

中国法学 大讲坛

龙卫球 ● 主编

讲演人

江 平 李步云 郭道晖 陈光中 王泽鉴 施文森 苏永钦 张伟仁

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中国法学 大讲坛

龙卫球◎主编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法学大讲坛/龙卫球主编. —北京: 中国法制出版社, 2012. 11

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3967 - 1

I. ①中… II. ①龙… III. ①法学 - 中国 - 文集
IV. ①D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 198993 号

策划编辑 周林刚

责任编辑 周林刚

封面设计 周黎明

中国法学大讲坛

ZHONGGUO FAXUE DAJIANGTAN

主编/龙卫球

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/720×980 毫米 16

版次/2012 年 11 月第 1 版

印张/11.25 字数/148 千

2012 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3967 - 1

定价: 35.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66067024

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288



2007年11月21日江平教授主讲《中国法学教育的历史与际遇》



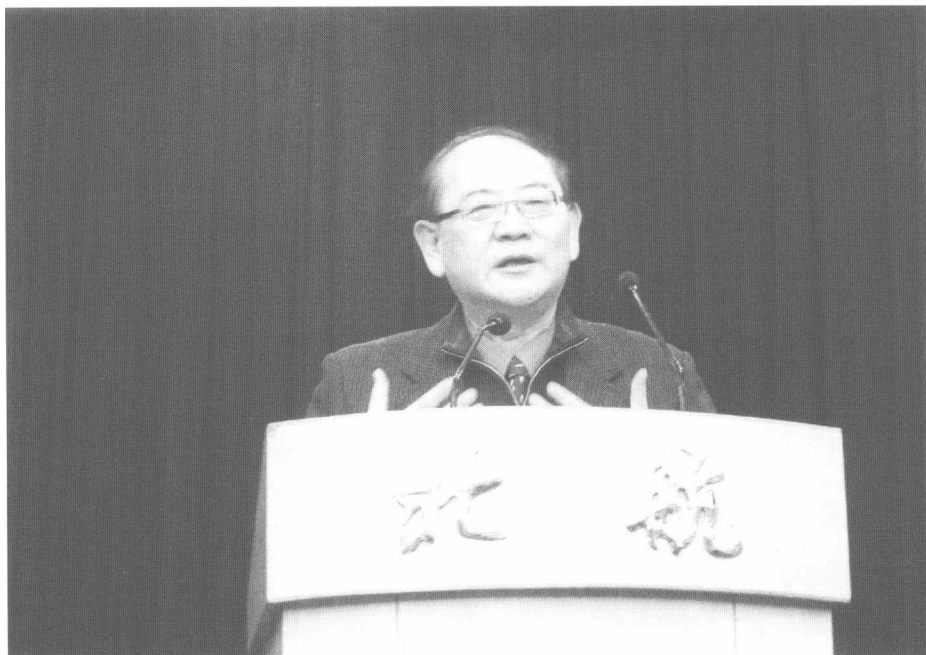
2007年12月12日李步云教授主讲《转型时期的中国法治》



2007年12月25日郭道晖先生主讲《论社会权力》



2008年5月20日陈光中教授主讲《当前司法改革的若干问题》



2008 年 11 月 19 日王泽鉴教授主讲《基本权利和人格权》



2009 年 4 月 13 日施文森教授主讲《保险契约法的基本理念》



2009年5月25日苏永钦教授主讲《〈合同法〉§52(5)的适用和误用》



2009年9月21日张伟仁教授主讲《中国古典规范理论及其对于传统法制发展的影响》

前 言

“中国法学大讲坛”是北京航空航天大学法学院于2007年、即建系十周年、建院五周年之际，开始精心策划、组织和推出的一个立足华人法学家、面向全球的法学高端论坛。该讲坛旨在营造中国法学思想的顶级讲演与交流平台。北航法学院专门设立大讲坛组委会，根据高标准和高水平的遴选机制，不定期邀请卓有贡献、广受尊敬的法学家，以其长期耕耘的领域为射程，就法学理论界和实务界的基础论题、重大论题或者热点问题展开即时演说，展现当代法学大家风范，形成一种宏大舆论动力，促进更大范围的讨论和争鸣，推进中国法学思想和学术的发展与繁荣。五年来，已经先后有多位华人世界的著名法学家登上讲坛演说。本书系其中精彩讲演篇章的选辑，谨献于广大读者，以供欣赏与评论。

本书编者 2012年10月1日

目 录

第一场

江 平：中国法学教育的历史与际遇	(1)
------------------------	-------

第二场

李步云：转型时期的中国法治	(19)
---------------------	--------

第三场

郭道晖：论社会权力 ——社会体制改革的核心	(43)
--------------------------------	--------

第四场

陈光中：当前司法改革的若干问题	(65)
-----------------------	--------

第五场

王泽鉴：基本权利和人格权	(83)
--------------------	--------

第六场

施文森：保险契约法的基本理念	(109)
----------------------	---------

第七场

苏永钦：《合同法》 § 52 (5) 的适用和误用 ——再从民法典角度论转介条款	(129)
---	---------

第八场

张伟仁：中国古典规范理论及其对于传统法制发展的影响	(157)
---------------------------------	---------

北航法学院“中国法学大讲坛”第一场

主 题：中国法学教育的历史与际遇

讲演人：江 平（中国政法大学终身教授）

主 办：北京航空航天大学法学院

主持人：龙卫球（北京航空航天大学法学院教授、院长）

地 点：新主楼会议中心第2报告厅

时 间：2007年11月21日晚

中国法学教育的历史与际遇

我很高兴今天来北航法学院做讲座。我不知道今天在座的还有这么多老师，还有这么多记者，有点诚惶诚恐。龙卫球教授让我头一个来讲关于法学教育。在七十岁的时候，我在自己的文集里说我不是一个严格意义上的法学家，因为我在这方面没有读多少书，也没有写多少书，不像龙卫球教授，不像在座的很多中年的杰出学者，著作等身。但我说我是一个法学教育家，在这方面做了点工作。

我个人的法律学习经历很有些意思。我 1948 年考的是燕京大学的新闻系，燕京大学是原来美国教会办的，司徒雷登当过校长。司徒雷登一辈子在中国搞教育，最后当了美国驻华大使，正好碰到美国政府在中国的政策失败。我考进燕京大学是想学新闻，新闻的性格是自由奔放，新闻工作者是“无冕之王”。但历史很巧，我工作以后，国家派第一批留学生到苏联学习，就派我去学法律。我们刚去的城市是喀山，列宁曾经在那里学法律。当时在喀山只有 3 所大学有中国留学生，1 所是喀山大学的法学院，1 所是喀山航空学院，还有 1 所化工学院。我们 1951 年第一批公派到苏联去的留学生差不多 500 人，学法律的大约有 10 人，占到了 50 分之一，文科里面有学经济的，学新闻的，应该说学哪个专业的都有。后来，我转到莫斯科大学法律系学习。1956 年从莫斯科大学毕业后我就到了那时的北京政法学院，应该说一辈子都“卖”给了北京政法学院（现在

的中国政法大学)。我很羡慕在座的不少从其他大学来的老师,你们一生换了很多工作岗位。从1956年毕业至今,我已从事了51年的法学教育,当然这51年里也有辛酸,从苏联一回来我就被划成右派了,从划右派到摘帽一共22年,但后来到现在有了29年的顺境。

中国的法学教育,我觉得从历史发展来说很值得研究。我们可以看到旧中国的时候,我们的法学教育应该说还是不错的,在主要的综合性大学里面,都有法律系,无论西南联大还是北京大学。清华大学还有过法律系,燕京大学也曾经有过一段。但是1949年革命胜利,建国以后,我们的法学教育发生了许多重要变化。

首先,是1952年的国家教育体制改革,最大的特点是学习原苏联模式,将综合大学中的许多学科都分割出来单独成为学院。其中,包括专门的政法学院如北京政法学院。北京航空航天大学,当时叫航空学院,也是主要从清华大学的某一个系中分离出来的。这样的话就变成一种单一性的思维了。工科就是工科的思维,工科不知道文科什么思维,反之亦然。

其次,建国之后的前30年,我们国家逐渐走上了一条萎缩文科、排斥法科的道路。国家在刚建立的时候培养人才还是一个全面的考虑,但是已经有了倾斜,当时派到苏联的留学生主要是学理工科的,尤其是工科,因为中国当时急需建立自己的工业体系,但是文科依然占了适当的比例。后来我们的教育发生了重大偏向,彻底的重理工轻文科,尤其是到了文化大革命,甚至文科学院都关闭了,法学院基本上都停了,只留了一所。单一的思维是最可怕的。国家的治理需要各方面的人去治理。

我们很高兴看到改革开放以后,这个格局发生了变化,我们现在已经能够做到文科和理工科同样并举。但是在国家重视的情况下仍然还有不够满足的地方。为什么理工科就有院士制度啊?而社会科学和人文科学还没有这个制度。文化大革命以前,从我们国家的教育的发展也好,从研究的机构来看也是一样,我们的科学院里面也有相应的文科学者,如郭沫若这样的学者在当时其实也是院士。从我们治国的人才来看,我们也在逐渐从理工科为主走向也重视文科。国家第一代领导人是职业革命家,第二代我们常说是工程师治国,因为差不多都是理工科毕业的。到了十七大的中央政治局常委,有两个学文科的常委,或者说有两个是法学学位。现在的综合性大学,越来越有不同的各种学科容纳在

一起。为什么北京航空航天大学在它自己特有的擅长的航空航天工科的基础上要发展人文科学，要发展诸多门类的文科专业呢？我的理解就是文科专业和理工科专业的思维方式、性格、方法都有所不同，所以应该采取互相结合的路子。我认为，综合大学里面兴办法学教育，才是一种好的模式。从这种意义上来说，中国法学教育在办学体制上今天有了很大的进步。

下面，我想谈谈对中国法学教育内涵的理解。我一直在想这样一个问题，我们培养出来的学生需要和什么打交道呢？我想，可归纳为四个：学法律，第一个要会跟法律打交道；第二个要会跟人打交道；第三个要会跟治国打交道；第四，我们现在学的法律所处的是市场激烈竞争的环境，法学教育、法学人才的培养也在激烈竞争中，所以我们还需要放在一个职业化市场的环境中考量。我想，从这四个方面，才能够抓住法学教育的主要内涵。我们提到法学教育的际遇问题，我觉得实实在在地说，它就存在于这些要求是否得到认真对待之中。我们过去没有很好地在这些方面来理解和重视法学教育的开展，我们现在应该好好地对待。

第一个，讲讲跟法律打交道的问题。

学法律的人首先当然要学习法律，要学会与法律打交道。我常常想一个问题，法律人的性格是什么？法律人应该也有性格，每一个专业都有专业的不同。在今年浙江大学光华法学院的成立会上，台湾学者陈长文，也是有名的律师，送我一本书《法律人，你为什么不争气》。在这本书中，陈长文讲了台湾现在法律人的情况。书中有马英九写的序，其中有一段话是这么说的：他当时报考法律，父亲坚决不同意，坚决要求他学政治学而不是法律学，父子俩的争论直到父亲的去世，30多年中谁都没有说服谁。为什么马英九的父亲不让他学法律而要他学政治学呢？因为他认为马英九“法治观念太强，司法性格太重，守经有余，权变不足”。我觉得这是对学法的人的很好的评论。法律条文是不能变动的，法律条文就像圣经一样，对于法律人而言，你只能服从法律，不能去变通它，变通要通过一定的程序。“守经有余”，我的理解就是法律条文遵守得太重。法律确实本身比较严格，法律的推理、法律的逻辑比较严密。法律人的性格就是“守经有余”，难免有呆板性。如果学呆了，在变通方面可能就不足了。政治家们要讲权变，政治家们要讲在斗争中随时化敌人为朋友，随时可以和另外一个人结合，没有永恒的真理，纵横捭阖根据政治的需要。

学了这么多年法律，我有时真正感觉到现实中法、理和情关系复杂难清。某个情况可能合法但不合理，可能合理不合法，也可能是合情。我的一个博士生在写论文时写到一个香港的案子，有一位富豪临终前，让律师给他做了14个信托文件，完全合理地逃避了遗产税，香港政府告他的继承人逃避遗产税，一审和二审香港政府都胜诉，到三审时香港政府败诉。法院判决道理很简单，就是律师做的十几个信托文件没有一个是违法的，既然所做的法律文书都是合法的、都是规范的，怎么能判他违法呢？虽然他的目的是逃税也不能判他违法。当然我们现在有另外的规则，《民法通则》规定了以合法形式掩盖非法目的的法律行为无效。但是我们知道在英美法国家中信托本来就是规避法律的一种方法，这是法和理的矛盾。最近我又看到一个法和情的矛盾。美国有一个电影，讲的是一个弱智的父亲把她的女儿养大，花了非常大的心血，非常爱她的女儿，女儿也非常爱她的父亲，但父亲是一个弱智，他的思想很简单，问问题很简单，回答问题也只能用弱智人的话讲话。而女儿的智力已经发展得非常快了，但是回家和她的父亲讲话只能用弱智人的语言来讲话。美国的法律规定这样不行，因为不利于孩子的教育和健康发展，要剥夺女儿和父亲一起生活的权利。理由是因为按照美国的法律，如果为了子女的利益着想的话，那应该首先考虑子女的发展利益，不能考虑父女感情。于是有一位律师，千方百计去证明这应当是符合人伦精神的，基于人的至亲的感情，法律不能剥夺弱智父亲和自己唯一的女儿共同生活的权利。所以，我决不强调法律、学法律的人是万能的。

那么，从法学教育跟法律的关系来说，法律人应该如何学习法律呢？或者说怎么跟法律打交道呢？我理解是要把三个层次的法律学习结合起来：大体是从单纯的法律制度的培养，要过渡到法律理念的培养，还不要忘记对更重要的法律方法的训练和培养。

我想学法律，首先就是学规则或者说制度层面的法律。法律在表现形式上所体现的东西就是制度或者说规则。在许多国家的文字里面，规则、规律和法律其实是一个字，在这个意义上我们学法律首先是要解决规则学习的问题。法律上所讲的规则某种意义上说和自然界的规则甚至经济学的规则相通，人的认识和行为超出了规律是不行的。规则完善对我们国家的法治完善是非常重要的方面。这次十七大报告里面特别强调了社会主义法制的体系基本完成，从这个角度可以说我们在制度层面学的东西大体完成。

中国的法学教育在改革开放以后大致经过了两个时期。第一个时期是学法律的时候没法可学。第二个时期是今天，已经基本上都有了法律的规定了（如民法、刑法、诉讼法），但是法律变动很大，一部法律经过五六年、七八年可能就发生变化了。《公司法》算长点，10年也就发生巨大变化了。所以，我们今天当老师的和西方当老师的或者过去当老师的很不相同，我们老师的教案要频繁修改，因为中国法律制度变化太频繁。一个社会的规则不断地变化也有好处，说明社会在不断地发展、不断地改革，但如果一个社会的规则变动得过快，就不能发展成为人们真正的法律意识或者真正的法律秩序。我们现在还没有到第三个阶段，就是法律相对稳定的阶段。当然也不是要像《法国民法典》那样制定以后两百多年稳定。从制度层面而言，我们将来要走向法律制度的逐渐稳定，到这个时候社会已经大概成形了，社会的规则已经大概稳定了。

我们需要学制度层面的法律，但又不能仅仅限于此。要把这些多如牛毛的法律全部背下来是人的能力所不能及的，因此很重要的是要把法律按照它的理念去学习。过去学校讲课都愁没有法律可讲，后来法律越来越多，于是我们可能就有了一部法就开一门简单注释意义的课，最后人们已经感觉到这样来教学生不行了。我们是要教学生法律制度和法律规则，但我们不能仅仅让学生去记住这些东西。甚至现在的司法考试也要变革，不是光让大家只知道去背法律规定，而是能够去运用。我记得1984年我第一次去德国，司法部那时候组成了司法教育考察团。当时了解到德国的司法考试可以带法律文本，没有要求你把《德国民法典》都背下来。法律教育教给你的是碰到问题找到那个条文，而不是让你把所有的条文都背下来。在这个意义上说，我想把法律当作理念去学习，本质说来就是法制和法治的区别。如果我们仅仅知道了法律制度而不理解法治的理念，实际上我们不能融会贯通法律的基本精神，宪法和宪政就是这样的关系。大家知道，我们在苏联学习的时候宪法科目也很重要，苏联很讲究宪法，每年12月7日叫宪法节，宪法确实被看作这个国家最崇高的法律。但是苏联那个时候有真正的宪政吗？有真正的法治吗？所以有时候有人问我在苏联学的法律，我说苏联确实很重视法律，苏联的法律也没有中断过，法律教育也一直很重视，出版的法律书籍也相当不少，也有一些很有分量的著作，但是，这样的法律和真正苏联老百姓的人权保障、民主政治的发展、人的自由的发展，是格格不入的。所以在这个意义上说，我认为我们这次十七大特别提出了要发扬法

治精神，这个法治精神，我的理解就是法律中的一个很重要的理念。

学法律还不仅仅限于制度层面和理念层面，我觉得还有方法层面，法律本身也是方法。法律或其学习的方法层面是指什么呢？我想是指处理法律问题，第一个要找出法律依据，第二个要找出事实的依据。美国的法学教育很有意思。上课之前老师会让你去看很多书，或者去读不同的案例。上课的时候老师坐在那里，学生就开始讨论，各自发表意见之后让老师做结论。老师最后可能没有结论。老师并不是做出结论哪个对哪个不对，而是让学生自己学会处理法律问题的方法，不是只有一种方法是唯一正确的。在这个情况下，既然法律是解决问题的方法，那就要寻找一个路径，而这个路径可能有人绕远了，有人走了捷径了，也许有的人完全背道而驰了。最后教授会用自己的思路告诉你应该用什么样最好的方法去解决问题。美国是判例法国家，所以这种教学方法更加适宜，因为不见得过去的判例都完全能用，也许已经发展出新的判例了，也许又有新的事实、新的情况发生，也许随着科学技术的发展出现了过去不曾遇到过的新的问题，或者过去有的现在变化了。所以，老师培养学生的时候是把法律当作一种方法，在这个意义上我们可以说，法律作为一种方法是每个人都应该重视的。现在司法考试越来越增加对于法律理念的认识和法律方法的运用。

第二个问题，我想讲一讲跟人打交道的问题。

法律工作是和人打交道的。法律规范人际关系，法律职业要应对和解决社会上存在的各种人际问题、人际矛盾，显然不是仅仅运用法律知识就能解决。在这个意义上来说，法律专业既然是在和人打交道，那就不能仅仅凭借法律知识，而是应当同时掌握如何在人际关系中妥当处理好法律问题的实际能力。人是最难掌握的，要处理好人的关系，解决好人的纠纷，需要掌握很多有关理解和处理人际关系的能力，包括心理学知识。所以法学教育中初学者的第二个矛盾，往往就是法律知识和人际能力的矛盾。这个矛盾在人文科学中都有类似的突出表现。一般来说，法律知识学习成绩好的处理人际关系的能力可能相对也高，但是并不完全如此。可能在学校里你的分数很高，到外面你可能能力比较低，所以好的学校都注意培养学生的实际能力。当然有的人是自己去培养能力，但主要还是靠学校的培养。

我们应该来看看世界各国是怎么样在学校期间培养法律学生的能力的。学生终究还是在学校学习，怎么样来培养能力啊？大家知道，美国的做法是取消