



第一卷

暨南大学法律评论

主 编 符启林

副主编 朱羿锟 徐 瑄

- 论法学教育的精英属性
- 财产权及其交互性
- 竞争文化的法律研究
- 论我国农村社会保障体系及其建构
- 社会保障权与公益诉讼
- 工资集体协商法律问题初探
- 个人所得税法再完善的人性思考
- 传统知识的利益结构及其保护制度设想
- 论物权法的当代发展与民法的立法选择
- 论非犯罪化的思想渊源和理论根据
- 中国刑法国际化的价值取向
- 刑事诉讼话语权生成的制度环境
- 法官角色的现代转变
- 论人民调解与民事诉讼的关系架构
- 论我国城市规划法律制度的完善



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



第一卷

暨南大学法律评论

主 编 符启林

副主编 朱羿锟 徐 瑄



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

暨南大学法律评论. 第一卷/符启林主编. —北京:
法律出版社, 2007. 8
ISBN 978 - 7 - 5036 - 7537 - 9

I. 暨… II. 符… III. 法律—文集 IV. D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 104361 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京外文印刷厂

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/787×960mm 1/16
版本/2007年7月第1版

印张/26.25 字数/422千
印次/2007年7月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7537 - 9

定价:34.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

暨南大学法律评论编委会

主 编

符启林

副主编

朱羿锟 徐 瑄

委 员

(以姓氏拼音为序)

符启林 李伯侨 李 莉 梁玉霞
刘 颖 徐 瑄 周显志 朱羿锟

本卷执行编辑

郭宗杰

《暨南大学法律评论》

稿 约

《暨南大学法律评论》是由暨南大学法学院创办的法学类学术集刊,由法律出版社出版,每年1—2卷。评论坚持自由、创新、兼容并蓄的学术传统,旨在为法律学人创建一个能够展示自己法治理想和法律理念的开放平台。评论采取双向匿名审稿制度,以论文的学术水平为唯一衡量指标,提倡有关法学、法治的新思想、新观点,鼓励积极的学术讨论和争鸣;在注重纯理论研究成果的同时,也倡导引入生动的法律实践内容。

来稿体例可参照已经正式出版的评论体例,字数最好在1万字以上,当然也欢迎篇幅较短的法律时评类文章。来稿请附电子文本。编辑部收到稿件后会在2个月内通知作者是否录用。稿件一经录用,将略付薄酬。

欢迎国内外法律同仁不吝赐稿。来稿请寄:广东省广州市暨南大学法学院《暨南大学法律评论》编辑部,邮编:510630。

电子文本请发至:jnufp@126.com。

目 录

专 论

- 论法学教育的精英属性 符启林 / 3

本卷特稿

- 财产权及其交互性
——马克思和科斯发现了什么 徐 瑾 / 23

各 论

- 竞争文化的法律研究 徐士英 丁茂中 / 53
论我国农村社会保障体系及其建构 冯 果 兰 倩 / 71
社会保障权与公益诉讼 颜运秋 曾 明 / 104
工资集体协商法律问题初探 周显志 / 118
一致行动人法理辨析 李伯侨 李 进 / 144
SPV 的组织常态及立法选择 王 健 / 158
论国际借贷中银行抵销的相互性问题 李健男 / 169
个人所得税法再完善的人性思考 方赛迎 / 178
论“环境执法大检查”的有效性及其制度重构 杜万平 / 187
传统知识的利益结构及其保护制度设想 严永和 / 193
论物权法的当代发展与民法的立法选择 廖焕国 / 226
论行政规范的复议审查制度 周佑勇 / 246

2 目 录

论非犯罪化的思想渊源和理论根据	贾学胜 / 261
中国刑法国际化的价值取向	胡陆生 / 271
郑观应国际法思想的形成与发展	乔素玲 / 284
刑事诉讼话语权生成的制度环境	梁玉霞 / 294
法官角色的现代转变	
——以规范当事人正当行使诉权为视角	张晓薇 / 303
论人民调解与民事诉讼的关系架构	闫庆霞 / 313
论美国法院审查国际禁诉令的两种传统路径	欧福永 / 321
论加拿大民事案件强制调解制度	毛 玲 / 334

学位论文选登

论我国城市规划法律制度的完善	陈慧瑛 / 351
分期缴纳出资法律问题研究	徐喜荣 / 379

专 论



论法学教育的精英属性

符启林*

近年来,法学教育究竟是精英教育,还是大众教育,还是二者兼而有之?法学界对此展开了热烈的讨论。本文通过分析我国法学教育的现状,从法学精英教育属性的理论和实践两个层面进行探讨,提出我国法学教育模式应坚持精英化走向。

一、我国法学教育的现状

伴随我国高等教育的扩招,高等法学教育也得到了迅猛的发展,法学专业学生在校总数急剧增加。据最新统计,截止到2005年底,我国现有法学本科专业的高等院校已达559所(这一数字还不包括独立院校以及各类法学专科院校),法学专业在校的本科生和研究生达30万人,其中本科生为20多万人,法律硕士专业学位研究生2万多人,法学硕士研究生6万多人,法学博士研究生6000多人。我国法学教育却呈现一个多渠道、多形式、多层次的现状。

(一)多渠道

就办学渠道而言,既有教育部主管的重点综合性大

* 符启林,男,暨南大学法学院院长、教授、博士生导师,中国法学会经济法学研究会副会长。

学,又有司法部所属的法学教育系统,还有行业主管部门与地方所属的高等院校的法学院、系;还有地方政法管理干部学院以及各种各样的民办大学中的法律院系。最近几年内其他各类财经、理工、民族、师范、农林等院校也纷纷设立法律系专业。除教育机构之外,非教育机构也大办法律教育,例如各级党校设立的法律院系或法律专业、司法机构设立的检察官学院、法官学院等。层次不同的院校在师资队伍、教学条件、培养规格、学习年限、课程设置和生源素质等方面存在很大差别。既有北大、清华等名校,又有职业技术学院、高等专科学院等师资匮乏的学校。如此众多层次的法学教育貌似繁荣,实则反映了我国法学教育正处于盲目和混乱阶段。

(二)多形式

目前我国的法学教育是由普通高等教育、成人教育、自学考试和继续教育等同时并举的多种法律教育构成的。(1)普通高等法律教育,是我国法律教育的最重要形式;(2)成人法律教育,包括法律类管理干部学院、法律培训中心及普通高校中的成人教育学院等;(3)中等法律职业教育,主要指政法或公安专科学校,司法职业高中等;(4)各种业余形式的法律教育,主要指广播电大、函授大学、夜大、职业大学、自学考试等;(5)各种非学历教育,指各种专业证书、岗位证书、职业资格证书等职业培训。从法律教育的类型与性质来看,既有学历教育,又有非学历教育;既有学科教育,又有专业教育;既有脱产,又有半脱产和业余教育;既有正规教育又有非正规的教育。

(三)多层次

法律教育的层次非常繁杂。我国不仅有法学本科、硕士、博士三个基本层次的学历和学位教育,而且还有法学大专、中专教育。中专教育主要存在于各省所办的司法学校,学制为两年;大专的教育方式最为多样,包括全日制普通高等学校教育、全日制短期职业大学、普通高等学校附设夜大学、普通高等学校附设函授部或独立函授学院、广播电视大学、职工业余大学、管理干部学院和高等教育自学考试等,学制一般为2年或3年;本科的学士教育主要由全日制普通高等学校承担,学制为4年,增设有辅修、双学位、第二学位教育。此外还有普通高等学校附设的函授部或独立函授学院和高等教育自学考试,分为“专升本”和“高起本”教育。研究生(硕士、博士)教育集中在全日制普通高等学校之中,学制均为3年或2年。从1996年开始又新设了法律硕士教育,另外,还有研究生课程班教育。结果是培养的法律人才

假饱和,造成中低层次人才的重复浪费,而缺少社会真正需求的精通经济、科技、管理、外语等一门或多门学科知识的综合性法律人才。有学者指出,要使一种职业力量削弱的最有效的方法便是设法让层次多样、品类不一的各色人等都进入其中,法律人才的多层次必然导致法律职业者语言无法沟通,规则因人而异,标准难以认同。

正如贺卫方先生所指出的:“世界上大约没有第二个国家在正规的大学之外尚有像我们这样名目繁多的法律教育种类与层次。”20世纪80年代,为解决当时法律人才青黄不接的问题,国家提出多形式、多层次、多渠道发展的办学方针,在当时的历史条件下发挥了积极作用,带来了我国法律教育的复兴,有效地缓解了法律人才断层的困境。但随着我国法律教育和法制建设的进一步发展,种类繁多的教育机构,跨度大、起点低的办学层次,与建立一元化的法律职业共同体完全不相适应,成为法治建设中的重大障碍。“法学是一门关系到整个社会秩序、社会利益的科学,故它不应该成为普及教育。法律教育的层次多样化容易造成法律人才素质低下的结果,尤其是各类成人教育,监控手段极为贫乏,所造就的法律学生却是大量的。”“以一个法制健全社会的标准衡量,这种局面是极为危险的,因为法学的失误可能导致灾难性的结果,其‘危险性不是杀了一人两人就算,还要影响到社会一般治安和国家整个法令的威信’”。〔1〕

二、法学教育精英属性的理论分析

“精英”(elite)一词,是西方社会学中的专门用语,系指社会上具有卓越才能或身居显著地位并有影响作用的杰出人物。社会学认为,从社会发展的过程看,现代精英群体主要是现代社会阶层化(或称社会分层)的产物。所谓法学精英教育,是指为适应现代法治的要求,以专业化和职业化为背景,以培养具有高度卓越的法律素养、实践能力和人文精神的法律职业群体为使命和目标的教育。

(一)现代法治的发展决定了法学教育的精英属性

“法治化应该是这样一个过程,即法律和法律职业者—法律制度(the legal system)—法律秩序(the legal order)—法治(或称法律理念的统治)

〔1〕 杨振山:“中国法学教育沿革之研究”,载《政法论坛》2000年第4期。

(the rule of legal idea),而在这个过程中,法律职业者所具有的功能远非仅仅只是个传道士。”〔2〕可以说法治是这样的一种事业,它通过一套非常稳定的甚至是严格的法律专业知识来对社会关系进行调整,对违反法律的行为加以处罚,这样一种事业需要一种载体,这样载体就是具有平衡的法律知识、法律技术和法律伦理的人们,这些认识法治社会中治理的主体,是他们来调整这个社会的社会关系,是他们来解释这个社会的相关的法律条文,是他们把这个一种平衡的知识来应用于社会的调整过程中。〔3〕“法治社会的建构是法律职业者运用制度理性、积淀人文精神的结果”,一国的法律教育肩负着为国家培养法律人才的神圣使命,因而“一国法律教育的得失,有关于国家法治的前途”。

“只要法治是一门技术,同时也是治国的艺术,则它的专业性、专门性和综合性就只有相关的精英才能胜任。”〔4〕“法律教育赋予法律家以特定的知识和意识,法律教育培养着法律家思考和分析问题的方式,一国法制的面貌、法律在调整社会事务方面所发挥作用的强弱以及一般大众对于法律以及法律机构的态度等等都与法律教育有着深刻的和多方面的联系。在一定程度上,我们完全可以说,法律教育乃是一国法律制度最基本的造型因素之一。”〔5〕虽然各个国家法律体制的差异决定了其在培养法律人才的数量和素养上存在着一定差异,但是,所有成熟的法治国家都把法律人才的培养当作成就法治事业的基石。美国法学家罗伯特·斯蒂文斯(Robert C. Stevens)指出:“美国法学院被认为不仅是法律职业的权力的中心,而且也是塑造作为一个国家的美国的重要力量。”〔6〕因此“从法治建设的发展趋势来看,法学教育的总目标和任务应当是,通过培养高素质的法律家,为促进法治社会的形成做出贡献”〔7〕大批高素质的法律人才是建设法治国家

〔2〕 马建银:“呼唤制度理性——法治化进程中中国律师的角色定位”,载 <http://blacklaw.unhome.net/lawlunwen1.htm>。

〔3〕 贺卫方:“法律教育对话录”,载《中国法学教育研究》,中国政法大学出版社2006年第1期,第23页。

〔4〕 谢晖:“高等法学教育目标:精英还是大众?”。

〔5〕 贺卫方:《中国法律教育之路》,中国政法大学出版社1997年版,序言。

〔6〕 [美]罗伯特·斯蒂文斯:《法学院——19世纪50年代到20世纪80年代的美国法学教育》,中国政法大学出版社2003年版。

〔7〕 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第198页。

的第一资源和基本力量,它们不仅是法律文化和法律制度文明的创造者,也是法律制度的实践主体。

在新世纪建设法治国的进程中,最重要的就是造就大批的法律职业者、培育一个职业法律家群体。这正如季卫东教授所说:“一套学识性很强的法典体系,一套合理的操作性很强的理论体系,再加上一大批资质精良、训练有素的法律专业人才,这些是高效率的法治秩序所必不可少的前提。”〔8〕

(二) 法律职业的特点决定了法学教育的精英属性

法律职业者是一群精通法律专门知识并实际操作和运用法律的职业群体。他们受过良好的法律专业训练,具有娴熟的运用法律的能力和技巧。由于他们以为公众服务为宗旨,又不同于虽有一定技巧但完全追逐私利的工匠。在现代社会,他们不仅实际操作着法律机器,而且保障着社会机制的运作,而整个社会的法治状态在很大程度上要依赖于他们的工作和努力,而他们的工作和努力则依赖于良好的法学教育。最高法院院长肖扬同志认为:法律工作与其他工作不同,具有中立性、最终性、独立性、公正性、程序性、专业性和公开性。法官应该是传承公平、正义的使者,是个人良知和法律信念的代表者,是各种冲突的承受者。社会要求法官应“以其独立的人格、高尚的职业道德、精良的职业能力和公正的裁判回应社会的批评和期望”。世界上凡法治发达国家对法律从业人员无一例外地都建立了一套严格的职业制度和教育培训制度。可以说,从法律职业的同质性、公正性及技术性来说,法律职业群体的培养必须坚持精英化的走向。

1. 法律职业的同质性。“法律职业共同体是一个由法官、检察官、律师以及法学学者等组成的法律职业群体,这一群体具有一致的法律知识背景、职业训练方法、思维习惯以及职业利益。”〔9〕法律共同体并不是一个有形的组织体,而是一个具有共同的利益、知识、技能、观念和信仰的职业共同体。法律职业共同体被看作是西方文明的产物及独特象征。伯尔曼称,法律职业化是西方法律传统的一个显著特征,是西方法律传统中无法割裂的一个重要部分。

〔8〕 季卫东:“法律职业的定论——日本改造权力结构的实践”,载《中国社会科学》1994年第2期。

〔9〕 张文显、卢学英:“法律职业共同体引论”,载《法制与社会发展》2002年第6期。

法律共同体的形成具有多种因素,但是共同的法律教育和法律训练背景是其必备的条件。相同的法律教育背景可以提供法律职业所必需的基础知识,培养他们从业所需的分析问题、观察问题、解决问题的方法。正如托克维尔(Tocqueville)精辟指出:“对法律知识的学习和由此获得的专门知识使得一个人具有不同于社会中其他人的地位,并使得法律家成为一个某种特权化的知识阶级……他们自然地构成一个团体。这并非由于他们相互熟知和决定集中心力达到一个目标,而是由于相同的学习和相同的方法将他们的知识联系在一起,犹如共同的利益将他们的意愿联系在一起。”

2. 法律职业的公正性。法律职业具有较高社会期望和价值追求,它不仅与国家的权力包括立法权、司法权等相联系,也与人类的公平、正义等价值追求的实现密切相关。法律职业群体是“社会医生”,他们要解决各种复杂的社会问题。同时他们又“是介于政府和大众之间的第三种力量,在社会结构力学的意义上来说,是一个非常重要的支撑点”,这个支撑点即在于维护社会的公平与正义,法律职业阶层对公平与正义的理解决定了社会在公平与正义上运行的轨迹,他们为社会提供的不是一般的服务,而是维护一个正义的社会制度的运行,是将法律所包含的公平和正义体现在每一个具体事件之中。法律职业者,特别是法官既是整个社会正义的化身,也是最后的社会正义,即社会正义最后的救济者。可以说,法律家的职业能力与职业道德操守构成了司法公正与社会公正的最后一道屏障。而法学家的职业能力与学术水平则是影响社会制度创新与转型的重要因素。^[10] 因此,他们不能是仅仅有法律知识的人,不能是仅有一技之长的人,他们必须是有法律信仰、有职业伦理、有良好的心智条件和良好的法律理论、能够理解公平正义的、较完善、完整的人。对于这种人的培养和教育,就是精英教育,这正是法学院责无旁贷的任务。

3. 法律职业的专门性。在现代社会中,法律职业是一门专业化程度很高的职业,它与医师、建筑师、会计师等职业一样,都需要在大学教育的基础上进行系统的专门的职业训练后,才能进入该职业,负担起职业所要求的职责。美国著名法学家波斯纳曾指出:“所谓职业是一种不仅要知道怎样实践,具备经验和一般的‘精明’,而且要掌握属科学或其他确信具有某智识

[10] 洪浩:《法制理想与精英教育》,北京大学出版社2005年版,吴汉东“序”。

结构和体系领域的专门、但是相对(有时为高度)抽象的知识体系的工作,比如神学、法律或军事科学……我对限制性职业(restricted profession)特别是法律和医学感兴趣……未获资格证书,没有人可以从事法律职业或者行医,或自称为医生或律师,或做相关的教学工作。”法律职业者必须受过良好的法律专业训练,具有娴熟的运用法律的能力和技巧。之所以如此,是因为法律上的各种案件“是由认为理性和法律判决来决定的,而不是由自然理性来决定的;法律是一门艺术,在一个人能够获得对他的认识之前,需要长期的学习和实践”。^[11]

三、法学精英教育在美国的实践

美国模式(J. D 制)是当今世界最具扩张力的法学教育模式。这种模式“与英国截然不同,而且与欧洲大陆各国也存在着显著差异。在美国,专门进行法学教育的场所是法学院”,法学院学制3年。法学院的入学资格被限定为四年制大学的毕业生,法学院被界定为“为大学毕业生开放的学校……只有已在大学学完政治学、经济学、历史学、文学等专业、获得文学学士学位(Bachelor of Arts, B. A.),获得理学学士学位(Bachelor of Science, B. S.)的人,经过严格的法学院入学考试后,才可以进入法学院学习法律”,即在相当于我国目前的研究生层次上进行法学教育。但就法学教育本身来说,学生所获教育实际上是法学本科层次的教育。一般进入法学院的人之所以转学法律,唯一目的就是想转行从事法律职业。从学生的学习目的和入学前的素质来看,法学院都不用再承担培养学生人文素质的任务,因而法学院唯一的任务只是进行法律专业教育。由于法律职业者都从律师中选拔,美国各法学院都统一按照律师的标准培养学生的“法律头脑”(legal mind,或称法律思维能力)。美国法学模式培养的法律职业者堪称精英的素质,是美国模式引起关注最突出的原因。

(一) 法律教育的高起点和高层次

美国没有本科及本科以下层次的法律教育,法律教育只设在研究生层次。美国法律教育比较规范,无论是对办学的形式、学制、教学内容和学位

[11] [美]诺内特·塞尔兹尼克:《转变中的社会与法律》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第69页。

授予等都比较严格和规范。基于本科教育之上的 J. D. 学位教育是美国法律教育的基础和主体,参加律师考试者必须具有这一基础性学位,其他法律工作者一般也应具有这一学位。美国把法律教育定位于职业教育。早期的美国法律教授认为法律教育是文科教育的一部分。但是,约瑟夫·斯托里任哈佛大学第一任“戴恩法律教授”讲座首任教授后,开始把文科教育与法律教育分开。要求学生在进入法学院之前,必须受到足够的人文教育。大学法学院不设本科教育,不招收高中毕业生,只设研究生教育,招收本科层次以上毕业生进行法律教育,学生本科阶段的专业不限,法学院毕业后立即参加律师考试,从事以开业律师为主的实际工作。这项改革,既与英国传统法律教育的职业教育特点有关,也与西方国家把其他学科作为法律、医学这些“新科学”的基础有关,在美国等一些西方国家,法学院、医学院属于研究生院意义上的学院。这项改革奠定了美国现代法律教育的基础。

法律现象是社会各种现象的综合反映,法律问题往往与政治、经济、伦理和宗教等问题有关。因此,法律工作的从业人员必须具有宽广的知识和良好的文化素养,否则,就有可能给当事人和社会带来很大的灾难。这正是美国和一些西方国家对法律和医学教育要求规范、严格,并且把法律教育和医学教育都设置在本科教育之上的研究生教育层次的重要原因。

(二) 法律职业与法律教育目标的一元性

美国的法律教育属于职业教育,法律教育应与人文教育相分离,在法律教育的性质上是典型的一元主义。由于美国法律教育的主要目的是培养合格的律师,法学院的任务是集中力量进行各种技能训练。“教授法律知识的院校,除了对学生进行实在法规和法律程序方面的基础训练以外,还必须教导他们像法律工作者一样去思考问题和掌握法律论证与推理的复杂艺术。”法学院对学生的要求是了解法律,了解运用法律的必要程序和技能,培养学生按照律师的习惯来思维和分析问题。正如美国一位法律教授所言:“法学院的学生们需要工作技能,忽略技能训练会给学生们带来危害。技能应该伴随学生度过他们整个工作生涯。”

法律职业与法律教育目标的一元主义性质在法学院学制上的体现,构成了美国法律教育最突出的特征之一:即初级法律学历教育(first degree in law)被定位于大学本科教育之后。从美国法学院的入学对象和条件来看,法学院不从高中毕业生中招生,报考法学院的学生必须已获得某个学院或