纂》。以民法为例，它的基础架

构其实是农业时代产生的，它解决的是非常简单
的双边关系，像买方和卖方这种非常简单的关系，**用数学的比喻来说，它是一种线性代数，没法处理当代社会的复杂性问题。**

但现在的经济形态也好，社会生活也好，它是复杂的，它可能是一与多、多与多之间的关系，比如说平台经济里面的常态并不是一对一的。中国的法教义学，是把别人的法教义学总结出来的形式直接搬过来了，**而没有从中国的民商事习惯里面来提炼适应于本土的法律形式，所以说我觉得这个是最大的问题。**

很遗憾的是，到目前为止，对中国的民商事习惯进行大规模调查的是日本人。为了侵华，满铁组织了迄今为止最大规模的中国民商事习惯调查，而我们自己的学者从来都不关心中国的商事习惯到底是什么。但在商法这个领域非常强调商业惯例，如果商法不能和商事习惯相匹配的话，反而会阻碍商业活动，而我们目前恰恰缺少对商事习惯的调查。

我并不否定法教义学本身的价值，我非常理解法教义学者他们到底想干什么。**法教义学者想让法学本身成为一个自治的学科，有自己的内核，和别的学科有不一样的地方，否则的话就谈不上法学。**法学现在是文科里面最大的专业，全国有600多所法学院和法律专业，这么庞大的一个群体都在学这个学科，如果没有自己的学科内核，用的都是别的学科的方法，可能也确实不太合适。所以就有大批的学者想要打造**法学自身的专业槽**，而法教义学是可以认为是法学本身自己的基础。

法教义学学者们喜欢区分立法学和法解释学，他们认为法学学者的主要工作应该是法解释学，而不是立法学，因为他们也承认在立法的层面上并不存在既定的规范框架，没有一个闭环。立法肯定是为了解决社会现实问题，它不可能纯粹从逻辑出发去认为要制定一个什么样的法，所以说立法肯定要关注社会事实。立法涉及直面经验事实的政策考量

和政治决断。但同时，法教义学学者认为立法的事情我们不管，我们只关注在给定的实体法的框架里面，我们如何去解释法律规则，所以说他们是通过**自我限缩来打造自己的专业内核**。他们也会关注事实，但关注的是个案的事实。

目前我国的法学界，法教义学是主流，而且在可见的将来它仍然会是一种主流。因为绝大多数的法学家他都是想挖深专业槽，从而来确立自己的职业定位。

但另一方面，法教义学之所以有市场，是因为我们构想了一种场景，就是绝大多数的学生都会去做诉讼，因为这套分析方法只有在诉讼框架当中才是有用的。但如果同学们去从事非诉业务，做IPO或者是企业并购之类的业务，纯粹的法教义学其实是不太有帮助的。客户不是单纯地想让你给他提供一个纯粹的法教义学的分析，他想要的是某种解决问题的方案，比如说这个公司是否能够成功上市？是否能够成功完成一个并购？这时候需要其他学科的知识，比如经济学。

Q：老师您觉得同学们在法学院需要训练的核心技能是什么呢？

我觉得法学专业最基础的技能是论证技能，无论是口头论证还是书面论证。论证是超越部门法限制的，**所有部门法课程的学习，其实最终都是要发展出一套能够说服别人的技术。**

法律训练就是使你在任何给定的立场上面，都能够以特定的法律规则为大前提，以有证据支持的相关事实为小前提，做出实质性的论证。法律人不能假定自己永远是甲方律师，要想到自己也可能是乙方律师，或者中立的第三方，比如法官或仲裁员，因此法律人需要具备比较综合性的知识。**能够说服**

别人的论证是需要“接地气”的。

所谓的接地气就涉及到对事实的关注，且依照法学院长期训练的一套方法做出实质论证。如果我们实质论证为导向的话，就会产生这样一个效果：一方面是使你觉得要扩展自己的知识面，但是另外一方面，因为法律论证的大前提是固定的，这个框架又会限定你的知识求索的边界。

比如说在学习民法的时候，它背后其实是有一个价值选择的，比如矫正正义，损害产生的时候，我们要去找到损害到底是不是人为原因造成的，如果是人为原因造成的，我们就要去找有没有过错，然后再看有过错的损害行为与损害结果之间有没有因果关系。矫正正义是私法法教义学的基础，它是为了矫正世界上人为的已经发生过的过错，它的目的在于复原、恢复损害发生之前的状态。**但在数字技术时代的新的事实情境中，这些固有的框架可能没法解决一些新的问题**，比如说自动驾驶的问题。

现在我国《道路交通安全法》的修改建议稿也出来了，其中的第155条旨在解决自动驾驶汽车造成交通事故的责任分配问题，但它仍然沿用了过去的框架，区分两种状态，一种是自动驾驶系统启动之后，没有人操作汽车的状态，那么另外一种状态是人工操作的状态。人工操作的状态仍然使用过去的侵权责任模式，以驾驶行为为中心，判断驾驶人有无过错；当自动驾驶系统启动之后，那么它就变成了一个产品责任问题，去追究系统开发者的责任。

但是我们就会发现这个问题其实非常复杂，比如说在深圳市的《智能网联汽车管理条例》里面，没有把责任主体表述成自动驾驶汽车的制造商或系统开发单位，而表述成“控制人”，这里面就会涉及到一个解释问题，**到底谁是“控制人”？**我们发现立法者还是按照传统的思维模式在想象自动驾驶的状态，他想象的是当自动驾驶系统启动的时候，有一个人坐在电脑背后在控制这辆汽车，但是实际上这是完全不现实的。

自动驾驶系统是算法支配，也不可能有某一个人坐在电脑后操作某一辆具体的汽车，这个时候“控制人”就很可能是自动驾驶汽车算法的设计者，但是这个算法的设计者里面又会牵扯出众多的关联方，比如说包括高德地图、百度地图这些高精地图的供应商。**所以说整个互联网经济状态下，呈现出的一种复杂性，而不是传统矫正正义框架下所设想的一对一的关系**，这个时候连找出因果关系都会变得非常困难。那么我们就可以思考一些基于分配正义和成本收益考量的解决方案，比如保险机制，以解决鼓励创新和保护权利之间的权衡问题。

法学是在人类总体知识图景下发展的，我们要知道人类的总体知识图景其实已经发生了变化，别的学科都在关注复杂性问题，而法学还在聚焦于线性的问题。

Q：您提到：“法学的框架是固定的，这个框架又会限定知识求索的欲望。”我们在学习过程中，应当如何进一步拓宽自己的知识面呢？

完全离开每一个部门法设定的框架是不太现实的。但每一门课，每一个部门法，其实都是要解决某一个领域的具体的问题，如果你们想要拓宽自己的知识面，就围绕着这个课程的内容去做思考。

学习有两种方法，一种方法就是老师讲什么你就听什么，然后完全把自己的求知的范围限定在这个领域，那么还有一个方法就是当老师把这个例子抛给你的时候，去思考老师教授的这一套框架到底**能不能解释法律适用所涉及的事实现象，如果解释不了，那可能老师是以一种武断的方式把知识框架和事实给切断了。**

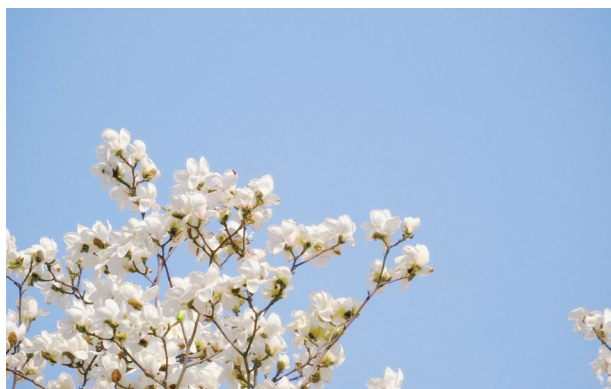
如果同学围绕问题，而不是围绕着教条思考的话，那么为了搞清楚这个问题，同学们可能就会觉

得自己需要去了解别的方面的知识。比如互联网上面的很多现象其实都突破了现有的法律框架，比如，就劳动法而言，现在主要是一种零工经济模式，企业希望利用劳动者的碎片化时间，而平台经济恰恰提供了这样的一套算法。当这样的问题出现在合同法或者劳动法的课堂上，同学们就可以顺藤摸瓜去拓宽自己的知识面，比如去了解一下现在的劳动者到底处在一个什么样的状态。

虽然法教义学试图把门关上，不关注事实，但是法律这门学科所有的教义、所有的规则、所有的解释方法，其实最后都是为了解决一个现实社会当中的问题。如果不满足于法教义学的这种知识的灌输，可以尝试将规范和事实关联起来，联系相关的学科知识做研究。

举一个互联网法课上提过的例子，阿里的行政处罚决定书涉及到反垄断法当中的“相关市场”的界定问题，但是“相关市场”本身是一个经济学上的概念，这个时候就需要去顺藤摸瓜，看一看经济学上面是如何去界定“相关市场”，然后这种理论到底能不能适应于网络世界的真实状态。这个时候就把经济学的方法引入到了对法律问题的分析上面。

其实以后大家走上职场以后，碰到的绝大多数都是这些问题，需要你综合地应用多学科的方法。法学都是围绕着具体的问题而展开的，而你在每一个个案中如果能够搞清楚一个知识点，其实就已经非常好了。



Q: 您如何看待“文科无用论”这种观点?

恰好说到了一个非常重点的问题，美国最近接连在讨论好几个法律，都是专门针对中国的，比如《2021年战略竞争法案》（the Strategic Competition Act of 2021）、《无尽前沿法案》（Endless Frontier Act）。

这些法案指向的是理工科需要去探索的那些人类未知的领域，而美国现在确实需要重新重视理工科。美国现在作出这样一套改变的原因也是因为面对中国的发展，开始重新审视自身的表现。美国人认为自己过去太过重视文科，二战以后美国打造了布雷顿森林体系，华尔街成为操纵全球金融市场的中心，但是它最后发现他没法靠这套模式来支配中国，这个就变成了他自己反思的一个契机了。

但是中美两国问题是不一样的。有一个说法就是说毛泽东解决了中国挨打的问题，邓小平解决了中国挨饿的问题，现在谁来解决中国人挨骂的问题？

中国发展到目前这个阶段，最缺乏的其实是某种文科生。这种文科生是不抄作业的文科生。这里的抄作业不是知网查重意义上的，而是照搬外国理论、甚至问题意识都照抄这个意义上的。**我们需要直面中国现实、讲好中国故事的文科生。**我们国家前期的发展基本靠各行各业的实干家，是“大国工匠”，但是文科生在未来几十年会越来越重要。美国可能需要重新强化数理化，而我们所需要的恰恰是文科。

刚好说到这一点，我觉得 STL 的优势并不会因为中美关系的恶化而减弱，反而更加强了。我们过去学美国法完全是全盘接受，不批判他，**但是现在我们学习美国法，应该转换一种思路，我们看美国人是如何解决自己的问题。**比如说美国在国际法的实践上就很有意思，二战以后整个世界秩序是美国主导打造的，但是随着中国的发展，美国反而觉得

这些多边主义模式对其不利，所以美国不断“退群”了，连 WTO 的纠纷解决机制也被他搞瘫痪了。从这个角度来学习美国法，就会知道 STL 的优势是持续存在的，我们会很多的美国教授在这边来讲课，我们可以去看他们是如何直面美国经验思考法律问题。

现在大家学习美国法，其实并不是为了拿一个美国的 JD 学位到美国去当律师，对美国法的学习反而是实质知识意义上的学习。哪怕美国正在衰落，但在未来几十年的时间里，仍是中国的一个非常重要的竞争对手或合作伙伴，在别的学校都是德国法教义学主导的背景下，有这么近距离的学习美国法的一个机会，我觉得是一个非常难得的机会。

Q: 您认为 STL 现在的优势和劣势分别是什么呢?

STL 中国法老师的数量非常少，但是老师们都非常投入。老师人少，所以没有别的大学里严重的学科壁垒的问题，比如其他学校的民法老师基本上不会和刑法老师交流，STL 老师之间相互交流比较多，和同学交流也比较多，我觉得这是一个非常大的优势。

要说劣势的话，**STL 没有学术型研究生，因而缺少一种研究氛围。**研究氛围和教学还是不太一样的，如果有研究氛围的话，其实对于形成一些反思性的观点是有帮助的。

如果 STL 是在一个正常的大学里，“内卷”也不会如此严重，现在 STL 和北大校本部隔开了，所以说北大的一些学术型的同学们也没法影响到 STL 的同学们，但是如果有研究的氛围的话，同学们可以一起探索未知领域，这样走出“内卷”的可能性更大一些。

学术型的同学，他们会组织各种各样的讨论和

读书会，STL 这类活动很少，这也是一个比较大的劣势。在 STL，真正热爱知识、希望从实质意义上拓展知识面的同学并不比其他学校少，如果能够把这些同学组织起来，那么就会逐渐形成一个良好的氛围。

讨论组或者读书会完全可以多元化的，可以围绕着不同的部门法，比如说有几位同学对民法感兴趣，那么就完全可以搞民法的兴趣小组或者读书会，也不一定围绕着特定的书，完全可以讨论一些根本的民法问题。比如大家可以讨论“物权行为理论现在还有用吗？”这样的问题。

所有的部门法范围里面都有一些很有意思的问题，只不过因为大家有时候会被概念框架给锁住了。当同学们觉得这个东西不能和现实生活产生关系后，就会慢慢的丧失兴趣。**理论永远是灰色的，只有生命之树常青。必须能找到理论和生活之间的关联，才是可持续的，才会激发探索热情，不然整天搞理论和概念，任何人都不会有兴趣。**

当然，大家也可以围绕着其他文本来讨论。比如说像国家市场监督管理总局对阿里的行政处罚决定书，它足够长，也展示出了足够的理论、问题，并且和实际生活中大家赚钱、职业发展的机会都有关，这样就能吸引到更多的同学，而同时阿里处罚书又有足够的理论含量，想要把这个问题讨论清楚，就需要同学们去读一些经济学里面关于“相关市场”的经典文献，这也是一种激励学习的模式，同学们有多种多样的选择。

法科生的核心能力就是论证。虽然现在大家可以通过参加各种各样的辩论赛来训练，但是这毕竟不是一种常规化的训练。如果我们能在日常学习中，**把学习变成一种互动的机制**，其实对大家的学习会有实质性的支持和帮助。

Q: 您读书时期有什么有趣的故事可以和我们分享吗?

我读本科时比较特殊，年龄比较小，同班同学一般都比我大三岁左右。15岁和18岁其实完全不在一个世界里，所以那个时候我还是挺孤独的，基本上都是一个人在看书或者做其他的事情。

我觉得比较有意思的应该是读研究生的时候，我本科毕业后做了两年警察，这时候再去读书就和本科毕业直接读研究生的同学年龄差不多，可能大家也都看到过网络上流传的，关于我们读书小组、谈恋爱、喝酒的故事，所以我就不多说了。

但还有一个有趣的故事，当时我和赵晓力对经济学都特别感兴趣，赵晓力还在宿舍的墙上贴着：“到耶鲁去”。

当时万国证券搞了一个征文，讨论国有企业改制中企业和政府之间的关系是一种什么关系？我和赵晓力就投了一篇论文，题目叫做《国家股：代理还是信托》。

当时中国正在搞国企改革，之前的国企都由国家直接经营和管理，国企改革就是把所有权和经营权分离。但是从法律的角度讲，国家和企业的经营者到底是什么关系？这是没澄清的，有一种理论认为是代理关系。比如说企业的厂长，是从国家那承包的企业，推出厂长和政府之间的关系是一种委托代理关系。

还有一种模式认为是信托模式，政府是一个信托设立人，按照中国宪法，国家所有并不意味着政府所有，国家所有其实是全民所有，那可以把人民理解成是一个信托的受益人，而这个企业的经营者是信托人，那么信托人就没有必要事事都向委托人或者说信托设立人去请示报告，他在自己的经营范围内有完全的独立性，而市场上的第三人也是完全把信托人看成是财产的所有者，国有企业对国

家所负有的唯一义务就是在保留形成激励所需的利润后把收益上缴给国家，国家再通过再分配机制让全民受益。这可以解决很多实际上的问题，但是当时在理论上没有澄清。

这篇论文其实就是主张用信托模式来解决政府与企业之间的关系，也借助了一些经济学理论。最后这篇文章在征文竞赛中获胜，我们得到了好像是3000元奖金，这在当时对我们来说是一个天文数字。

这其实说明理论是非常有意思的，我们之所以觉得理论没有意思，是因为没有找到它和现实问题之间的连接点。像这样一个很简单的例子，就可以让大家知道文科生其实是很有用的，文科生有时可以帮助国家和决策者澄清一些基本的思路。

所以，如果我们**面向真实世界来学习**的话，永远可以把学到的这些内容找到现实中的对应物，这个过程不仅可以帮助同学们增长知识，也可以帮助同学们持续地保持对知识的兴趣。

Q: 您对 STL 的同学们有什么想说的吗?

最后，分享一句毛主席在《赠柳亚子先生》中的诗句：“牢骚太盛防肠断，风物长宜放眼量。”希望 STL 的同学们能够不断开拓自己的眼界，提升自己的境界，实现自己的追求。

◎ 本次访谈采编、校对工作由梁凤婷、卢晴、石鑫、谭小丁、杨斯淇同学完成。

金印： 以真实案例为基础 学习法律

金印

- ▶ 中国人民大学法学院助理教授
- ▶ 北京大学国际法学院访问教授

“以真实案例为基础的学习恰恰是在做我们最应该做的事情，在做我们最本职的工作。我们的工作其实不是学理论，不是设计政策，而是解决真实案子。”

Q: 金老师本学期在 STL 开设了《中国民事诉讼法研讨》课程，这门课主要通过学习与研究指导案例、公报案例与最高人民法院案例，来提高大家的分析能力，您为什么以这种形式开设这门课程，您想通过这门课程达到什么样的教学目的呢？

法学课程一般有三个重点，教同学们理论、教同学们解决现实案例和教同学们更宏观的法治理念、法治意识。

第三点涉及整个法律体系，我在课上一般不会直接涉及。我也试过讲授理论，比如我尝试过和同学们一起阅读论文，但论文读起来有难度，很多时候我自己也拿不准论文想表达什么意思，一起阅读论文并不是特别成功。



尝试了几次之后，我发现以真实案例为基础去探讨法律问题是比较成功的。我选择的案例都是指导案例、公报案例或者最高人民法院的案例，这些案例在事实层面上不是特别难，但理论层面涉及的法律知识点比较集中。但是，对于案例所反映的法律问题，现有体系中最好的解决方法往往比案例本身提供的方法好得多。

通过这门课程，我想让大家理解中国法是什么样的，我们中国法律人面临的是什么样的问题，我们怎么在现有框架之内，去探索最好的、最体系化的、最令人满意的法律方案。这是我开这门课的目的，也是对大家的期待。我们试图找到一个最体系化的、让所有人都知道我们为什么这么做的方案，这也是我一贯的理想。

Q: 课程为什么以第三人撤销之诉作为切入点？

我在上课的时候和大家说过，第三人撤销之诉无论是在理论上，还是在实践中都是极为重要的。如果以“第三人撤销之诉”为关键词去裁判文书网上搜索，这几年每年都有几千个相关判例。目前为止，我国很少有一个具体的诉讼类型在创立之后被如此大规模地使用。第三人撤销之诉现在已经变成一个非常具有中国特色的制度了。在比较法中虽然可以找到一些“第三人撤销之诉”的原型，但这和中国法下的适用形态是完全不一样的。

通过这个制度，我想展示什么叫**体系思考**，怎么从体系上找出一个答案，而不是直接就给出一个答案，其实我还是想践行上述所说的教学目的。这个制度像一个集合点，是各种病症集中爆发的一个地方。通过这个集合点，我们探寻周边的、相关的制度，向其他地方延伸。

虽然我们的课程很短，不一定所有的问题都找到了最终的答案。但是通过这个制度，大家能发现

这其中肯定存在问题。这个问题可能比我们想象的要大，比我们想象的有意义。如果我们把第三人撤销之诉中的问题弄清楚了，我们也就学会了解决复杂法律问题的方法。

法学上的复杂问题以各种不同的形式呈现：有些问题是技术上比较复杂，有些问题涉及到价值纠葛，不好做价值上的权衡。但是对于各种复杂问题，我们都需要想着**从体系上去解决它，保持体系上的一致性**。不然今天的判决和明天的判决相互矛盾，这个理论和另外一个理论相互矛盾，自己都无法说服自己，那又如何说服不懂法的当事人呢？

Q: 如何处理法学上的复杂问题？

既然是复杂问题，那肯定不是那么好解决的，我觉得可能存在的解决办法就是，**把复杂问题拆分成一些小的问题，一个个去解决**。就像写论文一样，写一个公平正义的题目，那肯定没法写。但是给同学们一个复杂的案件，让同学们看到这个案件的结果是否符合公平、正义，这时候同学们反而能说一堆。

我跟大家说过，对于复杂的问题，首先要找一个大家都能认同的出发点，以此为基准，慢慢探求我们不理解的东西。但**复杂问题的解决也非一两日之事**。今天通过学习思考可能产生一定的方案，把这个方案记在心里，哪一天又碰到一个新的情况、新的案例，再用之前的结论重新检讨。此时可能会得到一个新的方案，这个方案可能会区分对待不同情况，把结论分成原则和例外。我们可能在思考中不停改变之前的结论。我们不能总指望简单地处理复杂的问题，而是要去慢慢研究。

当然，还是要去相信自己。我在硕士读书时，茅少伟老师有一句话让我印象很深刻，现在已经过去10年了，我都记得非常清楚。茅老师将“好好学习，天天向上”改了一下，改成“天天学习，好好

向上”。我印象很深刻，就是说我们要每天都学习，然后好好地向上，不能指望每天都能向上，我觉得还是挺受用的。

Q: 很多复杂的问题往往引起了很持久的争议，比如悬赏广告的性质，担保人之间的内部追偿权等。在您看来，对于复杂问题的探讨，要到达一个怎样的程度，才能认为在法上已经基本解决这个问题了呢？

悬赏广告的性质这些问题，我觉得是不会有定论的。要形成一个统一的结论是很难的，我也没看出来为什么一定要形成一个统一的结论，我现在对这些争论都保持一定的距离。只有在我的研究过程中，我发现这个问题是一个真问题，我才会去检索相关的理论到底是怎么样，相关的理论能不能解决我心中的疑问。

就某一个理论问题，持久的争论究竟有没有意义？我不能说没有意义，我也不能说有意义，我只能说我保持一个观望的态度。希望大家在学习阶段不要过于在意这些争论，能理解别人说的是什么就足够了。我一直在思考不同学说在不同实践中到底会产生什么样的不同。但只有真实案例发生了，我才去比较哪个理论更好，再在案例中检验理论。

法学学习，尤其是学生阶段，还是要多去看法条和案例，反复阅读法条和案例，这可能是比较能抓得住的。否则，在看完很多理论的争议之后，好像收获了一些东西，但是好像也没有收获到什么东西，最终自己会一直处在迷惑当中。

大家在学习时要重视法条，如果理解法条出现困难的时候，可以用关键词去检索一些案例，**结合实际案例理解法条**，这样多多少少知道法条在**处理什么问题**。必要时用理论辅助理解，以自己为中心去学习。

说实话，我今天为什么走上学术研究这条路？就是因为我当年看论文看不懂。我想是不是我本科的时候学术水平还不够，硕士我就能看得懂，我就去读了硕士。硕士的时候发现我还是读不懂，我说肯定还是读得不够，需要读个博士。读了博士，我发现还是看不懂。我就想，如果我现在都看不懂，可能大部分人也看不懂。如果大部分人都看不懂，这种争议、这种文章的意义可能不是那么大。所以我现在写论文，第一个目标就是让别人能看懂。如果有人说我看懂了你的文章在写什么，即使说我的文章都是垃圾我都能接受。但是如果说看不懂我在写什么，我就会比较失落。

所以我希望同学们现在不必过于在意争论，还是从现实中面临的问题出发，去思考、去做研究。

Q：您在课程中提到过：“要不断地阅读案例和法条。”真实案例固然很重要，但是真实案例的法律适用往往又很混乱。我们应当如何看待“真实案例”在法学教育中所应当发挥的作用呢？在法学院教学的什么阶段，最适合引入“真实案例”呢？

最好的案例当然是真实的案例，或者是真实案例的改编。教学假想的案例，学起来可能更简单、直接。但很多时候构想的案例不一定能反映真实的问题，也容易放错重心，以至于我们学到的是我们本来都会的，这种学习也不一定有用。原则上，如果有条件，在初学的时候就应该使用真实的案例。但是，找这种切中要害的真实案例往往是很难的。尤其中国法下案例的基数很大，很难识别出需要的案例，所以很多时候只能用构想的案例来替代。

为什么无论在初学还是深入学习时都要用真实的案例？我们法律人不是单纯地去饭店吃饭，法律人往往也是做饭的人。甚至，法律人要从选种开始

去播种。作为一个法律人，法治的每一个环节你都得知道。我为什么在课堂上要求大家去看下级法院一审、二审的判例？因为每一个法院在选取这些生活事实时，会有截取，会失真，会删掉很多应该保留的东西。我们只能通过不同的案例去印证。**即使是初学者，也得有一个理解真实场景的能力。学习时不能说我现在就学一点法学的基础，以后再去看真实的场景，它没有那么好的去分割的。**

真实案例不会按照我们的预设去发展，比如，有时候我们想看到真实的情况，但当事人调解了。这是没有办法的。让生活跟着自己走是不现实的，所以我们必须学会跟着生活走。

当然，再进一步去探索，教学上可能需要真实案例和构想案例的相互搭配。比如说在初级的阶段，主要是结合大课去细究小的知识点，这时候可能构想的案例是比较切中要害的。但是同时必须使用高级的案例，我个人认为最好以真实的案例为基础，甚至有时候如果有卷宗、能去实地考察那就更好了。

Q：老师在教学中这么坚持从案例出发的原因是什么？

就如我刚才所说，研究部门法的第一要务是解决当前社会生活中发生的问题，一切都应该以案件为中心。当然我们在思考答案的时候，不是说只聚焦于这个案例本身，而是更加侧重于从体系角度去思考某一个制度。比如我们课程虽然是围绕第三人撤销之诉展开的，但我们并不仅仅是在讨论第三人是否能提起第三人撤销之诉。而更多在发问，第三人在法律上到底有哪些救济手段，哪个救济手段对第三人最有利。

而且，案例的研究恰恰是实战的准备，它正在检验课堂的理论到底有没有用，这理论到底说不

说得通。这也是未来绝大多数工作的预演，即预先解决现实中的案例。无论是当法官、当律师、还是做学者，都需要这个预演。即使我们当非诉律师，如果交易最终产生诉讼怎么办？都能够通过预先的思考得到答案。

所以以真实案例为基础的学习恰恰是在做我们最应该做的事情，在做我们最本职的工作。我们的工作其实不是学理论，不是设计政策，而是解决真实案子。

从案例出发学习法律，这当然也和我个人经历有关。我在德国读书的时候，德国的法学院就在研究案例，德国的第一次国家司法考试和第二次国家司法考试是在5小时内完成一个案例题；德国教授大部分时间也都在分析案例和判决。

为什么分析这些案例？不是说这些案例判的特别好，特别有启发性，而是这些案例之所以会产生，**是因为它可能揭示真实的问题，其中就包括很强的理论问题。**我过去完成的几篇论文基本都是从案例出发。如果不是这些案例，我想不到实践中会存在这些问题。虽然我的结论可能反对案例中的答案，但这没有关系。

我不是要刻意拔高案例，而是因为过去的课堂主要是在讲各个理论，但是最后发现这些理论没有实际的差异，仅仅变成了单纯的记忆，我觉得这样的学习还是蛮枯燥的。通过阅读案例去发现争论，应该会更有收获和乐趣。

我的一个感受是，越成熟的法治国家，越遵从基本的法律解释的方法，学术和实践之间越亲密、越能交流。

我会花很多时间阅读案例，一个案例可能读七八遍，每一遍有时候花费几个小时，认真去读，慢慢就会了解法官的想法，更理解法官为什么这么想、为什么这么做。所以我一般不认为学说、理论和实践之间存在隔阂，它可能是现在的一个状态，但是它不是必然的。如果理论和实践相互去理解、

交流，最后就会形成一个良性互动。

举个例子，很多法院的判决理由其实参考了一些教科书或者论文的内容，但是它没有注明这是在参考教科书或论文，这样可能就不利于双方的理解和交流。如果把借鉴学者的部分标明，学者知道自己的观点被司法裁判所引用，这样是不是就为相互交流创造了条件？首先在形式上，双方应有相互理解、相互对话的一个冲动或者姿态。就像我们现在从理论上研习判例，了解实践中有什么集中的争议、学习法院的裁判思路，这也是对实践的尊重。

其实，虽然我写的很多文章也在批判司法实践，但是我并不是让司法实践遵从我的观点，而是在尝试我有没有可能找出一个更好的路径。如果不迈出相互对话的第一步，就不可能有第二步、第三步。在一些国家和地区，理论和实践基本没有隔阂，比如在德国，学者的大部分精力都在研究案例上，而法官大部分时间也可能在看这些批判法院裁判的文章。双方都是法律人，做的事情并没有不同。隔离或合作都是我们法律人的选择。**其实，无论赞扬还是批评都不是目的，我们本质上都是抱着学习与进步的心态，进而去创造一个更好的法治环境。**

Q：我们现在有最高院的指导性案例，您觉得在中国，最高院判例的地位是怎样的？我们如何判断一个判例是否重要呢？

首先，就整个大环境而言，无论是美国还是德国，最高院的判例都非常重要。在中国，目前最高院无论是以什么形式公布的案例，比如说指导性案例、公报案例、亦或普通的案例都很重要。随着最高院功能的改革，最高院的判例会越来越重要。

比如说，德国最高院判的就是法律上有重大意义的案件，这些案件对法律的发展、对法律的统一、

对当前重要的法律问题都有重要影响，当然它有一套制度能确保这样的案件走到最高院。目前中国民商事案例，是按照标的金额的多少来确定法院的审级，所以最终走到最高院的案例不一定是对法律发展有重要影响的案例，但即便如此，依然有很多案例都对法律发展有重要意义。现在也有了一些制度开始慢慢去筛选出具有法律重要性的案例。

第二，判断究竟什么案例是重要的，应该采取类似于“市场经济”的做法。一个案例最终能够成为一个有创造性的最高院的判决，应当是经过了几个级别的法院充分独立的思考而形成，是建立在每个法律人都有权、且努力解释法律的基础之上。最高院不是悬空的，最高院要想拿到最好的案例需要下级法院去发现。如果下级法院没有发现“法律重要性”的能力和动力，最高院就是“巧妇难为无米之炊”。**一个案件最终能成为法律上重大意义的裁判，是集体协作、每一个法律人都参与其中的结果。**

我在写一篇论文的时候，看到最高院的一个案例，发现这个案例非常好，我找到那个案子的代理律师。这个律师跟我说，她一开始其实想放弃这个案件，因为这个案件有点复杂，标的额又不高，可能赚不到什么钱。但是这个律师坚持了一下，这个案件最终到了最高院，结果成为一个比较有代表性的案例。如果没有那位律师的介入，这个案例可能就没有被发现，很多好的案例可能在最低级的法院就被排除掉了，没办法到最高院去了。这就是我说的第二点——**一个重要案例不是由最高院独立完成，而是每一个层级的法院都慎重地对待这个案例，最终使之成为一个标杆。**就像美国人说的，每一个孩子都得细心照顾，说不定她/他以后成为美国总统。

第三，为什么中国判例地位变重了？总体而言，中国目前的法律体系是法律移植的结果，我们其实不是特别擅长法律术语、理论体系等等。但是我们有一个优点，一个其他国家都没有办法跟我们比较的优点。是什么？**那就是我们国家特别大，我们现**

实中的案例非常丰富，有些国外没有想到、或可能还是假想的案例，在中国可能已经有相应的真实案例和裁判了。举一个例子，我以前写一篇“提前履行”的文章，比较法上相应的案例非常少。但后来我发现中国法中一个有关提前履行的仲裁裁决被翻译成了英语，国际上很多重要的关于CISG（《联合国国际贸易公约》）的评注都引用这个中国的案例。如果我们能够充分利用好我们丰富的案例，从案例出发去总结相应的理论，使“生命之树”常青，我相信我们国家在法律理论上也会更具有话语权。

Q：您如何看待司法解释，司法解释应当在实践中发挥什么样的作用？

这个问题比较复杂，也比较宏大，我还没有能力形成一个使自己完全信服的答案，只能谈一谈自己初步的想法。

司法解释的定位与作用是一个非常宏大的问题，国外有关论述主要是从立法权和司法权划分的角度来展开。因为我是研究部门法的，我们刚才也是在讨论如何解决一个具体案子，所以我们就关注下司法解释在**解决案件方面的作用**。那么前面也提到，司法解释可以提供个案指引，有时甚至直接给出结论。但要解决法律上真正的难题，关键在于论证过程。**有时候，由于司法解释给定了一个结论，许多论证空间被排除了，失去了讨论的机会。**

很多人认为，因为中国的立法很粗糙，所以需要司法解释。但是大家试想一下，如果衣服大了，还可以穿上身，可是衣服小了，穿不上去，就只能裸露了。相似的，是否法律越细、越清楚、内行话越多，就一定越好用？未必。如果判案时必须要有个法律依据，那其实是越抽象的立法越好：确保法官以法律为准则就可以，为什么一定要是细致的

依据？

我早先也觉得司法解释很好，但现在而言，单说民事诉讼法领域，以我个人评价：立法水平七八分，学术水平五六分，而司法层面包括司法解释，是三四分。这是我目前的观点。其一，我国立法水平没有我们想象那么差。

其二，退一步说，越是立法质量不高，越需要较强的法律解释能力，也就越需要法律论证，而法律的论证只能建立在立法而不是司法解释之上。

其三，我们看德国和美国的立法，像德国以成文法为传统，立法非常完善，法官是以立法为中心去解释法律；美国是判例法国家，原则上不是很有体系，法官判案有时缺少具体法条依据，也不一定找到先例，那就努力地找以前的类似的案子来支撑——他们的法官都不是必须有司法解释。德国百年前的法官，水平不见得比我们高，但是他们当时也没有司法解释的制度，但是仍然能够实现司法的目的。

很重要的一点是，法官是避免不了实质思考的，每一个法律人都得思考，不能让别人代替我们思考。司法三段论是每个法律人的基本责任，这个基本责任无法外包。对一个特定的问题，司法解释给了7种情形。但若有第8种、第9种情形呢，你这个案子正好属于第9种情形，你要不要思考？基层法院案子多，那就让具有法律重要性的案子往上走，给当事人上诉的机会，去上诉法院，总得有人去思考这个问题。而且司法解释也得解释，司法解释也还是抽象，该做的基本工作是推不掉的。

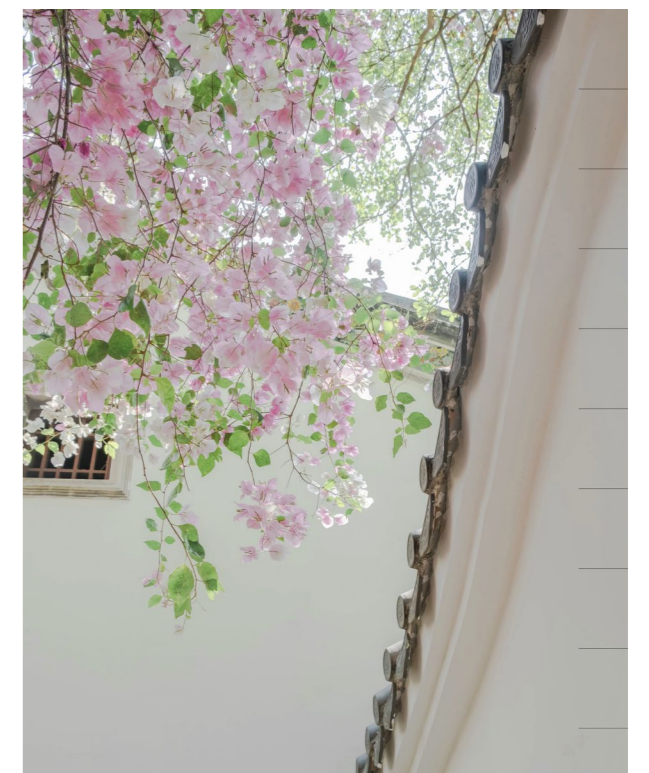
另一方面，从具体案件的解决来看，司法解释未必有助于减轻法官的压力。比如说在民事诉讼法领域，目前中国的立法和司法解释在数量上已经远远超过德国法了，法官学习司法解释难道不需要时间吗？学完再去运用，不也需要时间吗？有时候法官看不懂司法解释，有时候今天刚学会一个司法解释，第二天又来了一个新的。

当然，我一直不是特别擅长宏观的思考，上述观点都是从个案出发得来的。这个问题非常复杂，不宜过早定论。这也是中国法面临的一个特殊问题，美国法德国法都没有类似的，必须要我们自己去解决。但总而言之，什么是司法自己的贡献，什么是法律人的本质工作，我们必须时刻反思。

Q：您回国后，在法学研究、法学教学、法学学习中是如何运用比较法视角的？

客观地说，研究比较法，尤其是中德比较法，对我的学习和研究有重大的影响。中国是一个法律继受的国家，受德国、日本、法国的影响也比较多。因此，比较法的重要性不言而喻。问题在于，如何运用比较法？

在学习过程当中，我发现很多人喜欢运用比较



法的原因是，相较于中国法，他们对比较法更了解。从客观上来讲，学习中国法确实比学习比较法更难：中国法的体量非常大，社会背景比较复杂，也不像外国法一样，有一个稳定的体系来指导。

但中国法要真的要独立，要在世界上取得地位，**关键看我们怎么更好地使用自己的素材**。比如，我们有没有制度去发现法律上有重要意义的案例，之后有没有条件把这个案子慢慢地打到最高院，获得一个在全国都有影响力的判决。但是目前在实务中要发现这类案例还面临着很大的偶然性。对我来讲，比较法是一个很客观的内容，我们从自身出发，和它的立场有时一致，有时对立。可能中国法学得越好，比较法的引用也更加干净利落。

Q: 您可以分享一下在学生时代对您启发性比较大的书籍和课程吗?

其实我跟朋友聊天，最怕有人跟我说“我把这个大部头看了好几遍”。因为很多在大家看来非常应该读的“大部头”，我其实能读个三分之一就不错了。我是读书非常慢的一个人，但是我非常愿意在读书过程中思考。

如果说学习过程中收获比较大的课程，其实大部分都跟法律没什么直接关系，或者说，法学的课程对我的影响是比较慢的，这个课有一点影响，那个课有一点影响。我在北大国家发展研究院（以前叫中国经济研究中心）读经济学双学位时，上的一些经济学基本课程，虽然学得也没有太好，但是印象还是蛮深刻的，还有西方美术史十五讲，后来参加葛云松老师的读书会收获也很大。当年北大的环境，总体来讲就是个人时间安排比较自由，所以平时就比较自由，可以做一些自己喜欢的事情。

后来，我去德国留学，出发前茅少伟老师跟我说了两点，第一，去德国是一个**答疑**的过程。比如

说你在中国学习有什么疑惑，去那里看能不能找到一些答案。第二，**不要让别人代替你思考，要自己思考**。这些话对我影响蛮大，因为中国这么大，中国法在运行中发现的很多问题是无法通过学习外国法来一般性地获得答案的。但是独立思考是非常难的，这个理念需要在人生中长期贯彻。

总之，现在我并不是靠某一门课、某一个老师来启发自己，去走完学术研究的全过程。学术的路还得靠自己行动，不断驱使自己去改变。

Q: 老师留德之前是在国内完成了民法的学习，很好奇是什么促使老师选择去德国攻读民事诉讼法（而不是民法）领域的博士呢?

去德国读民事诉讼法其实存在很多主观和客观因素。我在北大的硕博都是民法。留学之前我有看德国教授的网页，一般研究领域上就会写民法、公法或者刑法。我看到我意向的德国导师的研究领域是民法，我就以为他是研究民法的。所以，当时申请的德国博士论文计划，也是延续了硕士论文有关合同解除的民法主题。

之后导师联系我，虽然他的研究领域不是民法，但还是愿意接收我作为他的博士生，当时我是不理解的。我想，教授个人网页注明的研究领域是民法，为什么现在又说研究的不是民法呢？

后来我和导师进行了交流，发现德国只有民法、公法和刑法三个方向，是以一个大的法律专业进行呈现的，并没有像国内这样严格区分部门法。像我导师的主要研究领域是具体到了欧洲的国际民事诉讼法，但是他可以教许多门课程，从民法总论到婚姻继承，国际私法、民事诉讼法、强制执行法、商法等等，都可以。而且，在德国，并不是写完博士论文就可以当法学教授，还有一个更重要、更难

程序是教授资格论文——在大约6年时间里，通过撰写教授资格论文来确定日后的教学领域。比如，德国人可能会在博士论文写一个民法的主题，而在教授资格论文的时候，再写一篇民事诉讼法的主题。

我有一次和导师交流，说我以前是在研究民法，以后可能不会从事诉讼法，但是在他那里其实就完全没有严格区分的部门法概念。他还提到我的一个同门师姐，说她当年学习的是经济法，现在在研究仲裁法。那一次聊天之后，我发现没有办法说：“我在中国学的是实体法，所以不能研究诉讼法。”而且，去德国之后，我发现既然人家可以既做民法，又做民事诉讼法，我也不能太过于落后，是不是？所以的确算是在机缘巧合下走上了研究民事诉讼法的道路。

不过，民法和民事诉讼法的学习确实是紧密联系在一起。这在学术研究上其实是一个客观的要求，不是说我学民法，我所有的结论都应该向着民法；学诉讼法的，那所有的结论都得向着诉讼法。学术应该是没有（学科）立场的。

这也是一个不停开拓的过程，比如从最初最擅长的合同法，拓展到物权法、到婚姻继承，之后可以拓展到商法、到诉讼法，甚至再更远一点，扩展到法学方法论、公法……今天来看好像我做的是稍微突破一点点，从一个长期来讲，现在的拓展可能还不够。

Q: 您认为在民法和民事诉讼法的研究过程中，问题的切入角度和研究方法会存在什么差别吗?

总体来讲是没有差别的，都是在**解决真实的问题**。当然，一开始进入诉讼法领域，因为对相关知识不够了解，所以思考问题可能慢一点。相较于民法，诉讼法的问题原则上更加集中。

正如我上课时说的，诉讼法上疑难的问题都是和民法相关的。因为我之前一直学习民法，比较理解民法制度的意旨。所以现在从诉讼法的角度研究而涉及到民法相关知识的时候，我其实比较尊重民法上的制度，“诉讼法”的立场不是特别强。

但有一点也很有趣，当我从民法的角度去研究一个问题的时候，有时候结果反而非常的“诉讼法”。可能正是因为有对民法进行深入的学习，所以能够更加理解诉讼法的特殊之处，正所谓**“和而不同”**吧。我也希望能够在民法、民事诉讼法对于同一个问题的不同做法中，找出一个**连接点**，进而让两个部门法之间进行更多的沟通。

Q: 在学习老师文章的过程中，我们学习到许多法学问题的切入方法。比如老师经常会对一个制度进行“溯源”考察（如“占有即所有”的误用、“诉讼时效强制性”的适用等）。您这种研究问题的方法是如何形成的呢?

我的文章里会涉及到一些溯源和历史考察，但是这其实不是一个通常的做法，只有在需要的时候才会采取这种分析方法。

比如我在研究货币流转的基本原则“货币占有即所有”的时候，发现从比较法和学说继受的角度

看，我国学者得出“货币占有即所有”的结论是多重继受的结果：直接来源于我国台湾地区，间接继受于日本，最终被认为是来源于德国。但其实通过找到继受的源头，其实会得出了和“货币占有即所有”原则相反的结论，所以在比较法和学说继受层面，恰恰无法找到“货币占有即所有”的理论支撑。再比如，我在研究诉讼时效的强制性时，发现诉讼时效的强制性是从瑞士法中学来的，但是瑞士司法实践中已经把把这个制度完全软化掉了。

这恰恰说明了一个很重要的问题，就是不要让别人代替我们思考。分析一个问题，不是要固定地找某一点去切入。很多问题是在学习过程中产生的，是在反复阅读案例，反复阅读、理解法条的过程中想到的；发现问题后，要以一种**诚实、开放**的态度去学习和思考它。一开始，问题往往并不能解决，论证也不能完全说服自己，那就把问题放在这，可能某一天会突然有灵感。这其实是一个需要时间的过程。

Q：金老师，您对 STL 的同学有什么期待呢？

我个人感觉，一个理想的法律人，是具备三个特质的：

第一，**基础**非常扎实。基础性的内容往往具有共通性，把中国的基础问题学好了，去理解美国的、德国的法律问题其实都是一样的。

第二，抱有**法治的理想**，相信可以通过对个案的辩论与对抗，得出一个总体来讲对各方都较为公平的、让大家都信服的最终结论。如果没有这种信仰，其实是说明自己并不相信法律能够真正解决社会的冲突。

第三，法律人要能整合社会的各个力量，通过自己的努力，**让社会民众相信法治**。这当然是一个很高的要求。

其实第一步要打下扎实的法学基础，就已经很难了。而 STL 提供的美国法和中国法的完整教育，在这三个层次都有一定程度的培养。如果 STL 能够坚持在这三个方向有意识地培养大家，在学习基础知识的同时，能够启发大家关于第二、第三种特质的**重要性**，这当然是最理想的。

另外，如果说对 STL 同学的期待，我希望同学们是既要学会做加法，也要学会做减法。**我一直认为，真正的北大人有放弃的能力，有些东西你该拿的就拿，不该拿的就不拿。我们是有放弃的实力的，有时候可以果断放弃一些不必要的东西，尽可能地把时间和精力投入到有长远意义的事情上。**

当然，我们面临着具体利益的时候，往往很容易被触动，很容易被眼前的情况所遮蔽，容易忘记长远的追求。而后者的实现，是需要在一个较长的周期里，靠每个人的共同努力才能产生效果的。希望同学们能时常记得：现在如此勤劳刻苦地学习基础知识，都是为了以后可以通过个案的解决，推动法治的进步和社会的发展。

*注：本访谈只代表被访谈人个人观点，与被访谈人任职单位无关。

◎ 本次访谈采编由成嵩端、李沁芯、卢晴、苏诺同学完成，校对由侯肃敏、郑羽同学完成。

孙维飞： 人同此心，心同此理

孙维飞

- ▶ 华东政法大学法律学院副教授
- ▶ 北京大学国际法学院访问教授

“但是，大学还要有另外一项任务：就是要让学生知道——甚至我们可以说是‘引诱’学生知道——还有一种快乐，即自我探索、自我塑造的快乐。”

Q: 老师，您的大学生活是怎样的呢？您在大学时期有没有什么遗憾呢？

我大学的时候十分自由，那个年代处在包分配时代的末尾，整体上没有太大竞争、氛围也比较宽松，可以放松地思考。我记得我大学开学的时候要受教育，看了三部电影：《大浪淘沙》和《与狼共舞》，还有好像叫《马克思与燕妮》，看完后只记住了马克思的座右铭：“**怀疑一切**”。我觉得这玩意太合我口味了！我可能就是那之后，走“偏”了。

当时没有什么特别的约束，我最喜欢去图书馆打工，不仅能赚钱，而且最主要的就是能看各种书，想看啥就看啥。当时看过一本哲学书，讲古希腊的，太难读了。我不信邪，觉得都是汉字我能看不懂？我不上课了也要把这本书看下来，结果看了两天还是不行，但当时这种不带任何功利的纯粹本身就是一种乐趣。

如果说大学的遗憾之处的话，就是浪费的时间太多了。那会儿压力不大，但总觉得不知道干啥好，人生处于迷茫期，完全靠自己摸索。当时我就特别羡慕不迷茫的孩子，人不迷茫，他干啥都有劲啊。啥都有兴趣，反而不知道干啥好。**但是呢，都不浪费也不可能，假如一点不迷茫，现在看来也没意思。大学就是一个迷茫和自我探索相伴而生的阶段嘛。**回过头来看这个迷茫的阶段，也好歹看了一些书，好歹思考了一些事情。如果“自我探索”在大学四年里面一点都没有，那会有一些遗憾。现在你们身处研究生阶段，也是大学生活的延续，如果你说我没有好奇心、也不想思考，那进入大学是要做什么呢？

只是说，时间虽然可以浪费，但每过一段时间一定要警醒一下自己，我是不是最近浪费得太厉害了，有点过分？有没有想过像德国基本法第二条所说的：“促进人格自我完善和发展”？我们中国的

宪法肯定也是一样的，只不过表达得不一样。

大学是人格养成的一个重要阶段，是要自己给自己带来快乐的。这种快乐不是说绩点考得多高就有多快乐，对吧？而是说自己完善了自己。所以你们不要老是为难自己，认为自己一无所知、学习太笨等等。这些都不重要，我甚至觉得你不爱看书也不见得有问题。只是说，我们希望你在大学里是喜欢自我探索的。

Q: 您觉得现在大学的氛围是怎样的呢？相较于以前的大学氛围来说，现在的大学中是不是缺少了一些自由探索的氛围呢？

其实人们总会在回忆过去时加以修饰的，我们还是直奔主题地看现实吧——**现实当中引导学生自由探索的氛围是不是可以再加强？人格养成的氛围是不是可以再加强？**显然可以。因为我们明显感觉到现代社会这种竞争激烈的氛围有不好的地方。这种竞争不是自我探索的竞争，而仅仅是在求取职位上的竞争：**它只会把某些规则、某些价值挑出来，你要应聘就要符合雇主的特点。**

人的自由总是在的，但是人逃不开社会，人的自由存在于社会中。不是人发生了变化，而是追求自由的人面临的环境发生了变化，于是他的行动自然也会发生变化。求职是谋生的重要手段，而且你要活得好，总是或多或少和别人做比较。当大环境宽松的余地很少时，人自由探索的一面就少了。

单从体制这个角度来讲，我观察到的是，相比于过去，现在的学生被不需要思考的东西占用了太多的时间，或者说本应拓展的东西变少了。

以考证为例，你在考证和自由探索知识之间一定要取得一个平衡。如果你把时间都花在考证上，对你将来找工作是会有很大的帮助，但如果大学期

间只有考证这一件事，那我不建议你这么做，再比如说，你大学只读过法律类的书籍，那我也不建议。

大学这么宝贵的环境，你多少要对“人是怎么回事”“人为什么要活着”“社会是怎么回事”等等这些问题有一个起码的好奇心。图书馆里有人类历史上积淀下来的体系、知识，又或是小说。我记得我本科同学当时读的小说就非常多，尤其是外国小说，每一部都很厚，我很羡慕他那种不带功利的兴趣，他的大学生活还是不错的。当然，如果你说大学图书馆我从来没去过，也不想去，索然无味，那也可以，总归大学是一个开放的环境。

Q: 您认为大学的任务是什么？在大学中，老师又应当扮演一个怎样的角色呢？

大学的定位从体制的角度来说是宏观的，很难直接得出什么结论。但是，从学生角度看，我认为大学的根本任务有两项。其一，**是传授和将来职业相关的知识。**初等教育是基础，会潜移默化地影响你，但你将来也可能忘记。而法学这门专业是你将来的职业需要的知识，是作为学生必须完成的内容。

但是，大学还要有另外一项任务：就是要让学生知道——甚至我们可以说是“引诱”学生知道——还有一种快乐，即自我探索、自我塑造的快乐。

换句话说，大学有一部分内容，不是在课堂上传授的，而是自己感受到的、被感染到的。这是一个重要机会，由你自己来定义自己、塑造自己。自我探索不是只会产生痛苦的，也会产生快乐。你一旦感受到这种快乐，就可能觉得再也离不开。

用一个不太恰当的比喻，假如你觉得拍桌子的声音很好听，但是我让你感受一下真正的古典音乐，那你可能就有了另外一种快乐，甚至会继续发现其他艺术带来的快乐。青菜萝卜各有所爱，我只是想说，**人生的探索过程，就是像接触艺术一样，需要自己**

实践。但是大学教育首先要对老师提要求，来给予这个最初的“引诱”。

现在的大学，老师也忙，学生也忙，课下的交流其实越来越少了，课堂其实是启发和鼓励学生自由探索的重要场合。如果这时候只是把课本上的东西讲一讲，哪怕讲得仔细，我觉得这个意义可能也就小了。老师一天到晚只告诉你教条，这有啥意思呢？老师又凭什么给你教条呢？马克思都说了，要“怀疑一切”。

从这个角度来说，好的大学对老师的要求太高了。作为老师，如果把服从当作第一位，心中没有一个美好的理想，没有一个心向往之的境界，那怎么能把这个部分的内容实践好？又谈何感染、“引诱”学生感受到这种快乐？当然，每个人的教育理念是不一样的。

Q: 您这学期在STL开设了《中国民法(二)》，主要讲授的内容是债法总论。您对同学们学习这门课程有什么建议吗？

我这门课程的特点就是**要求同学们多复习**。比如《民法典》第979条，本来我也可以把它的构成要件先讲一遍，然后各举一个例子。但这样会占用时间，而这些东西在王泽鉴老师的书上都说得一清二楚。那么大家该怎么办？如果听课的时候感觉有点懵，就得赶紧结合王泽鉴的书找到相应的构成要件。“有点懵”的状态是正常的，我的课是需要多复习的。

我上课提到的法条会很多，这些法条都需要复习。像《民法典》第979条第2款讲的“不符合受益人真实意思的，……但是，受益人的真实意思违反法律或者违背公序良俗的除外”，每一本教科书上都会提到它，同学们注意复习就可以了。如果上完课之后感觉没有那么清晰，正常吗？——当然正

常。如果上完课你就清晰，那我老提醒这门课需要复习就没有意义了，是吧？

我很重视让大家了解“**这个制度最核心的思想、意旨**”是啥。就像今天，我反复提示不当得利的意旨，明天我可能就要讲“给付”到底是啥。为什么我要在不当得利里讲“给付”是啥？可能今天还没有明白，但是同学们等下一次或者下下次，或许就会恍然大悟——原来这就是孙老师区分给付型不当得利和非给付型不当得利的原因。

我不需要同学们必须先把基础打好了再来听课，我们课程中提示需要掌握的内容，现学现补都可以。有问题、不明白的就交流，和同学交流、和我交流都可以，一定不要把它想得太难。有些同学现在觉得它太难，好像很奥秘、很深，我没觉得有那么深奥。

Q：您上课的时候，会注重讲授规范背后的意旨。比如您会强调：无因管理的意旨是“鼓励尊重他人前提下的合理帮助，但他人不值得尊重的除外。”我们为什么要重视制度核心的思想与意旨呢？

第一点，规范背后的精神意旨是最不容易忘掉的。具体的规则可以忘掉，但规范的精神、规范用来解决的问题，是同学们需要掌握的。我尝试探索**这个法条背后的意旨，而且这种意旨恰恰会把法律的精神揭示出来。**

第二点，这是老话所说的“理解基础上的记忆”。如果理解和记忆不可兼得的话，我更愿意在理解的基础上记忆。

对于记忆的内容，同学们现在的时代和我们那个时代不一样，我读书的时候教材没有，法条也没有，那我们当时怎么办呢？老师上课会拿一个卡片，我们就在下面记。上课当中把老师说的记下来很重要，比如他讲的体系。因为除了这个就没有其他的材料

了。而我们现在上课，教科书都有体系。自己去看，难道不能大致了解基本体系吗？可以的呀。

那这时候老师该讲些什么就是一个问题——老师其实是给你一个启发。**如果说看书是自我探索，那老师讲课就是带给同学们一个启发。**再举个例子，欺诈制度是干啥用的？它的用处就在：逼得别人说的太多，不符合交易的宗旨；别人啥也不说，也不符合交易的宗旨。那么这个度在哪儿？这就是欺诈、重大误解制度要解决的问题——说出哪些信息是够的？我觉得这比“欺诈的构成要件是什么”更加重要。构成要件虽然是任何一个书上都有的，但它没那么重要。如果课上没看，感觉云里雾里，也不用着急——回去再看就了解了嘛。

当然，每个人教学的特点不一样，也不是说你非得适应这个老师的特点。谁也不能太自信地说“就我这样好，你这么做肯定不对”，只是我讲课更希望能带给学生启发。

Q：您在上课的时候经常会把生活化的场景抽象成小案例进行教学，比如上过您课的同学肯定都知道“1号桌”和“8号桌”的故事，老师是怎样把生活化的场景抽象出来并且运用到课堂上的呢？我们为什么要通过案例的方法来学习民法呢？

我是有意识地把生活化场景抽象出来的。比如上一次看到新闻说吃霸王餐，我马上就记下来，以后上《民法总则》时可以讲一讲。老师上课如果重复讲同一个案例，学生们会烦，用最新的案例就是一个避免重复的好方法。这也是为什么我上课不太喜欢用PPT的原因。如果我今天晚上碰到一件事情，合适的话拿到明天早上讲也是完全可以的。如果同学们对民法感兴趣，将来也会形成我这种习惯的。

我还经常讲一个词就是“**测试**”：那么多概念，

如果不能用一个案例测试出区别，那区别意义就不大。如果纯考虑理论问题，思考哲学比思考民法有意思多了。但是民法和哲学不同，是为了解决具体问题的，是需要理论与实践相结合的。所以在民法上争论一些对解决实践问题没有多大帮助、也没有那么有意思和有难度的理论，是没有多少意义的。我认为，**能用案例进行测试是民法作为实践学科最重要的特征所在，而提出一个合适的设想案例往往需要我们结合生活，需要有内心的直觉。**

测试的方法其实很简单，比如当年我的同学们经常讨论合伙的本质是什么，这个就没有多大意义，因为无法在案例中区分。再比如，无因管理是事实行为还是法律行为？马上就可以编一个案例来测试一下：一个无民事行为能力的人“无因管理”帮别人把被子收了，合理吗？如果让他成立无因管理合理，那么我们就可以说“无因管理是事实行为而不是法律行为”。

我始终觉得民法是解决实际问题的。一个人不可能民法学得好却解决不了案子。有很多纯抽象、纯理论、纯艺术的领域都很美，我觉得甚至比民法美多了，但是它不是我的职业。做一个职业，就一定要有这个职业的职业道德。我认为我需要教给学生的就是依据本国现行实证法，结合基本教义，来解决现实问题，达到说服人的目的。

Q：您刚刚提到，如果不能用案例测试出概念的区别，那区别的意义就不大。我们在学习过程中，也会遇到一些纯粹的“语词之争”，您认为，为什么会出现一些纯粹的“语词之争”呢？

我写过一篇文章，叫《通说与语词之争》，主要是以公平责任的有关争论为线索展开讨论的。我认为，**法教义学上的争论分为“适用之争”“体系**

之争”和“语词之争”三种争论样式；而“语词之争”偏离了法教义学的实践性要求，浪费了学术资源，是我们应该避免的。如果十几年来讨论的核心话题就是“公平责任是不是一项归责原则”，那民法学怎么进步？

至于出现“语词之争”的原因，有时候是学术体制有其自己生长的特点。所以不要迷信，更不能迷恋。学术体制的动力机制之一是发表，也就是说有发表就有成果，甚至，只有发表才算成果。所以大家常常会被带进“文章写得多”里去。比如，某个人提了个问题，另一个人对此进行了争论，如果你没有识别，你就觉得这个问题很有价值，然后其他人跟进，如此源源不断地生产文章，这是学术体制的特点。一旦有两个人开头，尤其是体制当中高等级的杂志开了一个头，在这个方向编辑可能觉得很有价值，你也觉得很有价值，那么就会吸引这个方面的智力投入。如何营造更好的、更有力量、智慧程度更高的学术生态，这我没办法给出一个答案，但我觉得目前的学术生态还不够好。

Q：您这学期在STL开设了《婚姻家庭法专题》课程，讲授时，您会从婚姻制度的起源、宗族制度等开始讲起，这是为什么呢？您讲授婚姻家庭法的思路是什么呢？

我讲婚姻家庭法，往往会先把大的体系、框架从头到尾讲一遍。我们反复强调不能只见树木不见森林，为什么？因为记不住细节，就一定要对大的框架有所了解，虽然婚姻家庭法框架很好理，但还是要知道婚姻家庭法的根本精神，解决什么问题，以及有哪些制度去处理这些问题。

我讲婚姻法，要从婚姻制度开始讲起，同时结合民法。**我经常说婚姻家庭法是一门复习课，旁通民法，上连价值判断。**价值判断是指涉及伦理与效率，

而旁通民法是指婚姻家庭法的基本制度是民法的延伸。比如说法律行为的解释、单方法律行为的解释以及死因行为作为处分行为的特点，这都是从民法的角度去思考。

婚姻家庭法的特色在哪？首先就是结婚这个法律行为太有特色了。虽然身份法律行为也是民法的基本制度，但是我们多少人学民法的时候，是欠缺这一块的。**这样的话，在学习婚姻家庭法的过程中，就想着我其实是在学习民法，想着婚姻家庭法当中怎么体现民法法律行为制度的特色，怎么体现要式法律行为解释的难点，怎么解释公序良俗的判断结论。**

Q：老师上课的时候经常会引入一些英语、德语和法语，但是您并没有长期留学的背景，您是出于好奇心才学习这些语言吗？

我是研究民法过程中**想知道到底咋回事**，尤其看到留德或者留法的人引用了一些外国词汇的时候，想一探究竟。我法语是在参与法国领馆的一个项目时学的，有正式学时。德语是在研究生的时候打过一个底子，但是很快就忘了。后来工作的时候，包括在搞研究的过程当中，好多比我们年轻的、或者跟我差不多年龄的人都是从国外留学回来，带回了很多新的理论。那我必须得了解，否则我只引用中文的文献，那没有活路；再说仅是中文文献也无法满足好奇心。于是我又捡起德语。

不过就我来说，我没有留学，所以我学习外语不需要用于交流，仅限于为研究服务。但对于学生来说，不论学哪个语言都不能停留在这个阶段，学二外还是一定要注意齐头并进，争取不要成为哑巴法语、哑巴德语。

Q：您上课经常会告诉同学们某个词用德语、法语和英语应该如何表达。您这么做是出于个人兴趣，还是有刻意设计呢？

有时候这么做是为了方便。比如说我要表达 T2 到 T3 期间的使用利益，我用“Nutzung (T3-T2)”是不是方便多了？但有些时候是必须要讲这个词在其他语种上的表达，比如说我们讲给付的时候，我必须讲 Erfüllung (履行) 这个词，因为它包含深刻的思想。

履行在英语当中叫 performance，在德语当中叫 Erfüllung (履行)。德语的 Erfüllung (履行) 在英文上就是 to fill in，就是填满。而在英文上，“履行”是 performance，form 是形式，per 是使……贯通。英语是从“形式填充”的角度，而德语上没有提供 form 这个意思，不是从形式的角度，我们结合起来想一想不就更有意思吗？

我还会讲 Leistung (给付) 和 Zuwendung (给与) 是两个词语，同学们就知道二者是不一样的——给付是有目的性的给与。而关于给付和给与的区分是给付不当得利当中最重要的一个知识。

我在本科生的课堂上也会讲一些德语词汇。比如德语当中 Recht 既有“法”的含义，也有“权利”的含义，这不很重要吗？权利是主观法，法是客观权利。我也一定会讲法律行为的德语词汇 Rechtsgeschäft，只要同学们能够形成“‘法律行为’这个词是从德语来的”的印象，知道是专门词语，不要随意根据汉语文义解释就好。哪怕同学们没有记住，这些重要词汇的揭示也很重要。**说白了，这些词汇是一个提醒作用，加深同学的理解。**

此外，也是**想起到感染同学的作用**，万一学生有感兴趣的呢？我作为老师，主要是负责调动同学们的兴趣，这也是老师非常重要的功能。这也是为

什么尤其在研究生阶段，我喜欢额外说一些内容，你非得要说它对解决案件有什么帮助，还真没什么帮助，就是看有没有可能激发同学们的兴趣。由于好奇，可能就会有学生去学了。

当然，研究语言还有很多可发现的乐趣，尤其是语词的产生。就像罗常培从语言看文化，看制度的变迁，都是很有意思的。比如说 Wall 这个词是从哪来的，是啥意思？其实最早是柳条的意思。很可能这个词诞生的时候，墙就是柳条编的。我想起我们小时候，稻草弄好之后，糊上泥，不就是墙吗？这些联系都非常有意思。

Q：在 STL，中美两国不同的法律传统和教育传统近距离碰撞，因此 STL 的法学教育呈现出鲜明的特色，其中“交叉学科”和“跨国比较”便为其中突出的两项。您认为，同学们在学习交叉学科和比较法的时候，应当注意哪些内容呢？

对于交叉学科的学习，**首先，我们要提醒自己不要教条，要有马克思的“怀疑一切”的视角。**比如课上提到的 Henry Smith、张巍用挫折成本来解释物权法定，你会觉得很惊讶，但觉得他们还解释得挺好的。如此，开阔了眼界，你自然就学进去了。

其次，我还是要**强调兴趣带领，不要给自己立框框**。在现行的学术体制下，一些文章的水平可能还没你高，所以这不应成为你的框框。像我前面说的，我觉得老师在课堂上一个很大的作用就是“引诱”同学们对知识感兴趣，进而探索知识。今年上《侵权法专题》课程的时候，我引入了一些经济学的知识，课下有一些同学就去研究了法与经济学，提交的课程论文里也用到了相关的知识，这样我就觉得很开心，感觉有启发的功劳。

关于比较法的学习，我个人一直觉得在比较法

中寻找相同点要比寻找不同点有意思，也更有价值、更加深刻。**学习比较法，真正的难点其实是在不同之中发现相同。**

发现相同点，首先会让你在学习比较法中发现更多的乐趣，你会发现：**人同此心，心同此理**。英美法系和大陆法系的差别能跑到哪去？合同订立、合同履行这难道不是“人同此心，心同此理”吗？**我的直觉告诉我这一定是相通的，如果找不到相通的制度，一定是我的搜索出现了问题。**

我们所讲的“tender”就是类似有点清偿的意思。英美法上有“perfect tender rule”(完全履行规则)，你答应给别人一个铁杯子，最后给了一个塑料杯子，这算不算“perfect”？当然不算。这难道不是人同此心，心同此理吗？这难道不是全世界都一样吗？当同时欠数笔债务，有一个履行，但是不知道这个履行对应的是哪一笔债务，这难道不是全世界都有的问题吗？这在我们这里有清偿抵充规则，在英美法系就叫作 direction of application。

其次，这对于本国法的解释更重要。如果你发现两个国家的制度不同，然后得出结论是我国法要学习他国法。这是凭什么呢？如果只是说 A 国法如此，B 国法如此，中国法是这样的，因此我们应当学习他国法，这有什么意义呢？光看出不同，学术含量不高。

但是，发现比较法中的相同点要比发现不同点难度更高。一方面，当同一个意义用不同的话语表达出来的时候，要找出相同点就难。举个例子，清偿决定可以对应英美法上的 tender，这是教科书上没有的。要发现英美法上的 tender 和清偿决定是一个意思，就有一定难度。另一方面，**找相同之处就意味着要抓住事物的实质，这一点也不容易。**

实际上，比较法研究的逻辑，其中之一应当是**“我们虽然看起来和他们不一样，但是根子上我们是和他们一样的”**。在这种情况下，我们才是有必要借鉴的，这才是我心目中“高级的”比较法。在

现在全球化的时候，老说不一样，能说服谁呢？现在学习法律基本上也是一个全球经济一体化的趋势。人和人之间虽然有不同，但是你还是找出相通的地方，这也是学习比较法的乐趣所在。

Q: STL的另一项方法特色即为案例方法。案例的重要性不言而喻，您认为案例在教
学和研究中发挥着什么样的作用呢？

总的来说，案例有两个作用，一个是 case as example，一个是 case as law。教学中的案例使用方法和研究中的案例使用方法并不一样。**教学更重要的是以案说法，拿案件来测试已有的规则，是 case as example。而在研究中，案例是作为“活法”值得我们关注和研究，也就是说，案例是规则生长的环境。**

比如，实践当中一个非常重要的问题是关于《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（2020年修正）（法释〔2015〕10号）第28条和29条的适用问题。大概意思是说，已经支付大部分价款的购房者，虽然没有过户登记，但是法院也应支持对该房屋予以排除执行。房屋在过户登记前，购房者并没有取得房屋的所有权，所以这里是给予了一个特别的保护。问题是，这个法条能不能适用于以物抵债的情形呢？

比如，你欠我1000万还不了，你把这房子抵给我，但由于非因我的原因还没有办理过户登记，后来你的财产就被查封了。我说这房子已经卖给我了，对方说你只是债权人，我说拿概念说事没用，《执行异议和复议规定》第28条明确说了，已经支付大部分价款，非因自身原因没有办理过户登记，虽然没有过户也可以对抗强制执行。

现在的问题是：以物抵债能不能适用第28条？因为这毕竟不是纯正的买卖。你去观察案例就能清

晰地看出来，这里有一个生长的规则：**经过法院执行的以物抵债可以对抗强制执行，没有法院的执行裁定就不能对抗强制执行。**

法院判决和论文里争论这个规则叫不叫物权期待权，没啥价值。叫什么的问题常常没有意义，关键是法条规定了这个情形排除执行，你要问为什么有这个规定呢？我从来没有经历过这种情形，但是我反复琢磨这个事情为什么要这么办，我琢磨了之后，就能理解了。我认为这是为了保护已经支付了价款、又非因自己的原因没有办理过户登记的房屋买受人的合法权益，因而“软化”了物权登记的生效要件。那么非常重要的一点就是，不能让人事后串通起来欺负最初请求执行的债权人。

而第28条要求“支付大部分价款”的重要作用之一就是防止当事人作伪。因为支付大部分价款和签合同不一样，合同可以事后倒签一个，支付价款是倒签不了的，你总是要转账的，现在很少有人支付现金，即使付现也有存取记录。转账记录不可能今天伪造前天，转账的真实性很容易保证。

对比起来，以物抵债太容易作假了，签一个合同就可以了。比如说这边今天查封了，那边赶紧就伪造一个前天的以物抵债协议，为了避免这种作伪，才会出现这样的规则：有法院执行裁定的以物抵债可以对抗强制执行，没有法院执行裁定的就不能对抗强制执行。

你在研究规则生成的案例群的时候，就要思考规则为什么是这样的，一旦想到理由，你就会说出法官都没想到的内容，法官可能只是在机械地适用最高法院的裁判呢。这也是我们研究的乐趣所在。

Q: 我们每天都在接触不同的社会热点问题，那我们如何才能做到深入地分析一个社会热点问题呢？

怎么能给自己设立这样的目标呢？“**深入分析一个社会热点问题**”是一个达不到的目标，因为你又不是研究社会问题的，对吧？哪怕你是学社会学的，你能保证自己能深入分析社会问题吗？

我清楚地知道我没有能力深入地分析社会问题，如果发表对社会热点事件的评论，**我发表观点的时候肯定要加上一个假设，这是一个需要培养的基本素质**，也就是说，你应该一开始就知道这种讨论是超出你能力范围的。

比如我有同事是极其喜欢国际关系这个领域的，他看了很多书和资料，但即使如他这样的，也仅是“尝试”分析国际关系。你更不能期望上网页面对的讨论对象的水平和他一样高，所以你一定要怀着对讨论对象的“轻蔑感”，这不是侮辱他们，这种轻蔑感是**保持自我清醒**。

你真的以为在毫无准备的情况下，你说的东西不需要加上假设吗？**我们应该知道发表评论更多是一种情感表达，而不是在充当专家。因此我们应该意识到当超出专业，我们在讨论一些社会问题的时候，实际上我们表达的更多是一种情感。所以不要因此而伤了和气，参差多样乃幸福之源，如果为此伤了和气说明你没有认识到这一点。**

Q: 在初学法律时，同学们分析法律问题可能比较容易僵化，导致分析结果与生活直觉相悖，我们应当如何应对这种情形呢？

同学们不可能在每个问题上都是僵化的。大家对生活不熟悉又能怎么办呢？你本来就不熟悉，我也不熟悉。所以上课的时候我是给同学们启发，我和同学们说需要从生活中考虑考虑，同学们也记得提醒我要从生活中考虑考虑。

解决问题的时候留心观察生活现实，价值判断

不就有了吗？有些时候我们觉得学了法律之后会觉得“面目可憎”，是因为初学者可能在学了一点点“逻辑”之后就觉得拿了圣旨似的，完全不考虑生活现实。**针对这个问题，同学们只要有关注实质的意识就好了。**我相信各位 STL 的同学一般不会有这个毛病。因为我们在 STL 教学的时候，都希望引导同学们注重实质判断和实质合理性。如果同学们学了一个概念，就把这个概念当作尚方宝剑，往往会被“怼”得很惨。

Q: 老师之前谈到，相较于将一本书从头读到尾，对法学类书籍更推荐的阅读方式是“专题式”的阅读，老师为什么这样认为呢？

虽然说我们有同学以前不是学法律的，但多数同学可能都已经通过考研或者法考对法律有过一个基本的学习。这时候将教科书从头一字不落地读到尾，常常会事倍功半。比如说，今天你给自己定的任务是读100页，读完100页你感觉很舒服，但这100页讲的啥其实你也搞不清楚。而带着问题去看就是，比如，你就想弄清楚欺诈里凶宅的出卖人是否有告知义务这个问题，你可以带着这个问题，去看拉伦茨、《欧洲比较合同法》等，这样就更带有研究型的视角。其实，我们民法教科书的特点就是教学型和研究型相结合，很少有纯粹的研究型或纯粹教学型的教科书。

如果你将来要搞研究的话，我的建议是要让一个问题时刻在你脑中打转，看到某处有启发，就将其纳入思考里去。总是在思考、总是在解决问题，这其实就是学术生活的乐趣，也是你和别人生活不一样的地方。

Q: 您认为目前学术和司法实践之间的关系是怎样的呢，两者是否有互相推动进步呢？

我国学术和司法互相推动进步是显然有的，尤其是最近几年。关于司法和学术的互动，就我能了解到的情况，很多法官对学者的文章还是比较重视的。但是我认为也有一个坏处，体现在学术的议题过于被实务带着走了。比如最高院出一个司法解释，学术界就一哄而上，谈论某个法条应该如何适用。但就学术本身而言，只专注于个别法条的解释适用，是不够的，我们还应该有更好的、更深刻的东西。学者和优秀的律师过于同质也不行。这种对实务的关注、学术和实务的结合当然是好事，但是如果学术议题完全跟着实务走，学术的智慧含量可能也是不够的。

以法学而言，可能现在的学术，特别性太差，以前的学术倒是很具有特别性，但学术探究本身的质量又太差了。

Q: STL 作为一所提供专业教育 (professional education) 的法学院，我们常说 STL 是以实践为导向的，您是如何理解 STL 的“实践导向”的呢？

哪怕 STL 原先设计的目标是“实践导向”，但是客观上，相较于其他法学院，STL 反而不是像其他法律硕士那么偏实务的——比如，可能大部分同学毕业后还是会留在国内工作，除了直接从事涉外业务，直接用到美国法的地方也许并不特别多，那么如果我们说 STL 是以实践为导向的，同学们为什么要单纯地学习这么多的美国法呢？

把 STL 的学习单纯认定为是“实践导向”，那

恰恰忽视了它的特色。学习美国法，是偏于感受另外一种不同的思维，偏于课堂氛围，这是它的优势。

STL 的同学对老师上课的**自由度和接受度比较高，不会要求老师特别的模式化**。这和 STL 的同学人数比较少、范围比较小有关，当然也和美国法教育有关系，我相信美国法上课的方式也是五花八门、各式各样的，所以美国法的学习为同学们创造了一种很好的氛围。如果不理解这个的话，学美国法的时候反而会感到困惑，学了半天，好像到最后一个规则也没有记住。

从中国法的角度来说，我们在教中国法的时候，不但讲思维方式，也主要讲解释、适用法条，讲对同学们以后执业有帮助的内容，这的确是实践导向的。比如我们在课上讲清偿抵充，这能说对法律执业没有帮助吗？不可能的。我们现在上课的内容都是紧密地结合《民法典》的，这不就是实践导向吗？这尤其是部门法的特点，它是理论和实践结合。如果这个老师只有理论没有实践，绝对不是一个好的民法老师。实践是围绕着法条的解释与适用，解释、适用法条其实就是理论与实践相结合。

Q: 孙老师已经连续多年来 STL 授课了，您觉得 STL 有怎样的氛围或特点？

我认为 STL 有以下几个特点。**第一，是 STL 的美国法课程。**学生一开始是受美国法课程熏陶的。可能有些知识在美国法中没有体现，但在中国法中却体现出来了，美国法课程对你们的影响更多是潜移默化的，不能太功利地看待。

第二，与此相关的，就是 STL 的英语教学环境和同学们普遍较高的英语水平。STL 的选拔考试有非常高的英语要求，再加上美国法纯英文环境的训练，可以说 STL 学生整体的英语水平是很高的。同时，

法律文书写作和毕业论文的写作都是英文的，会极大地锻炼学生们法律英语的能力。

第三，可能最重要、希望大家能够保持并且提高的，就是 STL 有非常浓厚的自由探索的氛围。虽然可能还达不到我之前提到的，理想大学教育的状态，但是在这个校园确实有着非常强烈的自由探索的特色。因为 STL 的校园较小，学费较贵，深圳离传统的高校聚集地较远，你不想让学生发表意见，他们还不乐意呢。

这种自由探索，其一体现在 STL 学生对学院事务的参与度特别高。学生同学院沟通的渠道非常通畅，经常可以针对课程设置、学习安排和管理工作提出建议和批评，教务也非常乐意听取同学们的意见；**其二体现在 STL 学生有很强的批判精神和问题意识。**所以我跟学生预先说好了，一定不要担心质疑老师会让老师下不来台。你要容忍老师有 2 到 3 秒的尴尬，但是你们的提问和质疑会更加促使老师奋进，更加努力提升自己，这样的批判精神是 STL 独特的氛围之一。

当然，同传统的法学院相比，有很多同学以前本科不是学习法律的，一开始容易焦虑，觉得是不是自己的法学基础不怎么好，所以同学们还要学会弥补自身短板，基本的教科书要去阅读，自己去建立体系，来弥补在法学基础知识这一块的短板。

Q: 最后，您对 STL 的同学们有什么建议吗？

第一，读教科书，把握法学体系。无论你是法本的同学，还是非法本的同学，法学的体系基础主要是靠看基本教科书打下来的。老师若把教科书体系一个个掰碎了事无巨细地给同学们讲授，一者时间不够，二者没有突出重点，三者也没有必要，所以基本教科书还是要看的。

我常和我带的研究生说，这么厚的基本法学教科书，你们要通读一遍，这是你们做学生的“职业道德”。如果你们现在没有做到这一点，那么毕业的时候可以说你们连作为学生的基本“职业道德”都没尽到。真的要做到把教科书都看完，其实很花时间，不容易，对不对？老师也不容易做到。但还是要去认真读，体系性都是在基本教科书中体现出来的。

第二，学而不思则罔，思而不学则息。记住这两句话，并且付诸实践，你学习过程中自然就会产生一些灵感，肯定会有帮助的。

第三，保持身心愉悦，不要给自己过大的压力。大家现在往往有焦虑有迷茫，对吧？你记住很通俗的一句话，“不要把时间浪费太多”，就 OK 了！不要浪费过多的时间，给自己时间管理设置一个最基本的底线，不要逾越这条底线，然后你的自由就来了，没有什么大不了的。只要你时间没浪费太多，哪怕今天我说的你没做到也是可以的，你是自由的，甚至还有其他很多事情要兼顾。只要你把精力认真地花在对你成长真正有意义的事情上，哪怕你法律没学好，至少时间没浪费，对吧？**年轻人，不要过多地谴责自己，从容、淡定、开开心心地去做事，去学习就好。**

◎ 本次访谈采编工作由杜晨晖、何科锦、何清仪、胡金浩、李周霖、刘国英、刘昊阳、刘星、卢晴、田凯锋、万子珊、王瑞芸、郁明佳、张清榕同学完成，校对工作由曹润青、侯肃敏、胡景宣、李泰然、刘星、祁心语、郑羽同学完成。

美国法教授： 当我们学习美国法 时，我们在学什么？

INTRODUCTION

北京大学国际法学院(简称“STL”)是国内唯一提供美国法律培养模式(J.D.)的法学院,也是中国及全世界范围内,唯一将美国法律培养模式(J.D.)和我国传统的法律硕士培养模式(J.M.)相结合培养法律人才的法学院。STL的学生必须以两种语言同时学习美国法(普通法)和中国法。当我们在学习美国法时,我们在学习什么?美国法的训练是如何培养同学们的思维能力的?法学院的“实践导向”应该如何理解?在学习美国法时,应当要注意些什么?如何适应 STL 第一年的生活?让我们来听听美国法教授们的回答。

Ray Campbell

- ▶ 北京大学国际法学院教授 (Professor of Law)
- ▶ 主讲《美国民事诉讼法》《法律职业道德》《跨文化谈判》(Courses: Civil Procedure I & II, Professional Responsibility, Cross-cultural Negotiation)

Q: 当您教我们《美国民事诉讼法》(Civil Procedure)时,您说授课目标是培养我们成为杰出的法律人,我们应该志存高远。您认为杰出的法律人应该具备何种特质?

做一名杰出的法律人,一方面是要理解法律人在社会中的作用,他/她首先是有职业道德的,他/她会使司法系统变得更好。另一方面,好的法律人要能解决问题。

杰出的法律人并不会将自己看作懂很多法律的人,尽管他们往往确实如此。实际上,他们将自己看作是利用法律知识帮助客户解决问题的人。因此,我想做的一部分是确保我们的学生从接受法学教育的早期就意识到,重点不是要学习很多法律,而是学习如何以合乎职业道德和符合社会需要的方式为客户解决问题。

Q: 既然 STL 的学生大多数不会在毕业后直接于美国执业,那么对他们来说,学习美国民事诉讼法的意义是什么?

当我刚到这里时,我也有点困惑:对于即将在中国执业的学生来说,了解美国的民事诉讼程序有多大意义?我们有一些学生在美国做诉讼,但不是很多。所以,如果仅仅把美国民事诉讼法课程目标定为“学会如何在美国做诉讼”,那么我能理解他们为什么会认为“我用不着学美国法”。

我想,对于我们的中国学生来说,重点是要理



解受美国司法管辖意味着什么，要理解何种情况下中国民事主体会受美国司法管辖，在美国应诉的成本是多少，后果是什么，来为你的客户提出业务指引。这一点，我认为非常重要。

因此，我们讨论“Chinese Drywall”一案的原因之一就是要让同学们认识到，在中国，有一些公司对美国的司法系统根本没有任何了解，以至于他们在美国输掉官司，花费了数亿美元，也不明白“我为何会受美国司法管辖？我在被美国起诉之后，如果不配合，他们有权对我采取什么措施？”

对于一个 STL 的学生来说，他 / 她很可能在某一天成为中国客户的重要顾问。所以他 / 她要**思考他 / 她的客户需要什么**。他 / 她的客户可能是中国的个人，可能是中国的公司，可能是中国的政府。有些学生会去非政府组织，有些学生最终会在美国，或英国，或其他欧洲国家的跨国公司工作，他们有机会在许多不同的地方执业。但是，我心目中为 STL 学生描绘的通常形象是一位**参与跨国贸易的中国公司或个人的主要顾问**。而我的课堂是为了告诉他们，想要做好这样一位顾问，他们需要知道什么？

因此，我们花费大量时间讲授对人管辖权（personal jurisdiction）的原因之一是，**了解哪些行为将使我们受到美国的司法管辖非常重要**。你可以采取一些措施去尽量减少受制于美国对人司法管辖的风险；但也有些行为让你很容易受制于对人司法管辖。你需要在客户做决策时能提出建议，回答“如果我生产产品，我要不要设一个美国办公室？我们是否应该只在当地经营？”等等这类问题。你需要能够从商业的角度考虑客户是否应该从事该活动。因为客户需要规避成本，获取商业利润。

我还想说的一点是，跨国属性并非 STL 独有。世界各地的法学院越来越认识到跨国法律的重要性。STL 显然是一个很纯粹的案例。非常特别的是，我们的学生需要学习两种不同的法律制度。但我要说，毫无疑问，在过去 15 年，甚至更久以前，就有越来

越多的美国法学院意识到他们需要有跨国法律的教学，正如中国的法律人不应该设想法律责任和重要的法律义务会止于中国边境一样。美国法学院在尝试培养学生的跨国视角。因为如果你在一家大公司工作，你需要了解欧洲法律，比如你得熟悉欧洲在数据方面的规定，你得了解数据领域的监管规定。同样的道理将适用于任何跨国公司。如果你试图进行大规模的跨国并购，那么中国法律将极为重要，因为中国企业的市场参与度很高，你需要了解中国的监管体系。

市场参与者中多数都是跨国客户，他们从事着复杂精细的跨国业务，如果你参与其中，就需要有一定的跨国视角。而现在很多人都有这个视角，所以我们不是独一无二的。但我认为我们在如何做到这一点上是有优势的，因为我们的学生们对跨国法律有更深入的沉浸。

我女儿曾就读于纽约大学，她上过几门国际法课程，但和我们的学生并不完全一样。纽约大学提供非常棒的师资和课程。她上过孔杰荣（Jerome Cohen）等教授开设的一些中国法的课程。但是这和完整地接受中国法的教育、同时精通汉语学习，还是不一样的。因此，得益于我们的学习深度，我认为我们的学生是有优势的。但是重点仍然在于：跨国视角不是我们独有的。我认为，学生应该具有跨国视角这一点，越来越得到世界各地优秀法学院的重视。

此外，我认为在比较法的层面上，学习美国法有助于“理解中国有不同的需求”这一点。**中国有不同的历史、不同的制度，试图机械地照搬他国制度是天真的想法。但是，你越了解他国法律体系是什么样的，越了解他们为什么建构这样的体系，那么当你在思考本国的制度选择时，想法就会越发精细和深刻**。只要你足够深刻地认识到中国有自己的处理之道，那么这就是美国法学习对中国学生有帮助的又一个方面。

Q: 您为什么自己写课本，而不是用已出版的教科书？由于大多数 STL 学生没有机会直接实践美国法律，您是否会在教材的设计上有特殊考虑，或者降低教学难度？

一方面是考虑到学生获取美国教材的费用过高。另一方面，我无论如何是需要制作些额外的东西以满足 STL 的特殊教学需求的。

比如，在课程开始的时候，我涵盖了**中美文化对比**。学生们可能会好奇我为什么要这么做，部分原因在于学生有时缺少一些背景知识。的确有一部分学生非常熟悉美国文化，但也有其他学生不熟悉，所以我们要为他们深入介绍文化差异。因为我们要研究不同的法律制度，有一些学生不熟悉我们将使用的美国思维方式，我们在美国法课堂上的思维方式和他们以往在课堂上习惯的思维方式或许不同。

我会试着对课程重点做出一些调整，尽量把课程聚焦，以便我们开放性地讨论一些有关美国治理和美国法律的问题。

我们在课堂上讨论到了如何通过诉讼来实现监管，以及诉讼在美国社会扮演着和中国不同的角色。我在这里谈论的可能比在美国的课堂上多，因为中国学生不清楚我们是多么依赖法院，而不是行政部门，来实现治理。有些学生不习惯零敲碎打地学习

Q: When you taught us Civil Procedure, you said your goal is to train us to be great lawyers and that we should aim high. In your opinion, what characteristics should great lawyers have?

这些，所以我想通过集中介绍美国文化来让这些知识更加清晰明确。我会讲到一些美国的对抗制法律主义（Adversarial Legalism）以及大陆法系和普通法系的对比，以助益学生形成比较法视角。因此，所有这些都是我们的课堂讨论内容，加上一些我认为相较于美国学生而言，跨国法学生更感兴趣的话题。

随着时间的推移，我的授课重点会有所改变，我会添加一些特殊的主题，比如美国境内对外国判决的执行（enforcement of foreign judgments）、国际诉讼文书送达程序（international service process）——这些在美国的教材里都不会涉及到。我也删除了一些关于美国国内诉讼文书送达的案例，以便为外国文书送达的案例学习腾出空间。但我其实也没有太多可以删掉的。这样做并不会简化你们的课程难度，反而可能让你们在掌握时觉得更有难度。

因此，与我在美国的教学相比，我认为这个课程可能更难，而不是更容易。而且，从一开始我就感觉到，学生自身不希望降低难度。学生们想要一个同等难度的课程，至少和美国课堂同等。如果我们简化授课内容，提供一个难度不如美国课堂的课程，我觉得那不是我们的学生想要得到的。我可能看起来无情，但这是大多数学生想要的，而且我们的学生甚至想要获得更多。

One side of being a great lawyer is understanding the role of the lawyer in society. A great lawyer is ethical. She makes the system of justice better.

Another side of a great lawyer is a problem solver. Great lawyers don't view themselves as

people who know a lot of law, although they often do. They view themselves as people who use their legal knowledge to help their clients solve problems. So part of what I want to do is make sure that our students from the earliest part of law school understand that it's not about learning a lot of law. **It's about learning how to solve problems for clients in a way that is ethical and consistent with the needs of society.**

Q: What is the meaning of learning US Civil Procedure for STL students, since many of them will not directly practice U.S. laws after graduation?

When I first got here, I did kind of wonder, for students who are going to practice in China, how meaningful is it to know U.S. civil procedure? We have a few students doing litigation in the United States, but not very many. So if you view the civil procedure as teaching someone how to litigate a case in the United States, then I can understand why they would think "I'm not going to do that."

For our Chinese students, it is about how to understand what it means to be subject to the U.S. judicial process and to understand what makes you subject to the judicial process, how much it's going to cost, what the consequences are, how you guide your clients in light of the different ways you might be subject to it or not. That, I think, is very important.

So one of the reasons we talk about the Chinese

Drywall case is that here we have companies that didn't think at all about the U.S. judicial system and ended up costing them hundreds of millions of dollars. They didn't understand "how do I become subject to the U. S judicial system? If I do, what can they do to me if I don't cooperate."

For an average STL student, who one day will be a principal advisor to, in most cases, Chinese clients, which might be the Chinese individuals, might be the Chinese companies, might be the Chinese government, she starts to think that what her clients need. You know, some will go to NGOs, and some will end up with multinational firms in the United States, to the U.K. or Europe, so there's a lot of different ways they can go. But sort of the baseline that I have in my mind is someone in China as a principal advisor to a Chinese firm, or a Chinese individual, involved in transnational activities. And what do they need to know to be a good advisor?

So one of the reasons we spend a lot of time on personal jurisdiction is that it's really important to understand what actions will subject us to the powers of the U.S. courts. There are things that you can do to minimize the risk of being held subject to personal jurisdiction and things that you can do that will clearly make you subject to U.S. personal jurisdiction. And you want to be able to tell clients about that when they decide--"Do I open a U.S. office when I produce products? Do I stamp locally specific marketing on them?" You want to be able to say, as a business matter, think through whether you want to do this. Because here are some of the costs that you want to avoid

and some business benefits you're getting.

And one thing I'll mention on the side is that this transnational thing is not just STL. I think law schools worldwide are increasingly recognizing the importance of transnational laws. I mean, we obviously are a fairly pure case. We are dealing with a student body who uniquely studies two different systems of law. But I would say over the last 15 years, maybe longer, certainly in that time period there's been increasing awareness in U. S law schools that they need to have a transnational element, that just as Chinese lawyers can't assume that the legal burdens stop at the Chinese border and the legal duties that matter stop with the Chinese border. American law schools are trying to ground their students in transnational perspectives. Because if you're with a big company, you need to know E.U. law like the European data directives, you need to know data regulation and how data is managed. They're going to apply to any kind of company that's transnational. Chinese law will matter if you're trying to do a big transnational merger because certainly you're likely to have enough Chinese presence that you need to get it through the Chinese regulatory system.

You need to have a certain level of global awareness if you're in a sophisticated practice dealing with the kind of sophisticated transnational clients that most major commercial players are these days. And many individuals are these days, so we're not unique. I think we have advantages in how we do it, because you come out with a deeper exposure. My daughter went to

NYU, she took several courses in international law, but it's not quite the same. NYU has a great faculty and they have great courses. And she had classes with people like Jerome Cohen on Chinese laws. But it's not the same as having the full curriculum and having the mastery of the language. I think our students have an advantage because of the greater depth. But the point remains that it's not unique to us. This whole transnational awareness is being something students should have is, I think, increasingly recognized by good law schools all over the world.

Besides, I think it helps at a comparative level to think that China has different needs. It has a different history, different system, and it would be naive to simply try to adopt someone else's system. But the more you understand what other systems are and why they do what they do, the more nuanced and sophisticated you can be when you think about what would work or wouldn't work here. And so I think it's helpful that way, as long as you're sophisticated enough to understand that China will have to do things China's way.

Q: During your teaching, does the fact that most students are non-native speakers bother you? How do you assess STL students generally?

It's actually changed over time. When I first got here, the level of English was much lower than it is now because we were less well-known, less selective. When I first got here, the founding Dean, Jeff Lehman, basically instructed us to

speak very slowly and pause between each word. And I found it very hard to keep my train of thought when I did that.

But I think there's been maybe sort of a generational change. The students your age started learning English earlier than the students we had ten years ago. Today, I don't feel the need to do that.

Certainly when I write exams, I try to be very careful about the language so that I'm not using hard-to-understand words so that someone does poorly because there's a word there that they'll never know. I'm also aware that reading 20 pages if you're a student at Harvard and reading 20 pages here is different because the Harvard student will be a native speaker and he or she will get through it faster. So it restrains me a little bit and how much I assign in the terms of reading. But on the whole, I mean, the students' English is good and it's getting better.

And at one level, I want to be sympathetic and keep it as simple and as clear as I can. In another level, you're going out into the world billed as bilingual lawyers, so there's a level of hard language that needs to be heartlessly inflicted upon my students.

Peking University is the top University in China and that makes a difference on the student body, and we got absolutely phenomenal students from the very beginning. But in the beginning, we always had some phenomenal students, and today we have a lot more phenomenon students. One

of the things I love about the job is that I'll teach really capable students. I never stand in front of a classroom this size and imagine for a second that I'm the smartest person in the room. And there are students out there smarter than I am. And there are students there who know things that I don't know, and that makes it very important because I've found it's a good thing in life to not be the smartest. If you're the smartest person in the room, you're in the wrong room.

I think the students here are highly motivated. They work very hard, more so than probably most American law schools. I think they handled the pressure. I certainly have no complaints about how hard students work the first year. You know, there's a tendency for law students all over the world once they get through the first year to dial it back. So sometimes in the upper classes it can be a little more frustrating. The first year classes, I've almost never had an issue with students doing anything other than working really hard. I tend to worry more about students working too hard.

Q: Why did you write your own textbook, instead of using commercial casebooks? And since most STL students do not have a chance to practice U.S. laws directly, have you lowered your teaching standard?

One factor is the cost of an American textbook. It is a lot of money for our students. Another factor is that, I need additional stuff anyhow, to meet the specific needs of STL.

For example, at the start of the course, I've covered the cultural stuff and I think students wonder why I do it. It's partly in response to the fact that students are missing some background sometimes. Some of the Chinese students are phenomenally sophisticated about everything. But there are other students for whom we're going deep into cultural differences as we study different legal systems, and that we're going to be engaged in ways of thinking that not for all students but for some students will be a little bit different from what they're used to in ways of engaging in the classroom.

I try to focus it a little different. I try to focus the class so that we're openly addressing some of the issues about American governance and American law.

We include topics like regulation through litigation, you know, and how litigation plays a different role in the U.S. I'll talk more about maybe here than I would there, because it's not obvious to the Chinese students how much we rely on the courts in lieu of government ministries. I want to make that explicit for people who won't have a chance to pick it up a bit at a time. I will talk a little bit more about things like Adversarial

Legalism or civil law versus common law to kind of help with the transnational comparative aspect. So all of that adds to the class, as well as the topics that I think are of more interest to transnational students than domestic students.

As time is going on, my focus in the class is changeable and that I'm adding these topics that are of special interest. Like, you know, enforcement of foreign judgments in the U.S. and international service process that aren't covered in the U.S. books. I've also eliminated some cases on American service process to make room for a case on foreign service process. And there's not a whole lot I can cut out. It is certainly not easier, and maybe harder.

So compared to my teaching in the U.S., I think this class may be harder, not easier. But let me say one thing. From the very beginning, it's been my perception that the students do not want a dumbed down class. The students want a class that is that is equal, at least to an American class. If we give them something like a summary, not really quite like a U.S. class, that's not why they're here. I may seem merciless, but that is what most students want, and they want more.

Mark Feldman

- ▶ 北京大学国际法学院教授 (Professor of Law)
- ▶ 主讲《美国合同法》《国际商事交易》《条约仲裁法》(Courses: Contract Law I & II, International Business Transactions, Treaty Arbitration)

Q: 您认为我们在学习普通法时的关键是什么，应该注意什么？

其一是要努力理解**法院在普通法制度中的角色是什么**。这适用于所有普通法课程的学习。法院的功能不仅在于解释法律，更在于制定法律。理解法院在普通法制度中承担的角色，对于从整体上理解普通法制度非常重要。

普通法辖区 (common law jurisdictions) 面临的一个重要挑战是，可适用的法律在某种意义上并没有那么易于查询 (accessible)。因此，**了解法院如何解释法律、法律如何通过判决而演变，以及如何解读这些判决有助于熟悉普通法**。

普通法法院在判决中常常会引用具有约束力的法源，同时也会引用软法或者不具约束力的法源。但并不总是表明对判决结果起主要作用的是哪一种法源。**因此学会区分软法和具有约束力的法源也是有帮助的**。

事实上，在《合同法》课程中，我们经常讨论《美国合同法重述》(Restatement on Contracts) (以下简称“《重述》”)。正如我提到的，在普通法中，可适用的法律并不容易弄清楚。著写《重述》

的部分意义即在于回应这个问题。它确实让法律更清晰明了。我们得以看清法规，它们就在《重述》之中。

而正如我们在课上讨论的那样，虽然很多时候《重述》起草者的目标是通过重述来使法律更加清晰，但这并不总是他们的写作动机。有时，起草者希望做的不仅仅是重述法律：他们的目标可能是推动法律向某个方向发展变化。

所以在课堂上，我们还会讨论起草者何时只是在重述法律，何时又试图向某个方向推进法律。因此，STL的学生会深入地理解《重述》所承担的不同角色，也会对法院在普通法体系中的作用有更好的认识。



Q: 普通法的训练可以帮助我们培养思维技能。您认为其中最重要的技能是什么，我们应当如何培养它？

普通法中最重要的技能之一，是**(将本案)与此前的裁判进行类比和区分 (analogizing and distinguishing)**。

这不仅适用于合同法，也适用于所有普通法课程。对于普通法律师来说，这是亟需培养的最重要技能之一。**当此前的裁判有利于本案辩护时，我如何将其与本案事实进行类比？当此前的裁判不利于本案辩护时，我又该如何将其与本案事实进行区分？**这是所有普通法课程都在培养的核心技能。

(应对)普通法判决书的“事实密集性”(fact-intensive)特点是另一个挑战。每个案件都涉及大量事实。如果你在考前回顾这些事实密集的案件，可能会觉得非常困难。每个人都是如此。因此我觉得对学生们而言，还需要培养一个技能，就是当你阅读每个案件时，要主动思考是哪些事实在本案中影响了判决的结果。**思考：我能否识别出一个、两个，或者三个关键事实，其一经略微改动，就可能扭转判决结果？**

因此，为了处理过于密集的事实，策略之一就是**在每个案子中都积极地思考，识别哪些是对判决结果尤为重要的事实，并始终意识到，对于这些事实，即使只发生微小的改变，也可能导致未来的判决产生不同的结果**。

此外，有一个重要的主题在整个《合同法》课程中贯穿始终，即**私主体 (通常是企业) 与州政府之间的关系**。私主体之间常常就双方希望适用的规则达成合意，政府通常会允许他们享有很大的规则选择自由。但是，政府也会通过强制性规定来为其合意自由设定限制。所以我认为，努力理解私主体与州政府之间的关系也很重要。

Q: 您对初学普通法的 1L 学生有什么建议么？

在普通法案例书里，你通常会看到法院裁判和 (教材编写者撰写的) 相应的注解 (Notes)。我记得当我还是个一年级学生的时候，我专注的是案子本身。对每个案例，我会非常仔细地阅读案例本身，然后我会翻到注解，通读一下。但当时我没有意识到这些笔记有多重要。

在一个案例中，你会专注于一组特定的事实，一个事实非常具体的情况。**但注解却能帮助你退后一步，将这个案例与你读过的其他案例进行比较，看到更完整的脉络。这些注解有助于为你提供更宏观的视野。**

因此，当你准备考试时，**你既要单独理解一个案例，也要把案例组合起来考虑**——这样你可以看到法律如何随着时间演变。你会发现，某些案例在同一法律争议上沿用同一种解决方案，而某些案例则选择了另一种方案；你还能够更好地理解**它们之间产生了什么分歧，以及这种分歧的核心是什么**。我在法学院可是花了好一段时间才培养了这种技能。

所以我们再回顾一遍，总的来说，就是**要学会从个案的研究中退后一步，始终记得去观摩全局，始终记得去思索更为重要的法律发展**。

我认为普通法制度的主要挑战之一是，你读一个案子，会找出结论，找到明确的规则。但你需要记住，规则是和特定事实联系起来的，在后续的案件里，事实会有所不同，然后问题就会出现：**新旧案情有没有差别太大，以至于这个新案子不应该再适用旧的规则？**

前面也提到了，类比和区分案件事实是核心普通法技能之一。这个技能不仅需要理解先例给出的结论，也需要鉴别新案中是否存在关键的事实区别，以至于旧规则不再适用。

Q: 在 1L 开始的时候, 由于陌生的环境和学习方法的变化, 我们可能会感到一些来自同龄人的压力和挫败感。您对此有什么建议吗?

同辈压力 (peer pressure) 是世界所有顶级法学院都在面临的一大挑战。学生倾向于去把自己与别人比较。我想这个问题不只是在法学院有, 在生活中也很普遍。

其实花很多时间把自己和别人作比较从来都不是个好主意。你想向别人学习, 你自然会想盯着别人在做什么、他们的目标是什么。**但我的建议是: 为自己设定高远的目标, 然后根据自己的标准量度自己, 而不是拿自己和别人作比较。**

我想我还要补充一点: 记住, 法律职业生涯是一场马拉松, 途中有很多波折、惊喜、胜利和失败。我们都会经历这一切。真正重要的是, 要满怀希望, 积极展望。胜利后继续走下去很容易, 但是失败之

后继续前行却并不容易。而能在遭受挫败后, 仍然能够满怀希望地继续勇敢前行, 我认为这是职业生涯成功的一个重要因素。

我还有一个建议是, 目光要长远。如果你刚获知一场考试的结果, 记住那只是一次考试, 以后你还会遇到许多场考试。在你的法律职业生涯中, 你会遇到许多不同的挫败。但相信自己, 保持期待, 以自己的标准衡量自己的进步, 不断前进, 即使遇到暂时的挫败, 也勇敢地向未来走去。

的确, 你会为成绩操心, 为就业焦虑, 这是所有法学生都会经历的。但是只要你努力学习、在课堂上表现得不错, 那么即使你在班里不是名列前茅, 也没关系。雇主一定会发现你勤奋、聪明而有抱负。不用担心, STL 毕业生总能找到很棒的工作。

勤奋和乐观能够带你走向美好的未来, 而花时间把自己和别人比较却不会对你有任何帮助。为自己设定一个目标并努力实现它, 以积极乐观的态度享受这场马拉松吧!

accessible. Restatements, in part, are a response to that because a restatement does make the law more accessible. We see the rule. It's right there in the restatement.

As we discussed in Contract Law, much of the time, a restatement drafter's aim is to make the law more accessible by restating the law. But that is not always their motivation. Sometimes the drafters are looking to do more than restate the law; they may want to move the law in a certain direction. In Contract Law, we discuss when the drafters are simply restating the law and when the drafters are instead attempting to move the law in a certain direction.

So STL students gain a sophisticated understanding of the different roles played by the restatements. STL students also have a far better understanding of the role of courts in a common law system.

Q: Common law training could help us develop intellectual skills. What do you think the most important skill is, and how do we develop it?

One of the most important common law skills, which applies not only to Contract Law but to all common law courses, is analogizing and distinguishing earlier decisions.

For a common law lawyer, that's one of the most important skills to develop. **How do I analogize**

my facts when the earlier cases are helpful? How do I distinguish my case when earlier cases are not helpful? So those are core skills that all common law courses will be developing.

The fact-intensive nature of common law decisions is another challenge. There are so many facts in every case. And then, as you're preparing for the exam, you're reviewing these cases, which are so dense with facts, it can be overwhelming. It's overwhelming for everyone. So I think one skill to develop, as you're reading each case, is to actively consider which facts, in this case, affected the outcome. **Can I spot one or two or three key facts that might have changed the outcome if I changed those facts, even in a small way?**

So one strategy for managing this overload of facts is to actively consider in each case which facts seemed particularly important for the outcome, knowing that even small changes to those facts might lead to a different outcome in a later case.

An important theme throughout the Contract Law course is the **relationship between private parties, typically business, and the state**. The private parties often agree between themselves on terms, on what kind of rules they want to apply. And governments generally will allow parties a lot of freedom to be able to choose those rules for themselves. But governments will set limits by imposing mandatory rules, and I think it's important to develop an understanding of this relationship between private parties and the state.

Q: What do you think is the core of our study of common law? What should we pay attention to when studying common law?

One thing that applies to all common law courses is developing an understanding of the role of the courts in a common law system. The courts are not only interpreting law, but making law. Understanding the role of courts in a common law system is important for understanding that jurisdiction's system generally.

A key challenge with common law jurisdictions

is that the law, in some ways, is not as accessible. It's helpful to understand how the courts are interpreting the law, how the law is evolving through these court decisions, how to read them.

Often courts in common law jurisdictions will cite to binding authority, and then they will cite to soft law, non-binding authority. So it's helpful to be able to distinguish binding authority from soft law because courts don't always make clear when they're relying on one or the other.

And indeed, in Contract Law, we discuss the Restatement on Contracts a lot, and as I mentioned, with common law, the law is not as

Q: Do you have some suggestions for 1L students when they start studying common law?

In these common law case books, typically, you will have a court decision, and then you will have the notes.

I remember that when I was a first-year student, I focused on the case. And I would read the case very closely; then I would get to the notes and read through the notes. What I didn't realize at the time was how important the notes are. In this case, you can focus on a particular set of facts, just a very fact-specific situation. **But it's the notes that allow you to step back to see the bigger picture, to compare this case to other cases that you've read. So the notes are helpful for providing some of that bigger picture.**

So when you are preparing for an exam, **you are considering cases individually and as a set of cases where you can see the law developing over time.** You see one line of cases going one way, another line of cases is going another way, and you can gain a very good understanding of what they disagree about and the heart of this disagreement. It took me a while to develop this skill in law school.

So again, the general advice is to step back from an individual case, always trying to keep the bigger picture in mind, the more significant development of the law in mind.

So I think one of the main challenges of a common-law system is that you can read a case, figure out the holding of the case, and have a clear rule, but you need to remember that the rule is associated with that particular set of facts. So with the following case, the facts are going to be different. Then the question arises: are the facts in this new case so different from that old holding that the old rule should not apply to this case?

And again, I'd mentioned analogizing and distinguishing as one of the core common law skills, which requires understanding the holding of an older decision, but also being able to analyze whether a new set of facts is so different that the old rule should not apply.

Q: At the beginning of 1L, we may feel some peer pressure and frustration because of the unfamiliar environment and learning methods change. Do you have any advice on this?

Peer pressure is a major challenge at top law schools anywhere in the world. There is a tendency to want to compare yourself to others, and I think this is an issue that can apply to life in general, beyond law school. It's never a good idea to spend a lot of time comparing yourself to others. You want to learn from others. You certainly want to be paying close attention to what other people are doing, what their aims and goals are. **But my advice would be to set high goals for**

yourself, to measure yourself according to your own standards rather than comparing yourself to others.

And I guess the other thing I would add is that remember, **a legal career is a marathon. There are a lot of twists, turns, surprises, victories, and defeats. We experience all of it. And what is important is to have a positive outlook that allows you to keep going.** It's easy to keep going after the victories. It's not as easy to keep going after the defeats, but I think that's a fundamental part of a successful career. Even when you have those setbacks, you maintain a positive attitude, and you keep going.

And I think that's another bit of advice I would have, **to take the long view.** If you just got results for one exam, that's one exam. There will be many other exams. There will be many different twists and turns in your legal career. **Try your best to**

maintain a positive outlook, measure up to your standards, and keep going even when there are setbacks, keep going.

You're going to be concerned about your grades, have anxiety about your grades, and anxiety about the job market. All law students go through that. But what you find is that if you're working hard, you're doing well in class, you don't have to be at the top of the class as long as you're doing well. Employers are going to spot that you are hard-working, you're smart, you're ambitious, and STL graduates get terrific jobs.

Being hard-working and having a positive attitude will carry you far. Spending time comparing yourself to others will not help you in any particular way. What is more important is measuring up to your own standards and keeping a positive attitude.

Andrew Kerr

- ▶ 北京大学国际法学院助理教授 (Assistant Professor of Law)
 - ▶ 主讲《美国刑法》《法律与文化》(Courses: Criminal Law I, Law and Culture)
-

Q: 大部分 STL 的同学毕业后都不会去外国执业，那么您认为我们在中国学习普通法的意义是什么？

任何法律体系中都会有**空白**（gap）与**模糊**（ambiguity）之处，而我们需要找到方法去解决它们。**普通法要求学生通过对先例（precedents）的类比和区分去培养他们的普通法论证能力，以及培养他们对于识别案例之间区别的洞察力。**

普通法训练要求学生不仅仅简单地对比事实，比如，这是一把椅子，但那是一个沙发，而是进一步要求学生通过思考不同的潜在的政策考量（policy values）或规范理由（normative justifications）指出为什么那个沙发和这个椅子有所不同，并给出理由与意见。因此，普通法训练提供了一种概念上的完整性。

另一方面，学习普通法能够帮助 STL 学生接触到不同的思考法律的方式。一些美国法理学理论出现于上个世纪，如法律现实主义（Legal Realism）和法律经济学（Law and Economics）。法律现实主义认为法律并不是基于正式法律规范或原则，而实际上是基于每个法官根据自己对社会利益和公共政策的认知作出的司法判决。法律现实主义是关于法律如何在实践中发挥作用的理论，在 20 世纪早期蓬勃发展。法律经济学则提倡法律的经济分析，研究如何通过经济原理解释法官作出特定法律决定、立法者设立某种法律框架的原因。这两种理论都是思考法律的方式。

但与此同时，我并不想固步自封。我认为，学习普通法的思维方式并培养比较法视角是有价值的，但我并不想说这种方式一定是更好的，我也不觉得哪一种方式一定是更好的。我来到 STL 的部分原因也是因为我向他人学习，向我的学生、同事以及这里的一切学习，我想继续成长，开阔我的视野并

通过学习不同的思维方式来提升我的法学知识与对法律的理解。

Q: 您拥有乔治城大学的 S.J.D. 学位和哥伦比亚大学的 J.D. 学位。在您看来，是否 J.D. 学位更为“实践导向”而 S.J.D. 学位更侧重学术呢？您认为修读 J.D. 学位的意义是什么呢？J.D. 学位和 S.J.D. 学位的相同点与不同点是什么呢？

我认为 J.D. 学位要比 MBA 等其他专业学位更具有学术性。**法学具有很强的专业属性（profession），它不仅仅是一份职位（occupation）或工作（job），而是一项使命（calling）。所以，它要求我们去思考法律在规范上的正当性（normative justifications），法律应该是怎样的，以及我们如何将法律变得更好。**作为律师，我们要对客户负责，同时应该思考如何体现自己的专业性。而与此同时，我们也想知道什么是正义，如何让社会变得更好，以及如何改善我们的世界。

对于像 STL 毕业生这样从事前沿的或具有挑战性的工作的律师来说，在某些情况下，他们不能仅仅通过诉诸法律条文或案例得到正确答案。律师的工作并不总是关于商业发展等企业相关事项，或者有关法律架构设立的战略性问题。有时候，律师会面对极富新奇性和挑战性的问题，这时，律师就需要凭借其从 J.D. 学位中培养而得的**好奇心与创造力**去寻求解决路径。这就是为什么作为专业教育的 J.D. 项目需要包括一些较为学术性的课程，如法哲学或法理学。

但与此同时，J.D. 学位更适合目标在于实务而非投身学术的学生。J.D. 学位往往包含培养专业技能的课程，如领导力、专业写作、合同协商与起草。

我是那种只做一件事会感到有些无聊的人，所以我修读 J.D. 学位时会同时学习实务课程与理论课程。如果只学习其中一种课程，我会觉得无聊并想要学习另外一种。我认为不是只有我是这样。很多律师或对法学有兴趣的人都和我类似。

S.J.D. 学位确实更具有学术性，并且有更加明晰的理论基础。此外，大部分修读 S.J.D. 学位的学生都需要完成一些非常完善且全面的研究项目。

法学院传授的硬技能有：批判性思维、独立判断、构建法律应用逻辑、思考规则如何反映正义的规范体系、学习法律理论如何演变、如何回应不同的事实或政策问题以及作为一名律师意味着什么。这些硬技能在 J.D. 项目和 S.J.D. 项目中都是相同的，不同的可能是两个项目传授的软技能。在 J.D. 项目中，我们学习的软技能是领导能力、专业精神以及如何与同事和客户互动，而在 S.J.D. 项目中，我们学习的软技能则是参加学术会议、在会议上演讲以及发表论文。

Q: 您对 STL 的同学们有什么建议呢？

学习与生活的平衡十分重要。提前阅读课程材料并为课程做好准备固然很重要，但每天善待自己、留一些时间放松、照顾好自己同样很重要。你可以做一些与法学院的学习生活不同的事情，比如锻炼、读一些有趣的“闲书”，看一场电影，或者任何可

Q: What do you think is the meaning of studying common law in China since most students won't practice abroad?

以提醒自己并不是一个天天读案例的人的事情。对我来说，如果我锻炼身体，照顾好自己，或者让自己做一些与作为法学教授的生活不同的事情，那只会激励我成为一个更好的老师。这部分生活给予我持续工作的能量，也在工作上给予我一些启发。

关于《美国刑法》（Criminal Law）的学习，它与其他 1L 的课程有些不同，我们需要考虑哲学理论，我们还需要关注包括《模范刑法典》（Model Penal Code）在内的成文法，而这些会让人感到有些混乱。我们十分感谢《模范刑法典》的作者们，但也要记住他们的影响并不全面，这意味着今天的我们在阅读和分析刑法案件的时候仍要考虑早期的英国普通法。

而像其他 1L 的课程一样，当我们阅读判决书的多数意见时，我们会认为它十分有说服力，而当我们阅读反对意见时，我们认为它同样具有说服力，我希望同学们知道我也有同样的感觉。在这些在规则边缘游走的疑难案件中，试图解剖、分析法院的判决理由是很困难的。因此，**对学生而言，最重要的就是厘清法院的判决理由，识别案件的争议问题（issue），思考有哪些争议仍有现实意义、提出我们认为正确的判决结果和理由，并设想可能的反驳理由（counter-argument）。**

我希望我的学生们知道，学习美国刑法课程，最重要的并非弄清楚被告是否有罪或者对陪审团的指令是否正确。我们需要认清我们正在处理的案件事实，并提出支持正反双方的论证理由。**我们需要通过思考案件背后的价值因素和刑法理论来解释为什么法院是这样判决的。**

In any legal system, there are going to be **gaps** and **ambiguities**. We have to find ways to resolve that. Common law requires students to **use precedent** to develop their common-law reasoning skills by

analogy and develop this very fine discernment to recognize distinctions between cases.

Common law training forces the student not just to make simple factual comparisons, say, this is a chair, and that's a sofa. But instead to rely on different **underlying policy values** or **normative justifications** to identify why the couch is different from a chair, explain why and provide guidance. And so, it provides the sort of conceptual integrity in that way.

And some theories come out of American jurisprudence in the last century, like legal realism and law and economics. Legal realism said the law is based not on formal rules or principles but instead on judicial decisions deriving from social interests and public policy as conceived by individual judges. It flourished in the early 20th century. Legal realism is a theory about how law work in practice. Law and economics advocate the economic analysis of the law and find how economic principles might explain why we make certain legal decisions or set up a structure in law. **Both are ways of thinking about the law and help expose STL students to different ways of thinking about law.**

I think the law is interdisciplinary. Lawyers need to bring in different values, either from philosophy or economics or other ways of thinking. That's part of the American tradition, but at the same time, I don't want to be stubborn. Part of the reason I'm here at STL is to learn from other people, learn from my students, learn from my colleagues, and learn from everything

that happens here. I think that there's a value to having a common-law approach and being a comparative, but I don't want to say that one way is better. I don't think that's true. I'm here at STL because I want to continue to grow and have my mind expanded and learn about different ways to improve my legal knowledge and thinking about the law.

Q: You completed your S.J.D. at Georgetown Law and a J.D. from Columbia. Is J.D. practice-oriented while S.J.D. is academically oriented? What do you think is the meaning of a J.D. degree? What are the similarities and differences between the J.D. degree and the S. J.D. degree?

I think a J.D. degree is more academic than a professional degree like an MBA, or another professional degree. **Law is a profession. It's not just an occupation or a job, but it's a calling. So it requires us to think about the normative justifications for law, what the law should be, and how we can make the law better?** And when we're working as lawyers, we have responsibilities to clients, and we want to think about how we can be professional. Still, at the same time, we want to be aware of what justice is, how we can make society better, and how we can improve our world?

For any lawyer doing cutting-edge innovative or challenging work, as STL graduates do, there will be situations where they can't just refer to the code or the case book and get the correct

answer. A lawyer's work is not always just about business development or other entrepreneurial things or questions related to strategic stuff about setting up a legal structure. **Sometimes there are novel or challenging questions; then, the lawyer needs to rely on curiosity and creativity from the J.D. program.** And so that's why professional education in the J.D. program needs to include classes that feel a little bit more academic, like legal philosophy or legal theory.

But at the same time, J.D. should appeal to the students whose goals are more practical than intellectual. J.D. might include classes that build direct professional skills like leadership or professional writing or negotiating or drafting a contract. When I was a J.D. student, I'd like to take a mix. I'm someone that can get a little bit bored if I'm only doing one thing. If I'm only taking practical classes, I might feel a little bit bored and want to take some more theoretical courses. But if I take only academic courses, then I might miss doing something more practical. I think I'm not unique. Many people interested in the law or lawyers are like me.

An S.J.D. degree is indeed more academic, and the theoretical foundations are more explicit. Besides, most students in the S.J.D. are expected and required to produce some very complete comprehensive research projects.

There are hard skills taught in law school: critical thinking, independent judgment, developing a sense of practical logic, thinking about how rules reflect normative systems of justice, being

aware of how legal doctrines evolve and how they respond to different kinds of factual or policy concerns, what it means to be a lawyer. Those hard skills are the same in both J.D. and S.J.D. **It may be that the soft skills in a J.D. program might be different from the S.J.D.** In a J.D. program, we learn soft skills such as leadership, professionalism, and interaction with colleagues and clients. In S.J.D. program, we learn soft skills such as participating in an academic conference, giving a lecture or a talk at a conference, and thinking about publishing your paper.

Q: Do you have any suggestions for STL students?

Work-life balance is important. It's important to try to stay ahead of your reading and be prepared for your class. **Still, it's also important to treat yourself, make sure you are kind to yourself each day, and give yourself time to do something fun, to take care of yourself.** You might do something that separates from your life as a law student, that might be exercise, reading something for fun, and watching a movie. It could be anything to remind yourself that you have an identity separate from someone who reads cases all day long. If I exercise or take care of myself or give myself something separate to do from my life as a law professor, that only makes me a better law teacher. It gives me energy, inspires me a little bit.

And as far as preparing and studying for criminal law. So criminal law is a little bit unique compared

to some of the 1L classes. We think about philosophy; we look at statutes. We have a Model Penal Code. And in some ways, it's a little bit messy. We were so grateful for the authors of the model penal code, but we have to remember that their influence has not been total. That means we still have the overlay of the early English common law that still informs how we read and analyze criminal law cases today.

Like any class in 1L, when we read the majority opinion, we think it's convincing. And then we read the dissenting opinion; we think it's so convincing. And I want my students to know that I sympathize with that, and I feel the same way. But in these hard cases where we're close to the line, and it isn't easy to unpack and deconstruct why a

case comes out a certain way, **what is important for us as students is to identify them and diagnose them. And to think about what issues are present, to come up with reasons that explain what we think the outcome should be, and to think of counter-arguments as well.**

I want to let my students know that it's not about just trying to ask whether the defendant should be considered guilty or not guilty in our class or whether the jury instruction is valid or not. **We need to identify what kind of case we're dealing with and come up with reasons that might support either outcome. We have to think about underlying values and criminal law theory to help explain why cases are decided the way they are.**



Norman Ho

- ▶ 北京大学国际法学院教授 (Professor of Law)
- ▶ 主讲《美国财产法》《法律理论》《中国传统法律思想》(Courses: Property I & II, Legal Theory Traditional Chinese Legal Thought)

Q: STL 的定位是提供“专业教育” (professional education) 或者说“实践导向”教育 (practical education), 但其实 STL 出国执业的毕业生并不多。从这个意义上说, STL 的教育真的实现了“实践导向”吗? 您如何看待在中国学习美国法的意义呢?

简单回答的话, STL 的教育当然是实用的, 否则我就不会在 STL 了。从 STL 毕业后, 你在工作中可能需要研究检索的不仅仅是中国法律, 还有其他司法管辖区的法律。所以, 学习和了解美国等其他司法管辖区的法律是很有意义的。当你成了一名执业律师, 比如在从事跨国业务的律所工作, 你可能会发现你从事的许多交易是本质上国际化的, 或者至少涉及不同司法管辖区的法律。比如, 交易双方可能是中国的组织或个人与美国的组织或个人。

即使不涉及与美国组织或个人的交易, 随着大湾区 (Greater Bay Area) 的一体化, 我认为普通法的训练也很重要。它会帮助你了解另一个司法管辖区的法律——比如你工作中可能会接触到的香港法律。

我想说的另一点是, 在任何法学院, 任何人都

可以上一门关于美国法律的课程 (例如“美国法律导论”课程), 或者你甚至可以买一本书来学习——市面上有很多关于美国法的书。但我认为这些都不够, 因为它们不能给你提供足够的深度。但是我认为在 STL, 你在更长的时间维度里学习了所有普通法的核心基础课程, 包括《美国财产法》(Property) 《美国合同法》(Contracts) 和《美国侵权法》(Torts) 等, **这给了你更好的训练。**以上是我答案的第一部分。

我答案的第二部分是, 我不太同意你提问的一个前提。在问题的开头, 你说 STL 只提供专业训练和实践教育。在特定意义上, 我不同意这一点。下面我来解释一下。所有的法学院提供的都是专业教育形式, 因为无论你去哪个法学院, 无论是在中国还是美国, 法学院都是培养人们最终成为特定司法管辖区的律师。但我希望学生们不要只将 STL, 或一般意义上的法学院, 视为只提供专业训练或实践教育的地方。在法学院学习也是一次学术性经历 (academic experience), **法律本身就是一门学术性的科目, 同时也是一门思维性很强的学科。**

几个世纪以来, 欧洲和中国的历史都是如此, 想想欧洲历史上伟大的教会法 (canon law) 和私法 (private law) 思想家和实践者, 或者中国历史传统律学的伟大学者。所以我认为, 学习美国法或其他司法管辖区的法律之所以很重要, 也是因为它

很有趣——它在智识（intellectually）上很有趣并且具有挑战性。

我记得我在法学院的一位导师告诉我：我们为什么要学习其他司法管辖区的法律？例如，如果你在美国法学院，为什么会去学习欧洲法、中国法或韩国法感兴趣？他说，通过研究其他国家的法律经验、法律历史和法律说理，你可以更好地了解你的司法管辖区。你可以认识到**是什么让你所在的司法管辖区独一无二，或者是让你的司法管辖区不那么独特**。换句话说，（你会认识到）法律体系之间有哪些共同点，又有什么区别。所以以上是我回答的第二部分。

最后总结一下我对第一个问题的回答。第一，当你开始担任律师时，如果你在律所工作，可能会**需要处理涉及不同司法管辖区的交易或其他问题**，比如进行涉及其他司法管辖区的检索等工作。因此，通过非常深入地学习像美国法这样其他司法管辖区的法律——不是仅仅阅读一本书，而是通过长期学习普通法全部核心课程——你会成为一名更优秀的律师。

第二，我们学习美国法律或普通法，是因为它有着**智识上的高度趣味性**。学习法律不仅仅是为了实践；这也是一次学术经历。

此外，如果你的首要关注点是和中国和中国法律，通过学习与你所在司法管辖区不同的法律，你可以**更好地了解中国和中国法律**。你将能够了解中国法律的独特之处，或者是中国法律与外国法律的共同点。

Q: 对于学习美国财产法（Property），除了学习技术性细节，您认为还有其他重要意义吗？

我认为财产法学习中同时学到的法律史和法学理论，对于理解整个法律制度的意义很大。我喜欢教财产法，因为我一直认为财产法很重要，尤其是对于 1L 的课程。我接下来要说的话可能会有些许偏见，因为我自己教授财产法。但我认为在 1L 课程中，财产法是唯一一门真正站在更高的西方文明与传统的角度进行知识对话的课程。

纵观西方思想史，不仅对于律师是如此，对于哲学家、政治哲学家、经济学家、政治领袖而言，“财产”一直是西方政治和社会发展的基本中心问题之一。即使你不是一名律师，你也能够就财产法进行富有智慧且深入的讨论。因此，我们在财产法中所研究的诸如私有财产的本质、私有财产的正当性问题一直困扰着、困惑着、启发着西方历史上的各种思想家和领袖。

财产法中的相关历史和理论很重要。因此，在 1L 的课程体系中，我认为财产法是独特的存在，因为在这门课中，了解规则发展的历史、普通法的发展极其重要。在这其中，了解历史的重要性更加凸显。例如，土地权利的形式（forms of estate）具有很强的历史联系和血统。了解财产法历史的重要性不仅在于它能帮助你更好地理解背景——毕竟每个人都可以说历史对于学习某个部门法很重要。但在财产法中，历史更加清晰，更加显著：在现代财产法中，许多历史规则仍然存在并将继续延续；事实上，现代财产法的规范和方法主要都是在历史规则与方法的基础之上建立的。

我要补充的一点是，我认为财产法在 1L 课程中独一无二的另一个原因在于，**大多数人与生俱来就对该主题有着自然的联结**。一个婴儿、一个蹒跚学步的孩子也有财产的概念：大家有遇到过年幼的孩子吗？如果你拿走他们的玩具，他们会说什么？他们会说“我的，我的，我的。”我知道这是一个戏剧性的例子，但我认为这代表的基本观点是合理的：即使是年幼的孩子也自然地有“我的”的概念——

连年幼的孩子都有财产的概念！毕竟，对于财产法，很多案例中的基本问题或法律问题之一就是：谁对这件东西有所有权？

另外，我认为美国财产法对于比较法的学习也很有意义。因为无论是美国财产法还是中国物权法，无论你是中国人、美国人还是韩国人，每个人都有一个“我的东西”的概念。所以我认为财产法是一门非常人文的课程。我知道有时有些人可能会说“教授，这个回答太戏剧化了。”但老实说，我确实相信这一点。

Q: 您对同学们有什么建议吗？

首先，**工作学习与生活的平衡**（work-life balance）很重要。我的建议是，尽量把法学院的学习当作一份工作。对一份工作，你不会一天上班二十四小时，但你也不会只工作一小时。把法学院学习当作一份全职工作，去上课、学习和复习你的课堂笔记。例如，你们每天要上三个小时的课，而通常的工作时长是每天六到八个小时。你上课三个小时，然后你花另外五个小时阅读第二天的材料、复习今天的课程笔记，对吧？我总是告诉同学们，

Q: STL provides "professional" or "practical" education. But few graduates go abroad to practice law now. In this sense, is the education in STL really practical? What do you think of the meaning of studying American law in China?

如果你有制作大纲的学习习惯，在一个学期的课程期间，就应该开始制作知识大纲，或整理笔记，这样就不会把所有学习复习任务堆到最后一分钟。这样利用好了另外的五小时之后，这一天的学习就结束了。你就可以去吃午饭、吃晚饭，放松。如果你把法学当作一份工作，可能会更好地管理你的时间。当然，在考试周，你可能会比较忙，需要“加班”，就像办公室工作有时会很忙一样。这是第一要诀。

第二点是要记住：**专业精神和职业道德**（professionalism and ethics）的重要性。法学院应该教授或至少加强你的专业精神。专业精神的含义有很多，简单到譬如准时上课。当你给教授写一封电子邮件时，电子邮件写作和格式应当专业。与同学相处时，你也应当保持专业：不是每个人都会彼此成为朋友，你也不会和你所有的同学都成为朋友，这很正常。但一个人必须专业，就像你在工作时，你不会和所有同事都成为朋友，但你需要对他们保持专业态度。所有这些事情都很重要。于我而言，专业性和职业道德比成绩或花哨的奖励更重要。如果你不具有专业性或职业道德，如果你是一个有不专业行为的人，我不在乎你是否在所有课程中都获得了院长嘉奖（Citation），或者你是否是班上的尖子生。我认为，相较于你的成绩，你是否具备专业精神，更加展现了你是谁。

The short answer is yes, otherwise I wouldn't be here at STL. When you start working as a practicing lawyer, for example, in a law firm doing transactional work, you will probably find that many of the deals you work on will be international in nature or at least involve the law of different jurisdictions. It might be a deal between an entity or person in China and an

entity and person in America.

But even if it's not a deal involving American entities or persons, with the integration of the Greater Bay Area, I think common law training would be significant because it would also help you to understand the laws of another legal jurisdiction — such as the Hong Kong SAR — that you may come in contact with. You may be asked to do work or do research after you graduate from STL, not just on Chinese law, but on the law of other jurisdictions, so it makes sense to study and appreciate the laws of other jurisdictions such as the United States.

And the other point I would make is, in any law school, anybody can take one single class on American law (“Introduction to US Law”, for example), or you could even buy a book. There are many books out there, like an introduction to American Law, but I think that's not sufficient because that does not give you much depth. **But at STL, since you take all of the core fundamental common law courses like US property, US contract, US torts, etc. over a longer period of time.** That gives you, I think, better training. So that's the first part of my answer.

The second part of my answer is I would disagree with one premise of your question. At the beginning of your question, you suggest that STL only provides professional training and practical education. I would disagree with that in one specific sense. Let me explain. I mean, all law school is a form of professional education because whatever law school you go to, whether it

be in China or the US, law school trains people to ultimately be admitted in a particular jurisdiction to be lawyers. But I hope students don't just think of STL or law school generally as only providing professional training or practical education. **Law school is also an academic experience, and law is an academic subject. So it's an intellectual subject.**

And it has been that way for centuries in both European and Chinese history. For example, think of the great thinkers and practitioners of canon law and private law in European history, or the great individuals in *lvxue* (律学) in the Chinese historical tradition. So I think it's important to study American law or the law of other jurisdictions, also because it's interesting, it's intellectually interesting and challenging. And I remember one of my mentors in law school told me: Why should we study the law of other jurisdictions? For example, if you're at an American law school, why would you be interested in studying European law or Chinese law, or Korean law? And he said, By studying other countries' legal experience, legal history, and legal reasoning, you can better understand your jurisdiction. **And see what makes your jurisdiction unique, or see what makes your jurisdiction not that unique.** In other words, what are some points of commonality? What are the differences? So that would be the second part of my answer.

To sum up, my first answer was when you start working as a lawyer; if you work as a lawyer in a law firm, **you probably will work on deals**

or issues which involve various jurisdictions. You may be asked to do research or do work assignments that may implicate other jurisdictions. And so by studying the law of jurisdictions like American law, for example, in a very deep way, not just reading a single book, but through actually studying the core common law classes over a long period of time — that will make you a more effective lawyer.

Number two, we study American law or common law because it's **intellectually interesting.** Law was not just about practice; it was also an academic experience.

And number three, by studying law different from your jurisdiction, **you can also better understand your jurisdiction or better understand Chinese law,** if that will be your primary focus. You will understand what makes Chinese law unique or what Chinese law shares in common with other jurisdictions.

Q: As for Property, besides the technicalities, what else do you think is important in Property learning?

Well, I think history and theory matter. I love teaching Property because I believe Property is important, especially for 1L curriculum. What I'll say might be biased because I teach Property, but I think Property is the only 1L course that is really part of a broader intellectual dialogue and intellectual tradition in Western civilization.

Throughout Western intellectual history, not just for lawyers, but also for philosophers, political philosophers, economists, political leaders, property has been one of the fundamental central issues in Western political and social development. You don't have to be a lawyer to have an intelligent or deep conversation about property. So, questions that we study in property law, for example, the nature of private property and the justification of private property, have stumped, confused, and inspired all kinds of thinkers and leaders in Western history.

History and theory in property are important. Therefore, I think property law is unique because it's a 1L class where understanding the history of rules, how common law develops are all extremely important, and the importance of history is more visible. For example, forms of estates (present estates) have a strong historical link and pedigree. History in Property law is important not just because it helps you understand the context — after all, anybody can say that for any law class. In property, history is even more clear and more palpable. Many historical rules directly continue and persevere in property law these days; often modern formulation of a property law rule or approach essentially carries forth the historical rule or approach.

Another thing I would add is that I think Property is unique among 1L classes because it is a subject that most human beings have an inborn natural connection to. The evidence I would give about that is that a baby, a toddler has a concept of property. Now, what do I mean by

that? Have you guys met young kids? If you take their toy away, what will they say? They would say “mine, mine, mine”. I know this is a dramatic example, but I think the general point is valid: even young children naturally have a concept of “mine”. Even young children have a concept of property! After all, for property law, one of the fundamental questions or legal issues in many cases is: who owns that thing?

Also, I think Property is a class that lends you to comparative analysis because it doesn't matter whether it's American property law or Chinese property law. Whether you're Chinese, American, or Korean, every human being has a concept of “My thing.” So Property, I think, is a very human course. I know that sometimes some people may say, professor, that's a very kind of dramatic answer, but I honestly do believe that.

Q: What do you want to say to 1L students? Do you have any tips?

First, work-life balance is important. **My tip is, try to treat law school like a job.** You wouldn't work twenty-four hours a day at a job, but you also wouldn't just work one hour at a job. Treat law school as a full-time job, go to class, study, review your class notes. For example, you usually have three hours of course a day. And a usual workday is six to eight hours a day. You'd go to class three hours, and then you spend the other five hours reading for the next day's class, reviewing your

notes of the classes today, right? I tell students to always work on their outline (if you produce an outline) or organize their notes as they go through the course, so they don't save everything for the last minute. And you spend the other five hours during that, and then that's it. Go to lunch, go to dinner, relax. If you treat it like a job, you can probably manage your time a little better. Of course, before the exam period, you may be busier and need to “jiaban” (work overtime), just as sometimes there are busy times in an office job. That's tip number one.

Tip number two is remember that professionalism and ethics matter. Law schools are also supposed to teach, or at least strengthen, professionalism. And professionalism can mean something as simple as coming to class on time. When you write an email to a professor, be professional in your email communications and your classmates. Not everybody's going to be friends with each other; you're not going to be friends with all of your classmates, that's fine. But one must be professional, just like when you're at work, you're not going to be friends with all of your colleagues, but you need to be professional to them. All of these things are important. For me, professionalism and ethics matter more than grades or fancy awards. If you are not professional or ethical, if you are somebody who has unprofessional behavior, I don't care if you earn Dean Citations in all of your classes or if you're the top student in your class. If you're unprofessional, I think it is more telling about who you are than your grades.

Duane Rudolph

- ▶ 北京大学国际法学院助理教授 (Assistant Professor of Law)
- ▶ 主讲《美国侵权法》(Courses: Torts I & II)

Q: 由于STL大部分学生不会在国外执业，您认为在中国学习普通法的意义是什么？有的同学或许会认为美国法的学习是无用的。

我知道很多同学可能认为他们学习的很多美国法课程都没有什么用处，或者不是那么实用。例如，我教授美国侵权法，如果你毕业后不在侵权领域执业，你可能认为它没有用；或者你选择了其他课程，你不在该特定领域执业，你也可能会认为它用处不大。但我却不这么认为：**你学习的每门课程都会塑造你的思考，让你在各个方面挑战自己，帮助你以特定的角度构建思维方式，它还拓宽了你对“法律如何运作”的理解。**即使最终你并没有在某个特定领域工作，你曾接触过该领域知识的事实也会在潜移默化中影响并塑造着你，尤其是第一年的课程会以某种方式帮助你蜕变。

你可能永远不会再次学习第一年的课程，在第二年、第三年甚至第四年你会开始潜心钻研和专攻特定领域。一个学生如果在第一年之后没有选修任何侵权相关课程，至少从普通法角度而言，他可能会认为侵权法课程已经告一段落。但是法学院的第

一年教会了你几件事：如何阅读案例、应对处理不同的政策论点以及如何使用法律规则与标准。你也学习如何处理世界上的民事不法行为。即使没有继续专攻该领域，但该领域的知识仍然储存在你的大脑中。你可能不会每天都使用它们，但它们仍然会告诉你正在做什么。

对于某些同学持有的“除非我出国否则我可能不会再修普通法课程”“我已在某领域工作，再也不会使用其他领域的知识了”等类似观点，我认为只是部分正确的，因为**以上观点都只适用于现在，未来有无限可能。你不知道你将从事哪些法律领域、将来会做什么。**这是第一点。

部分正确的第二点原因是，你已经修完了这些课程，这些课程从不同角度挑战你、重塑你对法律的看法，而且你已经消化并掌握了这些知识。**所以，即使你不再学习普通法课程，你已被训练得像普通法律师一样思考，你仍然知道如何使用普通法，在某种意义上，你仍然是一位普通法律师。**

Q: 我认为普通法的训练会培养同学们的思考能力。您认为我们在经历了普通法训练之后会具备什么样的思考能力？

作为一名普通法课程的教师，我致力于实现以下教学目标：让学生能够自学。所以我在课堂上使用苏格拉底式教学法（Socratic method）。苏格拉底方法几乎从不给出固定答案。即使真的给出答案，那也是在问了学生很多问题之后。我在读法学院的时候，我的老师也用苏格拉底式教学法。我知道很多学生对苏格拉底式教学法感到惊讶，甚至可能不喜欢它。

我如何使用苏格拉底教学法呢？老师会问你很多问题，这些问题也是毕业后客户会询问你、你自己也会问自己的问题。总有一天，我将不再是你们的老师。现在，我在美国侵权法课程阶段 w 的第 9 或 10 周，还有大约 10 周即将结课。在那之后，同学们将永远不会再学习美国侵权法。我的工作是在确保在同学们完成美国侵权法的学习时，他们永远不需要再学习这门法律；这意味着同学们已经将问题和知识内化于心、外化于行，同学们在未来没有老师帮助的情况下，仍然可以找到问题的答案和解决问题的方法。总而言之，我的工作是确保我的学生可以在没有我的情况下完成他们的工作。

因此，针对刚刚问的普通法赋予学生何种能力的问题，作为普通法教师，我最希望的一件事就是让我的学生有能力独立提出问题并回答自己提出的问题。同学们不应该过分依赖我，我不赞同学生应该依赖教授的观点。在法学院读书时，同学们应该有老师陪在身边作为领路人，但这种引导仅限于学生时代。当同学们毕业后走出法学院，他们应当能够独立地走向世界，提出恰当的法律问题，找到这些法律问题的答案，而且多半——或者几乎总是——得到正确的答案。

我的目标是教你们带着批判的眼光看待案件，是告诉你们不要仅仅因为说理出自法官之口就理所当然地接受它。我认为，有很多人听从法院、或者认为法院一定是正确的原因是认为法官们总是正确的，然而这不是真的。法官们也会错误适用法律、

曲解法律，有时是无意的，有时是有意的。作为律师，你的工作就是看法官们在做什么，怎么做，为什么做。因为这是你作为律师需要培养的技能。不仅是为了你的客户，不仅因为你想改变法律或维持法律不变，更是为了让自己成为一个思考者。在收到一份法律文本或者任何其他文本后，能够识别它的基本论点，并发现这些论点是如何组成的，为什么这个论点有说服力或者没有？这是你的工作，也是我的目标。

我认为我作为一名教师的最终目标是告诉学生——告诉我的学生——要照顾好自己。法律工作困难重重，压力巨大，从某些方面来说是个非常艰难的职业。大多数法律工作时间漫长且辛苦。但法律也是一种服务职业，我们为别人服务。如果我想要成为一名优秀的普通法教师，那么除了教授同学们法律外，我还想要教授我的学生带着善意、体贴和尊重来对待自己，对待他们的客户。

Q: 是的，所以我认为大学老师的任务不仅仅是传授知识，更重要的是让学生自由地去探索，这样理解对吗？

我完全同意。我认为这就是教育（education）和文凭（diploma）的区别。教育鼓励学生自己去寻找答案、突破自我去奋斗。我认为很多人误解了教育是什么：人们可能认为教育就是你去上学，一直感到快乐和舒适，觉得这种状态很好，然而并非如此。教育意味着你将阅读你赞成、或不赞成的东西，但你总是要思考。如果你不思考，不把深入思考作为教育的一部分，你就没有接受教育。

Q: 您能告诉我们苏格拉底教学法是如何帮助我们培养批判性思维这一技能的吗？有种观点会认为苏格拉底教学法只要求教授提问。

我想确实是这样的。苏格拉底教学法不仅仅是问问题。苏格拉底教学法是我仍在学习的東西，我也不敢自诩为这一教学法的大师。我认为，如果苏格拉底教学法被很好地实践，教授的问题会以这样一种方式构成，即：它们针对案例中的具体问题，会给你指明案件中具体的要点，问题都非常精确地在寻找特定的东西，一个问题引出另一个问题，如果构建得好，会继续引出另一个问题。最后，理想的状态下学生们会恍然大悟说到：“我明白了。”或“我知道了。”

老师提出的问题本身应该经过深思熟虑的，这也是我在准备课程时不断学习的东西。在我去上课之前，我有 12 到 13 页的问题和我想到的可能的答案，这样我就知道我为什么要问这个问题，然后我才开始上课。有时，我在上课时会发现这个问题对学生来说不是很清楚（这种情况在美国和中国都有发生），因为我用了一种模糊的方式来表达这个问题。下课后我会再次审视问题，看看我的笔记，为明年的授课重新组织问题。

因此，不仅仅是学生因为苏格拉底教学法而改变，还有老师。老师正在学习哪些问题有效，哪些问题效果非常好，哪些问题不那么有效。上完几节课，我会删除那些无效的问题，这些无效的问题包括提问方式不是很清楚的问题、重复的问题，通过授课，我知道我不应该再问这些问题了。

所以我认为如果很好地实行苏格拉底教学法，这种教学法会改变学生，可能不会立竿见影。我认为可能需要几个月的时间，苏格拉底教学法的作用才会初露端倪。

Q: 在课堂上，如果您得不到预期答案，您会如何处理？

有时候，学生可以用一个超出我预期的答案将我说服，这种事情时常发生。我本来认为是这个答案，但学生给出了另一种答案，我认为学生的答案实际上非常棒；不失为一个很好的答案（“Good good good”）。我们可以接受那个答案。

也有学生给出不完整或错误的答案。你试着让答案成立，但它不成立。当这种情况发生时，我通常会想到两件事。

我首先想到的就是这名学生：如果我一直问这个学生这样的问题，这个学生会感到羞辱、悲伤、愤怒吗？作为一个使用苏格拉底方法的老师，在 75 个学生面前直接问该学生问题，你在教授那位回答问题的学生，但你也通过那位回答问题的学生来教授整个班级的学生。你同时也在实时观察学生们的反应。他/她/他们看起来悲伤吗？他/她/他们看起来像是要停止说话的样子吗？面对目前的状况，他/她/他们需要多一点时间来思考吗？

所以我在等待答案的同时也在观察学生的反应。你必须知道你能引导学生走多远，有时学生想停下来，但你知道学生可以走得更远。你会说，“继续努力，没关系，你会完成的很好，继续尝试。”有时学生勇敢地进行了尝试，然后又停下来，然后你意识到，“就到这里吧，我们去寻求他人的帮助吧，下课后还有问题来找我。”

或者，另一种情况是学生闭口不言。我遇到过这种情况。我问了这个问题，他/她/他们只是沉默，这是因为他/她/他们害怕或者大脑一片空白。我会问：“你还好吗？”学生仍旧三缄其口。我会追问“请告诉我，你还好吗？我现在并不是在提问你，我只是想问问你现在感觉还好吗？”学生可能只是看着

你，什么也不说。

这在美国也有发生，有时学生们会闭口不谈，他们停下来不说话，在这种情况下很棘手。因为你必须确保学生的心理健康，这是你作为老师的首要任务。所以有时候，如果学生不回答，我会说：“你是不是感觉不舒服？你想离开房间几分钟吗？”或者我会说：“下课后请留下来和我谈谈。”有时学生非常害怕地想，“我有麻烦了。”然后下课就走了。然后我会发邮件跟进：“你还好吗？请在课后的问答时间来找我，告诉我你怎么样。”这一步真的很困难很棘手。

有些学生可能认为我们用苏格拉底教学法是因为老师看到学生绞尽脑汁很有趣，但事实并非如此。看到一个学生绞尽脑汁回答问题是非常揪心的。**但作为你们的老师，我的职责是尊重你们的努力（respect your struggle）。**

看到一个学生苦苦挣扎着回答问题，我感到很不舒服。在课堂上，有时候会看到，无论男女，有些学生很挣扎以至于看起来快要哭了，因为他们的眼睛变红了。我必须决定：是停下来？还是继续？我要继续引导学生走多远？我需要在课堂上立刻作出这个决定。当我看到学生的脸色或眼睛有变化时，我总是问：“你还好吗？”有时他们会说，“我很好，教授。”但其实，我看得出来他们并不好。这时我会说，“不，你现在的状态并不好。我先请其他同学回答问题，一会儿我再与你交流。”

Q：所以教育的本质其实不仅仅在于学习知识，而是找到关于自我的内在答案？

没错。所以关于这段教育的旅程并不在于我，而真正在于你们自己，这才是教育的含义。你们给学院、给我们所缴的这些学费都是让我们来帮助我们找到你们自己。

我不否认我们来这里教你们如何成为好律师，但是更多的时候，我们都是在教你们找到自己的人生所挚爱，追寻你们的人生命题，跟随你们想探索的一切，和来自不同背景的人们交流。这也是我为什么热爱这所法学院的原因之一。

我爱这所法学院的原因有很多，其中也包括了这里的学生们让我想起了那个在非洲不断学习的自己。当然，你们在中国长大，而我在非洲长大，这固然是两种不同的文化背景，但其实世界各地的学生都是一样的。你们对教育（而不仅仅是学位）的渴望，对人生意义的追寻，让我想起在非洲长大的我和我的朋友们。我们并不能教你们什么人生经验，但是你们会通过我们阅读的案例学会什么应该做，什么不应该做。

我喜欢这里的另一个原因是**在这里一起工作的人们**。这座在深圳的法学院是独一无二的，我喜欢这里所以选择了这里。它对我而言是一个特别的礼物，它汇聚了不同的法学思维和见地。我们身处在一个人与人之间时常不理解、抑或说不愿意去理解其他人的世界。**而我们的法学院正在告诉所有人，来自世界不同文化背景的人们不仅可以在一起生活和工作，更能在一起茁壮成长和走向繁荣。**

我也有很多事情正在努力挣扎，比如，我的中文，好在我有两个中文老师一直在帮我学习。我觉得这对于我的学生而言也是一件好事，因为这能让他们明白，他们的老师也不过是一个学生而已：我也每周要上好几节中文课，这很难，但这也并不成问题。

Q：对于正在法学院读书的同学们，您有什么建议吗？我们应该如何应对实习等方面的焦虑和同辈压力呢？我们是不是应当将考虑的重心转移呢？许多同学在本科时十分顺利，但是来到法学院后，却经常遭受到挫折。

我想我能提供的最好的建议是：**善待并照顾好你的大脑和身体**。这不算是法律领域的建议。但我认为这是我能给出的最好的建议。原因如下：

如果你不照顾好你的大脑和身体，你将无法做任何其他事情。当你选择法律职业时，这意味着什么？当你面对考试和其他事情的压力时，这意味着什么？这意味着你的健康很重要。我知道我的很多学生都是完美主义者，他们想把每件事都百分之百地做好，他们想要最顶尖的工作和实习经历、最丰厚的薪水等等。

对我来说，从小家庭贫困的经历（有些人比我家更贫困）对我的影响是，当我从法学院毕业时，我强烈渴望赚很多钱。我以前当过老师但工资不高，所以我去了法学院，我想取得法律学位。毕业后我在几家薪资优渥的律师事务所工作过，但我在那些律所很不开心。也许律所的工作经历让我的简历非常漂亮（或许也并没有给简历加分），而且报酬丰厚，但我在那些律师事务所工作很不开心。为什么？因为那些律师事务所并不关心我是否快乐，并不关心我的心理健康、身体健康，他们更关心我能提供多少计费工时。这不是律所的错，这是我出于经济因素而做出的选择。我也在其他职位上工作过，做过一些我认为很有声望的事情，尽管这些工作经历都让简历看起来很漂亮，但这都是有代价的。

所以，我的建议是：当你在考虑这些实习和其他任何事情时，在知名机构的经历会给简历加分，但也要考虑对你心理健康的长期影响，这真的很重要。这一点在法律职业生涯中很少被提及，**但我们所有人都有思想和感情，都有心理需求，我们需要综合考虑，更要善待自己。**

在美国，法律职业工作者酗酒和滥用药物的情况非常严重。这并不是因为这些律师自我放纵，而是因为他们正在挣扎、在心理上受到了伤害。我也有过这样的经历，不是酗酒和滥用药物的经历，但也是非常类似的经历。

所以我给我的学生们和其他法律工作者的建议是**照顾好自己，照顾好自己的身体**。如果你的身体机能不正常，你将不能做任何实习和工作。但如果你重视自己的心理和身体健康，它们也会善待你，这一点我也在不断学习。我是老师，我教授同学们，但同时我也在教自己。生活中最重要的两件事是**善待自己和善待他人**。

我认为一切都由此而来，一切都必须从这一点出发。

Q：面对时常出现的同辈压力和未来的不确定性，我们时常感到沮丧，您对此有什么建议吗？

我认为我们总是倾向于与他人做比较。我自己是在法学院的第一年，从来没有得到任何 A，也没有得到过任何 A 等范围内的成绩。有时候身边的人会告诉你：“我得到了全 A 的成绩。”然后你在心里可能会想：“这么说来，我是不是一个‘B’等的人呢？”你的成绩无法定义你。当我们打分时，我们是在评估你在某个时间，对某门特定课程的掌握程度，我们是在评估，相较于其他人，你这门知识的掌握程度是怎么样的，我们只在一个非常具体的时间点，在 3 个小时左右的时间内对你进行一次测试，测试所得到的成绩并不能定义你。

你们就读于一所非常优秀的大学，这所极好的国际化的法学院可能是你简历上最出彩的教育经历，所以你们都会有十分光明的未来。但是你需要自己去探索，去确定，对你来说理想的生活意味着什么？你想要在什么时间段工作，你想在哪里工作，你想以什么样的方式生活。

有时，这可能意味着你在某个地方工作 2 到 3 年，然后再去另外一个地方。有时，这可能意味着你去

花费几年去做其他的事情, 或者你会爱上你最初从事的法律工作的地方并在那里度过一生, 就像有些人那样。

无论你的选择将指引你去向何方, 无论你的旅程会如何缓缓展开, 我都祝福你满怀希望、万事胜意。我希望你幸福、开心, 我希望你有积极的

Q: Since most of our students won't practice abroad, what's the meaning of studying common law in China in your view? Maybe they can call it useless.

I know that a lot of people probably think that a lot of the classes they will take are useless or not very useful. Because, for example, I teach Torts, and if you don't practice Torts after graduation, you think it useless, or you take another class, and you don't do that specific area of law, you think it useless. But I think of it differently. Every course you take **shapes you, challenges you in a specific way, and helps you structure the way you think** in a very specific way. It also broadens your understanding of **how the law works**. Even though you don't end up working in that specific area of the law, the fact that you have already been exposed to it has already shaped you; it has helped you change in some way, especially your first-year courses.

You probably will never take courses related to many of your first-year classes again because you

心态, 我希望你有健康强壮的身躯, 我希望你们能找寻到充实、热爱且有挑战性的工作。这个世间会有一些恶意存在, 但我希望你们可以遇到更多善意。我希望你能够被世界温柔以待, 也希望一直具有温柔待人的能力。

will begin to specialize in the second, third, even your fourth year. So a student, for example, who doesn't take any Torts-related classes, at least from the common-law curriculum again, might think Torts is over. But the first year of law school has taught you several things. It's taught you how to read cases, approach different policy arguments, and use legal rules and legal standards. But you also learn how to engage with civil wrongs in the world. Even though you're not specifically practicing in that area, that knowledge remains with you. You may not use it every day, but it still informs what you're doing.

So in the case of the students, I think, who think, "I may not practice the common law curriculum unless I go abroad," or students who work in one area of law and they think, "I'll never use the other area of law again," I think that's only partially true. **It's only true for right now because you don't know what your future holds, you don't know what areas of law you'll be practicing, or what you will be doing in the future.** So that's one.

But I think it's only partially true as well because you've already taken those courses, those courses

have challenged you, they've shaped how you think about the law, and you have that knowledge with you. And so, **even after you stop taking common law classes, you've still been trained to think like a common-law lawyer**, you still know how to use the common law, you will still, in some sense, be a common-law lawyer.

I think the common law will develop your intellectual skills. What intellectual skills do you think we get after experiencing the common law?

Q: I think the common law will develop your intellectual skills. What intellectual skills do you think we get after experiencing the common law?

I aim to do a few things as a teacher of the commonwealth curriculum. **My goal, as a teacher, is to empower students to teach themselves.** So I use the Socratic method in class. The Socratic method almost never gives answers. If we do give answers, it's only after asking many questions. My own teachers at law school used the method to teach me to teach myself. I know a lot of students find this somewhat surprising. Some may not even like it. My own teachers at law school used the method to teach me to teach myself.

How do we do this by using the Socratic method? We ask you the questions that you will have to ask yourself and your clients when you graduate. At some point, I will no longer be your teacher.

Right now, I'm in week 9 or 10 of Torts with about another 10 weeks left. After that, the students will never learn Torts again. My job is to make sure that by the time they finish learning Torts, they never need to learn Torts. That means they have internalized all the questions and the way to find the answers without me. **My job is to make sure my students can do their work without me.**

So in response to your question of what does the common law teach us to do, one of the things I hope to do as a common law teacher is to **give my students the power to ask their own questions and answer their own questions**. They should not be dependent on me. I don't agree with the view that the students should depend on the professor. The students should have the professor, the teacher, as a guide for as long as they take the class, and afterward, for as long as they are at law school. But after that, the students should be able on their own to go out into the world, ask the right legal questions, find answers to those legal questions, and more often than not – or almost always, if not always – get the right answer.

My goal is also to teach you to approach cases very, very critically. My goal is to tell you not to accept the court's reasoning just because it is the court. A lot of people, I think, defer to the court or say that the court has to be right because judges are always right; this is not true. Judges get the law wrong. They misinterpret the law, sometimes accidentally, sometimes intentionally. Your job as a lawyer is to see what they're doing, how they're doing it, and why they're doing it because this is

a skill you need to develop as a lawyer. It's also a skill that you need to develop (not only for your clients, not only because you want to change the law, or keep the law the same, but for yourself as a thinker). You're able to receive a text, a legal text, or any other text, be able to identify its basic argument, and how the argument is put together, why does the argument work or not work? That's your job. So that's my goal.

And I think my **final goal** as a teacher is to tell students to tell my students to **take care of themselves**. The law is very difficult, very stressful, in some ways, a very hard career. There are long hours in most legal jobs, lots of hard work. But it's also a service career; we work for other people. If I do my job well as a common-law teacher (not only teaching my students the law) I am intent on teaching my students to approach themselves, to approach their clients, with kindness, thoughtfulness, and with respect.

Q: I think that the task of the university teacher is not to give the students knowledge but to allow students to develop their character.

I absolutely agree with that. I think that that's the difference between an education and a diploma. **An education encourages the student to find his/her/their own answers. An education encourages a student to struggle.** I think a lot of people misunderstand what an education is. People think that education is [that] you go to school and you

feel happy and comfortable all the time. You think it's nice. It's not. An education means you will read things you don't agree with; an education means that you will read things you agree with. But you will always have to think. If you are not thinking, and thinking deeply as part of your education, you are not getting an education.

Q: As a student, when I read a case, I want a definite answer. So, Professor, why do you think we have this attitude [a desire for certainty] toward law and life?

It's part of the human experience to want certainty. I think that, at least in our common-law curriculum, we teach that some of the things that seem clear are actually not very clear, and that some of the things that seem not clear are sometimes quite clear. I certainly have a lot of students who don't like the fact that I don't always give them answers. I say, "Answer your own question." or "You tell me." Students don't like these responses. The goal is that when the students graduate from law school, they can say to themselves, "I can find my own answer. I know how." I know it's annoying, but my job is to make sure my students are safe, that they're receiving a fantastic education, and that they're going to take care of themselves.

Q: Can you tell us how the Socratic method helps us develop critical thinking skills? An outsider might think that the Socratic method only requires the professor to ask questions.

I think that's right. The Socratic method is about more than just asking the questions. It's something I'm still learning, and I shouldn't claim that I am a master of the Socratic method. I think that if done very well, **the professor's questions are structured in such a way that they go to specific things in the case. They point you to specific places in the case. They're quite precise because they're looking for specific things. One question leads another, leads to another, and leads to another if done well. And the student, at the end of it, if this is done well, will think "I understand." Or, "I see."**

The questions themselves should be thoughtful, and this is something I'm constantly learning as I structure my classes. Before I go to any class, I have 12, maybe 13, pages of questions that I have thought of and possible answers so that I know why I'm asking that question, and I'll teach the class. Sometimes you learn as you're teaching that this question is not so clear for the students (this happened both in the United States and it happens here) because I phrased the question in an ambiguous way. Then I'll come back to the questions after class, look at my notes, and rewrite the questions for next year.

So it's not only the student that is changing because of this teaching method; it's the teacher as well. The teacher is learning which questions work, which questions work very well, and which questions do not work so well. After some classes, I come, and I strike out questions because I know I shouldn't ask this question again. It's not as clear. It is duplicative; it reflects something that's already said, and the students picked up on that.

So I think this method changes the student if done well. It doesn't do it immediately. I think it takes months, months, before the student and the teacher start seeing.

Q: How do you deal with situations where you can't get the answers you expected?

Sometimes, the student can convince me of an answer that is beyond the range of answers I've thought of. This is one of the things that happens. I think it's this answer, the student brings up something else, and I think the student's answer is actually fantastic; it's a good answer ("Good. Good. Good"). So let's work with that.

There are also students who offer incomplete or wrong answers. And you try to make the answer work, but it doesn't. Usually, I think of two things when this happens.

First, I think of this particular student. If I keep asking this particular student this kind

of question, will this particular student feel humiliated, sad, angry, and so on? As a Socratic teacher because you're directly asking the student questions in front of seventy-five other students, you're teaching that student, but you're also teaching the class with that student. But you're also monitoring that student's reactions in real-time. Is he/she/they looking sad? Does he/she/they seem as if they're about to shut down and stop talking? That happens. Does he/she/they need a bit more time to think?

So I'm monitoring the student's reactions as I'm waiting for an answer. And you've got to know how far you can push the student. Sometimes the student wants to stop, and you know that the student can go further. You'll say, "Keep trying. It's OK. You're going to be OK. Keep trying. Don't stop." And then sometimes the student will go a bit further and then stop again, and then you realize, let's stop there. Let's get help from someone else. Come to see me after class if you have questions.

Or, another situation is a student who shuts down. I've had this happen. You asked the question, and he/she/they are just quiet. It's because he/she/they are afraid, or the mind just goes blank. You ask, "Are you okay?" No answer. "Please tell me, are you feeling safe? This is not about the Socratic question anymore. This is about your safety." The student might just look at you and say nothing.

This happens in the US as well. Sometimes students shut down. They stop and don't talk. And

in that case, that's hard. Because you got to ensure that student psychologically is OK; that is your priority as a teacher. So, sometimes, if the student won't answer, I say if you're not okay, you may want to leave the room for a few minutes. Or I say, please stay after class and talk to me. Sometimes the student is so terrified, they think, "I'm in trouble," and they leave the room. Then I follow up by email: "How are you? Come see me during office hours, and tell me how you're doing." That's hard. It's really hard.

Some students may think that we do the Socratic method because it's fun to see a student struggle, but it's not. It's incredibly tough to see a student struggle. **But my job as your teacher is to respect your struggle.**

It's uncomfortable for me to see a student really struggle. And you can see because some students struggle and some of them look like they're about to cry, male and female, because their eyes turned red. I've got to decide, do I stop, or do I continue? How far do I continue? And that decision I make in real-time in class, but when I see a change in the face or the eyes, I always ask, "Are you okay?" because I can see it. Sometimes they say, "I'm fine, professor," but I can see they are not fine. I say, "No, you are not fine. I'll call someone else and come back to you later."

Q: Why do you want to be a professor at a law school instead of a lawyer? And why do you love working in STL?

So I practiced as a lawyer. I did not like it. I worked with wonderful lawyers, but I was not happy.

This is the best job for me. Here's why.

I'm an American, but I was born in Africa (in Zimbabwe), and I come from a very poor family. **It is education that changed my life.** Education allowed me to leave my birth country and go to the United States, and much of my family lives in the United States.

It's education that means my teachers.

When I was 12 years old, I was always sad because we were poor. I was at primary school, and one of my teachers said to me, I will never forget this, "I heard you gave a speech last night and I heard it was a very good speech, so I want to tell you that you have it in you to something really good with your life. You can be more than a teacher."

What she said was a really kind thing to me, who was very poor, that even a poor person can have a very good life with education. I went to high school, and I had wonderful teachers at high school who told me that I had a mind, I had a brain that would allow me to go to university, and I didn't understand what that meant because we were poor, and I thought poor people couldn't go to university.

But I had teachers who said that I had a good mind.

I didn't understand what that meant, and I thought, "How do you know that I have a mind that thinks?" When I was 18, I had another teacher at high school whom I absolutely loved because she was a good teacher, and she said to me, "You're going to be a teacher." And I said, "No. Not with your salary, and you don't make a lot of money. I am not going to be poor."

But she said, "You are going to be a teacher." I was one of the students in the class. And she told me to teach the class. And so I was terrified. It was a class on literature. So I stood up, and I did not know how to teach. I just read from the book, and everyone started laughing. But she taught me she was teaching me the beginnings of how to become a teacher.

I have had a lot of really bad teachers, too, but I've had more wonderful teachers than bad. By "bad teachers," I mean teachers who were struggling in their own lives, like, bad things had happened in their own lives, and they brought that to the classroom. **As a teacher, you can speak of your experience, but you cannot allow your experience outside the classroom to affect your professional relationship with your students.** You can say, "I've learned this in my life," but you cannot use your life to make your students' lives tough. Some teachers do that. Some teachers have done that.

Q: So, education is not about knowledge. It's about finding our answers.

Good. Good. Good. **This journey is not about me. It's really about you.** That's what education is all about. It's about you. You are paying all this money. You're paying me all this money. You pay my salary to help you help yourself. This is what it's about.

You come here. Sure, we teach you to be lawyers. **But, in a greater sense, we're teaching you to follow your passions, to follow your questions, to follow your curiosity, to talk to people from other cultures.** This is one of the reasons why I love this law school, and I really do love this law school.

I love this law school for multiple reasons, not only because the students here remind me of myself as a student in Africa. Sure, it's two different cultures — you grew up in China, and I grew up in Africa, but students are the same everywhere. You remind me of myself and my friends growing up in Africa — how you want this education, not only for the law degree, [but also] people come because you want to learn life lessons. We don't really teach life lessons, but you learn them by reading what to do and what not to do in the case law.

Another reason why I love working here is that **I work with wonderful people here.** This special law school, in Shenzhen, China — there's no other law school like it. I love working here. Sure, I work hard, but, by choice. We all work hard by choice because it's our job. This law school is an absolute gift for me. It brings together different legal traditions. And, I think, in a world in which people don't always understand each other, sometimes

people don't want to understand each other, **our law school says that it is possible for people from different backgrounds not only to live together and work together but also to grow and thrive together.**

There are lots of things that I struggle with, like, my Chinese is very bad, but I got two teachers to help me. This is good for my students because they learn that their professors, too, are also students in the world. I'm learning Chinese. I go to class many times a week. I'm also a student, and that's hard, but it's right, and it's good.

Q: Do you have some suggestions for students on their law-school life? How should we deal with anxiety and peer pressure, especially when it comes to internships and so on? There's pressure regarding grades, but shouldn't we also focus on other things? Many students were at the top of their class in undergraduate, but they may not be at law school.

I think the best advice that I can offer is the following: Take care of your mind and take care of your body. That's not legal advice. But I think that's the best advice that I can give.

Here's Why.

If you're not kind to your mind, and if you're not kind to your body, you will not be able to do

anything else.

What does this mean when you're choosing a legal career? What does this mean when you're dealing with the stress of exams and everything else?

It means that your health matters. It means that I know that a lot of our students are perfectionists, they want to get everything right, they want 100 percent, they want the best internship at the best job, and they want the highest salary, and so on.

In my own life, because I grew up very poor (there were others who were poorer than we were), and what that experience did for me is that when I left law school, I wanted to make a lot of money. I had worked before as a teacher, and I wasn't paid very well, so I went to law school because I wanted to get a law degree.

So I worked at law firms that would pay me a lot of money. I was very unhappy at those law firms. Maybe they look good on my resume, maybe they don't. I was very unhappy at those law firms even though I was very well paid. Why? Because those law firm were not interested in whether I was happy (mentally healthy, physically healthy). All they were interested in was how many billable hours I could offer. That's all they cared about. It's not their fault; I chose to go and work for them. It was my choice for financial reasons. I've also worked in other positions and done things because I thought it'd be very prestigious to do. They look nice on the resume, but it also comes at a cost.

So here is my advice: When you're thinking of these internships and everything else, I certainly have lots of things on my resume that look prestigious, but, think, too, of the long-term effect on your mental health. This really matters. It's not spoken about very much in the law, but all of us have minds. **All of us have feelings. All of us have psychological needs. We need to be thoughtful. We need to be kind to ourselves.**

Our profession, the legal profession, has, in the United States, very high levels of alcohol and substance abuse. This is not because these lawyers are bad. It's because they are struggling. People are hurting psychologically. I've certainly been in that position, not that I've taken alcohol or substances to deal with it, but I've certainly been in that position.

So the advice that I give you and your colleagues is to take care of yourselves and to take care of your body. If your body stops working, you will not be able to do any internship. You will not be

able to do any job. But if you are kind to your mind and your body, they will be very friendly to you. This is something I'm still learning, and I'm supposed to be the teacher. I'm supposed to teach the law, so I'm teaching myself how to do this. But these are the two most important things in life **being kind to ourselves** and **being kind to others**. And I think everything follows from that. Everything must follow from that.

Q: In law school, we often hear that we should work hard. Some students compare themselves to each other, which can make some feel sad. There's also uncertainty about the future.

I think it's very tempting to compare oneself to others. I don't think I got any As in my first year of law school or any A-range grade. And you know the people who do get As because they sometimes tell you "I got all As." And you think, "Which means that I am a 'B' human being." You are not your grades. But we cannot grade your character. We are grading grade your knowledge of a specific subject, at a specific point in time, and how you conveyed that knowledge in comparison to others, very specifically. We're only testing it at a very specific point in time for 3 hours or more. You're not your grades.

You have a very prestigious school, probably the most prestigious school on your resume, this wonderful international school on your resume.

So you will be fine. But you've got to determine and decide for yourself what "fine" means what kinds of hours do you want to work, where you want to work where you want to end up.

Sometimes that might mean working in this type of place for 2 or 3 years and then moving to some place else. Sometimes that might mean doing something else for a few years, or you might just fall in love with the place that you initially started practicing law and stay there for the rest of your career; some people do.

Wherever your path takes you, wherever journey takes you, I wish you well. I wish you happiness. I wish you good, excellent, mental health. I wish you good and excellent physical health. I hope that your careers are fulfilling for you. I hope that they're challenging for you. I hope you meet more good people than not because there are some bad people. I hope that the people you meet are kind to you and you are kind to them.

.....
◎ 本次访谈采编、翻译、校对工作由何科锦、侯肃敏、李镜汝、李周霖、刘昊阳、卢晴、万子珊、张一凡、周也、郑羽同学完成。

田朗亮： 打破唯一性，接受不确定

田朗亮

- ▶ 北京大学国际法学院访问教授
- ▶ 清华大学法学院纠纷解决研究中心兼职研究员

“ 其实事实、法条和法学理论这三个东西是来回印证、不断互动的，是一个三体运动。它不是一个单体或双体的运动，它是一个三体运动，这是我们学习民法要掌握的。 ”

Q: 田老师，您在 STL 开设了《民商事诉讼实务技能》这门课程，主要内容是什么呢？您又是为什么想要开设这门课程的呢？

《民商事诉讼实务技能》这门课程主要是讲授在中国法的场景下实操民事诉讼所需要的基本技能，从法律检索、文书写作、庭审技巧，到法官的裁判思维、法院的定案逻辑，再到分析裁判文书、制定诉讼策略等。这些都是将来在法院或律所进行民事诉讼的实践所需要的基础技能。目前国内把以上这些内容体系性地整合为一门学分课程在高校独力进行讲授的可能只有我一个人，一方面因为纯粹的学者对这块可能不太关注以及欠缺足够的实务经验，另一方面因为纯粹做实务的同行可能对体系化、理论化的提炼没有足够的兴趣。

全面地研究并讲授《民商事诉讼实务技能》的动因主要是来自我自身学习的经历。我本科就读于中国政法大学，之后考入北大法学院读了硕士。但开始进入法律实务时，我发现自己在民法的三个层面——民法理论、民法条文和民法实践中，只能说相对熟悉民法理论和民法条文，对实践完全不了解。我硕士毕业时甚至还没有完整地看过一个判决，完全不知道案件怎么审的，也完全不知道合同怎么写。从事法律实践 15 年了，我现在有了一些经验，回想起来，觉得法学院的学生，特别是毕业后马上就要工作的硕士生，应该对民商法实务有关的系列技能有一个基本的认知。

这些年，我一直在给全国各地的法官、检察官、律师、法务讲授民商事法律实务技能的系列课程。在讲授这块课程的过程中，也一直注重研究的原创性。比如，我应该是国内最早结合中国法规案例的电子数据库系统性讲授法律检索的，在诉讼文书写作课程中也是原创提出了“准确、全面、切割”的

诉请写作三要点。在这些课程讲授的过程中，不少学员提出如果他们在执业的头三年就上过这些课，可能效果会更好，于是我就开始考虑给临近毕业的法学院研究生上这门课。为什么是到 STL 来上这门课的原因其实很简单，一方面有老朋友黄卉老师、茅少伟老师在这里，朱庆育老师也来访问授课，再加上 Dean Pangilinan 的盛情邀请，很自然就过来了。

Q: 在法学院我们应该学什么？您觉得从法学院毕业的同学应该具备什么技能呢？

这和同学们的个人兴趣相关，也取决于同学们毕业后想做什么。我先对法律行业的生态进行一个简单的介绍。

在法院里面，审判业务分为“两大块”和“一小块”。“两大块”是指刑事审判和民事审判，“一小块”是指行政审判。而在律师行业，分为诉讼和非诉两大块。

在诉讼业务里，主要以民商事诉讼为主。在一线大城市，分工比较细，民商业务下面会分得非常细，比如有专门做建设工程诉讼或者专利诉讼的律师，然后民商事诉讼律师一般不去做刑事辩护，会有专门的刑辩律师，但是占比很小，此外还有更低比例的律师专做行政诉讼。而在二三四线城市，情况可能不一样，因为分工是由市场决定的。市场的规模越大，分工就越细；市场的规模越小，分工就越简单。因此在二三四线城市，律师可能所有的案件类型都会做，往往是全能型的。比如一个律师可能需要解决顾问单位劳动纠纷的问题，也要解决顾问单位与上下游存在的合同纠纷，还要解决顾问单位修房子存在的建设工程纠纷等。

非诉领域的业务，我没有直接或间接经历过，但是据我的观察，非诉其实主要是做项目。项目主

要分为两大块：上市和投融资。投融资还往往涉及跨境的内容，钱怎么进来，又怎么出去。因为这个过程中需要做很多英文材料，STL 的同学都会比较有优势。我还观察到，非诉业务还和新行业的发展相关，如互联网的发展引发了互联网企业的合规、个人信息的保护等法律业务。企业对此往往很重视，因为万一出问题，企业将会面临巨额罚款、高管也可能面临个人的刑事责任等，这是一个完全新的领域。

将生态环境分析清楚了，就回到大家毕业之后想做什么。对于 STL 的同学，如果毕业后准备从继续从事法律工作，地域上会选择东部沿海的律所或者法院工作的可能性更大。在这样的情况下，从事民商事诉讼以及红圈所的非诉业务的概率会较高。从这样的工作需求出发，如果是国内的民商事诉讼，需要较好地掌握民法、民诉、公司法等。

从事非诉业务的话，在此之外，我猜想还需要英文好一点，对普通法的基本概念熟悉一点。如果从事仲裁相关，仲裁的规则和民诉实质上也是相通的，都是裁判的规则，因此无非还是民法、民诉和公司法。当然，同学们也可以关注新的业务领域，

比如互联网行业。一旦我们转换到行业的视角来看，学习就不局限于部门法的分类了。比如当我们关注互联网行业相关的法律业务的时候，就既有民事法规，又有刑事法规、行政法规，各方面的法规政策都有，都需要有所学习和了解。

Q: 您认为，什么是法律人的“专业”？

从审判的视角来看，律师的专业体现在对证据很熟悉、对法条很清楚。可能同学们觉得这样很正常啊，但是不少律师 80% 的精力在找客户、聊客户、谈案子上，只有 20% 的精力放在案件本身上。

我们发现这样的律师在上庭之前，一个复杂的上诉案件，他可能只看了一审判决、助理写的上诉状、案件最重要的合同条款，然后和律师助理聊过几句。他们几乎不会看完很厚的证据材料。因此，当法官在庭上问到事实与证据的细节时，他们经常一问三不知。这样的律师一般不再追求个案的结果，他们只要保证一年中有一定比例的案件是胜诉的就好。



并且这样的律师一旦脱离一线久了，对案件的敏感度会降低，实践中，这样的律师都会带着一个助理一起开庭。上庭之后，他就只会开场说一下，接下来所有法官询问案件细节的地方都是由作为他助理的律师回答。

当然，律师行业也有很多很专业的律师。我在最高院有一次开庭的时候，遇到两个从西藏来的女律师。我庭前本来以为她们的水平可能不够，结果一开庭，发现两位女律师非常专业。当时是一个建设工程的案件，两个女律师都做了很厚的一本笔记本来开庭，她们将所有案件的要点都摘到里面了。我们问的每一个细节，两位女律师都对答如流。并且两个女律师边开庭，边不停地做庭审笔记。所以，**专业这个问题从本质上来说，这其实还是一个敬业态度的问题，这与你们在哪个地方哪个机构执业其实没有关系。**

Q：我们学普通法时，得知美国的法院分工是：下级法院主要进行的是事实认定，越往上走到最高院时只有对法律问题的讨论，而我国的高院和最高院在审理案件时似乎还是很重视证据和事实的审理，想请问一下老师对于我国法院分工的看法。

在我国，到了高院和最高院这样的审级，传统上法官普遍认为法庭上法律问题大概讨论一下即可，因为法律问题，法官说了算。双方律师只需要提示法官几个要着重考虑的法律的点即可，法官在庭上一般不会让双方律师对纯粹法律问题发表过多观点，而且双方也可以庭后通过书面意见补充对于法律问题的看法。

现在确实有这样一种趋势，比如说到最高院只进行法律审，但我觉得总体来讲在大陆法的框架下

将法律问题与事实问题进行严格切割是很难的。其次，还要考虑到中国人固有的传统，比如死刑在中国就很难废止，因为老百姓的认知是“杀人偿命，天经地义”。如果中国的最高院的法官说，这个案件里面被告有没有杀人我不管，我只判断他如果杀了人该不该判死刑。中国的老百姓能接受这个认知吗？我觉得是很难的。

Q：如果开庭不会就法律问题进行细致的辩论，那么开庭的意义到底是什么？您如何看待现在的互联网庭审？

这是法学院学生接触实务之前常见的认知误区。因为在学校里面主要学习法条及理论，就天然地想象法律实践中也是主要处理法条及理论相关的问题，但不是的，实践中主要是处理证据和事实，当然，限定是能产生法律后果的证据和事实。

开庭的必要性主要就在于，有一些证据及事实问题一定要在双方当事人或双方律师在场的情况下进行确认，否则法官不好判。比如说，一方起诉另一方偿还借款 100 万元，在被告没有到场确认的情况下，法官不敢轻易认定这 100 万元的债务是确实存在的，双方都在场的确认能极大地降低裁判的负担和风险，即便被告抗辩已经还了 20 万元或者 100 万元是投资款而非借款，也是确认了原告曾经向被告支付过 100 万元这一重要事实。

一般来说法官在开庭时会有一关于事实的问题清单，需要现场让双方一一确认。这是不能由庭前的书面问题清单替代的，因为这不像是 IPO 那样有按确定逻辑排列的格式化文本。庭上对于每一个事实的确认、部分确认、部分否认、完全否认，所引发的下一步提问是存在多种分叉和高度不确定性的。还是这个 100 万元借款的例子，法官在庭审现场会首先问这 100 万有没有借？如果借了是通过什么方

式借的，出于何种原因借的，双方当事人或律师需要现场对这些问题进行回答。**现场撒谎比书面撒谎难度高很多，有经验的法官几个问题就可以问出真假。**

我觉得互联网庭审会削弱庭审的实质意义，虽然它也是一个“现场即时”向双方提问的场景，但普遍认为争议较大的重大案件不应该走互联网庭审。对于事实高度清晰的案件可以借助互联网庭审，比如说金融借款案即便标的额有十几亿也一般不复杂，持牌金融机构和正经企业之间签订合同并银行转账，还本付息没有多少需要争论的。

但对于争议较大的复杂案件来说，互联网庭审缺失了一种现场感。就像一个人在家做网络演说和在一两百个人面前做现场演说是不一样的。人类有很多的微表情，这种微表情在线上是无法还原的，一定要在现场才可能被关注到，而且人类的现场聚集，会形成一种氛围，这种氛围在线上也是无法还原的。

Q：您如何看待司法解释、会议纪要在中国司法实践中发挥的作用？

司法解释和会议纪要在中国的司法实践当中发挥了非常重要的正面的作用，每一条司法解释、会议纪要都是对一个具体的实务问题给出一个解决的答案和标准。对于这样的标准答案，有的学者可能会不认同。但是如果最高院不给出这样的标准，让涉及到这类问题的大量案件在每一个个案中去争论去辩论，会给整个社会带来极高的司法运行成本。最高院制定大量司法解释和司法解释性质的文件，给各级法院一个裁判的标准，就可以直接解决问题。确定的规则比完美的规则更重要，更何况没有完美的规则。

我们国家的立法是宜粗不宜细的。立法粗的原

因在于国情。我们国家东中西部发展不平衡，一二线和三四线差别很大，还有深圳这样的经济特区。内部差异大，经济发展步调不一致，立法上只能进行比较粗的规定。类似于修建一栋房屋，全国人大立法时只管混凝土框架，做完框架之后安装门窗水电的工作全国人大就授权给最高院去做，由最高院来做具体司法解释。最高院做好门窗水电后，软装之类的事情交给地方高院，地方高院根据本地的情况出更具体的审判业务文件。

确定的规则比完美的规则更重要。如果普遍性地基于个案展开法律问题的充分辩论，确实能给法律行业带来巨大的收益，但对整个社会运行而言这样去解决争议，成本是极高的。在这个意义上，我国的法律行业与医疗行业类似，都具有中国特色社会主义的先进性，以尽可能低的成本 / 价格向全社会提供了普惠的法律 / 医疗服务。当然，相应的，我国的法官群体跟医生群体一样，都为此作出了个人利益的重大牺牲。

Q：您认为民法和民事诉讼法的学习有何区别？

民法主要靠在学校学，比如一些基础的理论概念。对每一个民法概念的深度理解，要在学校打好底子，然后同学们到实践中才能够更恰当地处理问题。

民诉在学校学习时可能主要是靠记忆，在学校阶段不像民法一样涉及高度抽象的理论或概念。但民诉很重要的一点是，很多规则在实践中是有尺度的。比如我们学习民诉时会了解到保全分为诉前保全和诉中保全两种，但到实践当中才会发现很多法院基本不给做诉前保全。这样的事情不会写在任何民诉条文当中，只有通过办案子才能知道。

这就跟民法不一样，民法当中我们说有法定解

除，也有约定解除。那到实践当中也是有法定解除，有约定解除，不可能有的法院只给做法定解除，或者说不给做约定解除。但民诉在实践中有很多尺度、快慢和程度的差别，这种差别你只有办了案子才知道，不办案子不知道。这些问题你从纸面的民法法条文是看不出来的，法考也不会考的。所以，民诉的很多问题是毕业之后才知道的，但是民法的学习其实主要就在学校学。

Q：我们应当如何夯实民法的基础？

民法最重要的是体系，你先要进行体系性的建构。民法是包罗万象的，也是高度抽象的，有哲学思辨的色彩，因此我们很多学生会觉得民法是很难的，因为要掌握民法的体系，要理解民法概念的内涵、外延与逻辑。作为类比，你如果看公司法的规则、民事诉讼法的规则，背后相对而言没有那么多复杂的哲学理论概念。但是民法是不一样的。民法不是会计准则，民法的理论性、哲学性是很强的，所以建议同学们学民法时要立足于完整的民法体系，从体系的高度去准确把握概念间的关系。推荐大家读一读谢怀栻先生的《论民事权利体系》，这篇文章至今也不过时。

讲到体系性地学习民法，为了方便大家理解，这里讲一个我读书时候印象深刻的故事。民国时候我国的印刷排版，开始从竖排逐步改成横排，当时有老一辈的学者反对，其中一个反对的理由比较有趣，大意就是我们读书要“竖着读”，也就是边读边点头，才会认同和理解，如果什么书一拿到手就是“横着读”，也就是边读边摇头，就只会是批判和否认，最后什么也学不到。这当然只是一个故事。但综合起来看，我们学民法，既需要“竖着读”，也需要“横着读”，但一开始，一定要跟着好书“竖着读”，要有耐心，要一点一点地通过阅读体系性

地把握民法的全貌，找到概念与概念之间的关系，探索概念的准确涵义与适用范围。先“竖着读”，读进去，不断体会认同，然后再“横着读”，在前人的基础上继承与批判，形成自己的观点和看法。

Q：讲到“竖着读”民法，请问老师有什么推荐民法书目呢？

以我个人的读书经历，我觉得王泽鉴老师写的民法系列书籍是很好的。如果你看王泽鉴老师的书，可以先从《民法总则》开始看，然后看他的《债法原理》《民法物权》，由总论到分则，不断深入，前后印证补充。我个人觉得还是要完整地看的，而且首先跟着一位老师写的书从总则看到分则。因为民法的体系性特别强，如果《民法总论》你只看了朱庆育老师的，然后《债法原理》再看王泽鉴老师的，你会发现不同老师的作品之间很难连起来。我建议可以以王泽鉴老师写的民法丛书为主线，把王泽鉴老师的《民法总则》、《债法原理》和《民法物权》《民法概要》完整地看下来，然后反复琢磨两三遍，民法的体系感就出来了。

注意，这里面有一个很重要的点，其实我们上课的时候大家也发现了，我们讨论案件的时候，一定要结合法条和事实进行分析，对吧？**其实事实、法条和法学理论这三个东西是来回印证、不断互动的，是一个三体运动。它不是一个单体或双体的运动，它是一个三体运动，这是我们学习民法要掌握的。**同一个案件，因为事实剪裁的不同或者庭审表现的不同，裁判结果可能有很大的差异。当然事实和法条之间的互动，其实在学校阶段是很难掌握的，所以学校的课堂上老师们一般都是在给定事实的前提下讨论问题。**大家作为法科学生，在校期间主要解决的是法条和法学理论的互动问题。**

以我自己的学习经验来说，王泽鉴老师的著作

在法条与法学理论的互动方面，研究与表述都是非常清晰准确的。学习的时候，你一定要打印一本我国台湾地区的民法条文出来，因为王泽鉴老师书里用的都是台湾地区的法条，你不能说我看王泽鉴老师的书就只看他的民法理论，了解债权债务、形成权、撤销权等等的民法概念，不用管台湾地区的法条，绝对不能是这样的。而是说要对照着法条，看王泽鉴老师是怎么把法学理论跟我国台湾地区的民法条文结合起来论述的，这样你才能建立民法理论和法条的映射关系。

我们的民法体系是这样的，它有一套从罗马法时代延续至今的东西，我们可以称之为传统民法理论。这套理论它作为一个核心，可以投射到各个国家或地区具体的法律条文中。投射到德国是德国民法，投射到日本是日本民法，投射到我国台湾是台湾地区民法，投射到我国大陆地区是我们的现行民法，不知道我这个比喻是否恰当？**所以你不能只学表面的民法条文，你要把背后的传统民法理论掌握，然后把传统民法理论和我国大陆民法典的映射关系掌握。**王泽鉴老师通过一整套书，已经做好了传统民法理论和台湾地区民法条文的这样一个映射关系的整理，你读了王泽鉴老师的书，将来你自己看我国大陆地区民法条文的时候，你也会知道该怎么建立传统民法理论和我国大陆地区民法条文的映射关系。

我为什么建议你们先看一套王泽鉴老师写的民法丛书？不是说别的老师的民法书不好，相反，比方说朱庆育老师《民法总论》写得很好。但是对于法学初学者来说，王泽鉴老师的书是一套完整的体系，但朱庆育老师目前还只写了《民法总论》，他还没有写物权、债权。你不能总则看张三的，债法看李四的，物权看王五的，这样读就全乱了。民法的体系是很强的，我们要首先一以贯之地跟着一个老师、一套书体系性地研读，才能学明白。王泽鉴老师的书自成一个体系，他自己一个人写的，从第一个字写到最后一个字，比较完整。如果朱庆育老

师以后他接着又写了债权还有物权，那当然你可以首选看朱老师的了。这个对于初学者而言，学习民法书籍选择上的一个权衡。

王泽鉴老师那套丛书里面的《不当得利》、《侵权行为》、《损害赔偿》可能对初学者来说太细了，有点偏专题性研究了，初学的时候可以先看这些，先从《民法总则》《债法原理》和《民法物权》开始看。然后再看黄立老师的《民法债编总论》，大致可以拼完全图。中国大陆地区的民法书这块，朱庆育老师的《民法总论》、崔建远老师的《物权法》、韩世远老师的《合同法总论》、程啸老师的《侵权责任法》，还有其他不少好书，我就不一一列举了，都是值得推荐的。

Q：老师可否具体解释一下，您上课时提到的法律学习中要区分应然与实然应当？

我们学习法律，第一个要分清的就是应然和实然。这也是我在中国政法大学大一上课的时候印象最深的，当时是郑永流老师在《比较法总论》的课堂上专门讨论了这个问题。

其实简单来说，我们法律有三种层次，应然的理想状态、实然的立法规则以及真正的法律实践，或者说，民法理论、民法条文和民法实践。我们讨论任何法学问题的时候，要首先把这三个层次分清楚，这三个层次不能混淆，一旦混淆，就麻烦了。

当然你在这三个层次之间可以彼此对照，相互批判。但是你在批判之前，首先要搞清楚这三个东西是不一样的，民法理论、民法条文和民法实践是不一样的。我们刚刚提到民法的体系性的时候，讲到要“竖着读”民法，除了要先体会民法的体系再进行批判分析之外，很重要的是要“竖着读”领会民法理论、民法条文和民法实践的区别，不要一上来就眉毛胡子一把抓，稍微读了点书就乱发意见批

判一通，结果连自己批判的是民法理论、民法条文还是民法实践都没搞清楚，这是我们学法律的人要尽量避免的。

从某种意义上说，法学理论、法律条文和法律实践三者对应着三种不同的法律职业的定位。比如说在中国，按照三个层次可能不太准确的对应关系来看，可能法学学者就是主要进行法学理论研究，然后各级人大和政府的立法者 / 法规规章起草者对应法律条文，法官和律师就是对应法律实践。

我觉得法学学者作为一个整体，既有**学校功能**，也有**社会功能**。法学学者在学校的功能，当然首先是教好学生，法学学者的社会功能是发言发声，反思批判，避免立法和实践过于偏颇。法学学者需要不断地去反思立法和实践，通过批判来促进立法与实践的完善。相较而言，律师、法官、法务则是通过亲身参与个案来影响法律实践。说句玩笑话，实际上正是法学学者、立法者、律师、法官不断地进行相互“批判”，我们的法治环境才会越来越好。

Q: 您认为，在法学院中，是否有必要开设实务课程呢？

法律的学习有三个层面：民法理论、民法法条和民法实践。事实上，实务课也没必要开太多，诉讼开一两门，非诉开一两门，同学们根据个人兴趣去选修，就差不多了，主要是在校期间对实务有了大体的框架性的认识，毕业后到工作中不时能碰到可以触发的记忆点，“这个点当年田老师课上讲过的，原来真的是这样啊”，就行了。国法的研究生虽然是四年学制，但第四年实习，头三年学习，加上既学中国法也学美国法，其实你们要想掌握扎实中国法理论的核心、重点，把民法、民诉和公司法学好，已经很紧张了。总之，重要的还是把基础打好，不要把太多的精力花到所谓的实践课程上来。

法学院的学生对于事实的能力较弱，因为在法学院很少会教证据和事实的内容，但对此的学习只能到实践中去做案件，边做边学，而不是说在通过在学校上课的方式去学。夸张点说，法律实务的学习，你研究一万遍也不如自己以法官或者律师的身份办一个案子。举个例子，你把德国、日本、我国台湾地区的合同法相关法条和理论书籍都看完了，也不如做几个合同解除的案件，然后才会真正地对中国法上什么叫做“合同目的不能实现”有所认知。

大家在学校的时候，可以多读一些书。我近年来的观察是，现在的小朋友英文越来越好，但是中文水平却越来越差，遇到复杂情况时，经常无法通过书面中文清晰地表达自己的想法。大家有空时可以读一读沈从文、汪曾祺这些作家的经典作品，我的意思是他们的作品在文字上很经典。

Q: 在法律工作中如何建立相关领域的知识体系？

其实在任何一个领域，要想了解最新的场景和问题，以我自己的经验是这样的：比如说假设你自己在深圳做建工诉讼这块的业务，那么除了**法条**和**司法解释**，实际上就看**两大类判决**就能迅速地了解到这个领域最有可能发生什么问题，以及这些问题最权威的答案是什么。这两大类判决分别是最高院近三年的建工类的判决（注意不要看裁定）、深圳中院最近三年的建工类的二审判决。**看完这两类判决，你就知道建工里面最新的、最有可能遇到的问题是什么，最准确的答案和最常见尺度的是怎样的。**如果时间不够，就先从这两大类判决最近一年的开始看。这样你的工作量最小、效益最高。

.....
◎ 本次访谈采编、校对工作由胡景宣、刘璨、刘国英、刘迎宜、卢晴、田凯锋同学完成。

陈大创： 民法学习方法的 “鉴定式”

陈大创

- ▶ 中南财经政法大学法学院讲师
- ▶ 北京大学国际法学院访问教授

“ 鉴定式案例分析方法的主要目的是训练法律思维和法律适用能力。其严格的审查步骤，要求学生将自己的论证思路充分展现在别人面前，供别人检视其逻辑是否通顺、体系是否完整、问题定位是否精准、论证是否充分。 ”

Q: 陈老师，您在 STL 开设了《民法研讨》，您为什么想开设这门课程呢？这门课程的主要内容是什么呢？您想通过这门课程达到什么样的教学目的呢？

今年 5 月份的时候，黄卉老师跟我说，STL 想开一门民法案例分析课，问我是否有时间和兴趣来授课。我个人近几年一直参与鉴定式案例分析方法的教学推广工作，而且在 STL 有熟悉的朋友，对贵院独特的教育模式也早有耳闻，很想前往学习，就接下了这个任务。

这门课名称叫《民法研讨》，但内容是民法鉴定式案例分析方法。与通常意义上的理论课和研讨课不同，**鉴定式案例分析课是一门实践导向的课程，要求学生在现行法的基础上，依照鉴定式案例分析方法，撰写一份案例分析报告，来解答给定事实的案例中提出的法律问题，通常是判断法律主体之间的请求权关系。**学生在解答过程中，要以现行法为依据，遵守“请求权产生—请求权消灭—请求权行使”的分析框架，通过层层递进的涵摄和论证，才能得出最终结论。

这门课的内容，不是全面讲授基础理论，也不是对特定理论问题进行专题式的深入研究，而是进行法律思维和法律适用能力的训练。**借用张家勇老师的话来说，即训练同学们“依有效规范，得出妥当结论”的能力。**

在解答案例的过程中，学生对现行法的规范体系、构成要件、所关联的教义学理论、可能存在的问题等会有更加直观的理解。学生的整个思维过程需要一步一步地展示出来，以供检视。逻辑上的跳跃、对论证义务的逃避、基础理论的欠缺和理解偏差、请求权检索的遗漏等问题，在课堂讲解的过程中将被揭示出来。学生在此基础上，再撰写一份优化稿，

以消除这些问题。**通过此种反复训练，这门课程意图培养学生严密的体系思维和逻辑思维、锻炼法律论证和写作能力、强化对基础理论体系的理解和掌握。**

Q: 您认为在哪个阶段开展鉴定式案例训练比较合适呢？

鉴定式案例分析课程主要是对学生法律思维和法律适用能力的一种训练。**从这个角度来讲，鉴定式案例训练的开展当然是越早越好，否则后面要改变学生已经定型的思维模式，是比较难的。**此外，案例分析课程有利于学生更好地理解和掌握基础理论知识，因此，尽早开展效果较好。

但有一个问题要注意，给低年级学生开设案例课，在案例的设计上，要和理论课的进度相配合，不要一上来就搞大型综合性案例。可从初阶、简单的案例入门，循序渐进，让学生逐步掌握这种方法。在学完一个专题或者一门部门法之后，再设计复杂程度高、涉及知识点或者理论争议更多的案例。

Q: 鉴定式案例分析方法和别的案例教学法相比，有什么很独特的作用吗？在更高阶的法学研究阶段，鉴定式案例分析还有用吗？

现阶段，法学教育实践中存在多种案例教学方法。每一种方法，都有其特定的作用。譬如，以说法型案例教学法，可以通过列举具体案例，使学生能更直观地理解所学习的理论知识和法律规定，能有效配合基础理论的传授。而带有实务色彩的一些案例教学方法，则注重提升学生的实务技能，使他们能更早适应实务需求。

鉴定式案例分析方法的主要目的是训练法律思维和法律适用能力。**其严格的审查步骤，要求学生将自己的论证思路充分展现在别人面前，供别人检视其逻辑是否通顺、体系是否完整、问题定位是否精准、论证是否充分。**这种精细化的训练，是现阶段其他案例教学方法尚未能提供的。

所谓“更高阶的法学研究阶段”，所指的可能是研究的问题更具争议性，尚未形成通说，甚至未被关注，因此分析人需要在选择理论方案时进行更加充分的说理论证。这跟鉴定式案例分析方法的训练，并不相互排斥。在解决简单和复杂法律问题时，基本的思维框架并无差别。

鉴定式案例分析方法的功能之一，是可以帮助我们快速精准地定位关键问题，把问题安置在具体的构成要件之下去展开讨论。对于一些复杂案例，如果不借助这样一套精细的分析方法，有时很难一下子确定争议问题的体系定位。问题被有效定位之后，别人可以跟你在同一语境之下展开讨论，讨论才更有效率。这种思维训练，有助于提高发现问题的敏感性和分析问题的精准性，在所谓“更高阶的法学研究阶段”也有其作用。

从个人经验来看，很多处于所谓“更高阶的法学研究阶段”的学生，其法学思维的训练恰恰并不充分，对自己的理论知识体系的漏洞也没有察觉。在实际分析案例的时候，逻辑混乱，论证单薄，才觉得“书到用时方恨少”。

Q: 您听到的对鉴定式案例分析方法的误解有哪些呢？比如实务届偶有批评称鉴定式案例分析方法“太学术”，您对此有何回应呢？

鉴定式案例分析方法是最近几年国内新引进的一种教学方法，不少法学院校都在大力推广这一套

方法。既然是新的尝试，自然会遇到质疑。质疑有可能源自不了解，也可能是对这套方法的价值有不同看法。

譬如，大家有时候会过多地把它和德国挂钩，关注法典的完备性是否是开展鉴定式案例分析的前提，欠缺德国法学院的助教体系是否导致训练效果不足，法考不采用鉴定式案例分析方法是否意味着训练无意义。

也有观点认为，鉴定式案例分析方法过于强调审查步骤和框架，禁锢学生思维，导致学生专于套用模板，法学水平并无实质提高；或者认为此种方法专注于实体法，欠缺程序法训练，对学生的实务能力锻炼不足；或者认为本科阶段应注重知识传授，不应开设此种案例分析课程。

当然，也存在另外一种观点，即过分强调鉴定式案例分析方法的作用，将它当作学好法学的秘籍。

个人认为，**首先不应过分强调鉴定式案例分析方法的德国标签。这种教学方法盛行于德国，但它所体现的可能是一种共通的法律思维。**我们更应该探讨这种分析方法的本质和功能是什么？如果它能够对学生法学思维的锻炼、法学实践技能的提升有所裨益，自然可以借鉴引用。当前的制度性障碍，并非排斥这种教学方法的充分理由。对教学方法本身的功效与实际施行面临的困难，应加以区分。

其次，这种方法并非禁锢学生思维的套路训练。**鉴定式案例分析方法中“请求权产生—请求权消灭—请求权行使”的思考框架对应民事诉讼实务的攻防结构，司法三段论式的涵摄过程是成文法规则适用的共通思维，分析步骤的全面展示使得思维过程的每一步都可供检视。**学生在分析的过程中，并非进行简单的涵摄即可。

很多时候，作为大前提的请求权基础规范的寻找，就已足够复杂。若欠缺法源理论、民法典条文体系、规范属性识别等方面的基础知识，学生通常难以准确锁定大前提。拆分构成要件和涵摄，对学

生的法律解释能力、教义学理论功底、实质论证和价值评价能力等都提出了很高的要求。一个优秀的案例，可以说处处都对学生的综合能力进行检验。学生在每一个点下面，都要进行充分论证。严格的审查步骤要求，使得学生无法逃避此种检验。

Q: 我认为，鉴定式案例分析方法是把你的思维给展开，训练你不要漏掉一些思考的方法和步骤，这样可以更好地去解决一些层次更复杂的问题，这样也可以发挥法学规范运用的想象力和创造力，有时候可以帮助律师更好地去想一个对当事人来说更安全的诉讼策略，老师觉得是不是这样呢？

鉴定式案例分析方法有严格的形式要求，使得思维不能跳跃，考虑问题必须全面。结合单一请求权内部的“请求权产生-请求权消灭-请求权行使”三层次的递进审查，和多个请求权情形“契类无物不侵”的顺序审查，解题者可以判断，自己的分析是否已经完整和全面，结论是否经得起检视。相反，如果看到一个问题，仅凭直觉分析自己认定的争议点，则有可能遗漏逻辑前提或其他问题，需要不断修正，论证可能因此欠缺效率且难保可靠性。

鉴定式分析报告的要求之一，就是分析问题必须全面。对同一项请求内容，你要考虑各种可能的请求权基础，不得遗漏。如果应用在律师实务中，确如同学所说，可以帮助律师检索各种可能的诉讼策略。而不同的请求权基础，在构成要件、证明责任、法院管辖等方面都有所差异，律师可以对此加以考量，进而确定有利的诉讼策略。

当然，要达到这样一种全面审查的效果，前提就是你的基础知识必须掌握扎实。否则，你对案例中涉及的问题欠缺敏感性，压根不会有所察觉。鉴

定式案例分析方法并非灵丹妙药，不夯实基础，何谈分析论证。在这方面，鉴定式案例分析方法的一个附带功能，是可以帮助解题者发现自己基础理论体系的欠缺和漏洞，倒逼其去查漏补缺。

至于实务界批评这套分析方法过于学术的问题，实务界有这个批评吗？

Q: 有同学反馈，在实习中似乎发现法律实务中往往并不需要使用鉴定式分析方法，自己有时只需要呈现出一个法律结论，而无须展示过程，请问您对此有什么看法呢？

这到底是分析方法本身的问题，还是实务界的问题？如果实务人士要求我们在给出结论时，无须展示论证过程，是否合理？个人觉得，我们似乎应该努力提高有效论证的能力，而不是为了怕出错而逃避论证。

要解决这个问题也不难，鉴定式案例分析方法可以帮助你确定关键问题点，得出较为可信的结论。但在撰写最终法律文件的时候，你可以根据受众对象的不同，调整法律文件的内容，无须将整个思维过程都写入文件。

除你所说问题以外，有观点认为鉴定式案例分析方法无法为学生提供事实认定、举证方面的实务训练，从而质疑其价值。我们应当看到，民法领域的案例分析训练，包括大学阶段的鉴定式案例分析课和实务阶段的法庭报告技术（Relationstechnik）训练，后者针对事实不明的案例，实现了实体法与程序法的结合。每一阶段的训练，有其不同的目的。因此，对鉴定式案例分析方法的此种批评，实为误解。

Q: 您曾说“鉴定式案例分析是检验伪学霸最有效的工具”，我们应当如何改变这种“伪学霸”的状态呢？

这话不是我原创的，是广东财经大学法学院的一位名叫李成秀的学生，在参加了中南财经政法大学2019年暑期班之后对我说的。她说她参加暑期班最大的体会，就是觉得“鉴定式案例分析是检验伪学霸最有效的工具”。这里有一点玩笑的成分，但也确实反映了我们当下法学教育某种尴尬的局面：部分学生好像平时学得很好，对各种概念理论都能侃侃而谈，应付考试游刃有余，成绩单非常亮眼，但一碰上实际案例就会感到无从下手，或者只能从自己的知识储备中抓取一些模棱两可的概念加以套用，可以说是“一学就会，一用就废”。

这可能是法学院的考试模式决定的。大部分法学院校考试的内容，基本上限于理论知识，甚至有部分纯记忆性的内容。理论知识可以仅通过讲授、阅读、背诵等方式习得。零碎化的知识点考察，也难以反映学生对体系的整体把握程度。而鉴定式案例分析，则直接考察学生解决实践问题的能力。此种能力对学生的理论功底和体系思维要求较高，也无法在短时间内突击养成，需要经过反复训练才能掌握。所以，没有经过训练的学生接触到案例之时，往往就原形毕露。

要从“伪学霸”变成“真学霸”，并无捷径，只能坚持撰写案例分析报告、坚持训练，因为技能是无法通过讲授习得的。在训练的过程中，须将已经掌握的理论知识，定位到请求权审查体系中的相应位置，或者规范的具体构成要件之下。从过往经验看，这也是学生撰写分析报告时比较混乱的地方。只有建立相对完整的体系，明确各种具体制度在哪个层面对请求权最终的实现产生影响，才能更好地运用已掌握的理论来解决实际案例。

Q: 您是怎么准备鉴定式案例分析的课堂的呢？

鉴定式案例分析课堂对老师的课堂引导和把控能力要求较高。与此相应，老师在课前必须充分准备。在案例的选择上，我都是使用自己编写而且亲自解答过的案例，并且要制作思维导图式分析大纲。在解答过程中，对可能出现的争议问题，要做好知识储备，对衍生问题也要有所涉及，因为在课堂上，学生的思维可能发散到关联领域。

此外，在课前要对学生的案例分析报告进行通读，整理归纳普遍问题，并尽可能标记每位学生出现的问题，便于在课堂上进行针对性的提问。在课堂上，老师主要扮演引导的角色，通过互动式提问与追问，让学生按照审查步骤一步步对案例进行讨论、解答。当课堂讨论出现偏离时，老师要判断学生发言是否与课堂内容相关，或者正反方是否针对同一问题在展开讨论。总而言之，每次案例课对老师而言，都是一种脑力和体力上的挑战，要不断地锻炼才能站稳讲台。

Q: 您是如何编写出这些案情看似平常却精妙难解的案例的呢？

我个人编写的案例主要有三种类型。

第一种案例，是直接取材于真实裁判文书，根据教学需要进行简单改编。比如《豪宅风云案》，取材于明星黄某购房案。该案涉及的知识点可以供民总教学所用。但基于真实裁判文书改编的案例，知识点数量往往不多，通常只有一两个。将此类案例用于同步配套理论课的案例课，问题不大。但若针对高年级学生，想用单一案例覆盖多个知识

点,把某个领域的体系串一遍的话,可能就不太适合。

第二种案例,则是有针对性地从某一领域的诸多裁判文书中,将**重要的实务问题点抽取出来,再融合编进一个案例中去**。比如《疯狂的担保案》,融合了动产和权利担保实务中常见的诸多问题。这种案例反映实务问题,学生比较感兴趣。此外,这种案例覆盖的知识点较多,适合用来进行专题性训练。当然,这种案例的编写,需要老师在前期付出相当精力整理裁判文书、抽取问题点。

第三种案例,则是纯粹虚构的教学案例。我一般会事先列出我想要考察的知识点,然后构思每一个知识点可以通过何种情景融入案例中,紧接着像搭积木一样,通过模块化的案情把这些知识点串联在一起。当然这往往需要一定的灵感和想象力。这种案例我一般用来训练学生对理论争议问题进行论证,答案可以保持开放性,用来配合教学效果较好。但自己在编写案例前,要先搞清楚现行法和学理上对哪些问题存在争议,各方观点为何,否则在解题时很可能把自己带到坑里。

要想编写出好的案例,平时应该注意收集素材。上网或者手机里面刷到一个新闻,感觉很有意思,可以把它保存下来,供日后使用。另外,教学案例可以保持一定的趣味性。在我编写的很多案例中,法学院的课堂总是枯燥乏味,当事人提不起学习兴趣。这在一定程度上也算是对现阶段法学院教学状态的一种反映,容易引起学生共鸣。

Q: 您在上课时有没有遇到过被学生的提问刁难住的情况呢?

当然有。案例课要求老师在课前准备充分,但针对每个问题,老师是一个人在思考,而课堂上的学生可能是三十个人在思考,每个人的思考角度可能都不同,所以有些问题老师事先未能考虑到,而

学生可能提问到。案例分析课互动式的教学模式,决定了老师不能回避这些问题,而是要结合自己掌握的理论知识,在短时间内进行回应。但有些问题无法在短时间之内作出准确判断,需要课后去学习才能作出令人信服的解答。所以,从另一个角度看,老师的收获也会很多。这就是很理想的教学相长的状态。

Q: 您认为在案例分析课上应该如何实现老师和学生之间的良好互动呢?

案例分析课程要求授课教师在课前须对学生在分析报告中出现的问题进行整理和回应准备,在课堂上要引导学生逐步展开对案例的分析,并围绕争议问题进行正反观点的论证,因此,其课堂是一种**互动式的、以学生为中心的授课模式。要达到理想的效果,最好就是小班教学**。如果人数过多,作业批改和课堂互动难以保证。但是,课程的开设,每个学校的教务管理制度有所不同,师资、助教等配套情况也有所不同,需要各个学校根据自身情况,决定采取何种授课模式。在无法达到理想状态的情况下,不妨先采取次优方案,毕竟行动最为重要。

Q: 在用请求权基础方法写课程作业的时候,同学们愈发觉得对法律知识的体系化掌握非常重要。那么请问老师,一个法学生应该如何构建自己的知识体系呢?

我给我学生的建议,是开始部门法的学习时,先找到一到两本比较经典的教科书加以通读,通读的时候做笔记,利用幕布或者 Xmind 等软件把基本的体系框架搭建起来,之后再把其他教科书或文献对同一问题的论述补充到相应位置。

比如,以王泽鉴老师的书构建基本体系之后,再把朱庆育老师、梁慧星老师等学者的观点,或者把比较法上的知识补充进去。**也就是说,先在“面”的意义上搭建基本框架,再在“点”处拓展、细化**。单个部门法或者具体领域的基本体系搭建完成后,可以尝试把它并入到上一级体系框架之内,这样慢慢积累成一个比较全面的体系框架。

另外,在学习具体制度的时候,要时刻思考该制度在整个体系中的位置,它的上级体系和下级体系分别为何,最好结合相关法条进行标注。同样也可以就具体制度制作思维导图,把民法体系内部相关联的具体制度都纳入一个体系之内。如果说上一种体系是纵向的体系,这种体系则是一种横向的体系。

Q: 您认为,在学习中国法的过程中,我们应该如何更好地使用比较法呢?

我国法律在很多地方有继受法的痕迹。借鉴优秀的法律制度没有问题。**我们在学习的时候,要了解清楚,相关制度从何而来?其运作原理、制度背景为何?**通过比较法层面的追根究底,摸清相关制度的来龙去脉,对于理解我国实证法规定应如何适用、体系应如何协调,很有帮助。

但要避免一个误区,就是“言必称比较法”。我上课时给大家介绍比较法,更多是为了给大家展示不同立法例对于相同问题采取何种做法,用何种制度去解决它。但在解答案例的时候,必须以本国法为依据,不能直接把域外法直接当成本国法来适用。对于具体问题,若比较法上有充分的讨论和论证,可以考虑借鉴其中的说理。

有时候会出现本国法条文不太完备,而域外法规定明确的情况,这时候要顶住诱惑,不能偷懒直接借用域外法的内容。**更合理的做法,是结合教义**

学学理和本国实证法体系,自觉运用法学方法论,对本国法条文进行合理解释和漏洞填补。当然,这需要法律适用者付出较大的精力。但只有这样,才能推动本土法教义学发展完善。

Q: 您觉得法学院教育需要培养学生的核心技能是什么,这些技能又是通过何种方式培养出来的呢?

这是一个宏大的问题。每个人对理想法律人的想象是不一样的,所以对法学生应具备之技能的期待有所不同。

个人认为,掌握“依有效规范得出妥当结论”的技能,是对法学院学生的最低要求,这是合格法律人应具备的最基本素养。这首先要要求法学生要熟练掌握基础理论和重要法律规范。其次,应学会“依法论证”,解决法律问题要有现行法依据,不能单纯凭借朴素法感或者模棱两可的学理概念作出判断,论证过程须逻辑清晰、说理充分、经得起检视。鉴定式案例分析训练有助于培养此种基本素养。

Q: 您认为在法学院的教育中,老师在引导学生过程中应当扮演什么样的角色?可以请陈老师谈一谈对自己影响很大的老师吗?

个人觉得,老师的作用,首先是要引导学生对这个学科**产生兴趣和热爱**,这比具体知识的传授更为重要。如果不能激发学生学科的兴趣和热爱,直接灌输知识给他,他的接受程度是很低的,效果并不见得很好。当然,这对老师的个人能力提出了较高的要求,每个老师都应该探索适合自己的教学风格和教学方法。老师对自己专业的尊重和投入,也能感染学生。

老师的第二个作用，是引导学生建立一套具有**持续驱动力**的自主学习方法。课堂时间有限，无法完成所有具体知识的传授。大学阶段的学习，更多是一种自主学习。授人以鱼不如授人以渔，只有掌握了自主学习的方法，学生才能在老师退出之后，继续有效地拓宽和加深自己的知识体系。

老师的第三个作用，是帮助学生搭建部门法的基础体系。这项工作，更多是在课堂上的有限时间内完成的。学生在接触某个部门法之初，对本部门法的整个体系并不能形成清晰的认识，需要老师加以引导。

在本科阶段，对我的法学学习影响比较大的，首先是朱庆育老师，我喜欢民法很大程度上是受朱老师影响。朱老师上课那种娓娓道来、逻辑清晰、贯穿体系的讲授风格深深吸引了我。他扎实的专业知识和丰富的学识符合我对学者的想象。他上课经常提到一些哲学或者经济学方面的背景知识，他一说我就跑去图书馆找这些书来看。如果老师能让你对这个学科产生兴趣，你就会有内生动力去进行学习。虽然朱老师讲授的很多具体知识点我现在都已忘记，但是他身上散发出的学者魅力、授课时展示的民法的体系性、逻辑性、思辨性深刻影响了我。

田士永老师也是对我法学学习影响比较大的老师。田老师应该是中国政法大学最早做鉴定式案例教学的老师。本科时，我从田老师那里接触到这种独特的案例分析方法。后来大四去德国交流，又进一步学习各学科的案例分析方法，从此结下不解之缘。在本科阶段能碰到这些很好的启蒙老师，个人觉得非常幸运。

Q: 以您现在的观察，您觉得同学们在学习状态上有哪些共通的问题吗？造成这些问题的原因以及可能解决的方案是什么呢？

现阶段法学教育面临的比较大的问题，是学生的**基础知识不扎实，体系不完整**。本科阶段最重要的任务，应该是建立部门法的知识体系，养成正确的法律思维。但很多学生精力分散，活动太多，能分配到看书、打基础的时间很少。老师在课堂有限的时间内，只能讲授最重要的一部分知识，同学们课后需要花时间去复习、拓展、深化相关知识。如果没有足够的时间和精力来做这方面的工作，最终只能掌握零散的知识，既不深入，也不成体系，甚至可能很快遗忘。

这种现象的出现，跟大环境有很大关系。我在学校也担任本科生班主任，同学们找我交流，说他们早早就为保研焦虑，热衷于各种能带来加分的活动。他们出于对自己未来的规划，积极参加各种活动，我不能加以反对，而且大家都已成年，有自主决定的权利。我只能提供一些建议，希望他们能合理分配精力，不要舍本逐末。毕竟，学习是学生的本分，基础知识掌握得是否扎实，很大程度上决定了你以后成长的速度和能达到的高度。类似的群体焦虑现象，我在 STL 也有所发现，一些同学跟我交流，说感觉自己总被“卷”着前行，不得不将大量的精力花在实习上。

Q: 由于学院会在不同学期开设不同的部门法课程，我们对部门法的知识是呈块状的。而鉴定式案例课程要求我们将部门法的块状知识连接起来去解决一个实际、综合的案例，这是否为这门课程的意义所在？

法学院的课程基本是按部门法来设置的，内容繁多的部门法还会分割成不同的课程授课。譬如民法，授课时要分割成民总、债总、债分、物权、婚姻家庭继承等课程。如果得不到适当的引导，学生

难以自行建立一个完整的体系，或者难以把具体领域的体系，融入到整个民法体系中去。但在实务中，很多时候无法仅仅依靠某一条块的知识去解决问题，而是需要把整个民法体系融会贯通起来运用，需要在整个民法体系之内不断游走。这恰恰是鉴定式案例分析方法能够做出贡献的地方。

Q: 相比于能够运用法律解释游刃有余解决复杂问题的文章，我们自己在写作业的时候会觉力不从心，很多时候只能引用已有结论，对于这个问题，老师有什么建议呢？

民法是一门传统悠久的学科，很多问题都已经被反复讨论过，很难提出完全原创性的见解。即使在某些研究薄弱之处，也必须对已有的讨论和研究有全面把握，加上自己不断的反思和论证，才有可能提出新的观点。

这是一个**厚积薄发**的过程，你可以往这个方向努力，在此过程中要自觉地运用法学方法论的工具。每个学科都有自己的方法论，如果不能熟练运用相应的方法论工具，你提出的见解可能难以说服他人。当然，最重要的前提，还是要有足够的积累。你看得见的是他人游刃有余，看不见的是他人在背后的付出。

有些时候，从交叉学科的视角去分析问题，或许容易得到新的灵感和启发。但交叉学科论证，在多大程度上能被实践接受，是个问题。

Q: 老师之前在不同的学院和机构开设过鉴定式案例分析的课程，可以分享一下您在别处教授这门课和在 STL 有什么不同的体验和感受吗？

这是我第一次在 STL 上课。我最直观的感受，就是课堂气氛非常活跃，师生之间的互动非常多。每次我提问，基本上都会有同学主动回答。在老师的引导下，大家会非常踊跃地参与课堂讨论，在同学内部形成不同观点的交锋。这种体验，在其他课堂上不多见。我原计划讲解八到九个案例，但因课堂氛围好，同学们喜欢讨论问题，所以最后讲了五个案例。

原因为何？首先可能是因为这门课程规模很小，有利于开展互动式教学。但我猜想，更重要的原因，是大家在前两个学年的美国法课堂上频繁接受苏格拉底式教学法的训练，形成了和老师互动的本能和欲望。这也是 STL 独特的教育模式带来的好处。总而言之，这次在 STL 开课的教学效果令我满意，作为老师也有很多获得感，我很享受这个课堂。

.....

◎ 本次访谈采编工作由李沁蕊、胡景宣、李文、刘星、吕梦晗、苏诺、张一凡、朱思远同学完成；校对工作由刘璨、周也、朱思远同学完成。

钟瑞庆： 向下扎根，向上突破

钟瑞庆

- ▶ 浙江大学光华法学院副教授
- ▶ 北京大学国际法学院访问教授

“ 摆脱外在的标签，实现内在的自由。 ”



Q：老师要不然先聊聊当时怎么来的STL？
您觉得这些年STL有什么变化吗？

我最早是2016年来STL上课，庆育推荐过来的。我记得很清楚，他说这边学生不错，而且对老师要求也高，学生可以赶老师的。我说那就来试试吧。来了发现学生的确有点桀骜不驯。不过，他们都比较认可我。我记得卢晔好几次安慰我说，老师，我们不会赶你的。后来我每年都来，学生也一直都不错，而且每年都会碰到特别优秀的。不过，跟2016年第一次上课的学生比起来，后来的学生似乎越来越乖，甚至有点太乖了。到今年感觉好像又有一些变化，也不知道是不是跟我让你们做报告有关系，觉得学生又变主动了，因为第一届也是非常主动的。

Q：老师说STL学生好，那您对“学生好”或者“生源好”的定义是什么？是课堂上表现好吗？一般大家说生源好都会理解为录取分数特别高。

STL的录取分数高不高我不知道。作为老师，我们说好不好主要是根据**课堂的互动**，还有**课后互动的反应和提问的质量**。比如我问一个问题，学生能不能反应过来，或者学生会向我提什么问题。根据这些很容易判断生源好坏。如果生源不行，课堂就会变得非常闷，而上课的意义就在于老师和学生的互动。我的课有一定难度，只要稍微生源差一点，就很容易晕，不知道你在说什么了，因此，我对生源质量变化的判断是非常直观的，比如最近几年浙大法学院生源质量上升很快，也是一上课就知道了。

Q: 您觉得 STL 的课堂氛围好, 跟一年级美国法教育的所谓“苏格拉底式方法”有没有关系?

有可能, 但也不一定。一般来说, 敢考北大的人, 自我期许会更高一些, 因为北大无论怎么样, 都会比别的高校更难考一点。尤其是 STL 课业压力这么重, 大家还愿意来考, 也说明愿意努力, 不想偷懒。因此, 在 STL, **自我期许高、愿意努力**的学生比例会更高一些。这些学生聚集在一起之后, 会自动形成一个**更加向上的氛围**。

当然, 仅仅这样是不够的。我觉得跟少伟还有其他老师的付出, 也有很大关系。在你刚入学, 比较早期的时候, 你努力, 你就能得到老师的指导, 然后你进步了, 你就会愿意继续花时间, 从而产生一个上进的循环。**也就是说, 如果老师们愿意在学生身上花时间, 会给你注入内在的精神力量, 你的底气变得更足, 然后使得你更愿意付出努力。**当你进入到那个轨道之后, 后面其实就不是那么难了。我为什么特别提一下少伟呢? 因为他愿意花时间在你们身上, 这种情况非常少见, 一般的高校实际几乎找不到这样的老师, 几乎无条件花时间在学生身上。

因此, 我认为不是因为受了美国法的训练就会自然变成这样, 而是在 STL 内部已经逐渐形成了一种**上进的文化**, 这可能是更重要的事情。STL 的学生跟别的学校的学生相比, 我想最大的差别可能就是上进的动力更强一些。我在 STL 上课, 每年都有第二年又来听课的学生, 有的学生来的次数太多了, 我都会劝她不要再来了。如果你听过张五常反复听课的故事, 你就会知道, 这能很充分地说明, STL 的学生真的是很特别的。

Q: 上进要怎么定义呢? 这种上进我们应该怎么理解? 是在社会评价上获得成功还是追求个人人格的完善?

上进就是你学到东西。学到东西, 就是你明白了以前不明白的道理。因此, 有没有上进, 你自己知道, 其实不需要问别人。如果你从 STL 毕业, 除了多一张北大文凭, 没有任何内在的变化, 你一定会有非常多的怨言, 这是毫无疑问的。相反, 如果大部分学生觉得在 STL 学到非常多的东西, 学院内部的氛围会变得很不一样。**学到东西所产生的内在变化, 就是你受教育的意义。这种内在变化, 外面其实看不出来, 别人也不一定知道, 但是你自己最清楚, 你自己是最好的判断人。**如果你自己判断不出来, 不知道自己有没有学到东西, 就可以说明你没学到东西, 否则你不会判断不出来的。

当然, 我这样讲, 似乎太抽象了, 同学们会觉得很难理解。我的观察是, 现在大学里能真正完成内在转变的学生比例太低了, 所以你理解不了我说的话, 无法共鸣。现在普遍流行的是追求绩点, 争取保研, 保研之后, 努力考各种证, 参加各种实习, 争取一个好工作。也就是, 大家努力按照别人设定的标准去努力, 也就无暇去顾及内心了。其结果, 是让我比较难过的, 大部分学生在大学里并没有真的学到多少东西。

Q: 老师, 我理解大学教育应该帮助锻炼一下自己性格力量或者心理力量, 这些比较高层次的需求; 但我们还有另一种诉求, 就是在社会筛选过程中, 我需要通过大学的教育, 通过掌握的技能去社会上谋生。这两点可能在某种程度上有一个冲突, 也就是我到底该多花时间读一些书还是多花时间提高一下自己的社会价值?

这是现在年轻人比较容易有的误区。你说的社会筛选, 是阿罗 (Kenneth J. Arrow) 的一个学生 A. Michael Spence 写的 (得了诺奖的) 信号理论。他认为, 大学教育的意义就是帮助发出信号。社会上招人的时候确实如此, 根据你的毕业学校来判断你的聪明程度。按照这个逻辑, 你只要考上就可以毕业了, 比如你考上北大就表明你非常聪明, 那你明天就可以毕业了, 只要拿录取通知书就可以找工作了。**你为什么还要再读四年, 甚至再读硕士博士?**可见它在经济学理论意义上是说, 你的受教育成分里面有一部分功能是筛选和信号功能, 基于这个原因, 单位招人肯定考虑这个, 所以招你的时候不用考虑你学什么专业, 只要是相关专业就行了, 甚至不相关也行, 因为他觉得你足够聪明, 学新的东西一点问题没有。这是从用人单位的角度, 它这样理解也是这样筛选, 这也是造成高校的分层越来越明显的原因。**但从自己个人的角度来看, 就不是这样, 你来读这四年, 不是为了证明自己的聪明程度, 而是为了变成更好的自己, 否则四年用来干什么? 什么都不用干了, 你已经证明了, 你只要毕业就行了。**

按照信号理论, 其实北大清华都可以关门了, 因为我们现在筛选首先是通过高考, 比如你通过高考上北大来证明你的聪明程度, 但高考不是北大组织的, 是全国设统一的高考试卷来筛你, 跟大学没有一点关系。大学起什么作用? **大学教育的意义, 是让同样条件的一个人, 同样的起点, 在经过了四**

年或者多少年培养之后, 变成了另外一个人。同样起点什么意思? 比如我们都是智商 120 或者 150, 经过四年之后我变成了另外一个人, 跟同样是 150 的智商, 但没有受过同样的教育, 产生不同的结果。甚至, 比如我原来是 120 的智商, 你 150, 我受过好的教育, 我的综合素质超过你智商 150 的人。这是大学教育真正应该有的意义。

你刚刚提到性格力量或者心理力量的突破, 你靠什么突破呢? 难道是靠实习突破的? 不可能。你的理解力、能力本身上升了, 才有可能突破。比如说自信, 如果心里什么都没有, 你怎么自信? 如果你除了有一张北大文凭让自己稍微有一点信心之外, 没有别的东西作为信心的依据, 那就相当于白白受教育——其实就没有受教育, 虽然你确实拿到了大学文凭。**因此, 你上大学是要突破能力的边界, 原来做不到的, 现在经过学习之后可以做得得到, 原来你觉得很高不可攀的东西, 现在觉得没有那么难了, 甚至觉得其实很容易, 这样才算是受到了好的教育。**因此, 我前面才会强调, 所谓教育都是内在变化, 你的自我发生变化, 才是真正的教育。

Q: 但用人单位招人, 还是要看你的成绩。

是啊, 这就是我们学生诸多焦虑的来源。为什么会有那么多的焦虑? 因为现在的孩子都是在追求外在的东西, 到处都是这样。**在我看来, 你不要那么在意, 社会给你设一个评价标准没有错, 但是你不能围绕那个来, 围绕那个来的话, 你就完全按照别人给你安排好的方式生活, 你怎么有时间追求内在的变化?**你没有那个时间和精力, 你追求完一个又一个, 本科追求保研, 保研之后追求好工作, 没完没了。你一旦追求成这样当然就很难了, 又卷又辛苦, 还没有什么成效, 因为一旦你开始工作, 谁还在乎你以前的成绩是多少呢? 成绩充其量只有一

个敲门砖的作用。但是我们的孩子们现在把几乎全部精力都聚焦在这上面了。四年乃至六年，除了一张文凭，实实在在学到的东西太少了。

当然，如果要再说起来可能就要再往前推，因为同学们大多是独生子女，从小父母监管太多，自我探索空间就少了，到了大学当然还是延续这样的生活状态。这是家长的原因，而不是你自己的问题，你不知道其实有另外一种活法，或者你应该有另外一种活法。但是，如果你自己不注意自我突破，思想深度上不去，你们非常容易变成过渡的一代，因为你要是特别乖，是做不成什么的，只适合做执行人员或者办事的人。而因为我们国家大，对所谓顶层的精英要求都非常高，所以一旦不行，你们就可能会被跳过去。

Q: 这是不是因为现在大学教育本身的功能没有得到很好的发挥，整个氛围变了，所以就引导同学们转向了另一个方向？

当然会有各方面的原因，比如80年代的北大，基本上学生很多都不上课，两极分化。两极分化什么意思？有一批人整天泡图书馆，另外一批人瞎混。我一个高中师兄就是这样的，大学四年，就泡了四年的图书馆，吃饭就到北大图书馆边上一个食堂里面，吃完回去继续看书。你想象一下，一个人泡了四年图书馆，跟四年没看过几本书的人会不会有差别？不知道差到哪里去了。他四年读的书远远超过现在很多博士毕业生看的书。那个时候北大有一批这样的人，这就会自动改变班里和学校里的氛围，因为即使你自己不看书，你跟他同一个宿舍，他也会告诉你他看了什么东西，只要聊起来，就会自动会改变宿舍里的文化，就不会那么功利，也不会那么浮躁。

你要有东西才定得住，不是说我想要镇定

一点就能镇定得下来，哪里有这样的事情？你的见识和能力没有上去，是定不下来的。不是我想自信就能自信、我想平静就能平静。**你得明白很多事情，才能清楚自己选择了什么东西，才明白可以得到什么东西，能控制什么东西，不能控制什么东西。这些你要自己分辨得清楚。**是你自己分辨得清楚，不能靠别人告诉你，因为别人告诉你的，没有办法像你自已明白的那么清楚，会有一个非常大的差别。

讲到出路，从我这些年纪大的来看，你们年轻人现在的出路，不会比我们那个时候更差，其实是普遍更好的。像我们那个时候也是要自己找工作的，我们已经不属于包分配的时候了。

Q: 可是这个问题往前推一步，之前可能在八九十年代大学氛围里大家看书氛围更浓厚，但现在相对来说整个社会的看书氛围、读书风气慢慢式微，您觉得造成这种变化的原因是什么？

80年代也不能说普遍看书氛围更浓厚，实际上是两极分化，一部分人潜心看书，但也有一大批人既不看书、也不上课，你说他学到了什么？啥也没学到。现在的学风比以前强太多了，为什么？因为大家都去学习，这就是你们喜欢说的内卷。只是我觉得卷的方向出了问题，大家学的都只是教科书而已，经典没人看了，甚至连博士生都不读经典了。教科书和经典有什么区别呢？以前农村给孩子添加辅食，是由大人咀嚼之后，再喂给孩子。教科书就类似于这种咀嚼过的食物，它或许是好消化的，但缺少好的食物本应有的色、香、味，智力上的冲击感也没有了。整天读这些教科书，甚至以为这就是知识的全部，当然是非常可惜的，也可以说浪费了同学们的天赋。

不过，这或许是因为现在整个社会的组织化程

度太高了，你如果没有一个**自我反思和反抗的精神，就自动被卷到这里面去了**。尤其是，如果你从小就好好学习，然后考上大学，又找到好工作，你如果从小都这样的话，根本没经过反思。你并不知道你为什么是这样，也从没想过，你或许可以有另一种更有意思的人生。但你自己不去反思，别人又怎么替你反思呢？我们作为上一代人，只能在旁边做一些观察，我们毕竟不是当事人。

本来，在上大学之后，你可以不用把一切事情都看得那么重，适当地把一些功利的目标放轻一点，就可以腾出时间，对很多事情重新评估、重新理解，另一种可能性或许就可以浮现在你的视野中了。我也不知道为什么这样的学生那么少，因为我毕竟没有生活在你们中间，我只是觉得难以理解，为什么非要这样，你又不是只有这一条道。像保研有那么重要吗？没那么重要啊。

Q: 关于这个问题我有一个想法，您刚刚提到80年代跟现在对比，是不是也有一个时代的差别？因为我感觉一个国家里的人的表现跟这个国家处的地位是有关系的。80年代的时候我们到不了国际竞争的状态，国家没有那么大压力，个人就没有那么大压力，他就可以读他的书。但当国家发展状态已经到了中美竞争的阶段，国家非常需要人出成果、建立地位的时候，我们感觉到学生浮躁，是因为整个时代就是要求你要工作，要研发出结果，去对抗，老师是否觉得时代的影响也是一个原因？

你能这样想是很好的，我们每个人都是时代的产物。现在的国际形势的确和以前不同了。以前美国作为世界霸主，我们跟它差距很大，可以在它所

设定的规则内参与国际上的活动。但现在美国把中国视为竞争对手，回到过去已经不可能了。不过，这并不等于国家就会去要求学生快出成绩。

实际上，中国过去是靠“五加二”“白加黑”的辛苦崛起的，但未来的中美之争，却不能仅仅靠勤奋就可以胜利。**这是因为，中美之争本质上是规则之争，中国的胜出，取决于中国能否提出和推行比美国主导下更为合理和公平的规则体系。**

这就要求中国人对新的世界如何构造，有极其深刻的理解。怎么去做呢？当然要从理解现有美国主导的规则体系下的不公平、不正义开始（因为有太多人不愿承认这套体系里存在诸多的不公），深入理解美国治理这个世界的方法及其后果。这也是为什么我认为STL在中国有**特殊地位**和**特殊使命**的原因所在。有些同学不理解中国人学美国法有什么意义。不了解美国法，不了解你要改造的旧世界，你就无法创造出一个新世界。我相信，未来的历史会证明，STL在中美之间的规则之争中，是一个绕不过去的历史存在。

Q: 老师，刚才我们提到这些，包括您也强调我们要理解现实生活，理解生活的残酷，我们现在很多同学的想法也是被标签困得特别重，您觉得出现这种问题的原因是什么？

我觉得，一方面，是大家看的书太少，好书没看几本，靠天分是撑不住的。即使你是很聪明的人，你也不能单靠自己琢磨。为什么？因为我们看的一些伟大的书，他也不是单靠自己想出来的。毛主席不是拍一下脑袋就想出来那些东西，他也需要看大量的书，最后他才提炼出来。康德也不是拍一下脑袋就想出这些东西的，他也需要看大量的书，这就是我们讲的文化和文明的积累。我们的文明积累是

几千年最聪明的人层层积累出来的，你靠自己想，你就是智商 1000 也想不出来。你智商 1000，你才活几年？你能跟几千年的东西比吗？比不过的。你只能在别人的基础上，把别人的东西理解了之后，你在那个更高的层次上，去创造属于你的东西。这跟你聪不聪明没有关系，智商只是你最基本的条件。你有这个智商才看得懂，智商低了看不懂，但是，如果你有高智商而不去看前人的积累，你也很难成功。

另一方面，我觉得也得有一点决心，去超越时代的限制。焦虑，或者被标签所困，都是受时代限制的表现。你很容易被现在某个东西给吸引住、抓住，没得到，你担心你得不到，得到了，你又担心会失去。然而，如果你多看些历史，把时间拉长来看，就知道有些事情的发生可能根本不在你的控制之下，你焦虑没有什么用处，而一些更重要的可以做的事情，你反而忽视了。

我们所谓的好的教育，我们培养出来的人应当能适当超越这个时代的限制，否则就没有意义，因为这才是使我们能够做出更大一点成绩的原因。如果这些都没有，所有的事情都跟别人一模一样，即使你拿了北大文凭，你最终所有的成就跟其他大学毕业生的区别，不会有本质区别。你可能会说，我收入比其他大学毕业生多一点，但那个多的量，也不会有本质区别。你的生活质量也不会比他更高，你的社会地位也不会比他更高，你的自由选择空间也不会比他更大，你说有多大意义？其实如果大家都这样，你也不会得到现在的教育。**按照道理来说，你已经受益了，你有没有反思你为什么能得到这个？**这是因为另外一些人奉献了很多东西，才让你得到这个东西，那你是不是应该追求同样的东西？

当你想办法适当超越时代的限制，你对自己的整个要求，就可能完全不一样了，你看问题的视角、看事情的视角，做决策的思考方式都会跟其他人不一样。正因为不一样，你才可能是适合担当做重大

决策的人，因为你能看到和别人不一样的东西。否则凭什么？

我们说毛主席、邓小平伟大，为什么伟大？他们都超越了时代的限制。邓小平超越了计划经济的约束，成功建成了社会主义市场经济。在此之前，大家都是把社会主义与市场经济对立起来的。毛主席就更不用讲了。所有伟大一点的人，他的伟大，都是因为他决心做一件事情的时候，大家都认为好像不靠谱，或者说不合算。小一点说，比如少伟这样做，如果世俗一点，就会觉得不合算。因为少伟如果多发论文，发的论文都是自己的，但是，花时间在你们身上，学校又不知道，又不能升职称，又不会加工资，你说有什么意义？但是，当我们自我期许高的时候，会选择更有意义的事情去做，但不是按照外在的评价标准。少伟做这些，我知道，不是因为学校会更快评他做教授，不是的，刚好是反的。正因为它是反的才有意义，如果是顺的话，多的是人来做，这样做的意义（至少是伦理上的意义）又没有了。

Q: 可否请钟老师分享一下，您是如何在求学阶段挖掘自我意识的？

我的经验未必适合于大家，因为我们家以前很穷，从小很多事情我们就要自己做决定。穷人的孩子早当家，这个是有道理的。不过，我是高中时，开始比较明确地意识到，跟随别人的意见，很可能是错的。我高二的时候，迷上了下围棋，成绩一路下滑。高二最后一次考试，我的数学考了六十几分，和我们班第一名比，仅仅是数学，就差了三十分。按照我们那时流行的观点，高二的成绩会决定高三的成绩。按照这个理论，我高考能考上一个中专，就算很不错的了。

不过，我并没有尊重这个理论，而是相信事在人为。高二放假之后，我决定专心学习。放假 20 天，我就在家学习了 20 天。因为以前玩习惯了，一开始让自己长时间坐在椅子上都是非常困难的。题目不会做，我就背下题目来一直想。我记得有一道题，我想了整整 7 天，突然在某一时刻想出来了。再后来，有道题想了 3 天后做出来了。在那之后，好像数学就变得容易了。再回到学校，很神奇，我的数学变成了班上第一，总分也是第一。在此之前，谁能相信，只要 20 天就可以把数学成绩从 60 几分变成全班第一呢？从这个经验里我体会到，不要太在意别人的看法。注意，我比较详细地描述这段经历，不是为了吹牛显示我有多厉害，而是想说明，**摆脱错误观念的束缚，才能最大程度发挥自己的潜力。**以后我又经历了很多事情，这个道理一再得到印证。**只要有一次证伪流行观点的经历，后面你就会知道，管它谁说的，你都可以不信邪，先试试看，慢慢的就练出自己的主见了。**

Q: 请老师谈谈财务、税务和法律不同学科的不同之处？

如果你学了几个不同的学科，你怎么从中受益呢？**我认为，不是去强调学科的不同之处，而是要把不同的学科连起来。**比如学法律的，又学了历史，你真正学到东西，不是去想后来学的法律，和你以前学的历史，有什么不一样，而是反过来，去搞清楚法律和历史有什么一样，这样才能真正学到东西。**不一样太容易说了，但是那个“一样”怎么连起来才是难的部分。**看书看到后面，你把各学科的下面贯通起来会更难，但一旦贯通，就有很大的威力。例如科斯得诺奖的论文《社会成本问题》，就属于将经济学与法学，在很底层的层面贯穿起来，这样才能产生法律经济学这样的新学科。可惜的是，后

来研究法律经济学的人，都没有科斯这样的能力。所以，我倒建议你换一下思考的角度。

Q: 那您觉得会计和法律的共通之处在哪？它们的联系在哪？

我们可以试着说说看。**法律和会计其实都是在处理人的事情，只是用不同的工具去处理同样的事情。**比如会计编出一张报表来，看起来你拥有这么多的东西，可是你凭什么编出这样一张报表来？背后就是法律的基础。比如这是我的资产，你不是以法律为依据的吗？这是我的债务，你不是以法律为依据的吗？这是我的净资产，不是根据这样一个法律基础算出来的吗？你没有那个法律依据，凭什么这么记账？会计准则说到底，最后会发现很多都是根据法律来的。比如收入怎么确认，成本怎么确认，资产怎么确认，背后的依据其实是法律依据。

你愿意把它连起来的时候，你会发现，虽然会计和法律是用不同的术语、不同的表达方式，但最后衡量的东西是一样的，会计和法律都是说你该得到什么东西，你不应该得到什么东西。过去我们学的时候说会计是控制的工具，最基本的作用是防弊，有了会计的工具，大公司才能运营，如果没有这个会计工具，大公司的运营完全不可能。会计每个过程都给你记下来，你要舞弊就很难了。复式记账是非常伟大的，能够自动防弊的，就是这个道理。法律也是这样，也是让你不要做不对的事情。只是你用了不同的工具，用了不同的术语和方法，你可以说其实在处理同样的事情，**我们可以说，重大的问题都是交叉性的。**比如说，当你说会计某个地方做得不对的时候，这个会计问题一般也是一个法律问题，否则这很难是一个重要的会计问题。为什么？记错了没有法律后果，那不是无所谓吗？当然你可能说它可以只有重要的经济后果。这是现在实证会

计研究关注的焦点。不过，我觉得，经济后果不会与法律后果无关，一般来说，有重要的经济后果，就会有法律后果。在这个意义上，我认为，你想要做一个好的会计工作人员，你必须要懂法律，否则你的判断很容易出问题。

金融与法律的道理也是一样的。所谓金融，不是做金融的交易吗？交易不就是合同吗？不是同一个东西吗？我跟你做成了交易，是不是要用合同写下来？当然，我们因为学科有分工，导致在做交易的过程中也分工，可能是由金融出身的负责商业条款，法律出身的负责法律文本。学金融的可能更容易理解商业条款的含义，这个含义是用金钱去表达的含义，但未必理解它的法律含义。但是，如果你不能理解一个交易的法律含义，你理解的金钱含义还是真的吗？可能是假的。你以为是挣钱的，其实是亏本的，这种事情太多了。我们喜欢按分工的思路来，说你是做金融的，我是做法律的，其实不是的，两个都懂才能真正看明白整个交易，否则即使里面藏着一个超级大坑，你也看不见。最后等到事发的时候，你才说，原来是这样的。怪谁？我说我做了该做的，你也说你做了该做的，我们都没错。损失是老板的，那么，老板有错？因此，真正的高级人才是什么意思？他能够把不同的东西贯通起来，贯通了之后才能看出问题，他才能做领导，他才能综合。事情是综合的，教育分科是基于方便。事情本身是不会按学科分的，我要做这笔生意，你说它是个什么事？不同的学科看到这个生意的不同侧面，但事就是一个。作为主管这个事的领导，就应该每个侧面都要知道，不要被人骗了，一旦该领导在某一方面有大的缺陷，就不容易做好这个领导。

Q: 这个各学科贯通的道理，是否可以适用到您说的底层逻辑？发现底层逻辑和没有发现底层逻辑会有什么不一样的感受或者体现吗？

底层逻辑，是用来揭示隐藏的真相，用来揭示在一个现象中没有说出来的、更具支配性的规则。

比如在二战后建立的这个美国主导的国际规则体系，说出来的部分，是自由的国际贸易、自由的金融等等，但我认为更深层的底层逻辑，则是美国如何向全世界征税的问题。假定你是美国的统治者，你为全世界设计规则，你的军队派驻全世界，也就等于你向全世界提供了公共品，那么，你当然要考虑如何向全世界征税。但是，这个问题必须隐藏起来，因为美国政府不是世界政府，它没有向全世界征税的合法权力，但它有向全世界征税的实际需要，也有充足的动机。因此，美国表面上是在谈自由贸易、人权等等，实际上是谈征税问题。你如果不明白这一底层的逻辑，你也就无法真正理解实际所发生的事情的含义，当然也找不到相应的解决办法。

芝加哥大学原来有一个教授叫 Leo Strauss，他认为政治的言说中，必须区分可以说的和不可以说的。这个逻辑我觉得可以进一步推广，**在每个法律或者政治现象中，都可能包含着可说的和不可说的部分，甚至在我们一切人际的交往中，也会包含着这两个不同的部分。深入的理解，意味着要把现象中隐藏的，也包括人心中隐藏的不可说的部分搞清楚。**只有这样，我们才能算是理解了一个人，也理解了一个现象。

如果你习惯按照这种方式来观察世界，你会发现，你会遇到不同的人，这些人又可能在整个社会中处于不同的层次，而各层有各层不能说的事情，可以说的和不能说的连起来，那才是**事情的真相**。当然，你知道得越多，你不能说的东西就越多。一个社会中最重要事情，最难解决的问题，也往往是讨论的禁区。你得理解其中的道理。或许，其中一个原因就是，**最重要的问题，其实无法通过讨论，或者哈贝马斯所言的理性商谈的方式解决。**

按照这个理解来看，如果有跨学科的视角，就更容易发现隐藏的底层逻辑。比如我们前面提到的美国向全世界征税的事情，只有你懂法律、税收、

贸易、金融和政治，你才能理解这套体系是如何运转的。当然，理解之后，你才有可能对这套体系提出改进甚至是替代的方案。这是我期待我们 STL 的毕业生能去承担的使命。

Q: 我想接着老师刚刚说的问题，我们理解底层逻辑就是理解别人没有说出来的想法，但是我们提出来一个假说之后，如何检验假说？我很担心我理解的逻辑是现在能力范围内能理解的逻辑，而并不是别人真实的想法或者这件事情的真实逻辑。

这个担心是对的，我觉得要向前辈学习，因此，还是要去看书。中国跟外国不太一样的地方，就是我们过了一段时间之后，以前领导人的重大决策，他当时说的什么、想的什么，会以文集、文选以及其他方式公开。毛泽东如何看待这个世界的，重大的文章你全部可以看到。比如毛主席，他把旧中国的表面和底层的逻辑都琢磨得非常透彻，因此，他也就自然知道改造旧中国建立新中国的关键所在。在新中国成立的典礼上，他用很简单的一句话，“中国人民从此站起来了”，就把旧中国的底层逻辑和新中国成立的意義，揭示得让每个人都能听懂。所以，理解底层逻辑确实不能闭门造车，靠自己屋子里幻想是不行的，要多看书，也要多做社会调查。积累得多了，就慢慢可以分辨了。

另一方面，也要多关心发生的社会热点。观察社会热点有什么好处呢？就是你比较容易搜集到各方面的各种说法。你通过对比，就可以在事件的演进过程中观察到谁的观点更为高明，也可以据此来锻炼自己的判断力。当然，随着你理解力的上升，你会发现，事件各方都会极力想“欺骗”你，而真相就在其中。

Q: 如果说教育很大的目标就是要训练理解底层逻辑的能力，我感觉如果一个大学能够提供好的思考讨论氛围，是可以起到这种训练作用的，但很多时候大学本身可能起不到这种作用。这是否意味着你可以不在大学读书，你可以在任何一个地方读书？

是的，如果你足够牛，你可以不用上大学的。这个道理想明白了之后，你就知道，不是说你上了大学，你就一定能学到东西。也不是说我一定要读了博士，才是有学问的人，没有这样的事。你读了博士，可能什么也不知道，而另一个人，他虽然什么大学也没念，但比你懂的多了。

现在社会上有一些人，你看他学历很差的，但他真的很厉害。有了这样的人，你才会把名校的标签看破，你就不会那么在意你是不是北大毕业，或者他是不是三本，你不会被外面的标签所束缚住。你首先看他这个人本身。这样你的理解力是不是自动上升了？你对人的态度是不是发生了变化了？比如有的同学可能原来会歧视本科来自差一点的学校的同学，这并不是好的东西。但是你为什么有这个？因为你还是很看重名校的标签。有段时间同学们很关注有没有招到北大本部的学生，你为什么那么在意这种事情？北大本部毕业能说明什么？什么都不能说明，他完全有可能北大四年啥也没学到，除了表示他高考成绩好之外可能没有别的意思。换成是我，我不会看你哪里本科毕业，我看你到底有没有学到东西，你到底现在知道什么。你说你是北大本部考上的，而他是三本的，我反而另眼相看那个三本的，因为人家条件比你更差，现在还表现比你更好，不是他比你更牛吗？

Q: 那想找到您这样的人成本太高了, 感觉很难碰到一个把北大本科和三本同等看待的人。

你自己就要成为这样的人, 而不是去找到这样的人, 你干吗要这样想呢? 你自己就应该成为一个不要看外在标签的人, 这是我们所谓的自由教育 (liberal arts education)。很多人不懂, 以为是通识教育, 就是文理各知道一点。其实不是。自由教育的意思就是, 我看你就是你。比如你现在是个超级富豪, 这里还有一个扫地的, 我把你和他看成是一样的, 两个人各有其应该得到尊重的理由。我们所谓的受教育就是指这个。你要超越那些外在的东西, 才能增加你的沟通能力和理解能力, 既可以跟超级富豪平等对话, 也可以与打扫卫生的阿姨平等聊天。

人生处处皆学问, 有时候, 你跟打扫卫生的阿姨聊天, 能比跟超级富豪聊天, 学到更多的东西。然而, 如果你被标签所束缚, 它会约束你很多东西, 会束缚你看到事情的范围, 最后很多东西就自动看不见了, 很多人本来想跟你说的话也说不出来了, 你自动失去很多机会, 而你仍茫然无所知。但如果你不把北大的标签当回事, 人家会在心里夸奖你, 很多话才说得出来。你要能受教, 人家才会愿意教你, 抛弃外在的标签, 才能转向内在的学习。

Q: 您刚才讲的探究底层逻辑的思考模式, 是不是也接近于 STL 中国法教育强调的“事实先行, 规则后行”? 我们为什么要这么强调从事实出发呢?

我因为到博士阶段才念的法律, 所以天然不能接受规范先行, 遇到的每个规范, 我都一定要问为

什么, 道理在什么地方, 一定要把我自己说服了, 我才会说这个是对的, 否则我就会说我不知道。当然, 我按照这种方式去读规范, 积累多了之后, 也慢慢发现这样做的好处。这个好处, 就是你会发现法律并非独自存在, 它的真实意义, 也并非仅靠法律语言就能得到充分的理解。这道理本来并不复杂。比如, 商法上的各种规则, 自然应考虑对商业活动的影响, 婚姻法也应考虑对婚姻的影响, 诸如此类。而理解这些影响, 就是合理解释相关规则的前提。

法律把构成要件和法律效果连接起来, 并针对典型情形进行类型化, 是为了节约思考成本。在有一个固定的思考进路之后, 我们实质思考的过程就可以减少, 处理案件的速度也可以加快。以这种方式去处理大部分案件是没有问题的, 但在一些疑难案件中, 这么处理可能就会出现问题。所以, 我们要理解, 从构成要件到法律效果的连接, 不是天然正确的。我们要不断地反思为什么可以这样连接, 要理解其中隐含的逻辑是什么, 然后把它揭示出来。这样我们才能够理解法律本身应该的思考方式是什么样的。

换言之, 要置于一个场域之中, 在一个具体的场景之中, 我们才能理解一个法条的真正含义。法律不是自然科学, 它的意义要取决于人, 取决于人的活动的具体场景。同样的规则, 对于不同的人, 甚至同一个人, 但处于不同的场景中, 它的实际含义是在变的。公平和正义, 只有在理解了背景和场景的条件下, 才有可能真正实现。

说来说去, 法律是解决人的问题的, 既然如此, 理解人面临什么样的问题, 就是立法、执法和司法的前提。因此, 从事实出发, 其实也可以理解为人从人出发, 是从人的需求出发。在过去, 我们国家因为鸦片战争以来的一连串失败, 法律移植成为主流, 所谓法律移植, 就是让人去适应被设定 (抄袭来的) 的规范, 这变成一种主流的思维模式。现在, 已经到了重新尊重中国人自己的法价值观的时候了。

当然, 我们并不是主张完全不使用比较法, 或

者打算“闭门造车”了, 而是说我们不能把“主体性”丧失了。我们还是要做比较, 还是要去参照他人合理的做法, 但不是盲目地、不加思考地去参照。我们要考虑为什么其他国家要制定这样的法律规范, 我们更要按照我们中国人的实际需求, 把中国人自己的思想和观念, 当作正当的理由纳入考虑, 要把我们当事人能接受的法观念、法意识和价值衡量的思考方式整合进来, 以此为基础去考虑我们要不要做一样的事情。

举个例子, 按照我们从德国移植的民法上的推理模式, 合同无效之后, 双方就应按不当得利处理, 双方已经受领的给付。但在中国, 基于管制的理由宣布场外配资合同无效之后, 却很难依照同样的逻辑去处理无效的后果, 因为配资之后, 只要用配资资金买卖了股票, 就必然产生损益问题, 需要决定损益如何在双方之间分配, 简单按照不当得利的分配规则来处理常常是不合理的。基于此, 有些法院就会认为, 合同虽然无效, 却应按有效处理。这种处理结果, 就超越了单纯移植的思维, 而转向事情本身的分析, 符合我们主张的事实先行、规则后行的逻辑。

从方法论上而言, 事实先行, 就要求从每个相关当事人的视角去理解某个规则的含义。例如税法, 就要从政府的角度考虑一下, 然后从企业角度又再考虑一下, 换了几个观察角度之后, 这个规范的多面性就自动呈现出来, 规则理解的复杂性也得以显现。换言之, 法律论证的结果, 应经受当事人的评价, 这就意味着要把当事人的视角尽可能地拉进来。如果对当事人做出一个判决, 但当事人完全无法理解、接受这种判决结果, 甚至完全违反了社会上普通人的价值观和法意识, 而法律人以“你不能接受是因为你不懂法”回应, 恐怕是行不通的。如果我们把当事人的观念纳入其中考虑, 或许可以扭转目前经常发生悖理判决的现状。

从事实出发, 事实先行, 也可以理解为是更强调实质论证, 而非仅仅依赖于形式论证。我们法律

人当然擅长于形式论证, 但社会对法律人的期待, 却是希望我们能从实质上去论证, 例如许霆案的一审判决结果为什么引发争议呢? 你当然可以说, 他利用取款机的错误恶意取款 173826 元, 符合盗窃罪的形式定义, 而盗窃的对象又是金融机构, 因此, 按照形式推理, 根据刑法判处他无期徒刑完全没有问题。然而, 盗窃金融机构要比一般盗窃罪处罚更重, 是因为金融机构一般防备森严, 盗窃金融机构比一般的盗窃需要有更多的准备, 具有更大的危害性, 但许霆案显然不符合这种预设, 因此, 对许霆的行为加重处罚不符合实质正义。为什么我们前面的论证要加以事实先行呢? 因为金融机构是否防备森严, 并未写在法条里作为盗窃金融机构的要件之一, 并不是规范的一部分, 而是属于我们的生活常识。常识是我们适用法律所预设的背景, 是我们强调要重视的事实先行中最需要关注的部分。说得玄乎一点, 用伽达默尔的术语, 这些可以说是法律适用的前见。前见会决定我们的视域, 是理解和解释过程中的一部分。

一旦你掌握了这种推理模式, 复杂的案件, 你也可以在几分钟内解释清楚, 并判断各方对错, 而且可以很好地吻合并解释已有的证据。我们在课堂上, 通过案例分析, 已经展示过这种方法的力量。

Q: 我记得很早的时候听到茅老师说新中国成立还没有 100 年, 你为什么要对很多事情这么没有信心? 我们自己的观察, 中国的法律服务市场, 无论是律师还是法官, 还是很多跟法律相关的人, 很多时候会觉得法律在中国似乎并不那么重要。有的时候, 我们会想说好像我们在野蛮生长时代, 慢慢到了一定时间之后这个状况就会改变掉了, 但是我听完您的课之后, 会觉得这也可能是我们制度内生的东西, 不是随着时间会变化的。假如以法律服务市场作为一个例子, 您会怎么看待这个问题?

如果按照一个很狭义的法律服务定义，如律师的法律服务，中国要达到美国律师那样的地位和作用，可能永远都不会有。你想要中国律师有跟美国律师一样的发挥空间是很难的，美国的律师，可以把法律当成纯法律的技术，这些法律形式上的东西可以弄到登峰造极的程度，但在中国，按照这个逻辑来做，可能不太现实。

因为我们社会建构的方式跟它不一样，我们中国人的价值观，也与众不同。你可能会说，这是不是因为美国有三权分立？其实也不是。三权分立是结果，而不是原因。我们与美国的差异，归根结底是价值观的差异，进而导致社会构造方式上的差异。**这种价值观的差异，是指作为普通的中国人所持有的价值观，而不是法学界或者知识阶层所持有的价值观。**比如，在美国，最好的大学是私立大学，他们可以在每年招生指标中划出一定比例优先录取校友子女或捐赠人士的亲属，或者在录取决策中考虑校友因素，这是美国的传统（所谓的“the tradition of legacy admissions”）。但如果清华北大宣布类似的政策，中国人能接受吗？不要说清华北大这样的国立大学，就是私立小学和私立中学的掐尖与金钱结合的模式，也要通过摇号方式给你全部颠覆掉。为什么呢？我觉得中国人自有科举以来已经认为，通过教育和考试的上升通道应当向全社会开放，这就意味着必须由国家来统一控制，按同一标准筛选。

换言之，在美国，上升机会是条块切割的弥漫式分布，掌握在各种类型的精英们的手中，精英阶层就可以利用自己的优势，控制获得上升通道的机会，让自己的优势延续到下一代，结果当然是阶层固化和两极分化。美国现在的制度更接近于我国历史上的九品中正制。而在中国，上升通道的机会统一控制在国家手中，上一代的优势很难延续到下一代，所谓“富不过三代”就成为常态。

相应地，我们的法律运作逻辑，也就自然会变

得与美国不同。又比如说，我们中国很多城市对房屋限购和限贷。按照一般的市场逻辑，你愿买，我愿卖，或者说，我愿意借钱，你愿意借给我，为什么不呢？简言之，就是希望限制有钱人的优势，为资源更匮乏的人创造更多的机会，这当然也就限制了市场的作用范围和作用方式，而这是中国人持守的机会平等观的结果。可以说，即使美国也有人提机会平等，但做不到我们这么彻底。

因此，我认为中国的法律运作模式，永远无法达到类似于美国的形式化程度。某种程度上，形式化程度高，其实是有利于富人的。以税法为例，富人可以利用自己的金钱优势，充分利用税法上的漏洞节税。这在形式化程度高的美国，是富人应得的权利，导致有钱人和穷人在税法上的实际法律待遇差别很大，客观上进一步促进了两极分化。有时候，仅仅是高昂的律师费，就足以产生根本性的差别，因为穷人请不起律师，更请不起好律师。中国不可能照抄同样的模式，因此，在中国，法律文本的重要性，相应地降低了，律师在纯法律技术层面的自主发挥空间，也相应缩小。但这并不等于法律专业知识重要性的降低，而是因为整个逻辑转换，法律专业技术的用法也要转换。换言之，它为法律服务开启了别的机会，实际上是对法律专业人士，提出了更高的要求。

这怎么理解呢？**我们的社会组织方式，导致政府会内在地对参与各方提出合作的要求。**比如律师做到一定程度时，政府就会要求你配合，教授做到一定程度，你也不能那么自由自在，会要求你配合，企业也是一样的。例如企业大到一定程度，你去打官司，就不能老是赢，而是要从一个更高的社会整体的角度看待结果，有时候输一些案件，反而是更优的。但如果你不懂这个逻辑，觉得我有钱能请好律师，我就一直赢，为什么不可以？这就把大的背景搞错了，结果只会适得其反。因此，中国的法律服务的价值，甚至是高于美国的，但它的服

务方式，却是显著不同的。这种不同，也导致中国的法律服务市场，对法律专业人士，提出了远比美国同行更高的要求。

Q：那我能这么理解吗：其实中国法律的影响力还是在的，它的作用也都还在，只是和美国不太一样？

你用美国来对标的话，你肯定会充满沮丧，而且你会觉得好像没有前途，但其实不是这样的。比如我们古代也存在法律服务，例如著名的绍兴师爷，他去做刑名师爷的时候，他不可能跟美国法律服务一样，不可能是按照这个逻辑来。但这个刑名师爷也是每个官员不可或缺的幕僚，这就说明它有一套内在的逻辑在那里，否则为什么请他呢？为什么不是随便抓一个人来呢？

它有一个内在逻辑在的，你得把那个东西整理出来，而不要去梦想说我们可以变成像美国那样，我觉得再过个三千年也不会，因为普通老百姓的想法不一样。而且，我也不认为美国的方式就是最好的。我认为，那可能只是对有钱人而言是最好的，对于底层缺乏机会的人而言，那可能意味着跳出底层的机会永远渺茫。**我们面临的难点在于，在这个世界上，不存在完美的制度，而是必须在不同的缺点之间权衡，问题在于，大部分人认为，避免哪种缺点是最重要的。**我觉得，在这个问题上，大部分的中国人和大部分的美国人，得出的答案可能是完全不同的。

Q：钟老师对 STL 同学们的期待是什么呢？

庆育说，STL 是为中国法学教育提供另一种可能的地方。这另一种可能到底是什么？苏力曾经说

过，法律人不应该只会抠字眼。**我倒觉得，抠字眼是法律人的基本技能，但不应成为唯一技能。**庆育曾经提出一个很好的观点：通过教义学，超越教义学。为什么要超越教义学呢？在我看来，前面我们也说了，是因为中国和美国的竞争，是规则之争，这种规则之争，考虑到美国的模式在理论上已经得到较为充分的论述，而中国的模式还未得到充分的诠释和理解，因此，还具有范式转换的意义。基于这种范式转换的需要，中国的法律人必须有极高的能力才能有效地回应现实需求。

我相信，STL 的同学们会在其中起重要作用，甚至成为中坚力量，因为 STL 的同学们恰恰是既懂美国法、也懂中国法。怎么去做？我和少伟讨论过很多次，最近我们一起为 STL 想了一个口号：“**全球视野，中国视角；全观视野，法律视角。**”简言之，同学们要有一个全观（政治、经济、历史等等）的、而非仅仅只关注法条的开阔视野，在打开视野的过程中，又不忘抓住法律的主线，坚守法律的专业性。对个人而言，则需要向下扎根，向上突破，摆脱外在的标签，实现内在的自由。

.....

◎ 本次访谈采编工作由丁捷、卢晴、路云飞、王瑞芸、肖玉玺、张雅琛、张一凡同学完成；校对工作由何科锦、侯肃敏、李文、刘璨、刘星、卢晴同学完成。

吴雨豪： 规范与实证的往返 流转

吴雨豪

▶ 北京大学国际法学院助理教授

“理论构建是为了提出公共政策、解决社会问题，我们不能为了构建理论而构建理论。”

Q: 吴老师在北京大学获得刑法学博士学位，后又在美国宾夕法尼亚大学获得犯罪学博士学位。请问您为什么没有选择在刑法教义学的领域继续研究，而决定转变方向学习犯罪学呢？

根据国内的法学学科划分，犯罪学属于广义的刑事法学的范畴。一般认为，刑法学的学科方向包括中国刑法学、比较刑法学、犯罪学、刑事执行法学等。我对刑事法领域的兴趣最早可以追溯到我的中学时代。我印象最深刻的是，每到周末，我都会雷打不动地观看《浙江卫视》播放的一个电视节目——《大侦探西门》。在这个节目中，观众被虚拟主持人西门引领进入特定的案例现场，运用福尔摩斯式的科学逻辑推理来侦破案例的真相。强烈的好奇心驱使我在答案揭晓之后，还不罢休，我当时从新华书店买来了《中华人民共和国刑法》，迫不及待地查阅“案中人的刑事责任”，由此完成了对刑法知识的第一次自我启蒙。

在北京大学系统学习法学之后，我对刑事法的兴趣愈发浓厚，并最终在本科三年级的时候确立了未来想从事刑法研究的志向。承蒙陈兴良老师不弃，将我收于门下，由此开启了我系统学习刑法教义学之旅。我至今仍然十分怀念在国内读硕士和博士的这几年。一方面当然是因为在北大课堂之内，我时刻感受着老师们春风化雨般的学术熏陶，另一方面，在北大的课堂之外，当时的刑法学界正经历着一场意义深远的知识转型。

当时在北京，有一个开放式的学术活动叫做“当代刑法思潮论坛”，北京大学、清华大学、人民大学、中国政法大学、中国青年政治学院等学校会轮流举办关于刑法教义学的讲座，邀请很多境内外的老师，介绍刑法教义学的重要理论问题。如今对那段时间的记忆，就是，每隔几周我都会骑着自行车，

穿梭在北京的各大高校之间，接受刑法知识的洗礼。在一场论坛结束之后，我常常兴奋得夜不能寐，脑海中还经常回放着刚刚论坛中的唇枪舌剑，并且幻想如果是我，我会怎样对我的观点做出论证。这种无形中的学术熏陶，潜移默化地提升了我的学术思辨能力。

在所有的讲座中，有两场讲座让我印象非常深刻，进而对我的学术研究方向产生了较大的影响，**一场讲座是关于风险社会与刑法的关系**。在当时的讲座上，学者争论的一个焦点是，当我们社会面临的风险具有潜在性和不特定性的时候，我们的刑法是否需要根据这一社会的变革做出相应的改变。

另一个让我印象深刻的讲座内容就是关于犯罪论体系的历史演变。即便在德日的犯罪学内部，也经历着所谓的“从李斯特鸿沟到罗克辛贯通”的变化。在犯罪论体系发展的初期阶段，学者们认为犯罪论或者整个刑法的解释完全是价值无涉的、中立的，但是到了罗克辛时代，刑事政策开始逐步被引入犯罪论体系，许多刑法规范的解释离不开刑事政策目的的需要。

这些学习经历，使当时的我有了一些想法，即：规范法学和社会科学的界限本身不是泾渭分明的，未来刑法学的研究很可能需要更多社会科学的知识。其中，与刑法教义学关系最为密切的社会科学，就是犯罪学。犯罪学一方面联系着刑事政策，另一方面又联系着规范的解释。所以那个时候我开始考虑，在国内完成刑法教义学的学习之后是否需要去研究犯罪学作为补充。同时，北京大学一直有“刑事一体化”的传统。根据储槐植老师的想法，在刑法的立法之外，我们要从刑法之上、刑法之下、刑法之前和刑法之后，去研究刑法，其中就包括将犯罪学和刑事政策的知识融入到刑事法的研究当中。因此，在北京大学接受了数年刑法教义学的学术训练之后，我又开始在美国接受第二个博士，也就是犯罪学的学术训练。

Q: 法教义学的研究方法和犯罪学的研究方法是两种不同的研究方法，犯罪学的学习过程想必也和刑法教义学的学习过程并不相同，老师可否向我们介绍一下赴美学习犯罪学的经历？

犯罪学和刑法学在关注的问题上虽然略有重合，但在学术训练的方法上可谓天差地别。我在 STL 讲授犯罪学时，都是从犯罪学理论出发，然后带领大家关注特定的实证研究，并最终和大家一起讨论公共政策。但是，我在美国接受犯罪学博士学术训练的这几年里，对犯罪学的学习却完全不是按照这样轻松愉快、水到渠成的步骤来的。

在我收到宾大犯罪学录取通知的第二天，负责博士招生的老师就写邮件告诉我，入学后我面临的第一件事就是：考试。我需要在博士开学之前，完成对微积分、线性代数和概率统计的复习，并通过系里给我准备的入学考试。此时，距离我本科经济双学位学习数学已经时隔五、六年了。比较幸运的是，当时我还是北京大学的博士研究生，还有半年时间，我就在北京大学跟着经济学院的本科生重新学习了这三门课。

到美国考完这三门数学课之后，我又开始重新学习计算机编程的课程。我第一学期其实没有学习太多的犯罪学理论，学习的基本上都是社会科学研究的基础方法。同时，由于宾夕法尼亚大学像北大一样，也是一所综合性大学，我们也会在不同的院系学习不同的课程，比如我会去计算机学院学习计算机编程，在沃顿商学院学习计量经济学，在城市规划学院学习地理制图。可以说，这些课程的学习与我之前数年的规范法学学习实际上没有任何关系。直至博士的第二个学期，我才系统开始学习犯罪学理论。

此时，随着理论学习的深入，我也有机会静下

心来，开始思考如何将我学习的理论方法与我之前的法学学术训练联系起来，形成我自己的学术特色。我在国内的博士论文写的是刑罚威慑理论，这既是一个犯罪学问题，也是刑法中刑事立法和司法的问题。我在美国的博士论文写的是刑事司法制度中辩诉交易、认罪认罚从宽对法官量刑的影响。事实上，在我们那年犯罪学的博士生中，我也是唯一一个具有法学背景的。在美国，犯罪学是一门独立的社会科学，法学背景本身在美国的犯罪学专业中也是比较稀缺的。所以这时候我就通过自己的研究，把这些方法、问题结合在自己的研究中，逐步形成自己的学术特色。

Q: 您刚刚提到，您是在您那一年犯罪学的博士生中唯一一个具有法学背景的，您认为规范法学的训练对您进行实证研究的影响是什么呢？

于我个人而言，规范法学和法教义学的训练对我实证研究的影响是多方面的。

首先，规范法学的学术训练很好地塑造了我实证研究的问题意识。我在法律实证研究课上和同学们说过，**一个好的实证研究，最主要的是需要关注一个真正的理论问题。**这样的理论既包括教义学的理论，也包括社会科学的理论。

就我自身的研究领域来说，我的论文主要分为法律实证和犯罪学两个领域。在犯罪学领域，我的研究主要关注的是犯罪学中的一些经典理论，比如破窗理论、日常活动理论等，这可以归结为是我从社会科学理论出发开展的实证研究。但是在法律实证研究领域，我的许多研究都是围绕着教义学的各种理论模型展开的，比如刑罚的一般威慑理论、法官的自由裁量权理论、刑罚目的理论，可以说正是这些规范法学的学术训练构成了我法律实证研究的

理论底色。

其次，规范法学的学术训练对我的学术思辨和学术写作能力都产生了非常深刻的影响。正如我刚刚所说，我对刑事法学的学术兴趣，正是伴随着我对刑法理论界中学术转型和学术争论的旁观，而日趋浓郁。同时，早在本科刑法案例研习课的时候，作为首届选修这门课的本科生，我就开始每周写一篇一万字左右的案例分析报告，当时整个经历有些痛苦，但是事后是非常有成就感的。可以说，我的学术写作也正是从这门课开始渐渐入门。后来从硕士阶段开始，我又尝试着在课程论文中围绕一个教义学的问题写几万字的习作，这时候我就慢慢发现，自己对一些学术材料的梳理和论述逐渐得心应手。

当然这种学术写作训练的价值也是我在进入另外一个学科领域之后，开始强烈地感受到。我在美国读犯罪学博士第一年的理论课期中考试，我们布置的作业就是围绕一个案例撰写分析报告。我发现，在案例分析的过程中，我会不自觉地规范法学中受到的思维训练融入其中，其中就包括鉴定式的案例分析方法。最终我的第一次作业就获得了老师的大加赞赏，并获得了全班唯一一个满分。当别的博士生问我经验时，我自豪地告诉他们，我在中国法学院的时候，曾经有一个学期专门训练如何分析案例。**事实上，这些规范法学中训练的能力，包括“从纷繁复杂的事实中归纳争议焦点的能力”“对抗说理的能力”，以及“从真实的案卷材料中寻找理论问题的能力”，都是超越规范法学本身的。**

最后，规范法学对我训练还体现在，对规范的熟知在我实证研究中的一些具体操作和数据分析中起到的帮助。我在法律实证研究中的相当一部分内容都关注的是量刑研究。量刑研究中有一个重要的内容，就是将每个案件的量刑情节进行提取。那么哪些是可能影响量刑的情节？这当中就涉及到非常多的规范法学知识，比如说结果加重犯、未遂犯、转化犯、自首、坦白、从宽等。大家可以发现，许

多社会科学的学者，比如说经济学家和政治学者也会做量刑研究。但是，他们的研究中的许多量刑情节的提取都存在不少的问题，其中一个重要的原因，就是他们没有接受过完整的规范法学的学术训练，从而一定程度上也影响了实证研究的科学性。

Q: 法教义学与社科法学的关系是近些年争论的一大话题。您既接受了传统的法教义学的训练，也接受了社科法学的训练，请问您觉得出现争论的原因是什么呢？您又是如何看待法教义学与社科法学之间的关系呢？

我觉得社科法学与法教义学争论的形成，与不同部门法的立法成熟阶段以及主流学者的学术背景是存在联系的。其中，法教义学研究最为发达的领域主要集中在刑法和民法领域。相对而言，这两个领域的立法在我国最先成熟，因此，刑法和民法学者相对而言能够有一个比较好的规范基础以展开法教义学的研究。同时，由于法系的亲缘性，从上世纪开始，就有许多学者从比较法的意义上借鉴德国、日本和我国台湾地区的理论资源。经过几代人的学术传承，逐渐形成了法教义学的学术传统。

另一方面，以社科法学作为主要研究对象的学者更多是法理学、宪法学、经济法学领域的学者。相对而言，这些领域的部门法，或是没有实现“司法化”，又或者法律本身的变动非常频繁。同时，这些部门法又天然地与政治学、经济学、社会学等社会科学领域的公共政策制定具有紧密的联系，而上述社会科学的学术中心基本都在美国。因此，在理论资源上，社科法学的学者更多地借鉴的是美国在法经济学、法社会学和法人类学方面的理论成果。

从我的视角来看，我觉得法教义学和社科法学关注和解决的应当是法律运行过程中两个不同层面

的问题。我本科的时候，陈老师在一堂课上提起过，法学和医学实际上存在非常强烈的相似性，这句话当时就给我留下了耳目一新的感觉，后来随着我自己学习的深入，我也一直在关注这两个学科群之间的对比。**在我看来，法教义学和社科法学的关系与临床医学和基础医学的关系十分相似。**

在医学当中存在两种医学研究的进路，临床医学和基础医学。临床医学，也就是我们熟知的医生对疾病的诊断和治疗，可以包括内科学、外科学、儿科学等各个分支。这个层面的医学关注的是：医生针对某一种特定的疾病以怎样一种步骤化、操作化的方式去看病并给出治疗方案。

而基础医学的使命是通过科学研究的方式对各种诊疗方案的有效性做出评估。因此我们发现，基础医学和生物学、化学、计算科学等一些医学之外的自然科学具有紧密的联系，它们最常使用的就是实验的方法。比如在医学上，我们会依次拿动物、志愿者和普通患者做数轮的对照实验。

如果将上述临床医学和基础医学的对比迁移到我们的法学教育和研究领域，事实上，临床医学对应的就是法教义学，而基础医学对应的就是社科法学。**我认为，一方面，正如同绝大多数医学院的毕业生未来会从事一线的临床医生的工作，绝大多数的法学生未来会从事法官、检察官、律师等与法律适用直接相关的工作。**因此我的判断是，在法学教育和人才培养的过程中，法教义学在现在以及将来都会处于主流的地位。

另一方面，随着医学技术的发展，仅从疾病个案诊断的视角对医学展开研究是远远不够的。因此，许多从事基础医学的学者就需要对临床中的各种诊疗方案进行评估，而这种评估的结果又能够帮助临床医学的医生在未来改进诊疗手段。这个时候就需要做大量的基础医学实验，进行大量的实证观察研究。

在法学领域也是一样，一个法律解释方案是否符合社会的有效运转？能否真正推动整个社会朝着理想的目标前进？这个时候就需要把法律或者立法、司法作为一种社会现象来加以研究。我觉得，我们在确定法律某一种解释方案合理性的同时，永远不可能脱离对这样一种司法实践方案的社会效果的考量。**因此在这种情况下，基于实证和观察的社科法学研究，永远具有它独特的价值。**

Q：您之前提到，在犯罪论体系的历史演变里，社会科学的知识是通过一定的管道输入到刑法规范的解释当中。那可不可说，社科法学和规范法学不仅是分别解决了两个层面的问题，更本质的是由规范法学去开放它原本的体系，在解释的过程中吸纳社会科学的研究？

这是一个非常好的问题，事实上我觉得这里涉及到了一个问题，就是**法教义学理论的定型化功能。**

事实上，针对一些个案，许多社科法学的学者都可能根据法经济学、社会法学的理论得出了许多精妙的结论。**但是我觉得，这样一种个案式的解决思路，缺乏了一个重要的步骤，就是“理论的定型化”。**我们无法期待，接下来处理类似问题的法官，也像社科法学的学者一样，具有同样的经济学和社会学的知识。

因此，如何将一种社会科学中追求的合理的价值目标定型化后形成一个在法律适用中可供使用的“产品”？这个任务只能由学者来完成。如果每一个法官在判案过程中都融入自己所谓的社会科学的分析，融入自己的价值判断，在一定程度上就破坏了法律的安定性和平等性。但是学者就可以根据目的理性的要求，创制出一系列法律概念与审查步骤，以及解释特定法律规范的学说。同时，从社会科学

的视角，在事后，学者也可以从评估的角度，检验这些概念的创造、方案和理论模型的提出是否实现了之前所设想的目的，是否达到了特定的增进社会效益的效果。

但这里仍然需要做一个区别。对于大多数的司法者，我们不能要求他们在具体的案件中适用社会科学的知识，**但对于一些意义重大的个案（比如最高法院的一些指导性案例），法官可能就需要进行一些社会价值和效能的考虑。**再回到医学的例子，大家会发现，一些基层的医院，比如说卫生院甚至赤脚医生，他们可能只会看病，不会做任何有关医学的科学研究，但是到了一些高级别的医院，尤其是一些三甲医院，大家会发现很多医生同时自己也会做科研，这实际上也是实践的不同层次。不同层次的实践者，他们的使命也是不一样的。

Q：您能向我们简单介绍一下社会科学的方法都有哪些吗？

社会科学本身是一个比较宽泛的概念。一方面，我在美国社会科学的学术训练主要集中在犯罪学领域。当然由于犯罪学交叉学科的属性，我在研究犯罪现象的同时，也接受了相邻学科的有关知识，比如犯罪经济学、犯罪社会学、犯罪人类学。另一方面我接受的学术方法训练主要是定量研究的学术方法，所以我主要是从定量研究的方法去关注社会现象。

但是，真正社会科学的方法会包括非常非常广泛的领域，比如在研究的问题上，社会科学会包括经济学、政治学、人口学、传播学、人类学等，在研究方法上，社会科学既包括定量研究，也包括定性研究。

我在犯罪学课程和法律实证课程上都提到，一个完整的社会科学研究一般会包括（1）确立研究课

题；（2）构建理论模型；（3）建立研究假设；（4）确立研究方法；（5）得出研究结论。这既是法律实证研究的进路，也是广义上实证社会科学（empirical social science）的研究进路。当然从研究目的来看，一般的社会科学实证研究又会分为描述性研究、解释性研究、预测性研究和对策性研究，每一个研究用到的具体方法又会略有不同。

我觉得社会科学一个比较共性的层面就是大多数的社会科学都会关注特定的公共政策，这也是社会科学的一个立足点，就是**要去解决公共政策的问题，通过对社会现象背后的原因进行解释，进而提出一个循证式（evidence-based）的解决方案。**

Q：定性研究和定量研究的优势和局限性分别是什么？

定性研究有广义和狭义的区别。**狭义的定性研究是指质性研究，主要是通过访谈的方式理解社会现象。**比如在民族志的研究当中，要研究这个地方的犯罪现象，研究这个地方的民族人口问题，需要扎根到这个社区，向很多人做访谈。广义的定性研究，既包括前面所说的质性研究，也包括很多很多的文本分析、规范分析，只要不用到数据和统计，都可以作为定性研究的一个组成部分。

定量研究和定性研究都各有优势，也各有局限性。**定量研究的优势在于科学性更强一点，能涵盖比较大样本的范围，**我在研究司法判决的时候会研究成百上千万份司法判决，从中找出一种普遍的规律。但是**它的缺点在于，在采用了大样本的情况下，对于每一个样本的了解肯定是一种抽象化、符号化之后的了解，很多隐藏在数据背后的差异性可能或多或少地被忽视了。**

而质性研究的过程中，研究者会扎根到社区，会进行访谈。由于没有人可以做到对几万个几千万

个样本进行访谈，所以样本选择具有一定的局限性，只能选择一个小小的社区，选择接触到的几个对象；但另一方面，因为研究者会不断地进行调查、访谈、互动，因此研究者会对每一个样本研究得非常深入。

两种研究方法各有利弊，未来如果能把两种研究方法结合，我觉得肯定是一个最好的社会科学研究思路。

Q：您在 STL 开设《犯罪学》这门课程想要达到什么样的授课目的呢？

犯罪学是一个独立的学科，有自己独立的知识。首先，大家能够通过犯罪学的学习，掌握许多犯罪学的理论，能够学习一个新学科的知识 and 理论体系。

除此之外，通过犯罪学这门课程，我想让大家以犯罪学作为切入点，来关注社会科学的思维方法。**什么是社会科学的思维方法？**我认为有两项核心。一是**因果推断的批判性思维**，两个变量之间的**因果关系是否能推断出两个变量之间的因果关系？我们又应该以什么样的方法去推断两个变量之间是否存在因果关系？**

另一项则是**提出公共政策的能力**，我们如何基于**实证研究的证据提出公共政策？**在犯罪学的学习中，最关注的公共政策就是犯罪治理的政策——什么样的手段能够真正地预防或减少犯罪？实际上，其他学科也需要提出公共政策的能力，比如在微观经济学中，研究者会考虑哪些经济政策能够促进企业的效益；在宏观经济学上，研究者可能更关注在宏观上能够促进国家发展的政策；政治学中，研究者会讨论哪些公共政策能够促进人口的平等，或者能够促进选举的公正等。**社会科学的思维方法在各个学科之间是相通的，我希望以犯罪学这一门学科作为载体，帮助大家建立从明确原因到提出公共政策的“循证式”思路。**

Q：如何从相关性中推断出因果关系？算法和大数据在这个过程中起何种作用？

相关性要强到什么程度上才能验证因果性？相关性至少是因果性的充分不必要条件。因果性的证明有一套严格的方法，而最好的一种方法，就是实验，这是自然科学当中反复适用的一种方法。社会科学中，很多社会实验不被伦理所容许，我们就只能基于对一些既有数据的观察，用一种准实验的方法去关注特定的因果关系是否存在。

大数据的存在可以让我们很容易地发现事物之间的联系，有时候就可以跳过因果推断这一步。比如警方掌握了所有犯罪的数据，制作出犯罪热点地图，我们就知道某个区域是犯罪的高发地。从公共政策的角度来说，警察可以直接去这些犯罪热点地区进行警力部署，遏制犯罪。数据量的庞大可以在一定程度上省略对背后因果机制的探讨。

那为什么我们经常要探讨所谓的因果界定？因为很多时候，我们没有大面积的大数据。我们能做的是通过一些小样本的分析，清晰地界定出背后起作用的是什么因素，并把这一因素作为未来公共政策制定的依据。这完全是两种不同的思维方法，究竟选择哪一种，取决于我们数据量有多少。**在现在的理论阶段，从学术研究的角度来说，传统定量研究还是非常有必要的。**

Q：您刚刚提到，希望以《犯罪学》课程作为载体，帮助大家建立从明确原因到提出公共政策的“循证式”思路，您认为法律和公共政策之间的关系是什么呢？

我认为，法律和公共政策的关系可以分为两个方面，一方面，可以认为两者是**包含与被包含**的关系。

法律，尤其是立法和司法都属于公共政策的一部分。还有一部分公共政策可能与法律没有直接的关系。比如，我们在犯罪学的课堂上讲到，为了预防当地的犯罪情况，当地政府可能会对环境进行改善，把荒地变成了绿地，这也是制定公共政策的过程。就公共政策实施的主体来说，很多公权力机关都可以做出公共政策。就实施角度来说，公共政策的举措也更加多元，能够改善公共福祉的一些内容，即便与法律无关，也可以作为公共政策的内容。

另一方面，法律与公共政策的关系可以理解为，法律对公共政策的规制与制约功能。公共政策和法律的另一层关系体现在公共政策的“伦理性”要求上。**公共政策的“伦理性”特征要求公共政策必须通过伦理性的检验。**“伦理性”检验的一个主要方面为公共政策是否符合法律规范，比如行政法上的很多内容实际上是在解释和检验公共政策是否符合法律规范，在这个过程中会运用到很多法学的原则，比如合宪性原则、比例原则等，这些都是法律对公共政策进行的制约。

Q：在《犯罪学》的课堂上，老师常常以一些相关的哲学知识基础进行铺垫和引入，您期望通过介绍这些哲学知识带给学生什么收获呢？

我在课堂上讲到哲学的相关问题，并不是为了介绍哲学本身，我主要是期待**通过哲学来介绍某种理论产生的思想背景，方便大家更具体、全面地理解甚至批判、验证这一理论。**比如，我讲到龙勃罗梭的“天生犯罪人理论”时，专门讲到了社会达尔文主义，这是因为当时一些特定公共政策包括一些犯罪学、人类学政策都是由社会达尔文主义而来的。

所以介绍哲学本身不是课堂上最重要的部分，只是一种方便大家学习理解的授课方式：首先让大

家知道某一知识从何而来，然后知道知识本身的内容是什么，进一步地，知道未来它要往哪儿去、是否能够解决哪些公共政策存在的哪些局限。

哲学跟刑法、犯罪学等不是割裂开的。哲学很多涉及到伦理学，它再次回归到了公共政策中的伦理性的要求。比如，有关特殊预防、一般预防的重要伦理性考虑之一是人是否能犯罪、人能否成为工具，杀鸡儆猴是否具有道德上的正当性，这就是伦理学的考虑。比如，康德说“人不能仅仅成为工具”，我们可以从此出发讨论刑罚的目的。

伦理学的部分内容一方面已经成为了宪法和具体部门法中的规范化的法律条文，另一方面在解释法律条文的时候作为工具对其进行相应的限缩，从而使得法律解释符合目的理性。**从这个意义出发，很多有关法律的讨论在根本上涉及的是哲学、伦理学的问题。**

Q：您在 STL 开设的《法律实证分析》课程的内容是什么呢？

法律实证课程的核心是方法论。法律实证研究的核心在于运用社会科学的方法描述、分析和归纳法律运行中的实际问题，并最终为立法者、司法者和执法者的决策行为提供经验素材。

这门课的第一阶段是基于法律实证研究的素材教授社会科学研究的一般方法，我的预设是选课同学都没有任何的统计学和计算机软件使用的背景，因此我会介绍一些统计学的基础知识和 R 软件的应用，其中会涉及一些数学问题和简单的计算机编程知识。**这一阶段的目的是让同学们掌握如何进行有信度和效度的量化研究。**由于方法的习得必须经过训练才能完成，因此每一次课后我都会布置相应的作业，由同学们对一些具体的数据进行处理和分析。

第二阶段则是让同学们在阅读经典的法律实证

研究论文的基础上，训练法律实证研究的**研究范式**和**写作思路**。这一阶段侧重于训练同学们掌握如何**发现一个有价值的实证研究问题**，以及如何**将数据分析的结果转变为特定的公共政策或法律适用的结论**。不同于前一阶段，这一阶段主要关注概念的理解和解释。这一阶段，阅读尤为重要，我会挑选出法律实证研究中的经典文献，让同学们进行阅读、分析、批判。

Q: 您觉得什么样的实证研究是好的实证研究?

第一，研究的问题是否具有重要的意义。一般来说，这里的重要意义更多指向的是一种理论意义。比如我在法律实证研究课上提到，一个好的实证研究的理论问题，既可以从法教义学的理论中去寻找，也可以从社科法学的理论中寻找。同时，有一些实证研究的主题也可以指向我国司法实践中面临的重大变革，通过对变革的评估与反馈，指导制度的未来走向。比如我们说现在刑事司法领域的认罪认罚从宽制度，刑事辩护全覆盖制度等，都可能是实证研究潜在的评估对象。

第二，实证研究的方法是否具有科学性。在量化研究中有两个相应的术语，信度（reliability）和效度（validity），研究者需要检验自己的研究是否具有信度和效度。当然这里会涉及一系列统计学方法的检验。

第三，研究者所提出的公共政策建议与实施的实证研究之间到底有没有关系。在我审读的很多论文中，我发现都有这个问题：前面实证研究的部分发现了某种现象，而后来的政策建议部分则与之脱轨。很多研究者为了使这篇文章的最终结论符合公众的预期，或者更有利于发表，会完全抛开实证研究的结果本身去讨论很多的政策。我觉得这样的实证研究意义不大，因为此时公共政策并非是基于

实证研究得出来的。

概括而言，首先，一个好的研究问题需要具有理论价值或者实践价值。其次，研究的方法需要具有科学性。最后，实证研究本身和提出的公共政策建议之间有真正意义上的关联。

Q: 社会科学和规范法学里要求的“问题意识”有什么异同?

在英文语境中，“问题”包括两层含义：一层是所谓的“issue”，是说这个领域之前没有人研究过、我们需要填补一个部分的学术空白。另外一层是“problem”，就是一种社会现象、某一种法律适用的方案在运行过程中产生许多难题，我们需要用学术研究的方法将其发现并予以解决。我觉得在规范法学和社会科学领域都涉及到上述的两个层面的研究。

比如，规范法学刚起步的时候很多“问题”指的是“issue”，意味着这个领域没有人研究过，我们需要对它进行全面的介绍，比如刑法客观归责理论、期待可能性理论、违法性认识理论等都是近几十年来在我国学术界兴起的理论模型。一些学者敏锐地发现，这些理论能够较好地解决我国司法实践中的案例。在社会科学领域，比如我们犯罪学课堂上接触到的赫希的社会控制理论，赫希建立了一个理论专门解决的就是青少年与父母、学校、同辈的社会联系与犯罪之间的关系，这些理论在提出之前，都是一个没有人研究过的领域，因此我们可以说，这样的研究填补了理论的空白。

随着一个研究领域的深入发展，大家会发现研究的空白越来越少，那这时候怎么办？这时候，我们会发现，学者的研究就会更加侧重于“problem”，研究者们开始探究理论在适用、解释过程中会遇到

哪些问题、我们又应该以怎样的方法去解决这些问题。比如，在运用违法性认识的过程中，我们可能倾向于采用“不知法不免责”的原则，但是随着“气球射击摊案”“大学生掏鸟案”等一些社会热点的公布，大家会发现，这一原则会与公民最直接朴素的法感情产生冲突，这就是problem，我们应该怎样解决它呢？此时学者就会通过对违法性认识这一概念进行重新的解释，来解决这一问题。

同样的，在社会科学领域，在证明社会控制理论时，我们会发现一些现象它解释不了。比如在赫希的控制理论中，犯罪是个人与社会的联系薄弱或受到削弱的结果，而“参与”（involvement）是社会联系的一个重要部分，但许多实证研究发现，对一些传统活动参与更多的青少年反而更容易犯罪，这就是社会控制理论的一个“problem”。这时候的“问题意识”就是指我们应该如何解释这种现象。这种现象产生的基础和背景是什么？我们在公共政策下要做怎样的调整？

总之，我认为“问题意识”其实都是这两层面的问题，只是关注的角度不一样。**在规范法学当中，最主要关注的就是法律适用的问题；在社会科学领域，我们更多关注的是社会现象和公共政策问题。**

Q: 在学习《犯罪学》的过程中，我们会发现针对同一问题，可以会有不同的政策设计，而不同的政策设计背后对应的是不同的犯罪学理论，我们应该如何判定哪种理论、政策是“最优”的呢？

首先，不同的理论关注的问题有所不同。比如天生犯罪人理论关注怎样对反社会型人格的人进行提早的干预，破窗理论更关注于环境的治理。

当然，在一些情况下，一些理论之间可能会存在冲突。我们在上课也讲到标签理论和社会控制理

论：社会控制理论认为，社区内的监管力量能够及早地发现犯罪行为，从而起到遏制犯罪的作用；但是，标签理论却认为，更多的社区监管力量，意味着初次越轨的人更容易被社区贴上标签，进而会促进一部分人走向犯罪道路。这时候就要通过实证研究来验证理论。

这个验证又分为两个层面：**第一个层面是验证这种理论本身有没有效，哪种理论更有效；第二个层面是判断哪种理论在哪个群体中有效。**例如，青少年犯罪中，因为标签对青少年的影响会更大，所以标签理论更有效。而到了成年人中，我们可能更多地去关注刑法本身所具有的威慑效应，所以我们可能会更多地关注到社会控制理论。我们需要研究在哪个时间段，哪种环境下，对待哪一类群体，哪种理论是更好的。

Q: 请问老师，犯罪学理论中有类似法学中大陆法系、英美法系等法系这类基于地域进行的区分吗？

犯罪学中是没有这类区分的。但是你会发现，**犯罪学的一些理论的提出都有其特定的社会背景。**比如，我们讲到社会解组理论、城市同心圆理论，这些理论更多地关注美国社会邻里关系的紧密程度、人口流动的情况等是否会对“犯罪城市”产生影响。但是，在中国很难简单地套用这一理论模型，因为中国的许多小区的人口构成十分稳定，同时独门独户，还有物业统一管理小区，一般不会涉及到业主对小区环境的控制问题。但这不能排除这一理论适用于中国另外一些社区——如城中村——的可能，因为城中村的犯罪状况和美国人口高流动的社区有很多相似之处。

所以，从这个角度来说，理论本身是孕育于一定的社会环境之中，继而转化为一定的公共政策，

去解决一定的社会问题。这种情况下，犯罪学理论虽然不存在像大陆法系和英美法系的区分，但肯定是和一定的社会环境紧密相关的，因此我们在运用理论的时候，也需要关注它产生时的社会背景。

Q: 请问老师，我们是否应当根据中国特有的社会特点建构犯罪学理论呢？

这是未来一个非常好的学术路径，当然也存在一定的问题。首先，理论的出现还是来源于问题，即中国本土有无迫切需要解决的、美国社会中没有发生过的问题，理论建构的初期需要对社会现象进行挖掘，不能为了建构理论而建构。当中国学者挖掘出中国特有的犯罪问题时，理论就会呼之欲出。

我们在犯罪学的课堂上提到过，大量的理论都是在发现特定现象之后才产生的，比如龙勃罗梭在解剖了许多头盖骨之后创建了天生犯罪人理论，赫希也是在给中小学发问卷的过程中发现与父母感情不好的孩子更容易犯罪，我现在也在慢慢地尝试做一些本土化现象的发现，进而看看有没有理论构建的可行性。所以再强调一下，理论构建是为了提出公共政策、解决社会问题，我们不能为了构建理论而构建理论。

Q: 您觉得法学院应该着重培养学生的哪些专业能力？

首先，我认为很多知识的学习本身是有必要的。在面对一些疑难问题的时候，大家常常觉得自己的解释方案与内心朴素的法感情之间存在差异，此时，很有可能是大家没有很好地掌握某个概念和工具。我本身的主要研究方向不是法教义学，大家想进一步了解可以阅读茅老师的《有用的理论、无用的理

论与备用的理论》，这篇文章讲得非常清楚和精彩。

再者，我认为鉴定式的案例分析方法很重要。鉴定式案例分析是一种方法论，它主要训练两种能力。第一种是周延性的审查。在碰到法律问题的時候，要尽量周延地考虑到涉及的各种法律规范和法律概念。比如有些同学一上来就把某个案子的罪名定性限定在盗窃和诈骗之间，并且重点关注盗窃和诈骗的区别，但这并非是周延的审查思维，因为这个人可能是盗窃，可能是诈骗，也可能是抢夺、侵占，甚至可能无罪。

而鉴定式的案例分析方法有一个完整的审查体系，需要先进行设问，然后逐一检视。该案是否符合盗窃罪？随之逐一检验盗窃罪的构成要件。如果不构成盗窃罪，再进行另一罪的审查。这样能够保证对各种可能性进行了非常全面的考虑。这是我觉得掌握鉴定式案例分析方法的一个重要优势。

鉴定式案例分析方法训练的第二种能力则是位阶式的思考模式。大家在中学政史地的考试中进行分点答题时，常常采用平面式的思维展开回答，每一点的顺序改变并不会影响答题。但在刑法领域，鉴定式案例分析方法非常强调位阶性的思考：要先思考什么、再思考什么、最后思考什么。陈兴良老师总结出来的重要原则：事实判断优于价值（规范）判断，我们处理一个案件，要先判断事实是什么；客观判断优于主观判断，在判断一个犯罪行为的时候，要先定性客观的行为本身，再判断行为人主观上有没有故意或过失；形式判断优于实质判断，先从形式上判断概念本身是什么意思，或者说从基本语义上出发判断对它的解释不符合国民对这一语词的一般认识，然后再考虑它的实质性标准——考虑采用此种解释方案，是否能达到特定的效果。

刑法学中“客观判断优于主观判断”的经典例子是：A 想杀死 B，在查阅航班的过程中，A 判断某一航班很可能在将来失事，然后 A 给 B 买了一张该航班的机票，并且让 B 乘坐该航班，结果航班恰巧失事，乘坐该航班的 B 死亡。设问：A 对 B 是否

构成故意杀人？

如果这时候先考虑判断主观，那么 A 内心无疑有杀死 B 的故意，同时，A 有购买这次失事航班机票的行为，A 构成故意杀人罪。但适用“客观判断优于主观判断”的原则时，最先考虑的不是行为入内心到底是否有故意或过失，而是 A 购买机票的行为是不是一个杀人行为、该行为是否有剥夺他人生命的危险。在通过客观判断后，我们再去讨论行为入主观是否具有故意或过失。如果客观层面不构成杀人行为，那么审查就到此终止，无须进一步考虑主观层面的故意和过失。我认为“位阶性”的思维方式需要在法学院进行反复训练。

Q: 在您的学生时代，是否有对您影响比较深的老师呢？

那肯定有。从本科到博士，对我影响最深的肯定是我的导师——陈兴良老师。陈老师的学术成就想必不用我过多介绍，我想说的是陈老师对我两个特别的影响。一方面，陈老师对我非常地宽容、理解。陈老师自身深耕于刑法教义学这一规范法学的领域，但是他非常支持和理解我去攻读犯罪学博士学位。

另一方面，陈老师具有可贵的人格魅力，陈老师有一种春风化雨、谦谦君子的感觉。大家可能会发现，我上课时早十分钟、十五分钟到教室，但我在日常生活中其实是有拖延症的，我在别的事情上并不会“早到”。我之所以形成早到教室的习惯也是受到陈老师的影响：无论上本科生的课还是硕士生的课，陈老师都会提前半小时到教室，翻阅课上要讲的内容，或者接受同学们的提问。虽然陈老师并没有和我们任何一个人说起过他这个习惯，但是通过师生间潜移默化的影响，我默默地把这种习惯记在了心中，告诉自己以后当老师的时候，也要形成这样一种好习惯。因此，有很多人說，你跟老

师相处久了，各种举止、神态都会尽力向老师靠拢。我深表认同。在学术道路上，师生之间的传承不仅是一种学术观点、一项学术事业的传承，更多的是一种学术素养和良好品性的传承，正所谓“仰之弥高，钻之弥坚”。

大家也会注意到我在课上会经常输出车浩老师的观点，车浩老师对我的影响也非常大。从某种意义上来说，我从事刑法研究也和车老师当年的一次鼓励有非常大的关系。我大三的《刑法案例研习》课程由陈兴良老师和车浩老师合作教学，车老师也负责作业的批改。当时他不加吝啬地表扬了我的作业，我深受鼓舞，改变了当时考 LSAT、出国读 JD 的规划。之后我给车老师写邮件表达了想要研究刑法的想法，车浩老师也给了我非常正面的反馈。我对大家犯罪学作业的细致批改和反馈实际上也是受车老师的影响。

在硕士阶段，我成为了《刑法案例研习》的助教，车老师是主讲老师。他采取了一种非常好的教学相长的方式：由助教们自己设计和讨论教学方案，每周的助教会议一起开会讨论在教学中遇到了什么问题，什么样的教学方式有效。在《刑法案例研习》后，我们又上了《刑辩实务》这门课，这门课的学生不仅包括北大的在校生，也包括了从事实务的律师。由于吸纳到了社会人士前来上课，做这门课助教的难度陡然提升。包括我在内的许多助教都遇到了许多棘手的问题，这时候车老师会让助教们讨论遇到这种教学危机应该如何处理。事后看来，这些经历非常类似于每一位中小学老师在走上讲台之前都要经历的教学实习，在正式成为老师之前，你需要以助教的实习身份去处理各种各样的教学的问题，这样你成为老师的时候才会真正地游刃有余。

到了美国，Greg Ridgeway 老师对我影响也很大，他性格也非常谦和，会不断地鼓励我进行研究。就我个人的体验来说，在成年阶段，鼓励也许比批评更有力量，一次鼓励很可能会改变一个人很多重要的选择。

其中让我记忆深刻的有两件事，一件事是在我到美国第二年的时候，Ridgeway 教授会抽出一个下午的时间，叫上我和另一位同学去他的办公室，每周花两个小时的时间，以一种师徒对话、共同学习的方式教授一些统计学和机器学习的前沿知识。可以说，这一个学期开的小灶对我未来的研究帮助非常大。另一件事是，由于英文不是我的母语，我的英文写作或多或少和美国同学有一定的差距。于是在我博士阶段的每一次论文投稿之前，他都会和我一起坐在他的办公室里，对我的论文进行逐字逐句地校对和审阅。有时一篇论文读完，常常需要花费数个小时。正是在他的帮助下，我顺利地完成了数篇英文论文的发表。

我在学生阶段遇到的各位老师在一定程度上塑造了我现在对待学生的方式，我希望成为像我的老师们这样的老师。

Q: 我们在《法律实证分析》的课堂学习过正态分布，事实上在大学、研究生阶段，我们经常“被正态”“被 Curve”。在“被正态”的这个过程中，我们往往会对自己的能力产生质疑，您是如何看待这种“被正态”情况呢？

正态分布是统计学上一个重要的发现，它的确反映了不少真实世界的规律，因此某种程度上，这种规律也能给我们一些人生启悟。

首先，正如大家在我课上学习到的“正态分布”的经验法则一样，在大多数情况下，我们绝大多数的个体都会聚集在均值附近——比如我们学习到，在正态分布中，有超过三分之二的观测值都会在正负一个标准差 σ 之内，有超过 95% 的观测值都会在正负两个标准差 σ 之内。因此，可以说正态分布给我们的启示就是，我们绝大多数的人在绝大多数时候都会是“普通人”，如果偶尔获得了远超出普

通人的成功，我们需要感谢命运的馈赠；如果我们最后的成就没有达到自己的期望，也不要灰心，因为正态分布的经验法则告诉我们，这才是生活的常态。

其次，我们在学习正态分布的时候，讲到它最重要的一个体现就是：**根据中心极限定理，如果我们从一个总体中不断地抽样，虽然每一次抽样的结果会有所区别，但是随着我们抽样的次数不断地增多，最后样本的均值也会不断地符合一个收敛于总体均值的正态分布。**

事实上，在很多时候，我们的人生就是这样一种偶然和必然的组合。一方面，正如阿甘正传中的那句经典台词一样，“生活就像一盒巧克力，你永远不知道下一块会是什么味道”，我们在生活中会遇到许多意料之外的惊喜，也会遇到很多难以言说的挫折。另一方面，**我们也需要相信，在人生的起伏中，一次不公平的结果只可能是“抽样偏差”，只要永葆初心，保持尝试，最后的结果一定不会偏离自己的能力太过遥远。**

事实上，对于大多数同学来说，一次成绩的得失还远远牵扯不到人生的起伏。相对于社会的波云诡谲，学生时代这些轻微的挫折教育也是很有必要的。就我自身的经历而言，我的学生时代虽然非常漫长，但是如今回忆起来，因为我遇到了许许多多的好老师，我的整个求学生涯可以说是十分顺利的。那些意料之外的挫折和委屈恰恰都在走出校门的那一刻开始降临。但是，如果我们把这些意外看成是“抽样偏差”，并且相信，随着人生的起伏，最后一定会收敛于自身定位的那个“均值”，心胸不禁会开阔起来。我中学老师分享的一句话至今仍对我有比较重要的影响：“得意之时淡然，失意之时坦然”，我也想把这句话送给大家。

Q: 在您看来，STL 的特色是什么呢？

我觉得 STL 的特色来源于两个方面。一方面是我们所说的“学贯中西”——既学美国法也学中国法。两个看似不一样的领域，在经过结合和碰撞之后，就能够形成自己的特色和比较优势。STL 在两大法系的比较学习中，会自然而然地产生很多思维的火花和独特的学习体验，进而形成比较优势。

另一个方面是 STL 的学习方式，一年级的美国法课程非常强调**阅读能力的培养**，在中国法的课堂上也强调课前的材料阅读和课后的方法训练，因此每门课都不仅仅限于“听课”。“听课”本身的效果是非常有限的。同学们在养成阅读材料的习惯之后，在高年级的选修课上，能够积极地去阅读、理解授课老师发布的材料，并且以一种积极的形式加以反馈，就会有很多收获。同时，这对老师的授课也非常有帮助。

我非常理解同学们因为未来的不确定性而产生焦虑，在大环境下，年轻人认为人均机会并没有那么多，会很早思考工作的问题，STL 的四年学制也会加剧这一焦虑。但我想说，许多静下心来努力，它的作用是需要时间检验的，而不是说当时就能奏效。所以我希望 STL 的同学们能够把目光放得更长远，发挥我们的比较优势。

Q: 吴老师已经在 STL 完成了《犯罪学》和《法律实证分析》两门课程的授课，通过这两次授课，您对 STL 有什么直观感悟或者想法吗？您希望未来 STL 的同学们以一种什么样的状态进入到您的课堂上呢？

可以说，从记事起，“老师”这个词在我心中就有不一样的分量。我祖父母那一辈，四位老人有三位曾经都是老师。从小，我就能从街坊邻居对他们的称呼中，感受到那一份尊敬。我的学生时代十分漫长，如果从小学一年级开始起算，到第二个博

士的毕业，我的学生生涯足足有二十三年。在这漫长的时间里，我在关键的人生节点上，曾经不止一次地体验到，老师的一句鼓励，一句评价可以对一位学生的人生选择产生多么深远的影响。

因此，我对老师这份职业抱有非常强烈的神圣感和敬畏感。在寻找教职的过程中，我也把学生的构成和教学的成就感，作为我最重要的考虑因素，这恰恰也是 STL 最吸引我的地方。可以说，从教第一年，我的整个教学体验是十分愉悦的。由于我们之前提及到的 STL 专门的人才培养模式，STL 的课堂充满着学生与老师高质量的互动，同时，同学们的内驱力和创造力都给我留下了深刻的印象。

给大家举一个例子，我在犯罪学的课上曾经给大家介绍过我发表在英文期刊论文上的一篇文章。在课堂讨论的时候，一些同学提出的问题非常出乎我的意料。因为这些问题恰恰和论文匿名评审时审稿人给我提出的疑问高度重合。要知道，给这个期刊审稿的一般都是在犯罪学领域深耕多年的专家，而许多同学在简短的学习之后，能够迅速把握一个研究的实质问题，这是让我叹为观止的。

正是面对着 STL 这样的学生，作为一名新老师，我在不断获得成就感之时，实际上也一直在进行自我鞭策。每一次上课结束之后，我在意犹未尽的同时，也会对教学进行着多轮复盘，以期待实现教学相长的目标。

如果说我对同学们有什么期待，我想只有一个，那就是抱着一种对知识的渴望来到课堂，那么所有有关学习的事都会水到渠成。

.....

◎ 本次访谈采编工作由刘国英、刘昊阳、卢晴、牛犇、吴娜、张一凡同学完成，校对工作由侯肃敏、胡景宣同学完成。