

法学院的生意（一）：美国法律教育困境的制度分析

The Law School Business: An Institutional Analysis of the Plight of American Legal Education

沈 明 *

内容提要：美国法律教育在法律全球化进程中具有举足轻重的影响。然而，过去十余年来，其繁荣表象之下逐渐显露出种种困境，并在 2008 年以来的经济萧条中演化成危机。从宏观制度结构着眼，美国律师协会对法律教育机构的认证制度以垄断性的高标准推高了法律教育和法律服务的市场价格，维系了以法学教员为代表的法律职业群体的高额利润。即便美国司法部对美国律师协会的反垄断诉讼及制裁也未能实质性扭转不公平的法律教育市场竞争格局。过去一个世纪以来，塑造、掌控、维护着法律教育体制的法学教授群体的课时量负担不断下降，与此同时，薪酬却持续上涨到明显领先于法律职业总体水平的高度。课时量与薪酬的反向变化是推高法学院学费的直接原因。自 19 世纪后期现代法学院在美国大学中建立以来，其社会功能定位不断由职业教育向学术研究倾斜，法学理论与法律实践之间的张力极大地扭曲了法律教育机构。法律交叉学科研究不但与司法实践日益隔膜，而且还使教学本身在法学院中愈加不受重视。其后果颇为严重：不但直接损害了学生的利益及教育市场公平，而且在间接意义上，因法律教育从业者以违背职业伦理的方式获取社会的转移支付而损害了社会正义。

关键词：法学院 法律教育 社会功能 薪酬 课时量

他们违背自己的那一套冠冕堂皇的言辞，屈尊拾取金苹果，不顾信义、仁爱和名誉去做羊毛、甜菜和烧酒的买卖。

——马克思、恩格斯¹

法律职业的历史在很大程度上……就是该职业的所有构成部门，包括法学教授和司法人员，努力保障其显赫的经济与社会地位的历史。直到晚近时候，美国和其他大多数富裕国家的法律职业界的这种努力都取得了志得意满的胜利。……我请求读者，不要仅仅因为马克思主义如今成了一种声名欠佳的政治哲学，就不假思索地摒弃其下述主张：一种职业的典型思维模式可能有其经济缘由。

——理查德·波斯纳²

一、引言：问题及其意义

全球化是我们时代的关键词之一。具体到法律领域，报章新闻和学术研讨近些年来所津津乐道的一个论题就是法律全球化。³ 不论人们对法律全球化的理论有怎样的学术分歧，也不论人们对法律全球化的发展持怎样的政治态度，已经有越来越多的经验证据证实了法律全球化趋势的存在。但应该很快指出的是，这

* 上海财经大学法学院讲师。

¹ 《共产党宣言》，载《马克思恩格斯文集》（第二卷），中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译，人民出版社 2009 年，第 55 页。

² Richard A. Posner, *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995, pp. 33, 35.

³ 在中国知网的学术期刊库中，2000 年以来发表的以“法律全球化”或“法律移植”为关键词的论文共有 1042 篇（2014 年 7 月 18 日检索）。

里存在着一个悖谬：在很多社会领域，全球化其实只是美国化的一个婉称而已，法律全球化也不例外。⁴ 纵观当今世界，在全球法律职业市场和法律教育市场上，美国均占据着无可争议的领导者地位。⁵ 美国的法律制度、法律教育、法学研究、法律理论的域外影响的范围之大、程度之深，恐怕是绝大部分中国法律人不会否认的。可以预见，至少在未来相当长一段时期内，这种影响仍将持续存在，甚至可能随法律专业留学人数的增加和学术交流的深化而有所加强。如果美国法律教育对中国的影响是一个无法忽视的客观事实，那么其近年来日益突出乃至恶化的诸多问题理应得到我们的关注。有必要说明，笔者对于美国法律教育困境的研究并非意在规范层面上否定全球化或者美国化（这种否定，即便可能，也少有意义）。总体而言，我们的法律教育质量和法学研究水平和美国的差距是显而易见的，因此笔者绝不否认学习先进的必要性，而只是想描述剖析美国法律教育的少为人所知的另一面，在陈明事实的基础上尝试探讨其现实意蕴。

文革之后，我国法律教育、法律职业、法学研究事业逐步恢复重建并取得了很大进展。三十多年来，法学界译介学习以美国为代表的西方法学和法制的成果蔚为壮观。⁶ 然而，如果我们在将美国作为范本学习的同时，忽视了其法律教育模式、法律学术生产机制中所存在的诸多弊端，⁷ 则可能陷入盲从或“自我殖民”的境地。⁸ 事实上，过去几十年来，美国法律教育界及广义的法律职业界内部对法律教育——即法律职业者的生产机制——的批评和质疑一直存在。2008 年经济危机以来，随着美国法律服务和教育市场状况的恶化，其法律教育所面临的困境更加清晰地凸显出来，在美国国内激起了空前的批评和反思。在这种情况下，我们显然有必要进行细致地观察和辨析，区分良莠，以免在法律全球化浪潮中迷失。这是本项研究的初衷。但笔者的关怀却绝不止于西洋景观察。如读者将在后文看到的，美国法律教育制度的种种弊端和困境其实和当代中国法律教育所存在的不少问题具有相通之处。这一事实可以反映出非常复杂的现实意义。虽为法治后进，但我们可能享有某种后发优势。在追逐全球化的事业中，如果中国法学和法律教育界在从先进者那里汲取有益经验的同时能够认真借鉴其严肃的教训，则可少走弯路，少犯错误。其意义与价值，大而言之，未必不能与“民族复兴”和“中国梦”之类的宏大政治话语相提并论。毋庸讳言，在当代中国的学术语境之中，以美国为靶子展开讨论是一种非常安全甚至有点时髦的言说策略。它山之石，可以攻玉。笔者在乐享安全和时髦之余，希望有心的读者同仁能以其如炬目光力透纸背，惟其如此才能使他人的故事对我们产生意义。

本文是“法学院的生意”系列文章的第一篇，主要从美国法律教育的基本制度结构即法律教育机构认证入手，揭示造成其种种严峻问题的制度根源及历史背景。此外，本文还特别分析了法学院教授⁹群体，他

⁴ 参见何美欢：《论当代中国的普通法教育》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 1 章；高鸿钧：《美国法全球化：典型例证与法理反思》，载《中国法学》2011 年第 1 期。

⁵ 截至 2012 年，以年度总收入排名的全球 100 大律师事务所里，有 76 家是美国律所（另有 14 家是英国律所，大陆法系国家仅有 3 家律所榜上有名，分别位列 73、83、89），参见“The Global 100: Most Revenue,” *The American Lawyer*, October 2012, pp. 171-174. Quacquarelli Symonds 公司所做的全球法学院排名是笔者找到的唯一一份貌似严肃的全球法学院排名。鉴于法学院的跨国量化比较十分困难（缺乏可比性），因此其排名娱乐意义远大于实际意义。在这份名单上，全球最佳的 100 所法学院中，美国占据 29 席。见“QS World University Rankings by Subject 2012 – Law,”

<http://www.topuniversities.com/university-rankings/university-subject-rankings/2012/law-and-legal-studies>.

⁶ 一个稍早但仍说明问题的相关综述，可参见苏力：《当代中国的法学著作翻译》，载《清华法学》（第 4 辑），清华大学出版社 2004 年，第 130-149 页。

⁷ 根据笔者的检索，过去十余年来国内发表的有关美国法律教育的论文多是以学习和借鉴为目的的“积极”的观察和介绍，类似本文这样以“揭露阴暗面”为主旨的“消极”的研究似乎还没有。

⁸ 比如，美国法学界主流学术期刊即各种《法律评论》通例是由学生主办，因此可以说学生编辑在一定程度上决定了教授的发表和升迁、甚至可能影响学术潮流走向。这是一种典型的“外行领导内行”的体制，是学术刊物通行的“同行评审”（peer review）制的一个罕见的例外。但有一些中国学者却对该体制表达了古怪的赞赏。美国学界内部对《法律评论》体制有大量的甚至不乏严厉的批评意见，可参见后注 90 引文。学术发表体制的重要性毋庸置疑，但它超出了本文主题，因此不做讨论。

⁹ 既然讨论的是美国法律教育问题，笔者依英语表达习惯，间或互换使用“教授”和“教员”、“教师”称谓，即“professor”。故而在此特别提请读者注意，本文所谓“教授”并不特指职称意义上的正教授，通常也包括已经取得终身教职的正副教授和属于终身教职轨（tenure track）的助理教授。从事法律写作教学和诊所教育的教员大多不属于终身教职轨，其中一些属于兼职教员（adjunct professor），此外，法学院的教员构成中还可能少量短期任职的访问教授（visiting professor）。

们在很大程度上是现有法律教育制度的塑造者、运作者以及特别是守卫者。制度与制度中的行动者须臾不能分离，行动者的偏好、权力、利益、激励以及制度对诸多因素的回应促成了制度的客观演化。对于法律教育这一社会现实的解释，以及任何潜在改革措施的设计，都必须植根于对制度和行动者之间互动机制的理解。本文最后一节着力分析了法律教育的社会功能及其错位。这种错位与当代法律教育危机互为因果，相互强化，使困局积重难返。“法学院的生意”系列余下两篇文章将把分析视角拓展至经济、伦理维度，通过美国法学院在招生、学费、学生就业等营销环节的种种尴尬乃至触目惊心的故事，以及法学院排名这一貌似无足轻重的现象来完成对美国法律教育困境之图景的描述、分析与阐释。就最抽象层面上的理论意义而言，这项研究旨在以当代资本主义的一个侧面即法律教育和法律职业为例，为马克思主义的经典政治经济学洞见做一注脚。

二、美国律师协会对法学院的认证及其负面影响

讨论美国法律教育所面临的困境甚至危机，首先需要对其历史背景有所了解。让我们从掌管法律教育的非政府实权主管机构——美国律师协会（American Bar Association，以下简称 ABA）说起。

美国法律教育和法律职业的一个基本背景性事实是：ABA（经美国教育部批准）制定并且执行法学院的认证（accreditation）标准。与中国不同，美国没有全国统一的律师资格，律师考试和律师身份的注册管理是一项由各州掌管的权力。而全美有 45 个州的最高法院以普通法的形式要求把经 ABA 认证的法学院的学历作为获得本州律师资格的前提条件。¹⁰ 这一事实对理解美国法律职业、法律教育的历史和现状非常关键，因为这一特征在美国所有研究生阶段的职业教育中是独一无二的。比如说，我们可以拿法学院跟商学院做一简单比较：在美国，一个人要从事法律工作，必须具备律师身份，因此得先去一所获得 ABA 认证的法学院读取学位。相比之下，如果此人意欲通过商学院教育进入商界谋生，就不存在选择一所经过某机构认证的商学院的问题。在经济条件或学习时间有限的情况下，¹¹ 他可以选择一所提供兼职读书机会的学费低廉的“夜校”商学院，一样可以获得学位。法律教育的特殊性在于，提供兼职读书机会的学费低廉的“夜校”法学院基本不可能存在，因为——基于后文将会详述的原因——它不可能获得 ABA 的认证。¹² ABA 通过这种认证权力，对法律教育施加了广泛且富有争议的影响力：它可以直接或间接操控法学院的宏观微观运作以及法律学生的招生择校就业等很多法律职业界的重要事务。

ABA 对法学院的认证始于 1921 年。¹³ 此后，ABA 试图以认证制度来压制法律夜校这类不受其规制的法律教育机构，但一直进展不大，直到 1930 年代经济大萧条。法律服务市场在大萧条中急剧萎缩，因此 ABA 要求抑制新竞争者行业准入的主张这时候在法律职业界内部获得了比以往更多的支持。至 1935 年，在美国法学院联合会（Association of American Law Schools）的帮助下，ABA 成功说服 9 个州确立了律师职业的准入规则，即以 ABA 认证法学院的学位作为报考律师资格的前提。此后 6 年间，又有 32 个州也先后跟进确立

¹⁰ John S. Elson, “The Governmental Maintenance of the Privileges of Legal Academia: A Case Study in Classic Rent-Seeking and a Challenge to Our Democratic Ideology,” 15 *St. John's Journal of Legal Commentary* 269, 271 (2001). 甚至连阿拉斯加这样的没有一所 ABA 认证的法学院的州，也把 ABA 认证的法学院学历作为参加该州律师考试的条件。见“2012 - 2013 Alaska Bar Rules,” Part I, Rule 2, Section 1, (b). <http://www.courts.alaska.gov/bar.htm>.

¹¹ 这里的“经济条件”可以涉及双重含义：首先是所支付学费的绝对价格；其次是受教育的机会成本——主要是潜在的工作收入之损失。在这个意义上，“夜校”一类兼职学习模式可以实质性地降低机会成本。相比之下，杜绝了兼职学习机会的当代美国主流法律教育模式给学生施加了高昂的机会成本。

¹² 从前是有夜校法学院的。1890 至 1930 年间，美国法学院的数量增加了两倍，学生数量的增长超过 8 倍，这一时期新设的大部分法学院都是夜校性质的。1889 年时，有三分之一的法学院学生是兼职（part-time）学习的，而到 1928 年的时候，兼职学生比例更多达三分之二。参见 George B. Shepherd & William G. Shepherd, “Scholarly Restraints? ABA Accreditation and Legal Education,” 19 *Cardozo Law Review* 2091, 2115 (1998).

¹³ 参见 American Bar Association Section of Legal Education and Admissions to the Bar, *ABA Standards and Rules of Procedure for Approval of Law Schools 2012-2013*, American Bar Association, 2012, Preface, p. v.

了这一规则。ABA推广强化其认证权力的胜利标志是1944年的《军人复员法》(Servicemen's Readjustment Act)。该法规定,复员军人如果要申请联邦贷款念法学院(绝大部分念法学院的人都需要贷款),那么他们就读的必须是ABA认证的法学院。1952年,美国联邦政府指定ABA为官方的法学院认证机构。到这时候,大量未经认证的法学院都已经倒闭了,因为它们的生存空间已经所剩无几。¹⁴

在法律教育市场上,绝大部分投考法学院的学生,即买方,支付非常昂贵的学费攻读法律学位,为的是将来毕业从事收入较高的法律职业,主要是执业律师。因此,报考者应当选择一所经过ABA认证的法学院,这是不言自明的道理。同样,在这个市场的另一端,法学院作为卖方,如果要获得稳定而且质量相对较好的生源,也必须取得ABA认证。¹⁵然而认证过程并不简单,甚至可以说是非常困难:ABA的认证对法学院的硬件软件条件施加了众多要求,法学院的建立和运营因而需要耗费巨资,使学费低廉的面向社会中低收入阶层子弟的法学院成为不可能。¹⁶不仅如此,新设法学院还是一项风险很高的教育投资和商业投资。原因在于,ABA的认证程序包括两个阶段:临时认证和完全认证。新设法学院必须首先经过临时认证(provisional accreditation),然后要经过至少两年时间,才可能获得完全认证(full accreditation)。而申请ABA临时认证的前提是该法学院已经建立运营了至少一年时间。这意味着,新设法学院在获得临时认证之前就必须按照价格不菲的认证标准投入全部资金,建立软硬件设施与环境,聘请教授,招收学生。显而易见,这些在初创时期作为“试验品”的教授和学生也同样要承担巨大风险,因为谁都无法事先保证该新设法学院在这场昂贵“赌博”的终点一定能够获得ABA的宝贵认证。事实上,如后文所述,恰恰是这场“赌博”中怨愤的失败者掀起的涟漪给社会公众提供了一个窥看法学院认证制度的宝贵机会。

有一个乍看起来显得吊诡的现象是,ABA制定的貌似不合理的苛刻认证标准并未遭到末流法学院反对——只要它们已经获得了认证。其实背后的道理并不深奥:ABA认证是一项重要的法律职业卡特尔垄断措施,¹⁷内外绝对有别:任教于任何一所经ABA认证的——哪怕是末流的——法学院的教授都可以享受一种高收入、低工作负荷的惬意生活。而且这是一出自导自演的剧目:负责法学院认证的ABA法律教育与律师资格委员会(Section of Legal Education and Admissions to the Bar)的成员中有约90%的人都是已获ABA认证的法学院的教授们。这种卡特尔垄断的程度之深、后果之恶已经如此难以掩盖或自圆其说,以至于美国司法部反垄断局史无前例地于1995年以垄断为由将ABA告上法庭。¹⁸美国司法部认为,ABA的认证程序对法律教育机构人为地施加了过高的而且是与法律教育质量没有多少关系的认证标准,明显地推高了法律教育的价格即学费,同时实现了提高法学院教员收入并减轻其教学负担的目的,由此压制了法律教育和法律服务市场的竞争。ABA遭到美国司法部垄断指控的法学院认证标准和其他限制竞争的政策有多项,试举几例扼要说明:

(一)对那些获得本州认证但未获ABA认证的法学院,ABA有两项明目张胆的歧视政策:(1)禁止获其认证的法学院承认从上述法学院转学过来的学生在原法学院取得的学分;(2)禁止获其认证的法学院录取上述法学院的J.D.毕业生为法学研究生(LL.M.或其他后J.D.学位)。如果你以为这样的政策是为了保证法

¹⁴ 参见 David Segal, "The Price to Play Its Way," *New York Times*, December 18, 2011, p. BU1.

¹⁵ 目前经ABA认证的法学院共有202所,其中除了U.S. Army Judge Advocate General's School培养军事法的法律硕士而没有法律第一学位即J.D.的教育,其余201所法学院都提供J.D.学位。ABA的认证是针对J.D.项目的。换句话说,法学院的研究生项目即以国际留学生为主的LL.M.和S.J.D./J.S.D.项目并不在ABA认证考核之列。

¹⁶ 事实上,美国司法部1995年对ABA提起反垄断诉讼的一个起因就是ABA否决了马萨诸塞法学院(Massachusetts School of Law)的认证申请,而该法学院正是一所低学费模式法学院。此外,亦可参见Brian Z. Tamanaha, *Failing Law Schools*, University of Chicago Press, 2012, p. 45.

¹⁷ 关于法律职业卡特尔,参见Posner, 前注2引书,第一章。

¹⁸ 本文所述美国司法部对ABA反垄断诉讼及其庭外和解的事实来自于:United States v. American Bar Association, Civil Action No. 95-1211 (United States District Court for the District of Columbia, June 27, 1995), Complaint for Equitable Relief for Violation of 15 U.S.C § 1, Sherman Antitrust Act; Steven A. Holmes, "Justice Dept. Forces Changes In Law School Accreditation," *New York Times*, Jun 28, 1995, pp. A1, A17; "Justice Department and American Bar Association Resolve Charges That the ABA's Process for Accrediting Law Schools was Misused," http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/1995/0257.pdf.

律教育质量，那就大错特错了。因为在转学和研究生招生这两个问题上，如果涉及的学生来自外国的——因此显然也是未经 ABA 认证的——法学院，则不在禁止之列。其道理是，市场不同，外国法学院和 ABA 认证的美国法学院之间基本甚或完全不存在竞争关系。ABA 此种规定的歧视本质由此昭然若揭。

(二) ABA 常规性地要求获其认证的法学院将其教员行政人员图书馆员的薪水向其他薪酬水平较高的法学院看齐。这种要求的荒谬性是不言而喻的：哪怕法学院雇员的整体收入水平再高，只要排名，总是有高有低的。薪水最低的法学院今天给教员涨工资之后，倒数第二低法学院明天就会变成最低的。这种单边的仅向高标准看齐的要求客观上造成了法学院之间在薪酬上进行“军备竞赛”的压力。其后果直截了当：法学院雇员日子越来越好过的同时，学生的学费节节攀升。

(三) 关于法学院的教学内容，ABA 一方面要求课程设置必须以使毕业生获得执业律师资质为导向，而且它还时而公开批评一些法学院毕业生律师考试通过率偏低(这意味着法学院必须以 J.D. 学位的职业教育而非后 J.D. 学位的研究生学术教育为其主流，参见下文第四节)，但另一方面，却同时明确禁止法学院把任何律师考试辅导性质的课程列为学分课程；甚至，哪怕法学院不把考试辅导作为授予学分的正式课程，只是把参加该课程作为学生毕业的程序性条件(比如在某些法学院，反剽窃培训就属于这种程序性条件，没有学分，但必须参加)，也不行。值得注意的是，这是 ABA 关于法学院课程设置的唯一的禁止性规定。也就是说，一所法学院，哪怕其学分课程设置已经完全达到了 ABA 规定的强制标准，然后将律师考试辅导课程作为超出毕业学分要求的额外任选学分课程，仍然不被 ABA 允许，但如果你增设的课程不是针对律师考试的，而是比如说讲授爪哇国的法律，则 ABA 不管。这一严苛政策背后的原因不是也不可能是秘密：它在常规法律教育之外又催生、培育了利润丰厚的律考培训生意。绝大部分法学院(包括精英法学院)的学生，在支付了昂贵的学费之后，为保证稳妥就业，还要再花真金白银接受法律“再教育”，即专门的考试辅导。ABA 的政策等于变相提高了律师职业准入的价格。

(四) ABA 要求法学院不能使教员的教学工作量超过每周 8 学时(每学时为 50 分钟)，而且要为教员提供带薪假期(名义上的理由是保障教员在教学之余拥有合理的学术研究时间。详细的讨论参见下文第三节)。

(五) ABA 要求法学院的生师比不能超过 20 比 1，而且，在计算生师比的时候不能将兼任教学工作的行政人员和兼职教员(如一些法律诊所和写作课程的教师)包括在内。由此既减轻了常规(即终身教职轨)教员的工作负担，又可以在法律教育行业内创设更多的教员岗位即就业机会。由较低生师比要求造就的相对庞大的教师群体导致了法学院运营成本和学费的升高。

关于认证，进一步的坏消息是：ABA 对法学院的认证并非一劳永逸。已经获得认证的法学院仍然有义务接受 ABA 七年一度的检查，以维系其受认证的地位。显而易见，上述认证标准保障了法律职业界包括法律教育界(如前所述，ABA 法律教育与律师资格委员会的绝大部分成员都是法学院教授)的垄断利润，但却把维系其利润的成本转嫁给了学生，推高了法律教育价格[详见《法学院的生意(二)》]。法律教育是进入法律职业的前提条件，法律教育价格的急剧上涨必然使法律服务的价格也相应地水涨船高，而法律服务的消费者是所有人。在这个意义上，法律职业界的垄断最终是由全社会来埋单。这个判断在另外一种意义上也成立：ABA 的认证设置了种种需要大量金钱投入才能满足的条件，法学院由此获得了向其所在大学要求更多资金分配的正当理由。¹⁹ 教育经费分配的这种倾斜造成的后果是，大学其他院系必须直接或者间接补贴法学院，而这种补贴最终来源于其它院系学生学费、校友捐赠等，在宽泛的意义上，也就是来自于全社会。由此可见，ABA 的不合理政策损害了教育公平和社会公共利益。

面对司法部的反垄断诉讼，尽管 ABA “绝对地、无条件地否认”了司法部的垄断指控，坚称自己没有做错任何事情，但还是做出了实质性让步，基于“不认罪亦不辩解的答辩”(nolo contendere)与司法部达成庭外和解协议。就像每一个使用该答辩的案件当事人一样，ABA 宣称，它之所以没有对司法部的指控提出实质性抗辩，是因为证明其清白的诉讼开销将过于昂贵。这可真是一个有滋有味的反讽：ABA 这家美国

¹⁹ 时任波士顿大学法学院院长的 Ronald Cass 说：“[法学院认证过程]在很大程度上是设计用以帮助法学院从其所在大学索取更多资金的，以及帮助法学院内的某些人从院长那里索取更多资金的。” Holmes，前注 18 引文，p. A17.

最大的、地位最显赫的律师职业机构在遭遇官司的时候，居然哀怨：它必须为避免太过昂贵的法律成本而忍受不正义！²⁰ 真叫自作自受。

司法部和ABA的协议于1995年6月27日公布，其内容包括：禁止ABA在认证过程中调查或者发布法学院教员及其他雇员的薪水状况；ABA必须就生师比、教员教学工作量与带薪假期、律师考试辅导课程等事项修改其认证标准，且修改后的标准须提交司法部审核批准；在ABA法律教育与律师资格委员会成员的提名委员会中，法学院教员所占比例不能超过40%，等等。可是ABA并未就此善罢甘休。十一年之后，2006年6月23日，美国司法部发布公告称，ABA承认它违反了1995年与司法部达成的和解协议，并为此支付了18.5万美元的罚款。²¹

美国司法部的诉讼和制裁，以及ABA违反协议的事实，对这个自诩为法治堡垒的全国性律师组织来说，实在是莫大的耻辱和反讽。那场反垄断讼案过去已经近二十年了，今天看来，其效果颇为有限。事实上，ABA以及与之休戚与共的众多法学院，为了维系法律职业群体的“生意”，已经被迫撕去了遮羞布，冒着抛弃职业伦理、颜面扫地的危险，顽固地坚守职业壁垒，以求继续攫取垄断利润。法学院的问题后文再具体谈，这里继续讨论ABA与法学院的麻烦。以下通过一个非常晚近的案例，看看ABA这座“保卫自由，追寻正义”（会徽铭文）的法治堡垒是如何推行堡垒的法治的。这个案例仍然和ABA的认证权力相关。既然ABA对精英法学院和末流法学院一视同仁，采用同样的标准，换言之，那些声誉很低的在美国之外基本没有人听说过在美国国内也很少有人知道法学院必须和耶鲁哈佛这样的世界级顶尖法学院满足同样的认证要求，那么ABA的标准是不是就迁就了那些资源较为有限的尤其是新设的法学院了呢？答案很简单：不是，也不可能是。

田纳西州林肯纪念大学（Lincoln Memorial University，私立大学）的邓肯法学院（Duncan School of Law）是一所新建于2009年的年轻法学院。成立之初它就获得了州政府法律考试委员会（Tennessee Board of Law Examiners）的认证，使其毕业生获得了参加该州律师考试的资格。接下来的任务即最重要的认证当然是来自于ABA的，否则其毕业生的就业出路极窄，如前所述，他们将无法在田纳西之外多达45个州获得律师资格从事法律业务。在依照ABA的标准斥巨资聘请教授建设法律图书馆并招生运营一年多之后，邓肯法学院向ABA提出临时认证申请。2011年12月，ABA经过评估之后否决了该申请。邓肯法学院随即以ABA违反了反垄断法和认证程序不正当为由将其告上法庭。²² ABA辩称其认证程序没有问题，他们拒绝认证邓肯法学院的理由是，该学院的招生标准中缺少一种将“无法完全胜任其教育内容并取得律师资格”的学生排除在外的条件。换成通俗易懂的语言，ABA说的无非是邓肯法学院的录取标准偏低。但据时任该院院长的Sydney A. Beckman说，邓肯法学院学生的法学院入学考试（LSAT）中位数成绩是147分。这个分数不低于至少8所已获ABA认证法学院的同一指标；而他们录取学生的本科平均绩点（GPA）不低于大约30所已获ABA认证法学院的同一指标。这是双方争议的要点所在。笔者的兴趣主要不在这桩讼案的技术性争议细节，而依然在于由此个案透视美国法律教育的结构性问题。

我们不妨看几个数据。前文说过，过硬的软硬件条件是获得认证的基本要求。邓肯法学院图书馆每年运营费用为75万美元，貌似不少，但和其他法学院相比，这已经是一个非常低的数额了。而每年教员薪水支出，占学院总预算的一半（鉴于这个数据的敏感性，该院没有公开其具体数额）。邓肯法学院的招生定位主要是田纳西州阿巴拉契亚山区等地方的中低收入阶层子弟，因此希望勤俭办学，使学费不至于太高。但不幸的是，勤俭办学事实上是不被ABA允许的。在满足了ABA认证标准之后，邓肯法学院的学费达每年28,664美元。据该院的主要捐助人Pete DeBusk说，如果不是被ABA的标准绑架，学费可以降低一半甚至三分之二！²³ 既然尚有如此之大的下降空间，是不是说明邓肯法学院的学费太贵了呢？答案居然是否定的，因为贵不贵

²⁰ 参见前注16引书，第14页。

²¹ “Justice Department Asks Court to Hold American Bar Association in Civil Contempt,” http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2006/216804.pdf.

²² 参见David Segal, “New Law School Sues Bar Association,” *New York Times*, December 23, 2011, p. B1.

²³ 参见Segal, 前注14引文。

是要有适当的参照系才能判断的。2011 年, ABA 认证的私立大学法学院学费中位数是每年 39,496 美元,²⁴ 比邓肯的学费贵 38%! 学费数据的对比至少可以说明两个问题: 一, 夹在勤俭办学目标和 ABA 认证标准之间的邓肯法学院是多么的左右为难步履维艰; 二, ABA 认证的法学学院的学费泡沫已经膨胀到了多么夸张的地步。必须指出, 法律教育的泡沫还不仅仅表现在学费上。雪上加霜的是, 与学费泡沫伴生的还有扩招的泡沫, 而后者恰恰是 ABA 收紧认证的直接原因。那个有很多法学教授参加的认证委员会²⁵ 绝不会希望有新生力量插足由他们掌控的法律教育领域, 并分一杯羹。因为新法学院的认证意味着生源市场和就业市场的分流, 其直接后果就是加大那些已经跻身认证俱乐部的法学院的招生与就业竞争压力。法律教育界人士和 ABA 都非常清楚但不愿公开承认的事实是, 法律教育的泡沫已经膨胀到了非常危险的程度, 因此, 他们在进一步收紧认证标准, 使新的法学院难以进入垄断的法律教育市场。²⁶ 显然, 对法律职业集团来说, 解决方案不可能是相反的路径, 即削弱或消除壁垒, 让市场竞争来夺走既得利益群体的奶酪。这是生意场上赤裸裸的利益冲突和争夺, 此外别无其他。

2012 年 10 月, 被认证“折磨”得精疲力尽的邓肯法学院院长 Beckman 卸任。当月, 为了换取 ABA 破例同意在随后的 2013 年春季学期即重新审核其认证申请(因为按 ABA 的规则, 两次申请之间本来应该间隔至少 8 个月), 邓肯法学院撤回了对 ABA 的起诉。²⁷ 至 2014 年 7 月本文修订时止, 邓肯法学院仍未获得它梦寐以求的 ABA 认证。邓肯当然不是第一个²⁸, 料想也绝不会是最后一个, 因认证问题与 ABA 打官司的法学院, 但它与 ABA 的不幸遭遇、诉讼、委曲求全, 是一个鲜活而且耐人寻味的案例, 使我们有机会近距离观察 ABA 认证制度是如何维系法律教育和法律职业壁垒的, 这双重壁垒即双重垄断造成了怎样的危害, 以及要突破此种制度性壁垒是多么艰难以至于不可能。可谓“几家欢乐几家愁”。

在这场沸沸扬扬的事件中, 纽约大学法学院法律伦理学教授 Stephen Gillers 在 ABA 被起诉后为之所做的辩护值得我们特别关注: “理解此事的关键在于, [ABA 认证] 委员会在加盖认证图章的时候对法学院未来的学生负有责任。这些学生的利益未必总是符合希冀获得认证的法学学院的利益。法学院的运营者及其想要吸引来此就读的学生是两拨不同的人。认证委员会的主要责任是针对学生的。”²⁹ 基于上文分析可知, 将 ABA 拒绝认证邓肯法学院的理由归结为 ABA 对法学院未来学生的“责任”, 实在是太过冠冕堂皇了, 恐怕连 ABA 的大佬们自己在内心都不敢或不好意思相信吧。另一方面, Gillers 教授似乎又不小心泄露或至少公开承认了一个“秘密”: 法学院教授与学生们的利益是不一致的。可是, 难道 Gillers 忘了 ABA 那个委员会是由什么人

²⁴ American Bar Association, “Law School Tuition 1985-2011,”

http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/legal_education_and_admissions_to_the_bar/statistics/lstuition.authcheckdam.pdf.

²⁵ 在邓肯法学院这个例子中, 21 人构成的委员会中有 10 人是其他法学院的教授或者院长——请注意, 10 人已经达到法学院教员在该委员会人员构成的上限了, 也就是说, 规则已经不允许比这更多了, 因为自 1995 年司法部对 ABA 的反垄断诉讼之后, ABA 的认证委员会和标准审查委员会所包含的法学院教员人数的上限被设定为 50%。

²⁶ Katherine Mangan, “As Interest in Law Schools Drops, ABA Moves to Tighten Accreditation,” *Chronicle of Higher Education*, March 30, 2012, p. A25.

²⁷ 参见 Sam Favate, “Duncan Law Dean Steps Down,” *Wall Street Journal Law Blog*, October 25, 2012,

<http://blogs.wsj.com/law/2012/10/25/duncan-law-dean-steps-down-school-considers-dropping-aba-lawsuit/>; Mark Hansen, “Duncan School of Law Drops Lawsuit Against ABA Over Accreditation Denial,” *ABA Journal*, Oct 30, 2012,

http://www.abajournal.com/news/article/duncan_school_of_law_drops_lawsuit_over_accreditation_denial/; Karen Sloan, “Duncan School of Law Drops Accreditation Lawsuit against ABA,” *National Law Journal*, October 31, 2012,

<http://www.law.com/jsp/nlj/PubArticleNLJ.jsp?id=1202576892469>.

²⁸ 例如, 1996 年马萨诸塞法学院以 ABA 违反了反垄断法为由将其告上法庭, 但败诉: *Massachusetts School of Law v. American Bar Association*, 107 F.3d 1026 (1997). 2004 年 4 月, 密歇根州 Thomas M. Cooley 法学院因 ABA 迟迟不予认证它的两个远程教育项目而起诉了 ABA, 参见 Bethany Broida, “Law School in Michigan Sues American Bar Association Over Delays in Accrediting Satellite Programs,” *Chronicle of Higher Education*, April 6, 2004, <http://chronicle.com/article/Law-School-in-Michigan-Sues/102232/>. 2006 年 8 月, 美国联邦第六巡回区上诉法院判决原告败诉: *Thomas M. Cooley Law School v. American Bar Association*, 459 F.3d 705 (6th Cir. 2006).

²⁹ Segal, 前注 22 引文。

组成的了？与学生利益不一致的人又如何对学生负得了责任呢？这种话出自法律伦理学家之口，实在是反讽或者——在这个以反讽为常规的时代里——竟然应该说是恰如其分！即便退一步，假定认证评审团的教授们对法学院未来的学生负得了这个“责任”，那么Gillers也不过是间接地且有失体面地把他所谓“运营法学院的人”即未获认证的法学院教授们打入与他自己这样的精英俱乐部里的教授们不一样的“非我族类”的另册。

法学院教授不仅在 ABA 的法律教育认证体制中发挥着关键性作用，而且，他们是直接构成法律教育制度的人：是法律教授们在掌管、运作、维护、守卫着法学院。他们是主人翁，因为除去招生广告、毕业致辞和募捐活动中的那些针对学生与校友的动听修辞之后，法学院实质上就是教授们的法学院。现在，就让我们把视角转移到法律教授身上。

三、法学院教授：“世界上最好的工作”

在谋生的意义上，评价任何职业的优劣，最基本的标准不外乎工作量和收入两个要素，前者越低越好，后者越高越好。二者的组合即人们常说的“性价比”。具体到大学教员来说，最直观且易于衡量与比较的工作成本和收益就是教学课时量和薪水，法学教授当然也不例外。

为了合理地评估现状，我们仍有必要对历史稍加回顾。1920 年代至 1950 年代，美国法学院教师的课时量大约为每周 6 至 8 学时，在这个区间之内，教师们的平均课时量与其所在法学院的名望即财力雄厚程度成反比：法学院越好，教师课时量越少。³⁰ 二十世纪的大部分时间里，每周 6 学时基本上是教师们可以接受的水平。但是 1970 年代中期以来，部分地因为法学界对学术研究和发表越来越重视，³¹ 教师们已经逐渐觉得每周 6 学时是一个有些沉重的负担了。最近一、二十年来，没有法学院教学工作量统计的公开数据可供分析，因此我们只能根据一些不完整、欠精确的资料加以估算。³² 一份 1997 年的问卷调查发现，法学院教师平均周课时量为 5.855 学时，中位数和众数均为每周 6 学时。知名法学院的课时量负担明显低于普通法学院。³³ 另据 2005 年的一份非正式统计数据，《美国新闻与世界报道》(U.S. News & World Report) 排名³⁴前 25 位的法学院人均周课时量大致在 4.5 至 5 学时之间，但这个数据恐怕仍然夸大了实际的平均课时负担，因为精英法学院通常会给教师提供较为慷慨的带薪学术休假时间（当然，普通法学院的教员一般也有带薪休假的福利）。³⁵ 在排名较靠前或有意提升名次的法学院，教师的首要工作不是上课而是学术研究。据 ABA 的一份 2005 至 2006 年的数据，³⁶ 在排名前十的法学院中，教师平均周课时量为 3.97 学时。与此形成明显对照的是，在排名一百位之后的法学院，教师平均周课时量为 5.57 学时，尽管这比名校高 40%，但从绝对数值上看，以及历史地看，法学院教师目前的教学负担处于历史最低点。粗略来说，如今的平均周课时量比二十世纪时候少了 3 至 4 课时，相当于每学期整整少了一门课。

³⁰ 一份 1934 年的数据显示，全职法学院教员的平均每周教学工作量为 8 学时。参见 John Kirkland Clark, “A Contrast: The Full-Time Approved Law School Compared with the Unapproved Evening School,” 20 *American Bar Association Journal* 548 (1934).

³¹ 例如，波斯纳回忆，直到 1960 年代，他念法学院的时候，法学教授在性质上依然更接近于律师而非学者，那时候的法学教授很少写作发表论文。参见 James R. Hackney, Jr. ed., *Legal Intellectuals in Conversation: Reflections on the Construction of Contemporary American Legal Theory*, New York University Press, 2012, p. 50.

³² 参见 Tamanaha, 前注 16 引书，第 40-41 页。

³³ 有 31% 的教授每周 6 学时，26.5% 的教授每周少于 5.5 学时，12.8% 的教授每周 7 学时或更多。有必要附带说明的是，该调查问卷发放给了 832 位于 1986 至 1991 年间开始任教的法学教授，其中 477 人返回了问卷。参见 Deborah Jones Merritt, “Research And Teaching on Law Faculties: An Empirical Exploration,” 73 *Chicago-Kent Law Review* 765, 803-804, 807 (1998).

³⁴ 本文以下所称法学院排名，均指该杂志每年一度公布的排名，其中未注明年份的名次均指 2014 年 3 月公布的最新排名。

³⁵ 参见 Gordon Smith, “Law Professor Teaching Loads,” *Conglomerate Blog: Business, Law, Economics & Society*, April 12, 2005, http://www.theconglomerate.org/2005/04/law_professor_t.html; 另见前注 16 引书，第 42 页。

³⁶ 参见 Theodore P. Seto, “Understanding The U.S. News Law School Rankings,” 60 *Southern Methodist University Law Review* 493, 546 (2007).

其实，这个局面的出现毫不奇怪，因为，跟中国大学由不上课的行政管理者决定教学人员课时量的做法不同，美国大学法学院的教学工作量要求是由法学院教授委员会自己确定的。因此，降低教学工作量、增加自由支配时间就不仅是顺理成章的而且是必然的结果。³⁷ 当然，哪怕是“教授治校”，减少课时量也不能没有理由。正如人们预期并且事实上看到的，分配更多时间给学术研究是教师们要求少上课的最主要理由。但是，如下文很快将要谈到的，这个理由在事实上并不成立。（至于课堂教学与学术研究之间的消长或促进关系，以及法学院的教学是否应当如人们所看到的那样让位给研究的问题，将在下文第四节详细讨论。）法学院教员的教学工作量在过去几十年间持续降低，还有另外一个不可忽视的原因：这一变化趋势对法学院及其教员来说大体是“双赢”的结果。一方面少上一些课，多发表一些论文，可以提升教员个人的学术声誉，使其尽快获得终身教职（而上课就不具备这个功能）。对那些已有终身教职的人来说，更高的学术声誉，也意味着更高的身价，可以潜在地帮助其向更知名的法学院流动，或谋求其他货币与非货币收益：专业咨询、演讲、现身大众传媒、出版著作，等等。另一方面，对法学院来说，教员更多的学术发表会直接提升该学院学术声誉和社会知名度，并可以提高其在法学院排行榜上的位次，进而促进其招生和就业，保障其学费、获得校友与社会捐赠等经济来源。³⁸ 这个原因在很大程度上可以解释，为什么在教学和研究这两项基本工作中，教学工作量的变化趋势是单边向下的，而研究工作量却正相反，哪怕法学院对已经获得终身教职的教员并没有学术发表的硬性要求（但教学工作量的要求仍然是硬性的）。

有必要在此特别指出，有经验研究表明，与很多人的直觉相反，美国法学院教员的教学工作量与学术产出量之间几乎没有什么关联，至少统计分析没有发现这样的关联存在。这在一定程度上是因为，总体上，美国法学院教员的教学工作量都比较低，不同法学院之间在教学工作量要求上差异幅度比较小，故而难以在这种不显著的差别与学术作品产出量之间发现共变关系。³⁹ 此外，在如何利用可自由支配时间上，不同的教师/学者有不同的习惯。勤于学术写作者（即有此习惯的人）会将从教学上省下来的时间用于学术写作——就像喜欢钓鱼的人会把工作之余的闲暇用于钓鱼一样，但还有很多其他教师/学者的习惯与前者不同，他们会将该时间用于其他事情：法律实务、社会活动、报刊专栏、文学创作⁴⁰，等等。习惯，大致就是经济学家所说的“偏好”，通常并无分高下优劣之分，但是如今的大学制度奖赏学术写作的偏好，所以在边际上，包括法学院教员在内的学术从业者会朝那个方向努力。但是，这种关乎工作量的重要职业激励机制的有效性被另外一个因素大大削弱了，那就是“性价比”构成中与工作量相对的另一变量——收入（以及与之相关的终身教职，但终身教职的含义其实就是铁饭碗，故而最终仍然可以归结为收入，即持续有保障的收入）。如果法学院教员的收入足够高，而且供给高收入的职位有终身保障，那么学术发表的激励效果自然就会在一定程度上褪色。⁴¹ 事实上，纵贯二十世纪，直到二十一世纪的今天，与法学院教员工作量逐步下降的趋势形成鲜明对照的，是其薪水的不断上涨。

尽管早在1920年的时候，法学教授的薪酬就高于大学其他院系的教员了，但法学院教员嫌自己薪酬低的抱怨仍旧贯穿整个二十世纪。⁴²——是的，即便没有看到本节标题引述的那句情不自禁的大实话，⁴³ 您大概也已经在这里嗅到了某种虚伪的气味。

1959年8月25日，ABA法律教育与律师资格委员会委员Homer Crotty在该委员会发表了一篇题为《法学院薪水——法律教育遭受的威胁》的演讲，他虽然承认法学院比文理学院薪水要高，但紧接着讲了一个

³⁷ 参见Tamanaha，前注16引书，第42页。

³⁸ 《美国新闻与世界报道》杂志的法学院排行榜激发了美国法学院之间的恶性竞争，进而对法律教育产生了行外人难以想象的巨大负面作用。详见《法学院的生意（三）》。

³⁹ 参见Merriitt，前注33引文，第809页。

⁴⁰ 例如：“我认识一位法学教授，他发表诗歌，但几乎没有任何法律学术作品发表；还有十来位法学教授，是活跃的小说作家，其中几位还很高产。”Tamanaha，前注16引书，第201页注41。

⁴¹ 参见后注68及其对应的正文。

⁴² 参见Tamanaha，前注16引书，第201页注43，以及第46页。

⁴³ 参见后注70及其对应的正文。

经久不衰的著名论点：法学院教员比文理学院教员面临的“诱惑”大得多：前者可以去律师行赚大钱。⁴⁴这个论点很有代表性，也并非全无道理，但有必要仔细辨析。很长时间以来，甚至一直到今天，法律实务工作的丰厚收入，作为法学教授们的“机会成本”，一直是法律教育界要求涨工资的直接理由。

美国法学院联合会于 1961 年发布的一份法律教育报告称，大学教员薪水偏低并由此给一些院系造成了教员严重短缺问题，“这不是什么秘密。”“唯一能让人感到欣慰的 (saving feature) 是，至少在某种程度上，人们认同，职业教育学院的教员薪酬必须高于大学其他院系，这不仅是为了招募新教师，而且可以留住现有教师。……但是……有数量多到令人担忧之程度的法学院的薪水被拖累到了大学平均水平。如果这种局面持续存在下去，至为显然，未来法学教员的质量将面临严峻威胁，因为，哪怕平均水平的律师收入，都要比我们某些法学院的最好收入水平还高出许多。”⁴⁵ 杜克大学法学院教授乔治·克里斯蒂在 1987 年的一篇文章中说：“我知道，有一种流行的看法是，那些由于个性原因无法成为成功的法律实务工作者的人会被吸引到教学这里来。但是，我所遇到几乎所有出色的法学教师都会成为非常成功的法律实务工作者。……我不否认，有些人是因为钱的原因被吸引到法学教授这行的。也有人是因为钱的原因去当法官的，但我从未听人说这种人会成为很好的法官。”⁴⁶ 直到 1990 年，ABA 法律教育咨询办公室发布的一份报告仍旧重申了几十年流行不衰的观点：尽管 1974 至 1990 年间法学教员薪水的中位数已经翻了一倍，“但是法学教员薪水的中位数仍旧比很多大型律所律师的起薪低很多。”⁴⁷ 主旋律不外乎两个相互盘绕的论点：一，法学教员的薪水应该至少跟中高端律师看齐；二，法学教员应该拿高工资因为他们放弃了丰厚的律师执业收益。另一方面，克里斯蒂的文章拿法学教员和法官做了类比，提出了一个有益的分析视角。我们不妨从这个类比出发，反过来审视一下法学教员应拿高薪的论点。

有一个基本事实是法学教授以及整个法律职业界心知肚明、心照不宣的，那就是法学教授、法官⁴⁸之类的职位享有极高的非货币收益。这里只要举一个简单例子就足以说明问题了：现任美国联邦最高法院首席大法官约翰·罗伯茨是 2005 年上任的。他的仕途可谓平步青云，因为在当上美国政府司法部门的第一把手之前两年，他还只是一个执业律师。经小布什总统提名，参议院批准，2003 年 6 月 2 日，罗伯茨由一名律师一跃变成了华盛顿哥伦比亚特区巡回区联邦上诉法院法官。由于被提名出任法官即政府公职，罗伯茨被迫有限公开了他个人和家庭的财务状况，使人们得知，在他出任法官之前的 2003 年前五个月，他作为律师从其任职的 Hogan & Hartson 律所获得的收入（因此不包括任何投资所得）就超过了 100 万美元。⁴⁹ 而相比之下，当年联邦上诉法院法官的全年薪水才只有区区 17.18 万美元。粗略估算，罗伯茨律师“跳槽”成为罗伯茨法官之后，薪酬急剧下降，缩水到大约只有原来十分之一的地步了！即便两年之后他又又被小布什“提拔”为最高法院院长，其年薪也不过才 20.81 万美元，跟大律师们动辄数百万美元的年收入根本不能相提并论。为什么罗伯茨先生会牺牲如此巨大的经济收益，甘当一个“穷”法官？道理再浅显不过了：在美国，对绝大多数律师包括成功律师来说，联邦上诉法官的位置都绝对是可望不可即的，最高法院法官的位置就更不用说了。换言之，也就是前面讲过的，法官职位享有不同寻常的非货币收益——名望、尊严、趣

⁴⁴ 参见 Homer D. Crotty, “Law School Salaries -- A Threat to Legal Education,” 6 *Journal of Legal Education* 166 (1953). 当然，此论点应该不是 Crotty 首创的。

⁴⁵ Association of American Law Schools, Special Committee on Law School Administration and University Relations, *Anatomy of Modern Legal Education: An Inquiry into the Adequacy and Mobilization of Certain Resources in American Law Schools*, West Publishing Co., 1961, pp. 256-257. 本文直接引语中的着重号均为引者所加，以下不一一注明。

⁴⁶ George C. Christie, “The Recruitment of Law Faculty,” *Duke Law Journal* 306, 308 (1987).

⁴⁷ *Annual Report of the Consultant on Legal Education to the American Bar Association 1990-91*, American Bar Association, Office of the Consultant on Legal Education, 1990, pp. 11, 93.

⁴⁸ 就本节的讨论而言，特指联邦上诉法院（包括最高法院）的法官。

⁴⁹ 参见 Kathy Kiely and Joan Biskupic, “Documents Reveal Roberts’ Wealth, Philosophy,” *USA Today*, August 2, 2005, http://usatoday30.usatoday.com/news/washington/2005-08-02-roberts-wealth_x.htm; Henry Blodget, “How to Invest like a Supreme Court Justice,” *Slate*, July 26, 2005, http://www.slate.com/articles/business/moneybox/2005/07/how_to_invest_like_a_supreme_court_justice.single.html.

味、闲暇、“铁饭碗”等。⁵⁰ 这个道理当然并不深奥，早在二百多年前，亚当·斯密就已经说得很清楚了：“就金钱收入来说，法律……和其他许多自由的体面职业都明显偏低。但是，这些职业和其他行当相比，仍然不掉身价。尽管有这些消极因素，可大多数拥有豪放自由精神的人们仍然渴望挤入这些职业。……在任何精英云集的职业中出类拔萃，都是确定无疑地彰显了天赋或者卓越才干。社会公众对这种杰出才干的钦佩与赞赏历来属于其收益的构成部分。……在法律领域〔钦佩与赞赏在职业收益中所占比重〕或许更大些。”⁵¹ “法官的职位本身很有社会地位，所以人们愿意当法官，哪怕报酬很低。低等的治安法官的工作相当芜杂繁难，甚至常常根本没有报酬，但却是很多乡绅们竞相追求的对象。”⁵² 以上是借用克里斯蒂教授提出的类比。回到我们讨论的法学教员上来，道理完全一样。

孔子曰：“求仁而得仁，又何怨？”⁵³ 就像罗伯茨甘愿放弃了律师工作去当法官一样，法学教授们放弃当律师赚大钱的机会，自然有其充分的理由，只是“不足为外人道也”，因此本无需也不应该抱怨。法学教授虽然没有法官那么高的社会地位（法官比教授数量少得多、权力大得多），但他们享有很多与法官类似的非货币收益，同时还享有法官所不享有的相当丰厚的货币收益。一个笔者亲身经历的例子：2011 年我曾结识一位排名九十几的美国法学院的教授，他拥有哥伦比亚大学 J.D. 和宾夕法尼亚大学 Ph.D. 学位，先前从事律师工作多年，几年前才转入法学院任教。当时我对他的工作转换经历颇有兴趣，就试探着问：从律师转行法学教授怕是不容易吧？他回答说：不是不容易，而是几乎不可能；我把别的律师打高尔夫球的时间都用来写论文了，而且还特别幸运，才找到法学教职。律师和法学教授两种职业之间的差距，由此可见一斑。没有人能否认，法学教授工作的“性价比”极高。关于“性能”，我们在前面“工作量”部分的讨论中已经看得很清楚：形容法学教授的工作为安逸雍容，实不为过。那么“价格”呢？至少就名牌法学院教授来说，其收入甚至是最高法院的大法官们望尘莫及的。⁵⁴ 我们可以从相对数额和绝对数额两个角度分别来观察一下法学教授的收入状况。

根据 2013 年的数据，美国大学正教授平均收入最高的三个学科依次为法学、工程、商学。横向比较，也就是相对数额，取典型人文学科英语专业正教授平均年收入为参照标准，设定其数额为 100 单位，那么法学、工程、商学以及所有学科正教授的平均年收入的数据⁵⁵依年份列出，如下表：

	1981	1986	1992	1997	2002	2006	2010	2012	2013
法学	133.2	141.0	154.2	158.4	153.5	154.0	159.5	165.8	171.5
工程	108.1	114.3	129.0	127.8	124.0	124.3	125.2	144.6	144.8
商学	111.4	115.2	133.8	138.7	140.8	146.5	150.9	140.9	142.9
所有学科平均	104.8	105.1	113.3	113.9	112.2	112.0	113.4	113.4	114.9

三十余年来，就平均收入而言，三个收入最高学科的正教授相对于英语系正教授的变化趋势可由下图直观地显示出来。有必要强调的是，下图曲线表示的是相对变化，即假定这个时间跨度内英语系正教授的平均收入始终不变，即坐标轴横轴，然后我们绘制曲线，观察法学、工程、商学三个收入最高学科的平均年薪

⁵⁰ 参见 Richard A. Posner, *How Judges Think*, Harvard University Press, 2008, p. 166.

⁵¹ Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Vol. 1, Oxford University Press, 1976, p. 123.

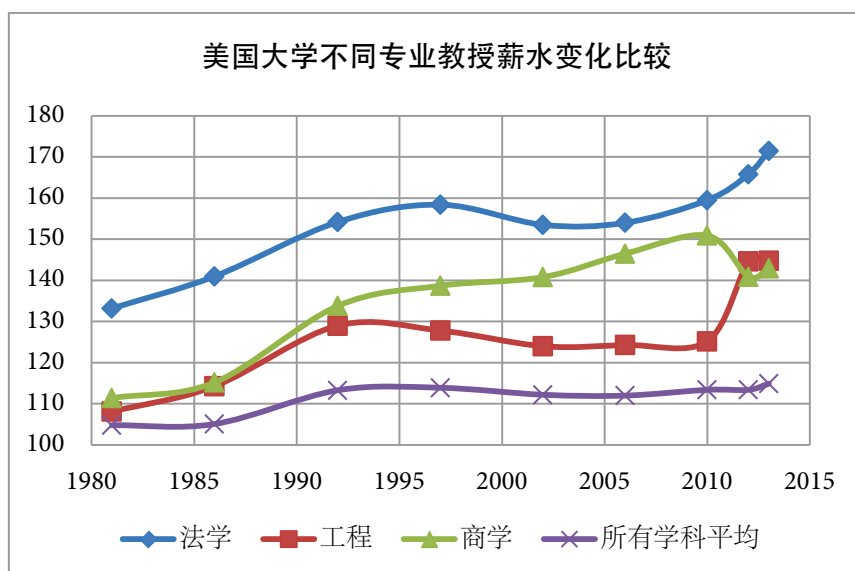
⁵² Smith, 同上, Vol. 2, p. 719.

⁵³ 《论语·述而》。

⁵⁴ 约翰·罗伯茨在其就任首席大法官之后的第一个完整工作年度的年终报告中，开篇就抱怨联邦法官工资低，称一些联邦法官的收入甚至大约只有名牌法学院正教授收入的一半。参见 John G. Roberts, Jr., “2006 Year-End Report on the Federal Judiciary,” <http://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2006year-endreport.pdf>.

⁵⁵ 数据来源：AAUP, “It’s Not Over Yet: The Annual Report on the Economic Status of the Profession, 2010-11,” 96:2 *Academe* 14 (March–April 2011); CUPA-HR Research Staff, *2011-12 College and University Professional Association for Human Resources*, College and University Professional Association for Human Resources, 2012, pp. 23-25; CUPA-HR Research Staff, *2012-13 College and University Professional Association for Human Resources*, College and University Professional Association for Human Resources, 2013, pp. 26-28. 此外请注意：本节所论法学院教员的收入均指他们从法学院获得的收入，不计校外兼职等收入。

变化情况（这一比较有助于排除通货膨胀因素的干扰）。由图中曲线变化态势不难看出，法学领先英语的程度不但逐渐加大（由 1981 年的 1.3 倍扩大到 2013 年的 1.7 倍），而且最近几年增长迅速，把位列收入第二、第三名的工程和商学专业甩在了后面。所有专业平均收入线（最下面一条曲线）的形态自 1990 年代初以来相对比较平直，表明英语专业的收入水平大体与所有专业的平均水平保持了同步而且同比例的变化，因此具有代表性。



学科之间横向的相对比较，除了前面列举的比例数据之外，以下再列出几个不同学科之间正教授平均年收入的绝对差额的最新数据，给读者更多一些感性认识：2012 年法学比工程、商学、英语、所有学科平均额分别高出 17,276 美元、20,340 美元、53,650 美元、42,695 美元；到 2013 年，这三个差额分别扩大至 22,082 美元、23,689 美元、59,193 美元、46,809 美元。总而言之，横向比较，就拿法学和所有学科的总平均数来看，2013 年，法学专业正教授平均年收入比所有专业正教授的平均年收入高出 49%，差距不可谓不大。

然后我们再来进行纵向的绝对数额比较，也就是法学教员薪水过去与现在的差别。按照经过通货膨胀率折算的 2011 年美元来衡量法学教员（注意，与前面的横向比较使用的数据不同，以下数据包括所有法学院教员，而不只是正教授）的年收入，情况大致如此：1953 年时，中位数薪酬为 5.39 万美元（高收入者可达 14 万美元），凭心而论，确实不算很高。但是，法学教员薪水此后增长迅速：到 1965 年时，就已经翻倍，平均薪水为 12.01 万美元（高收入者可达 21.52 万美元）。⁵⁶ 2006 年，位列排名前 25 位的法学院资深教授的平均年薪为 33 万美元，这 25 所法学院院长的平均年薪为 43 万美元。⁵⁷

鉴于私立大学雇员的收入罕有公开数据，我们只能利用少量已公开的来自公立大学和注册为非盈利机构的法学院的相关数据。当然，这种偶然获得的数据并不具有充分的代表性，但即便如此，仍可据此管窥美国法学教授们的收入状况。2007 年，明尼苏达大学法学院两位最高收入教授的年薪分别为 35.6 万和 34.5 万美元。⁵⁸ 2011 年，纽约法学院（注意这不是纽约大学法学院，而是一所排名第 140 位的非知名法学院）院长 Richard Matasar 年薪为 89.15 万美元，该院收入最高的五位教授（无行政职务）当年薪水在 36.57 万至

⁵⁶ 数据均为 2011 年美元，转引自 Tamanaha，前注 16 引书，第 46 页。

⁵⁷ 法学院教授的收入，尤其是较好法学院教授的收入（因为绝大部分是私立大学），历来缺乏系统、精确的数据。此处 2006 年的数据来自于美国最高法院的一项未公开进行的调查，最初公开于其 2008 年年终报告。但现在可以在该法院官方网站上获得的此报告并无这组数据，料想现在这一版本是经过修订删节的。但读者在下述报告中仍可看到该组数据：Denis Steve Rutkus, *Judicial Salary: Current Issues and Options for Congress* (CRS Report RL34281), Sep. 16, 2008, p. 24, <http://www.fas.org/sfp/crs/misc/RL34281.pdf>.

⁵⁸ 数据转引 Tamanaha，自前注 16 引书，第 48 页。

43.08 万美元之间。⁵⁹ 2011 年底，德克萨斯大学法学院发生了一场院长被迫辞职风波，⁶⁰ 这个事件使人们获得了一个特别的机会，可以一窥教授们的收入状况。德州大学是美国著名的公立大学，其法学院目前在全美排名第十五。2010 年，该院至少有 18 位教授薪酬超过 30 万美元，另有 35 位教师薪酬在 20 万至 30 万美元之间。2006 年至 2011 年间，有 18 位教员每人获得了金额在 10 万至 35 万美元之间的一次性奖励。在这样优厚的薪酬之下，该院仍有一些教员嫌薪酬低或分配不够公正（因素之一是当时的院长 Lawrence Sager 自己获得了 50 万美元的一次性奖励，还有院长从外面“挖人”的时候开出的价码过高，让一些本院教员感到愤愤不平，等等），因此发起了这场运动，依德州法律申请公开相关收入信息，并要求院长辞职。Sager 在此风波之前原已宣布将在任期届满即 2011 至 2012 学年结束时卸任院长职务（意即不会谋求连任），但此事发生后，在该校校长（也是法学院前任院长）William Powers 要求其辞职的情况下，立即于 2011 年 12 月辞职。就我们所关心的收入问题而言，Sager 在就辞职一事发给全院教员的公开信中有这样一段话值得注意。在谈到“法学教授市场及我们的应对”时，这位院长说：“桑迪·列文森（该院教授，美国著名宪法学家，最近几年一直任哈佛法学院访问教授——引者注）在几封电子邮件中描述了哈佛、耶鲁、纽约大学开出的具有挑战性的慷慨薪酬。在排名前二十的法学院中，像他们那种开价已经成为常规而非例外。这就是我们在建设师资队伍的时候必须与之竞争的现实。我无法确知耶鲁出价 45 万至 60 万美元〔年薪引进教授〕的传说是否属实，但就我们自己的经验来讲，对于真正想引进的教授，我们开出的价码已经在年薪 40 万美元以上，附带其他一些实质性的〔福利和津贴〕。”⁶¹

以上列举的是一些比较高薪酬的例子（但不是最高）。当然，也不是所有的美国法学院教师都能拿到那么高的工资。那么平均水平怎么样呢？我们能够获得的数据，仍然是公立大学的。根据“Above the Law”网站的创办人兼主编 David Lat 的统计，美国最好的六所公立大学法学院教员近年平均年薪（常规薪水，不包括奖励津贴等）情况如下：⁶²

法学院	2014 年排名	教师平均年薪	数据年份
弗吉尼亚大学法学院	8	\$177,185	2012-2013 学年
伯克利加州大学法学院	9	\$235,482	2011 年
密歇根大学法学院	10	\$243,177	2012-2013 学年
德克萨斯大学法学院	15	\$209,556	2012 年
洛杉矶加州大学法学院	16	\$226,362	2011 年
明尼苏达大学法学院	20	\$185,155	2012 年

由于地理位置等原因，六大公立法学院之间在薪酬上存在一定差异，但总的来说都在相当不错的水平上。

⁵⁹ 参见 <http://www2.guidestar.org/FinDocuments/2012/135/645/2012-135645885-0977cb1f-9.pdf>。该法学院薪酬高的重要原因是地处纽约市——美国经济中心，也是最大的法律职业市场所在地。

⁶⁰ 参见 Reeve Hamilton and Morgan Smith, “UT President Asks Law School Dean to Resign Immediately,” *The Texas Tribune*, Dec. 8, 2011, <https://www.texastribune.org/2011/12/08/dean-ut-law-signs-letter-resignation/>; 根据《德克萨斯州公开信息法》公开的德州大学法学院薪酬记录：http://s3.amazonaws.com/static.texastribune.org/media/documents/ut_law_school_open_records.pdf

⁶¹ Lawrence Sager’s Letter to the University of Texas Law School Faculty, http://s3.amazonaws.com/static.texastribune.org/media/documents/Letter_to_My_Colleagues.doc.

⁶² 数据参看“*How Much Does Your Law Professor Make?*”系列报道：

<http://abovethelaw.com/2013/04/how-much-does-your-law-professor-make-uva-law-edition/>;

<http://abovethelaw.com/2013/04/how-much-does-your-law-professor-make-berkeley-law-edition/>;

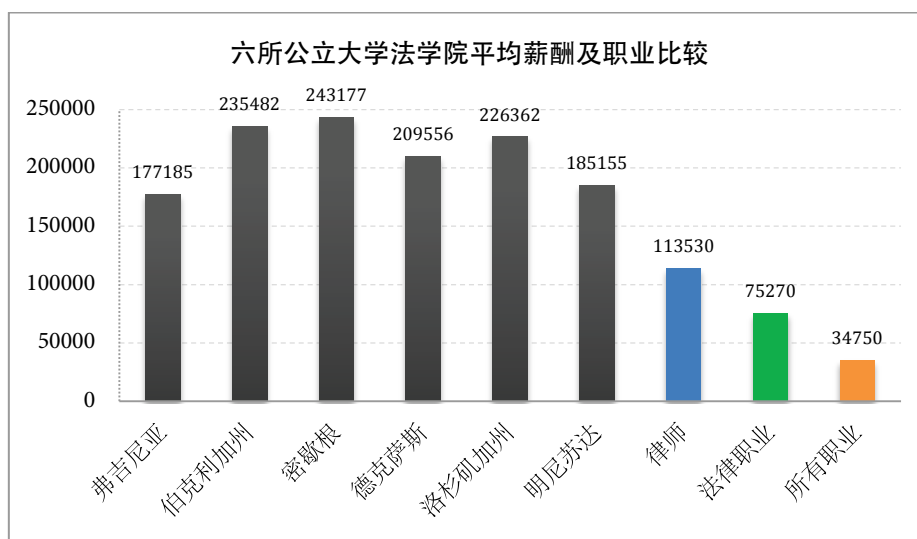
<http://abovethelaw.com/2013/05/how-much-does-your-law-professor-make-michigan-law-edition/>;

<http://abovethelaw.com/2013/05/how-much-does-your-law-professor-make-university-of-texas-edition/>;

<http://abovethelaw.com/2013/05/how-much-does-your-law-professor-make-ucla-law-edition/>;

<http://abovethelaw.com/2013/06/how-much-does-your-law-professor-make-university-of-minnesota-law-school-edition/>.

相比之下，根据美国劳工部的数据，2012 年，美国律师的年薪中位数为 113,530 美元，法律职业总体年薪中位数为 75,270 美元，所有职业年薪中位数为 34,750 美元。⁶³ 如下图很直观地显示出来的差异，法学教授的薪酬与相关法律职业及所有职业的平均水平相比，明显处于很高的水平：



此外，鉴于以下两个因素：(1) 这些数据没有包括住房补贴⁶⁴、暑假科研津贴以及配偶子女就读本校的学费减免⁶⁵，以及 (2) 私立大学法学院的薪酬通常要比公立大学高，我们可以有把握地说，美国法学教授们在社会阶层上绝对处于高端中产阶级。⁶⁶ 法学教授，与美国大学里其他一些学科的教授有一个不同之处，那就是：不论其思想是左翼还是右翼，生活无一例外地都是右翼的。⁶⁷

以上在讨论法学教员薪酬的时候，我们一再使用“年薪”的概念，其实并不准确。美国法学院教师的“年薪”是指每年工作 39 周所获得的报酬（这 39 周之外的假期时间，即使在理论上也不属于学校，教授们完全可以自由支配），而其中上课的时间不超过 28 周，每周大约只上 5 到 6 节课。而且绝大多数人都有或可以比较容易地获得终身教职。一位法学教授对自己的职业群体如此现身说法：“支配着工作场所的规范和激励措施中的绝大部分对法学院教授都不起作用。核心的东西是：法学院就是为了教授而运营的。”在法学院里，教授们是不折不扣的权势人物（甚至有时候在法学院之外也很显赫），没有人能够吩咐他们做什么，学生自不必说，行政人员受雇的主要目的也是为教授服务的。“我们收入很高，压力很小，工作时间自己说了算，没有老板，职位的安全性具有近乎不可动摇的保障。”⁶⁸ 在美国，法律人本来已经属于社会精英阶层，而法学教授则是精英中的精英——每年仅有约十分之一的法学院求职者有望跻身这个高端俱乐部。⁶⁹ 这样工作意味着怎样的“性价比”，还用多说吗？如果以小时为单位计算薪酬，法学教授的收入比大部分律师都要高。抱怨比律师挣得少，因此实在有矫情的嫌疑。我们看到，矫情之余，他们也有情不自禁的时候：“多

⁶³ U.S. Bureau of Labor Statistics, *Occupational Outlook Handbook 2012*, Legal, Lawyers, <http://www.bls.gov/ooh/legal/lawyers.htm>.

⁶⁴ 例如，2007 年，纽约大学为从哥伦比亚大学引进法学教授 Catherine M. Sharkey，斥资 420 万美元，为她购买了一套近 4000 平方英尺的公寓（学校享有 80% 的产权），Sharkey 自己享有 20% 产权，支付 105 万美元，其中 65 万美元还是由学校提供长达 30 年的贷款。Josh Barbanel, “Recruiting With Real Estate,” *New York Times*, Jan. 20, 2008, p. RE2.

⁶⁵ 例如在德州大学法学院，2003 至 2010 年间，共有 21 位教员的亲属享受过平均 23.57 万美元的学费减免。参见前注 60 引德州大学法学院薪酬记录。

⁶⁶ 知名法学院正教授在美国属于收入最高的 1% 至 2% 的人群。参见 Tamanaha, 前注 16 引书，第 51 页。

⁶⁷ 参见 Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard University Press, 1999, p. 80.

⁶⁸ 前注 16 引书，第 8、52 页。这种现象并不是法学院的专利。早在二百多年前，斯密就有这样的观察：“学院与大学的校规的设定，并非为了学生的利益，而是为了教师的利益，或者更恰当地说，是为了教师的安逸。”Smith, 同注 51, Vol. 2, p. 764.

⁶⁹ 参见 Rebecca Thomas, “Academia Meets Free Agency: Columbia Law School's Success in Recruiting Junior Faculty,” *Columbia Law School Report*, Winter 2006. 感谢我的同事王缙凌博士将这一资料指引给我。

年以来，我听过许多法学教授说‘这[法学教授]是世界上最好的工作’。所以它确实是。”⁷⁰

在资本主义社会，薪酬体面、生活安逸本身当然不是过错。但是，如果教员的奢华待遇和学生的天价学费、可怜就业状况共存，甚至二者在较大程度上构成因果关系的话，那么就牵涉到了严肃的职业伦理问题。“如果法学院想要良好地运转，就要求教授们具备优良品格，如进取、负责、诚实，而且要有公心，哪怕为此牺牲一些个人利益。这其实是要求法学教授们具备高于常人的道德品质，可是，哎呀，像其他所有人一样，我们是会犯错误的而且还很自利。”⁷¹ 近些年来，如本文引证的大量材料所示，美国法律教育的危机已经不是秘密，尽管大多数生活安逸的法学教授们仍然不愿意承认或者正视这个危机。既得利益者要维护现状，这是人性和历史规律，无需惊奇。然而多少会令局外人感到惊奇的是，法学院这座堡垒其实异常坚固，极难撼动。⁷² 法学院教员的高薪和激励学术产出的津贴、奖励是推高法律教育价格的重要因素（如前文所述，这个成本最终转嫁给全社会了）——法学院总预算中的一半都用于支付教员薪水了，几乎每一所ABA认证的法学院都是如此。但人们几乎不可能期待自发出法律教育的改革者来触动既有的利益分配格局，因为，比如说，根据ABA的规定，任何一个法学院院长，如果面临着超过半数的法学院教员反对，就不能获得任命或者连任。⁷³ 前文所述德克萨斯大学法学院院长被迫辞职事件就是一个活生生的例子。动任何人的奶酪都是有风险的，而如果要动的是以“公平”、“正义”为事业的法学教授们的奶酪，那风险就会变成危险。

下面我们把分析视角从法律教育的从业者及制度运作者转移到法律教育的社会功能定位上，考察当代美国的法律教育服务是以何种方式、出于何种目的偏离了法律教育市场的消费者即学生的需求，以及法学院的这种严重的功能错位如何加剧了法律教育的危机。

四、法学院的社会功能错位及其后果

在工作时间总量既定的前提下，教学与研究之间存在此消彼长的关系。这是显而易见的道理。然而，在大学教员之中也流行着这样一种颇为常见的看法：学术研究本身对教学内容会有积极的提升作用，而教学过程本身反过来也会在一定程度上促进学术研究，即所谓“教学相长”。抽象来讲，这个道理是可以成立的。但是，在我们所要讨论的问题中，不能满足于抽象层面的笼统结论，而是必须深入到这一判断所涉及的种种制度细节，尤其是就它在美国法律教育这个语境中的有效性，展开细致的辨析。如下文分析将要例示的，这一辨析最终必然要触及一个深层次问题，即法律院的社会功能定位，以及该功能定位的偏差给法律教育乃至全社会带来的不利后果。

教学与研究的内容越是具有同一性，二者可以彼此促进的命题就越是容易证成。在人文社会科学的主阵地，即大学的文理研究生院（其名称、建制和学科构成在各个大学略有不同，例如哈佛大学的文理研究生院名为 The Graduate School of Arts and Sciences。顾名思义，文理研究生院也包括理科，但就本文讨论而言，以下所论文理研究生院及其 Ph.D.教育，特指其人文社会科学部分，以便与法学院进行比较），有大量的课程是教授们根据自己当前或近期的学术研究主题或领域自主开设的。这种情况就满足了教学与研究内容的同一性条件，因此说教学和研究可以相互促进，或者说二者之间的竞争与消长关系弱化了，就不会有多少疑义。但问题是，我们要讨论的对象是法学院，不是文理研究生院。法学院，作为与商学院、医学院、工程学院、神学院等并列的职业教育学院（professional school），是以培养职业人士为其首要任务和目标的。事实上，这也是法律教育市场的消费者即法学院学生们支付高价学费购买法律教育所要实现的主要目地。

⁷⁰ Tamanaha, 前注 16 引书, 第 187 页。

⁷¹ 同上书, 第 8 页。

⁷² 参见 Nancy B. Rapoport, “Eating Our Cake and Having It, Too: Why Real Change Is So Difficult in Law Schools,” 81 *Indiana Law Journal* 359-374 (2006)。

⁷³ American Bar Association Section of Legal Education and Admissions to the Bar, 前注 13 引书, Interpretation 206-1, p. 11.

虽然文理研究生院和法学院同为本科后教育，即广义上的研究生教育，但在二者之间，我们至少可以看到以下几点重要差异：文理研究生院以博士（Ph.D.）项目为主，其主要目标是培养本领域的未来学者和教师。在美国这样一个以实用主义为“商标”的社会中，没有学术兴趣和追求的人，一般不会愿意担负极大的时间成本（Ph.D.学位一般需要5至8年时间才能获得）、潜在收入损失之机会成本和很高的就业风险（在美国，面向Ph.D.的学术就业市场相当小，人文社会科学领域的教学研究职位的空缺多年以来一直非常有限，使Ph.D.毕业生的就业竞争异常激烈），去攻读博士学位。对非研究和教学工作而言，博士学位通常也不必要。这一点，在博士教育市场的买卖双方之间，基本上是有共识的。与之相对照的法律教育，情况则明显不同：法律教育的主体即J.D.项目的学制为三年（时间比Ph.D.短得多），性质上属培养律师的职业教育，学习内容没有必要涉及事实上也很少或基本不涉及学术训练，并且没有写作学位论文的要求。因此，尽管J.D.名义上也可以是“博士”，但是从教育的内容与定位来看，它和Ph.D.所代表的学术型研究生教育的差异是非常显著的。这里我们所讨论的只是实证意义上的差异事实本身，而无规范意义上的评判意涵。实际上，法学教授们对这一差异本身并无任何不适之感：直到今天，Ph.D.学位在任何一所美国法学院包括精英法学院，都不是加入法学教授俱乐部的必要条件（尽管随着法律交叉学科研究的发展，排名靠前的法学院里拥有Ph.D.学位的教员数量逐渐增加了）。另一方面，不论是法学院还是其学生，也都没有把法律教育理解为晋身法学教授——即本领域未来研究者和教师——的阶梯。尽管绝大部分法学教授都有J.D.学位，但我们可以有把握地说，J.D.学位本身只是成为法学教授的一个最起码的（因此在这个意义上也可以说是不重要的）条件。事实上，成为法学教授的关键条件是履历上教育背景之外的某些亮点，例如担任法官（尤其是最高法院和上诉法院的法官）助理的经历，担任精英法学院《法律评论》编辑的经历，或者出众的学术发表记录等。⁷⁴而且，法律教授们，不论其任教的法学院层次如何，大多毕业于知名法学院。换句话说，尽管美国有二百多所法学院，但在事实上担负着培养未来法学教授职能的，主要也就是最顶尖的那二十来所而已。⁷⁵

既然作为职业教育的法律教育与作为学术教育的文理研究生教育之间在功能与定位上存在着如此明显的差别，人们就不能也不应该期待法律教育会是学术教育。法律教育是要让学生学得基本的法律知识和业务技能，未来从事法律职业，而不是让学生跟随教授一起去探索法律学术的前沿，并成长为未来的法学研究者。如果这个判断是正确的，那么回到刚才讨论的教学与研究是相互促进还是彼此“竞争”的问题上，就可以看出，法学院对这个问题的回答是与文理研究生院很不一样的。法学院日常教学其实是也应该是常规法律知识；而教授们的学术研究，至少在其理想状态下，应该指向超越了常规知识的学术前沿。在这个意义上，法律教育和法学研究之间的同一性要明显小于文理研究生教育的情况。所以，本节开头的判断是成立的：法学院的课程教学和法学研究之间存在此消彼长的关系，⁷⁶难以非常有效地调和或兼顾。⁷⁷那么，接下来的问题就是，面对这个矛盾，法学院应该如何定位其社会职能？或者说，法律教育的从业者即法学教授们，应该如何定位自己的工作？

英美法系的法律教育传统，可以追溯至13世纪的英国四大律师学院（Inns of Court），即现代法学院的前身。也就是说，英美的法律教育最初是由律师们自己操办的，采用的是学徒制。所以，就法律教育的起

⁷⁴ 此外还有一个重要的但却难以摆上桌面评估的因素就是社会“关系”。参见 Jeff Sommer, “Defending the Open Internet,” *New York Times*, May 11, 2014, p. BU1.

⁷⁵ 以 J.D. 学历计，1996 至 2000 年间，法学院新聘教员中，哈佛、耶鲁两所法学院的毕业生占 33%，前 25 名法学院的毕业生占 86.2%。参见 Richard E. Redding, “Where Did You Go to Law School? Gatekeeping for the Professoriate and Its Implications for Legal Education,” 53 *Journal of Legal Education* 594, 600 (2003).

⁷⁶ 必须同时指出，法律教育和法学研究之间的这种对立关系不应被夸大。因为既然法律教育的主要内容是常规知识，那么教学所耗费的边际时间成本递减效应必然非常显著：年复一年，尽管作为教学主要内容的普通法判例逐年增加，但对课堂教学来说真正有必要更新的案例，对连续两个学年之间的任何一门法律课程来说，都是非常少的。因此，每一个特定的法学教授对于自己专长领域的常规课程，在课程教学包括备课上应该并不需要耗费很多时间。因为今年的大部分教学内容都是重复去年的。

⁷⁷ 事实上，经验研究未能发现在法学教员教学水平和学术产出水平之间存在统计学意义上的关联。参见，同注 33，第 807 页。但考虑到时间的机会成本，我们有理由认为教学和研究之间存在“此消彼长的关系”。

源来讲，它和现代大学教育模式迥然不同。纵观历史，把法律教育纳入大学教育，使法学院成为大学建制的组成部分，是相当晚近的事情。大约从 1820 年代开始，美国法逐步走出英格兰普通法的祖荫，发展出了自己的普通法制度和学理。而把“前现代的”学徒制法律教育纳入大学体系的制度转变，则发生得更晚一些。实现这一转变的法律教育改革始于美国两所历史悠久、声誉卓著的法学院，即哥伦比亚法学院和哈佛法学院。⁷⁸ 与这一制度变迁过程相伴随的思想史背景则是法律形式主义的兴起和繁盛，因为法律形式主义最能赋予法律知识以学术乃至科学的品格和特性。“兰代尔领导的哈佛法学院引领潮流，大学的法学院不但试图使自己成为学徒制法律训练的竞争对手 (alternative)，而且要取而代之。……法律教育者投身法律科学，参与知识革命，这使他们确信自己才是最合适的培训法律实践者的教师。……哈佛法学院院长兰代尔 [在 1886 年] 宣称：‘如果法律不是一门科学，那么大学就只有拒绝教授法律才能最好地维系自己的尊严。’”⁷⁹ 六年之后，哥大法学院院长在一篇文章中说了几乎一样的话：“只有把法律作为一门科学，才能为在大学中教授法律这件事确立正当性基础。”⁸⁰

尽管亚里士多德早就发现，修辞的功能是在必然性证明不可能的情况下诱使人们相信一件事，⁸¹ 但这并不能为法律形式主义的上述修辞增加多少令人信服的力量。因为此前几百年间，法律学习一直是通过学徒制进行的，那个年代也不乏杰出的律师，如亚伯拉罕·林肯。即便在现代法律教育模式形成之后的二十世纪，大学法律学位的形式价值也大于其实际价值（这一点是跟垄断紧密联系的，其原理类同于商标），例如杰出的法官卡多佐就只不过是法学院的肄业生。我们很难确定，以哈佛哥大这两所名牌法学院院长上述修辞性表达为代表的法律形式主义思想在十九世纪末法律教育改革中起到的真实作用到底是什么。但清楚的是，修辞不是论证，“法律必须是科学”的主张是未经证明的断言而不是论证，更非事实；而且，这断言中虚张声势却外强中干的“必须是”一语，作为规范性判断，本身恰恰暗示了“可以不是”甚至“根本不是”（作为经验事实）。实际上，“法律必须是科学，否则无法栖身于大学”之主张与“皇帝必须要看到自己的新衣，否则就很愚蠢”之命题在逻辑上具有内在的一致性。

法学力求突出其科学性、学术性特质，是其跻身现代（研究型）大学并维系其大学属下学院地位的内在要求。但说到底，很不幸，法学院或者说法律教育并没有非常坚实的理由去支持它必须成为大学的一部分。⁸² 假如我们可以做一个穿越式的假设——今天的法律教育仍然像从前那样由律师学徒制完成，那么美国法律教育中的很多迫切问题都可迎刃而解，因为最主要的问题，如法学院扩招、学费上涨、就业困难等，都与法律教育的职业性（实用性）和法学研究的学术性二者之间的矛盾相关。法律教师的学者身份造就了巨大的外部性，而这种外部性的内在化方式只有一个，即法学院必须在它的生意中赚取更多利润。换言之，法律学术研究在很大程度上是由卡特尔维系的法律教育垄断体制从这一市场的买方即法学院学生那里索取

⁷⁸ 虽然哈佛法学院建立时间更早，但在法律教育改革上，哥大可以追溯至 1858 年被任命为法学院院长的 Theodore William Dwight，哈佛则始于 1870 年起任法学院院长的克里斯托弗·哥伦布·兰代尔，尽管后者的声名及对后世的影响更大。参见 Neil Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford University Press, 1995, pp. 11ff.

⁷⁹ G. Edward White, “The Impact of Legal Science on Tort Law, 1880-1910,” 78 *Columbia Law Review* 213, 220 (1978).

⁸⁰ William A. Keener, “Methods of Legal Education,” 1 *Yale Law Journal* 143, 144 (1892).

⁸¹ 这是波斯纳的归纳。参见 Posner, 前注 2 引书，第 501 页。

⁸² 请注意，笔者并非认为，缺乏这种“坚实的理由”，法学院因此就一定不能成为大学的一部分——如此推理就陷入了本质主义的窠臼。世界上很多现实存在的事情都没有“坚实的理由”。冯象老师认为，法学院设在大学的理由是为了使法学超越法律，使法学家进行社会批判。（参见冯象：《政法笔记》，江苏人民出版社 2004 年，第 238 页。）在抽象的规范意义上，笔者同意这一观点。但事实上，一百多年来，人们并没有看到作为大学科系的法学院在超越法律和社会批判领域有什么重大建树，批判法学即便不说昙花一现也始终未能成为主流，甚至未能成为真正值得主流法律意识形态重视的竞争对手。（参见后注 89 及其对应的正文。）这一事实暗示了，期待法学院担负起超越法律和社会批判的使命，至少在美国，恐怕是与虎谋皮。笔者并非意在否定超越法律和社会批判本身的价值及其正当性（这篇文章本身可以证明这一点），而只是想指出，那恐怕不是法学家的事业。学术史已经昭示我们：针对法律的深刻社会批判，常常来自于法学的逆子贰臣而非孝子贤孙，著名的例子是马克思和韦伯。

的“超额”学费供养的。之所以称之为“超额”，是因为学生的那一部分学费没有购买到任何实在的教育产品或服务，只是被法律教育者拿去装点法学的“科学主义”或“形式主义”神话。

既然谈的是“生意”，我们就来看看法律学术的经济账。在综合考量法学院教员收入、研究时间投入、学术论文产出等因素之后，霍夫斯特拉（Hofstra）大学法学院教授理查德·纽曼（Richard Neumann）估算，较知名的法学院里已获终身教职的教员每产出一篇学术论文的成本在10万美元左右。即便是在薪资水平较低的法学院任职的资历最浅的助理教授（相当于中国大学的“讲师”），其每篇学术论文的产出成本也在2.5万至4.2万美元之间。⁸³ 法学教授薪酬本来已经很高，学术研究和写作也是其教学之余的分内工作，但事实上，很多美国法学院还向教授们支付暑假研究津贴和学术发表奖励。前文已经述及，教授们是按照每年工作39周领取年薪的，暑假时间因此属于教授们个人所有。暑假研究津贴因此兼具形式合理性和实质荒谬性，其逻辑仿佛是说：“暑假不用上课，要我写论文吗？付钱给我吧。”根据美国法律教师协会（Society of American Law Teachers, SALT）的问卷调查，⁸⁴ 反馈了暑假研究津贴数据的65所法学院的平均额为1.2万美元。关于这一数据，有必要附带说明，SALT向200所法学院发出了问卷，但仅获得了68所法学院（34%）的回复，⁸⁵ 按照调查当时的排名，这68所法学院中位列前50名的仅有6所（其中最好的是排29名的爱荷华大学法学院）。由此可见，这一组数据反映的主要是一些中等至末流水平法学院的情况；而其他大部分法学院，尤其是好的法学院，不愿意披露其收入数据。由于法学院的薪酬待遇和名望密切相关，我们有理由推测，那些名次比较靠前的法学院的暑假研究津贴当会更高。事实上，这一推测得到了因前述院长辞职风波而偶然公开的数据的有力支持：2009至2010学年，德州大学法学院有多达42位教员获得了3万美元以上的暑假研究津贴，其中28位教员津贴超过6万美元，最高的三人超过了8万美元。⁸⁶ 我们不清楚，这种用金钱激励出来的学术作品质量如何。那么法学院为什么要花血本刺激教员产出更多学术作品呢？直接原因就是为提升法学院排名，其中复杂曲折的利益纠葛与恶性竞争，笔者将在《法学院的生意（三）》中详细阐述。

以上我们看到了支撑着法律学术的价格不菲的经济投入。那么，在这么大投入之后获得的学术效益如何呢？可以说非常可怜：如果把引证率作为论文学术影响力的测度指标，那么人们看到的现实是：有43%的法学期刊论文在发表之后从未被人引用过！被引证超过十次（包括自我引证）的论文仅占21%。⁸⁷ “至少三分之一的[法学期刊论文]没有价值，”纽曼对此评论道，“谁为这埋单？是那些毕业时将担负六位数字贷款的学生们。”⁸⁸ 这里揭示的仍然只是问题的冰山一角，科罗拉多大学法学院教授皮埃尔·施莱格对法学研究的（自我？）批评甚至激进到这种程度：“今天的美国法学已死。——完全死了，比过去三十年间的任何时候都死得更彻底。批判法学在它最不受待见的死亡时刻，也没有像今日美国法学这样死得万劫不复。”⁸⁹ 此种批判虽然不免有夸张之嫌，但它至少间接说明了问题的严重性。

学术质量及其影响力如此可怜，那么社会效益与影响力如何呢？也很不乐观。总体来说，美国法学研究的脱离实际（以及学生编辑的法学期刊及其所反映的学术研究体制的其他种种弊端）已经为人们——特

⁸³ 参见 Karen Sloan, “Legal Scholarship Carries a High Price Tag,” *National Law Journal*, April 20, 2011,

<http://www.nationallawjournal.com/id=1202490888822/Legal-scholarship-carries-a-high-price-tag>. 学者对这一评估的精确程度存在分歧，因此其示例意义大于统计学意义。

⁸⁴ Eric Janus, “2012–13 SALT Salary Survey,” *SALT Equalizer*, Volume 2013, Issue 1,

<http://www.saltlaw.org/wp-content/uploads/2013/06/SALT-salary-survey-20131.pdf>

⁸⁵ SALT 的年度法学院薪酬问卷调查的反馈率历来不高，比如 2011–12 年度也仅有 33% 的法学院回复了调查，而且几乎没有排名靠前的法学院参与。Eric Janus, “2011–12 SALT Salary Survey,” *SALT Equalizer*, Volume 2012, Issue 1,

<http://www.saltlaw.org/userfiles/SALT%20salary%20survey%202012.pdf>. 这大概反映了法学教授，尤其是知名法学院的教授，慎于披露自己的收入。

⁸⁶ 数据来自德州大学法学院院长被迫辞职风波而公开的该院教师薪酬记录，见前注 60。

⁸⁷ 参见 Thomas A. Smith, “The Web of Law,” 44 *San Diego Law Review* 309, 336 (2007).

⁸⁸ Sloan, 前注 83 引文。

⁸⁹ Pierre Schlag, “Spam Jurisprudence, Air Law, and the Rank Anxiety of Nothing Happening (A Report on the State of the Art),” 97 *Georgetown Law Journal* 803, 804 (2009). 另有波斯纳对美国法学的批评，见后注 113 对应的正文。法学研究的弊病与法律教育密切相关，但此处不能展开分析，笔者拟另文专论。

别是司法实务界——诟病已久。⁹⁰ 在 2007 年 3 月的一个访谈中，联邦最高法院首席大法官约翰·罗伯茨批评道：“现如今这个问题非常突出：法律学术界和法律职业界隔绝到了令人吃惊的程度。他们处在两个不同的宇宙。学术界搞得那些东西，就我所能判断的而言，对法律实务人士来说基本上是既无用又无趣。”⁹¹ 在 2011 年的一个法官会议上，罗伯茨再次对法学研究提出公开批评：法律学者们热衷于写的很多期刊论文对司法界无甚用处。⁹² 客观来说，这一问题可以表述为，在同一职业即法律职业界内部，法学教授（法学研究）和法官律师（法律实践）之间的隔阂日益增长。⁹³ 其实不仅法律实务界在批评，甚至就在法学教授群体内部，也有一些学者对法学研究对司法实践的悖论提出了（自我）批评。⁹⁴

所谓隔阂，当然是相对于从前而言的。事实上，至少到 1960 年代，美国法律职业界内部的法官和法学教授两个群体之间仍然有较为明显的联系和互动，或者说同质化程度较高：十九世纪后期以来，美国联邦法院有不少法官，包括一些知名法官，都具有学者的职业经历。还有一些法官，如布兰代斯和卡多佐，虽然没有学者职业经历，但也留下经典作品，对法律学术做出了重要贡献。反过来说，在二十世纪的大部分时间里，美国法学院里的一些学者，通过自己的学术研究成果，对普通法的制度和实践产生了重大影响，如统一商法典和若干重要法律重述的编撰。可是，晚近以来，尽管从学者中任命法官的美国特色和传统仍在延续，⁹⁵ 但法官和法学教授之间的关系发生了明显变化：两个群体出现了分道扬镳的趋势。⁹⁶ 法官和学者各自手艺的核心无非是他们写的东西，法官写判决意见书，学者写论文。在这个意义上，司法意见书和法学论文之间的相互引证情况应该很能说明问题：以美国联邦法院判决引用《哈佛法律评论》文章的次数为例，1970 年代，该引证总计 4,410 次，到了 1990 年代，该数值锐减了一半还多，为 1,956 次，而 2000 至 2007 年间，该引用更是进一步下降到了 937 次。⁹⁷ 另有一项更晚近的研究提供了一组最高法院判决和法学期刊论文相互引用的数据，也显示了法学研究和司法实践渐行渐远的趋势：1970 至 1980 年代，约有一半的最高法院判决被法学期刊论文引用过，而到了 2000 年代，被论文引用的最高法院判决的比例下降至 37.1%（尽管与此同时发生的变化是最高法院的判决意见变得更长、论说相对更细致了⁹⁸）；在这四十年间，均摊到最高法院每个判决上的法学期刊论文被引用篇数下降了 40%。⁹⁹ 波斯纳将司法与学术之间日益加深的隔阂归咎于专业化，¹⁰⁰ 这种分析虽然没错，但或许过于笼统了。我们应该辨析一下，到底是什么样的“专业

⁹⁰ 参见 Fred Rodell, “Goodbye to Law Reviews,” 23 *Virginia Law Review* 38 (1936); Kenneth Lasson, “Scholarship Amok: Excesses in the Pursuit of Truth and Tenure,” 103 *Harvard Law Review* 926 (1990); Roger C. Cramton, “‘The Most Remarkable Institution’: The American Law Review,” 36 *Journal of Legal Education* 1 (1986); James Lindgren, “An Author’s Manifesto,” 61 *University of Chicago Law Review* 527 (1994); James Lindgren, “Reforming the American Law Review,” 47 *Stanford Law Review* 1123 (1995); Richard A. Posner, “The Future of the Student-Edited Law Review,” 47 *Stanford Law Review* 1131 (1995); Richard A. Posner, “Against the Law Reviews,” 3:6 *Legal Affairs* 57 (2004); Albert H. Yoon, “Editorial Bias in Legal Academia,” 5:2 *Journal of Legal Analysis* 309 (2013); Richard A. Wise et al., “Do Law Reviews Need Reform? A Survey of Law Professors, Student Editors, Attorneys, and Judges,” 59 *Loyola Law Review* 1 (2013).

⁹¹ Bryan A. Garner, “Interview with Chief Justice John G. Roberts Jr.,” 13 *Scribes Journal of Legal Writing* 37 (2010).

⁹² 参见 David Segal, “What They Don’t Teach Law Students: Lawyering,” *New York Times*, Nov. 20, 2011, p. A1. 罗伯茨讲话没有以书面形式发表，其原始视频见：“A Conversation with Chief Justice Roberts,” C-SPAN, June 25, 2011, <http://www.c-span.org/video/?300203-1/conversation-chief-justice-roberts>.

⁹³ 参见，例如：Harry T. Edwards, “The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession,” 91 *Michigan Law Review* 34 (1992).

⁹⁴ 参见，例如 David Hricik & Victoria S. Salzmann, “Why There Should Be Fewer Articles like This One: Law Professors Should Write More for Legal Decision-Makers and Less for Themselves,” 38 *Suffolk University Law Review* 761-787 (2005).

⁹⁵ 目前美国联邦最高法院的九位大法官中有四位曾经是全职法学教授（斯格利亚、金斯伯格、布雷尔、凯根），其比例之高是前所未有的。

⁹⁶ 参见 Richard A. Posner, *Reflections on Judging*, Harvard University Press, 2013, pp. 337-344.

⁹⁷ Adam Liptak, “When Rendering Decisions, Judges Are Finding Law Reviews Irrelevant,” *New York Times*, March 19, 2007, p. A8.

⁹⁸ Adam Liptak, “Justices Are Long on Words but Short on Guidance,” *New York Times*, November 18, 2010, p. A1.

⁹⁹ Brent E. Newton, “Law Review Scholarship in the Eyes of the Twenty-First-Century Supreme Court Justices: An Empirical Analysis,” 4 *Drexel Law Review* 399, 404 (2012).

¹⁰⁰ Posner, 前注 96 引书，第 338 页。

化”造成了这种局面，这个问题跟我们所讨论的法学院的社会功能息息相关。

司法和法律学术都是专业化程度较高的领域，这没有疑义，过去现在将来都是如此。那么二者之间日益加深的隔阂是不是因为它们各自的专业化走向了不同方向呢？我认为不完全是。如今的司法专业化和几十年前相比应该说没有什么根本变化。固然，随着互联网等新型社会领域的发展，出现了一些类型和性质与以往不同的纠纷。但是，普通法司法者的专业知识构成和裁判技能事实上没有太大的改变（常规的法律教育内容即法学院五门核心课几十年来没有根本变化这一事实可算一个旁证）。可以说，司法的专业化仍旧是从前的那种专业化——假如时光可以倒流，五十甚至一百年前的法官阅读今天的判决意见书，料想不会有多大的理解困难。与之对照，法律学术的专业化则堪称有天翻地覆的变化：今天的很多法学论文已经不是五十年前的法学教授能够看懂的了；在比较极端的情况下，甚至可以断言，今天的某些法学论文已经不是今天的另外一些法学教授能够看懂的了。

显然，法律学术专业化的基本背景是过去几十年来法律交叉学科的蓬勃发展。与之相伴随的一个更加具体而且重要的因素是越来越多具有非法学专业背景的人进入法学院任教。根据一份 2010 至 2011 学年的统计，在美国最好的 26 所法学院，有 27% 的教师拥有 Ph.D. 学位，其中计有 66 人只有 Ph.D. 没有 J.D. 学位（占 5%）。而且，数据显示了这样一个趋势：拥有 Ph.D. 学位教师的比例与法学院的质量大体呈正向共变关系：具有 Ph.D. 学位教师在前 13 所法学院约占三分之一，在后 13 所法学院约占五分之一。只有 Ph.D. 没有 J.D. 学位的教师在前 13 所法学院中共有 51 人，而在后 13 所法学院则是 15 人；后者数量还不到前者的三分之一。¹⁰¹ 法学院教师群体不仅教育背景在迅速发生变化，其职业经历也明显出现了远离法律实践的趋势——这个现象在美国这样的普通法国家显然比在大陆法系国家更成问题——而且其远离的程度同样跟法学院的名次呈正向共变关系：1996 至 2000 年间，法学院全部新聘教师中有 13.4% 的人此前没有任何法律实践经历。在具有法律实践经历的受聘者中，前 25 名法学院新聘教师的平均法律实践年限为 1.4 年，其余法学院为 3.8 年；后者大致是前者的 3 倍。¹⁰² 2000 至 2009 年的数据显示这一趋势一直在延续：前 50 名法学院新聘教师中有 45.6% 的人此前没有任何法律实践经历，有此经历者的平均年限为 1.79 年。与之形成鲜明对照的是位列 150 名之后的法学院，有 86% 的新聘教师有实践经历，其平均年限为 7 年。¹⁰³ 由此可见，越是有名望的法学院，在聘用教师的时候，就越不看重法律实践工作经历，也越不看重法律教育的学科背景，因为那跟现在法学界最流行的也是最被人看重的法律交叉学科研究没有多大关系。相比之下，一个 Ph.D. 学位及其所代表的社会科学学术训练及学术写作能力无疑就重要得多了。这一事实部分地解释了，法学院为什么在常规即终身教职轨师资之外还需要额外聘用兼职教师（很多是资深律师）来上法律诊所、文书写作一类与律师业务实践紧密联系的课程：法学院教师如果不务“正业”的话，正业当然就只能“外包”给别人去干了。

可是，外包之类的权宜之计只是转化或掩盖了问题，而没有真正解决问题。“由于法律教育事实上垄断了进入法律职业的门径，人们推定法学院是或者应该是法律实务工作必备技能与知识的主要来源。”¹⁰⁴ 但是实际上呢，根据美国法律诊所教育协会 2007 年一个报告的说法，“法学院却没有完全致力于培养学生的法律实践能力。”结果是，尽管有诊所教育，“大部分法学院毕业生不能完全胜任为客户提供法律服务的工作，他们甚至不能完全胜任一些大型律所的常规工作。”¹⁰⁵ 其深层原因是诊所教育不受重视，而且通常不

¹⁰¹ 注意：具备“非法学专业背景”不等于不具备法学背景。这 26 所法学院有 22% 的教员兼有 J.D. 和 Ph.D. 学位（在美国 Ph.D. 学位几乎只能来自非法学专业）。数据来自：Joni Hersch & W. Kip Viscusi, “Law and Economics as a Pillar of Legal Education,” 8:2 *Review of Law & Economics* 487, 489, 491, 509 (2012).

¹⁰² 参见 Redding, 前注 75 引文，第 601 页。

¹⁰³ 参见 Brent E. Newton, “Preaching What They Don’t Practice: Why Law Faculties’ Preoccupation with Impractical Scholarship and Devaluation of Practical Competencies Obstruct Reform in the Legal Academy,” 62 *South Carolina Law Review* 105, 130 (2010).

¹⁰⁴ Frances Kahn Zemans & Victor G. Rosenblum, *The Making of a Public Profession*, American Bar Foundation, 1981, p. 123.

¹⁰⁵ Roy Stuckey et al., *Best Practices for Legal Education: A Vision and A Road Map*, Clinical Legal Education Association, 2007, pp. 11, 19.

是必修课程。诊所课程教师形式上或者事实上是法学院“二等公民”，¹⁰⁶ 他们的岗位通常不是终身教职轨，而且有的根本就是兼职。这种状况使法学院内诊所课程教师这个“亚群体”联合起来，争取更好的工作条件和利益——要求像常规法学院教师一样进入终身教职轨，或者得到其他类同于终身教职轨的职业保障。于是这里就出现了一个具有讽刺意味的悖论：对终身教职的内在追求和外在压力势必把实践性课程教师挤入学术发表的游戏，而那里的游戏规则是追逐研究成果和学术名望，这与法律实践教育恰好是背道而驰的：这些教师在研究和发表上的表现越好，其实践教学课程的教学很可能就会变得越差（比如说，有效的写作课程教学需要辅以耗费教师大量时间的作业批改和一对一辅导，而学术研究绝对会将这些时间挤占掉）。畸形的学术追求催生了这一逻辑怪圈。病根不除，此类解决方案恐怕都是换汤不换药。

上述这些现象与问题背后的根本原因就是前面谈的法学院的“学术化”潮流。半个世纪以前，法学和法律教育圈看重的并不是写作和发表，而是教学和其他法律职业活动。¹⁰⁷ 现如今，来自法律职业界内外的压力使学术研究和发表的重要性突出到了前所未有的地步。而且，一流法学期刊主要发表运用法律交叉学科方法或理论做出的经验研究成果，极少发表教义（doctrinal）法学作品。在法律职业界内部，法学院要和顶尖律师行竞争行内的高端人才，所以一般不愿意拒绝授予已聘教员终身教职，否则就会向职业市场传递一个负面信号：法学院是一个风险高的职业选项，因为工作几年之后，到头来很有可能拿不到铁饭碗，得走人。如果在授予终身教职这个环节上不得不使用较为宽松的标准，¹⁰⁸ 那么为降低招聘到学术研究和写作能力不强的求职者的风险，法学院就必须在初始聘用时抬高门槛，仔细甄别。Ph.D.学位教育包含了较为系统的研究和写作训练，因此成了法学院招聘时一个较为简单的识别指标。¹⁰⁹ 到这里大致就清楚了，法学的专业化与学术化在很大程度上是非法学的学科“入侵”法学形成法律交叉学科研究的过程，同时也是法学与司法活动日渐疏远的过程。

说了这么多，听起来颇有敌视学术的嫌疑。于是有人会反问：法学研究必须以司法为核心或者服务于司法吗？法学研究难道就不能使用其他学科的理论与方法吗？法律交叉学科研究难道错了或者犯了什么禁忌吗？笔者对这些问题的回答都是否定的。既然如此，这里批评的对象到底是什么呢？必须小心界定。概括来说，这个问题仍旧是法学院的“生意”问题，它涉及到前文已经谈过的几个相互勾连的因素：学生为什么花大价钱念法学院，法学院应该为学生提供何种教育产品，法学研究的资金来源和流向。撇开不具代表性的非常规情况不论，就主流而言，学生购买法律教育是（而且——考虑到经济原因——必须是）为了将来从事律师等法律实务工作，主要由学费供养的法律教育机构（绝大部分ABA认证的法学院都隶属于私立大学，即便是公立大学法学院，学费收入也是主要经济来源）因此应该以教学特别是实务教学为其工作重点，法学研究应该从属于教学。教学第一研究第二的顺序不应本末倒置。法律交叉学科研究完全可以在（事实上有一部分此类研究也正在）法学院之外的人文社会科学院系进行。¹¹⁰ 否则像现在这样，大量Ph.D.（其中一些甚至不是J.D.）进入法学院从事社会科学研究，在一定程度上扰乱了大学的学科建制和学术分工，把法学院搞成了一间各种学科的大杂烩。这种状态事实上是从反面证明了，以前述哈佛哥大两位院长言论为代表的必须将法学院纳入大学的论证是不成立的：法律进入大学之后，虽然有了法学院，但到二十世纪

¹⁰⁶ 教授法律写作的教师的地位甚至更低，堪称“三等公民”，尽管写作是法律这个行当的核心职业技能之一。关于诊所及写作教师的不公平待遇与抗争，参见 Tamanaha，前注 16 引书，第 32-35 页。

¹⁰⁷ 波斯纳大概是美国法律史上最高产的法官和学者了，他如此回忆自己学术生涯的开端：1967 年春，时任斯坦福法学院院长的 Bayless Manning 访问华盛顿，约请时在联邦总检察长办公室（Office of the Solicitor General）工作的波斯纳共进午餐。当 Manning 试图劝说波斯纳去斯坦福法学院任教时，波斯纳说：“我没写过学术文章。他说那不要紧，法学教授可以通过其他方式为法律做贡献。搁今天，任何人如果对法学院招聘者说这种话，当场就会被淘汰。”（然后波斯纳就被斯坦福法学院直接聘用为副教授了。）Posner，前注 96 引书，第 24 页。

¹⁰⁸ “法学教授的终身教职以相对较少的学术发表量就可以取得，而且在实践中，终身教职的申请很少会被否决。”Tamanaha，前注 16 引书，第 53 页。

¹⁰⁹ Hackney Jr.，同前注 31。

¹¹⁰ 事实上，一流的法律经济学研究成果，要么是法学家和经济学家合作做出的，要么是经济学家做出的，很少有法学家独立做出的。这可算一个旁证，表明法律交叉学科研究不是必须在法学院进行。

下半叶，随着“法律作为一个独立自主的学科的衰落”¹¹¹，以及科学主义形式主义的式微，法学院里出现越来越多其他学科背景的学者，法学研究中出现越来越多其他学科的学术话语，法学自身的面目已经模糊起来了。鉴于法学院相对于人文社会科学院系的高薪水，可以预见，未来会有更多出身并从事人文社科的学人被吸引到法学院任职，这反过来会进一步加剧法学院转化为“人文社会科学学院”的趋势。当法学可以无所不包的时候，它就什么也不是了。

在美国这样的普通法国家，司法是法律和法律教育的核心。司法是一门手艺，这决定了曾经存在至十九世纪的律师公会与学徒制具有天然合理性。当然，理论的逻辑不能取代事实的逻辑。在今天，任何一个理智正常的人都不会认为在法律教育领域恢复从前那种学徒制是可能的。但历史的视角可以使我们明白，作为大学科系的法学院对旧有学徒制的取代，是如何扭曲了法律教育和法学自身，以至于出现了这样一种人们熟视无睹的怪现象：与其他几乎所有人文社会科学学科专业化人才培养和选拔模式（即从自己学科研究生教育的最高级产品Ph.D.中选拔未来的教学与研究学者）不同，在法学院教员的学历构成中，绝大部分是法学本科，¹¹²非法学专业的Ph.D.数量也在增加，唯独法学院的博士S.J.D.或J.S.D.少之又少。所谓“扭曲”是因为，尽管法学研究跻身象牙塔之后一点一点疏远了法律实践，但法学院仍旧无法摆脱市场的约束和驱动力，不可能不使其供给的教育服务（即课程）与消费者的需求相匹配——我们一再强调，学生念法学院是要将来当律师的。在象牙塔和市场这两股相反力量的撕扯之下，法学研究不但脱离了法律实践，而且也在很大程度脱离了由法律实践所决定的教学内容。上述因素综合起来，间接解释了，为什么在美国这个具有世界一流水平的法律教育和世界一流水平的研究生教育的国家，法律研究生教育（即学术性的法律教育）却处于如此“对不起观众”的可怜状态。请看兼有法官、法学家、法学院教授三重身份的波斯纳的批评：事实上——

除了针对外国人之外，这个国家基本没有研究生阶段的法律教育。对那些未来某天可能成为法学教授的法学院学生，法学院基本没有教给他们什么研究法律的来由、法律施加于行为的直接与间接后果、外国的法律经验以及法律制度中的科学法则这类问题所必需的技能、知识和见解。……毫不奇怪，会有那么多法学研究和司法分析毫无创新、没有经验根据、老套陈腐、不切实际、过分玩弄辞藻并且好辩（实际上是罗嗦、攻讦）、狭隘地专注于法律教义问题、沉迷于最高法院的最新判决、费神于微不足道且倏忽即逝的区分，而不是有胆识的、科学的、描述性的研究和分析。学术界并不生产法官、律师、立法者运作现代法律制度所需要的知识，而且也没有什么其他机构能够产出这种知识。如果不消除法学研究中的这些严重的缺陷，改进法律的雄心壮志就没有多少成功的希望。¹¹³

这批评同时也是一种解释。

目前的法学院在其社会功能上存在明显错位，即在资源配置上不是以教学为压倒性的重点，而是剥离出相当大的一部分资源用于与法律教育服务本身几乎无关的法学研究，包括维系相当大数量的早涝保收的法学研究铁饭碗岗位（终身教职）。这种错位的直接后果是法学院之间在聘用教员时面临着薪酬的军备竞赛，法学教员之间面临着论文发表的军备竞赛。可悲的是，这两种竞赛都是零和博弈；不仅对学生有害，而且对法律制度和司法实践贡献甚小。

于是可能又有人会同：如果法学院只有职业教育，即培养律师，那它和律师培训学校有什么区别？但这种提问思路本身就是有问题的。简单的反驳是直接反问：为什么二者必须要区别开？商学院就从来不差

¹¹¹ Richard A. Posner, “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987,” 100 *Harvard Law Review* 761 (1987).

¹¹² 直到大约 1970 年，美国法学院的第一学位仍叫 LL.B.，即法学学士。此后 LL.B. 改名为 J.D.。但直到今天，J.D. 之后的法学院教育仍叫 “graduate program”，即研究生教育，在这个意义上，J.D. 依然可以理解为法学本科。

¹¹³ Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, pp. 468-469.

于承认自己是培养经理人的，医学院更不讳言自己是培养医生的。如此提问，提问者大概忘记了法学院不是从来就有的，是由从前的律师培训机构在十九世纪后期借助法律形式主义的“科学”神话跻身大学而演化来的。法学院和律师培训学校必须划清界线的潜台词无非是前文引述的十九世纪后期两所精英法学院院长的即便不“无知”但至少“无畏”的断言。从那时起的一百多来，法学力求发展其科学性、学术性（同时也就是背离了其实用性、技术性特征），深层原因无非是寻求维系其栖身于大学的合法性。如果说，法律教育发展到今天，事实上只能是一——而且在可预见的将来也注定仍旧是一——职业教育与学术教育的混合物，那么，法律教育的产品，即法学院毕业生，按职业技能和学术水平双重标准来衡量，注定都有欠缺，因为二者在事实上无法兼顾。只要法律还是一门“职业”（profession）¹¹⁴，法学院就不可能更不应该放弃其职业教育的社会功能定位。本文分析所显示的一层规范性结论是，法学院应该适当弱化其学术“追求”。经济学、政治学、社会学等社会科学（甚至部分自然科学）也从事法律研究，而且，真正称得上“学术”（而单纯非技术或技能）的法学研究，几乎总是社会科学的一——这研究可能是法学院的人做出的，也可能是社会科学院系的人做出的，但无论是谁做出来的，都必然是超越了纯粹法学而进入了社会科学的。——承认这一点会让法学从业者感到尴尬，但如果因为尴尬就否认这一点，则更会以极其反讽的方式使法学的学术外衣变得透明。

法学院的学术追求已经持续了一个多世纪，而且在近二十年间愈演愈烈。耶鲁法学院教授欧文·费斯曾有名言：“法学教授不是受雇来培训律师的，而是研究法律并把他碰巧发现的东西教给学生。法学院……是大学必不可少的组成部分——这种隶属于大学的属性及这种属性所确定的使命使法学院必须全心全意地担当其学术责任。”¹¹⁵除了费教授所在的耶鲁等少数精英法学院之外，绝大部分法学院的学子是绝对不可能奢侈到这种程度的——每年花四、五万美元的学费，外加可观数额的生活费、图书资料费，去念法学院，为的就是听教授们宣讲他们“碰巧发现的东西”！？学术追求本身固然没有错，但有意义的讨论和判断永远不能脱离语境。前文分析已经显示，法学院的学术追求已经到了堪称畸形的地步，造成了一系列不良后果（只对法学教员群体有好处）。教育是产业，法学院及其教员们通过教育这门生意赚钱本也无可厚非，但终究不能不顾及职业道德和商业伦理。

在此有必要进一步澄清，我并不认为法学就应该是非学术化的、非专业化的。前文对将法学科学化法律形式主义思想提出的批评，也不意味着笔者认为法学和科学是截然对立或者完全不兼容的。世界上的很多事情都不是非黑即白。我的批评是非常语境化、具体化的，它所针对的现实是美国法学院学生和教员这两个群体总体福利状况的迅速分化——而且前者学费、就业状况的恶化和后者收入、工作压力的优化在很大程度上是互为因果互相强化的。另外，在此也有必要对一种潜在的争辩预先做出回应。在一种非常间接、不确定甚至可疑的意义上，法学研究也可能对学生的学费投资给予回报：表面繁荣的法学研究，更具体地说，论文发表的军备竞赛，可以支撑更多法律评论杂志的生存，¹¹⁶进而创生更多的学生编辑岗位，并以此来装点法律职业市场上未来求职者的简历。¹¹⁷但是，我们有理由推测，任何特定年份法律职业市场的毕业生需求总量是一个弹性很小的数值，至少相对于简历上是否有期刊编辑经历这一变量来说弹性很小。如果这一推断是成立的，那么，甚至上述潜在的简历“回报”也成为泡影了，因为学费——论文军备竞赛——

¹¹⁴ 关于法律之为“职业”，参见 Posner，前注 2 引书，第 37 页以下；以及 Posner，前注 67 引书，第三章。

¹¹⁵ Owen M. Fiss, “Owen M. Fiss to Paul D. Carrington,” 35 *Journal of Legal Education* 26 (1985).

¹¹⁶ 根据 Washington and Lee 大学法学院图书馆的数据，截至 2013 年，美国法学院学生主办的法学期刊共有 655 种（仅哈佛一个法学院就出版多达 15 种学术期刊）。参见 <http://lawlib.wlu.edu/LJ/index.aspx>。法学期刊的泛滥和论文质量的低下也反映了法学研究的制度性问题。“现如今，什么都能发表……连日杂购物单我都能发表出来，有些《法律评论》杂志是那么地饥不择食……”一位美国法律教授如是说。参见 Karen Dybis, “100 Best Law Reviews,” *National Jurist*, Feb. 2008, p. 26. 这一观察与波斯纳在此前十多年的评论是一致的：“每个法学院都要搞一份自己的《法律评论》，有不少法学院还有好几份学术杂志。法学教授们要为自己的学术成果找到出版渠道太容易了，特别是考虑到很少有《法律评论》的学生编辑有能力评估非教义法学的研究成果。现如今一些稀奇古怪的东西时不时在《法律评论》上发表出来。”Posner，前注 2 引书，第 100-101 页。

¹¹⁷ “很多人相信这些 [法学] 期刊……给他们 [学生编辑] 的简历增添了一个强有力的卖点。”Dybis，前注 116 引文，第 23 页。

期刊编辑岗位这一系列变量本身没有为学生创造更多就业机会，而只是在较小程度上改变了他们之间的竞争优劣地位。换句话说，影响的只是机会的再分配而不是再生产——仍旧是零和博弈。法律教育机构作为一个整体，享有净收益，法学院学生作为一个群体，得到的恐怕只是净损失。

这种局面下的法律教育管理者和法学研究从业者只能对自己的职业道德与商业伦理采取鸵鸟政策。

五、未了结的结语

美国法律教育面临着危机，¹¹⁸ 这并非危言耸听。危机背后的诸多历史与现实原因盘根错节，我们不可能在一篇文章中面面俱到，完全阐释清楚。作为《法学院的生意》系列文章的第一篇，本文主要从制度结构入手，讨论了由ABA认证制度所固化的法律教育市场的垄断，进而揭示了该垄断通过法律教育市场所造成的诸多经济与社会恶果。任何制度的运作和演化都有赖于作为制度构成要素的行动者。在法律教育制度的运行中，核心的行动者是法学院教员 / 法学研究者。通过对法学教员的教学工作负荷和收入这两个职业要素的考察，我们发现，在过去一个世纪中，其变化的基本趋势是性价比的显著提升：课时量单边下降的同时收入单边上升。部分地借助了ABA认证机制，法学院教员成为美国法律教育危机中近乎唯一的受益群体，即既得利益群体。这使他们反过来有强大的意愿和动力维护现状，强化不合理不公平的利益分配格局，不惜牺牲职业伦理。本文最后一部分分析了当代法学研究和司法实践、法律教育脱节的问题，并借助法律教育史和法律学术史的解释，较为细致地阐释了当代美国法学院社会功能的严重错位，以及这一错位作为深层结构性原因，对法律教育所造成的破坏性扭曲作用。

美国法律教育面临的困境涉及法律职业、教育市场、学术体制、政府规制等方方面面，诸多因素之间的相互作用错综复杂而又环环相扣。《法学院的生意》系列后续两篇文章将延续本文的分析，将讨论由宏观结构拓展至美国法学院的招生、就业、学费、贷款等具体问题，揭示其危机四伏、不可持续的经营模式如何将法学教育逼入了岌岌可危的境地。此外，本项研究还将对法律教育行当之外的普通社会公众极少关注的法学院排名问题进行专门的分析，因为它是激发并持续驱赶美国法学院之间进行恶性竞争的总枢纽。商场如战场，如果读者明白了大多数法学院在白热化的教育市场竞争中是如何极不情愿却身不由己地被绑上了追逐名次的战车，就可以把造就了美国法律教育危机的诸多现实问题及相互间的因果系统合到一起，从而形成融贯的全面的理解。

最后，有必要反躬自问：本文是不是一篇法学论文？答案自然取决于人们对“法学”的定义和理解。如果回答是肯定的，那么据以做出该回答的那种“法学”的涵义必然是本文作者在第四节大加鞭挞的那种“法学”。如果答案是否定的，作者作为法学院的雇员就等于承认自己不务正业。因此仍旧是自拆台脚。在这个意义上，本文恰恰是它自身所批判的那种教育和学术体制的产物，悖论的产物。所以，必须承认，在法学领域，像本文这样的研究应该越少越好。¹¹⁹ 但文章既然写出来了，敝帚自珍，至少可以找到一点自我辩护的理由：笔者希望以社会科学的方法及“向我开炮”的勇气唤起读者注意：美国的问题，也是世界包括中国的问题。或者，这自我辩护也可以借冯友兰先生的名言，以一种充满人文情怀的方式表述：“人必须先说很多话然后再保持沉默。”¹²⁰

2012 年 12 月初稿，2014 年 7 月扩充修订。

Abstract: American legal education plays important roles in legal globalization. However, American law schools have been encountering various problems in past decades, and the problems turn to be a crisis after the 2008

¹¹⁸ 参见，例如，Paul Campos, “The Crisis of the American Law School,” 46 *University of Michigan Journal of Law Reform* 177 (2012).

¹¹⁹ 参见 Hricik & Salzmann, 前注 94 引文。

¹²⁰ Fung Yu-Lan, *A Short History of Chinese Philosophy*, The Free Press, 1966, p. 342.

economic bust. ABA's accreditation power on law school monopolizes legal education market, and in turn spurs the cost of legal education and service to an unreasonable high level. Hence a very fat profit for legal educators among other legal professionals. Even the U.S. DOJ's antitrust litigation and sanction against ABA hadn't recovered a fair legal education market. In the past century, as the key actor in legal education system, law professors decreased their teaching load substantially, and increased their salary generously, which explained the dramatically growing law school tuition. American law schools' affiliation with universities in mid-19th century began the process of a transformation— the social function of law school has been changing from professional training to academic research. The tension between theory and practice distorted law schools significantly. Fashionable interdisciplinary legal studies not only distances real world judicial activities, but also devaluated teaching work as a duty of law professors. Its consequences include the harm to student's interest, and more generally, to social justice in the sense that legal educators collect money from the whole society in a way against their professional ethics.

Key Words: law school, legal education, social function, salary, teaching load

本文（一个经过编辑的版本）发表于《法律和社会科学》第14卷第1辑，法律出版社2015年。

<http://www.ideobook.com/2398/law-school-business-1-institutional-analysis-plight-american-legal-education>