

亚洲法研究丛书

亚洲经济权利 及其救济程序

陈刚 龙汉文 袁野 主编



合肥工业大学出版社

亚洲经济研究丛书

亚洲经济权利 及其救济程序

王惠德 著



上海三联书店出版

亚洲经济权利及其救济程序

陈 刚 龙汉文 袁 野 主编

合肥工业大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

亚洲经济权利及其救济程序/陈刚,龙汉文,袁野主编. —合肥:合肥工业大学出版社,2007.6

ISBN 978-7-81093-603-3

I. 亚… II. ①陈…②龙…③袁… III. 东南亚国家联盟—贸易法—研究
IV. D933.022.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 085475 号

亚洲经济权利及其救济程序

主编 陈 刚 龙汉文 袁 野 责任编辑 权 怡

出 版	合肥工业大学出版社	版 次	2007 年 6 月第 1 版
地 址	合肥市屯溪路 193 号	印 次	2007 年 6 月第 1 次印刷
邮 编	230009	开 本	720×1000 1/16
电 话	总编室:0551-2903038	印 张	20
	发行部:0551-2903198	字 数	392 千字
网 址	www.hfutpress.com.cn	印 刷	合肥工业大学印刷厂
E-mail	press@hfutpress.com.cn	发 行	全国新华书店

ISBN 978-7-81093-603-3

定价:46.00 元

如果有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换。

前 言

随着全球化进程的不断发展和亚洲在全球地位的持续提升，我国作为全球几个经济体巨头之一，在亚洲地区的地位愈显举足轻重，与亚洲各国之间的关系也愈加深化。在法律方面，无论是法律实务界还是法学理论界，都已融入全球循环圈，成为全球事务的“成分”之一。在这般背景下，就迫切需要我国法学界采取积极态度，积蓄亚洲法的研究成果，以满足对亚洲国家进行经贸合作的需要。这就要求我国有志于法律制度探讨和学习的同仁们要深入细致研究古今中外的法律思想渊源和法律制度，特别是对亚洲近邻相关国家现行的法律制度的研究，这对我国的改革开放、制度创新、打破经济发展过程中的制度瓶颈意义重大。制度建设要服务于和谐社会建设，汲取前人及邻国先进的思想、经验，对我国的法律制度建设、创新至关重要。为了提高法学界对亚洲法研究的关注程度，促进亚洲法研究机构及研究者间的交流与合作，经过重庆大学知名法学家、博士生导师——陈刚教授数年的策划、准备及努力，在重庆大学法学院的大力支持下，创办并正式推出《亚洲法研究》学术文集。本文集涉及亚洲一些国家的法律实践及相关历史背景，如通过对我国古代思想家的研究挖掘出有益的思想精髓；对国外法律人教育制度的探讨，为我国法律人才教育培养提供借鉴；对亚洲“四小龙”法律制度判例的研究、分析，为我国的法律

制度建设提供一定的经验。并在此基础上提出了新的观点、主张，以期对我国的司法实践及理论研究起到“引玉”之效。

本书是《亚洲法研究》的第一卷，也是重庆大学与湖南省梦泽园房地产开发有限公司共同设立的“亚洲经济法制研究”科研项目的代表性成果。本卷的出版得到了重庆大学人才引进基金、重庆大学法学院、湖南省梦泽园房地产开发有限公司的资助，在此一并鸣谢！

陈刚 龙汉文 袁野

2007年4月于重庆大学法学院

目 录

简论贾谊的“重法”、“隆礼”与“民本”思想	袁野 (1)
要件事实理论与法律人教育改革	段文波 (7)
东盟自贸区原产地规则	杨来运 (23)
内地与港、澳 CEPA 的解读与辨析	陈朝晖 (35)
韩国资产管理公司法律制度	陶建国 (49)
现行《新加坡专利法》析评	蒋慧 (64)
新加坡环境保护法制概述	张爱军 (76)
马来西亚公司解散起始时间制度的立法、判例研究	邹立言 任文松 (102)
跨国破产法律问题研究——马来西亚和新加坡的经验分析	李莹 袁立科 (131)
我国法院调解的困境与出路——以“反悔权”为视角	李喜莲 (143)
试论我国连带债务制度的完善	胡海容 袁野 (149)
论诉讼时效与取得时效	龙汉文 王凤 (159)
越南破产法律制度概述	陈刚 (180)

[附录]

纳税人基本权论的实践	北野弘久著 陈刚等译 (185)
第一章 援助多国部队与财政民主主义	(186)
第二章 “和平宪法”与战后日本的财税制度	(197)
第三章 日本国宪法的“预算”概念	(223)

第四章 租税国家与参政权·····	(234)
第五章 公款消费与税法规制·····	(246)
菲律宾共和国公司法典 ·····	魏磊杰 焦元龙 译 (250)
越南社会主义共和国企业破产法 ·····	魏磊杰 焦元龙 译 (297)
朝鲜民主主义人民共和国著作权法 (试译) ·····	陈刚 译 (309)

简论贾谊的“重法”、“隆礼” 与“民本”思想

袁 野*

贾谊是西汉的一位年轻政治家，清代的儒学大家庐文弼称之为“两大儒焉”。其年纪不足三十，就被皇家重用，年轻的贾谊成为权倾一时的刘汉重臣。同时他也是西汉初期既具有深刻而广博孔孟思想学识又非常重视法家理论的著名大臣。他的“重法”思想，不仅超越了他所属的思想流派，也走在了他同时代人的前列，就是在今天看来，对我们来说也具有借鉴意义。贾谊的法律思想，在中国古代法律思想史上占有重要地位。历史是现实的镜子，本人认为，在今天我们致力于建设法治国家的坎坷路途上，进一步研究先贤的睿智思想，对我们正在进行的法治建设这一浩大的社会工程，或有启迪和裨益。

其实，早在战国时期儒家的重要代表人物之一荀子就提出了“隆礼”、“重法”的政治法律学说，这为后世的贾谊创立适应地主阶级根本利益的封建法律思想体系奠定了思想基础。毋庸置疑，秦代统治者统一中国是在法家法治理论指导下获得成功的。自孝公至嬴政，先秦诸王重法且厉行法治。在法的理性光辉照耀下，秦国日渐强盛，六国的“合纵”抗秦无法阻挡强秦对他们的吞噬；然而统一天下后的秦统治者仍然把一切统治手段集于法家理论之下，并且厉行酷刑峻法；甚至为酷刑而设法，完全忽略了法所具有的社会公共职能，走向了法律的反面，结果被不堪忍受残酷统治的农民接竿推翻。这样的历史，虽不能说是法家思想的失败，但却无法否认秦王朝法家手段在治国策略上失败的事实。这一史实也表明，法家的理论存在着不能充分适应在统一天下后，在维护和巩固地主阶级统治的需要方面存在严重的缺陷。高祖初入咸阳，以三章之法而代秦法。汉初统治者汲取秦朝灭亡的历史教训，采取一系列新的统治措施，经济上与民生息；法律上废秦繁苛之法。

贾谊之前的陆贾早在汉初就在总结秦亡的教训中，对刘汉统治之策进行探索，他的思想主张，不仅对汉初政治产生了深刻的影响，而且又开贾谊、董仲舒的政治法律思想的先河。

贾谊少年时曾跟从秦博士张苍学习《春秋左氏传》，并对秦王朝兴亡的历史

* 袁野（1967—），安徽萧县人，重庆大学，法学博士。

和汉初刘邦同异姓诸侯王斗争的情况，获得了一些间接的认识，这为他以后总结秦亡的历史教训，筹划长治久安之策打下了思想基础。

作为具有敏锐政治洞察力并尊崇王道的贾谊，从秦的历史中总结经验教训，阐发了自己的法律思想观。

一、贾谊主张治国上应“礼”“法”结合

贾谊作为儒家学派的重要人物，维护皇权是其学派的价值追求，他从维护西汉王朝统治的立场出发，在政治法律思想方面尤其注重吸取荀子“重法”、“隆礼”的思想，提出了他的礼法结合说。

秦国重视法家，并利用富有理性的法家思想统一了中国，建立起中央集权的封建专制统治，是新兴地主阶级的巨大胜利，同时也应该说是法家思想在百家争鸣中的胜利。然而，秦王朝全盘利用法家手段的统治，仅仅存在了十四年便被揭竿而起的农民摧毁。对此，新兴地主阶级大为震惊。总结秦王朝灭亡的原因，吸取秦王朝灭亡的教训，探讨长治久安之策，避免重蹈秦王朝灭亡的覆辙，就成了西汉前朝、乃至以后数百年议论的重要问题。这一政治现实当然地成为思想家们研究的重要课题。

汉初，统治者采用“为言治道贵清静而民自定”的黄老“无为”的理论，作为治国的指导思想对汉初的与民生息、恢复生产起了巨大的作用。但这种过于消极的思想亦不能满足统治者对内加强统治、对外抵御强悍的少数民族的需要。因此，必须探讨新的思想以适应统治的需要。

无疑，秦统一中国是在法家思想指导下，扫除了尚缺理性治国理论的六国后获得成功的。地主阶级刚刚取得政权，十分相信自己的力量，因此更加依靠法这一凭借暴力可以拥有一切的思想。统治者们认为暴力取得天下，也可以运用暴力统治天下，于是他们沿着严刑峻法、轻罪重罚的方向，把法家政治推向了极端，以致国人无不认为秦王朝“贪狠暴虐，残贼天下”。结果，赫赫秦王朝不过十四年就在农民大起义浪潮的冲击下覆灭了。这对年轻的封建统治阶级来说，是一个极大的震动，迫使他们不断地对这段历史加以探索，以期找出巩固西汉王朝的途径和“长治久安”的统治方法。

汉初总结秦亡历史经验教训之深刻，当首推贾谊，在众多探索秦亡教训的文章中，尤以《过秦论》最为有名，对后世影响最大。从该文中，我们可以充分领悟到贾谊重视法度的思想。

贾谊在《过秦论》中首先肯定了商鞅的变法是秦富国强兵的基础。

秦孝公利用法家的主张作为治国之道，内政、外交都以法家思想为指导。贾谊在论述秦推行法治的情形时写到，秦“内立法度，务耕织，修守备之具，外连横而斗诸侯。于是秦人拱手而取西河之外”。后世的惠文王、武王、昭襄王继续

奉行前王的“依法治国”的策略，为最终统一天下奠定了基础。

贾谊充分认识到了法家理论的治国价值。而且汉初统治者为了适应立国后形势的需要，在感到“三章之法，不足以御奸”、怕法网过疏而“漏吞舟之鱼”的情况下，刘邦命萧何“（搜集）秦法，取其宜于时者，作律九章”。其后又制《朝律》、《越宫律》、《傍章律》等。

其实，秦始皇统一天下，不仅是法家的胜利，而且在客观上适应了人民群众的要求和平的意愿。

汉初，统治者根据现实的政治情势，积极主张“立经陈纪”的法律思想，在一定程度上和范围内推动了汉初法的发展，进一步推动“汉承秦制”的重法意识。西汉初年统治者主张在承袭秦王朝既定的政治、经济制度的基础上，制定符合西汉统治需要的汉法。贾谊则认为，在总结秦朝速亡教训的基础上，应当一反秦道而行之，主张改革汉初沿袭秦朝的一些制度，提出了“变化因时”、“立经陈纪”的理论。

贾谊认为，秦从商鞅变法到秦始皇统一中国，实行法制是其成功的主要原因。力主西汉王朝必须迅速改变这种仅“三章之法”的“制度疏阔”的混乱状况；但也必须吸取秦法繁而苛却遭灭亡的历史教训，“为之于未有，治之于未乱”。现在当祸乱未成的时候，就要消弭致祸乱的根源，改弦易辙，“变化因时”，及时地进行改革。

贾谊在积极推进变法时，指出“君子为国，观之上古，验之当世，参之人，盛衰之理，审权势之宜；去就有序，变化有序，变化因时，故旷日长久，而社稷安矣”。建言刘汉统治者立法、变法、守法并以法治国。他在给文帝的疏中建议说：“立经陈纪，轻重同得，后可以为万世法程，虽有愚幼不肖之嗣，犹得蒙业而安……臣谨稽之天地，验之往古，按之当今务，日夜念此至孰也，虽使尧、舜复生，为陛下计，亡（无）以易也”。其以法治国的思想是非常明确的。

这种确立封建准则，颁布法纪的主张，体现了地主阶级在取得全国政权后，需要建立一种适应历史发展的“长治久安”的政治法律制度的要求。

在立法上，贾谊继承和发展了先秦儒家关于区分尊卑贵贱等级的理论，主张建立起严格的封建等级制度，人各按其尊卑贵贱的等级名分行事。他说：“夫立君臣，等上下，使父子有礼，六亲有纪，此非天之所为，人之所设也。夫人之所设，不为不立，不植则僵，不修则坏”。贾谊的这种观点，是他所属的阶级及其历史时代的局限性决定的，对此纠缠无补，故本人不作褒贬评论。

在贾谊看来，只有建立起这种严格的等级制度，才能做到上下有别，君臣相安。“下不凌等，则上位尊；臣不逾级，则主位安”，以维护封建皇帝的绝对尊严，并使大家“谨守伦纪，则乱亡（无）由生”。很明显，贾谊主张建立严格的区分尊卑贵贱的等级制度，使人民确立等级观念，一方面是为了尊君，巩固加强

中央集权和封建秩序，而尊贵者又不至于法外“自取”于民；另一方面是为了安民，使人民能够生活下去，遵守封建统治秩序，而不致发生“犯上作乱”的行为。在贾谊看来，如果不确立封建等级制度，封建政权就好比“渡江河亡（无）维楫，中流而遇风波，船必覆矣”，迟早会要垮台。

总之，贾谊主张重视法纪并因应时代而加以改革的思想，是那个时代先进的地主阶级知识分子因应时势的正确主张，反映了社会进步的要求。

贾谊认为，当秦始皇统一天下的时候，平民百姓都希望得到生命安全，当时国家“安危之本”就在这一点了。天下既定，秦始皇应当给予人民休养生息的机会。然而，秦始皇却一意孤行，违反人民的意愿。“秦王怀贪鄙之心，行自奋之智，不行功臣，不亲士民”。在贾谊看来，诈力和仁义是掌握政权实行统治的工具，封建统治者必须根据不同的形势，使用不同的工具，才能有效地维护自己的统治；如果不分清形势，乱用工具，就会造成严重的后果。贾谊在重视法纪的同时，又总结秦朝骤亡的历史经验教训，特别强调礼的巨大规范作用。

作为儒家思想的代表人物，贾谊特别重礼。他认为礼是封建等级制的法规条规和道德规范，是统治者治国平天下的根本。他说：“礼者，所以固国家，定社稷，使君亡（无）失其民者也。主主臣臣，礼之正也；威德在君，礼之分也；尊卑大小，强弱有位，礼之数也。礼，天子爱天下，诸侯爱境内，大夫爱官属，士庶各爱其家，失爱不仁，过爱不义。故礼者，所以守尊卑之经、强弱之称者也”。

贾谊认为，“专任刑罚”，缺少礼义教化，是秦骤亡的一个重要原因。他说：“商君遗礼义，弃仁恩，并心于进取，行之二岁，秦俗日败。故秦人家富子壮则出分，家贫壮子则出赘。借父耰耨，虑有德色；母取箕帚，立而谇语。抱哺其子，与公并倨；妇姑不相说（悦），则反唇而相稽。其慈子耆（嗜）利，不同禽兽者亡（无）几耳。然心而真诚时，犹曰六国，兼天下。功成求得矣，终不知反廉愧之节，仁义之厚。信兼之法，遂进取之业，天下大败”。

他对此进一步引用管子的话强调：“礼义廉愧之节，仁变色镜之厚，信兼之法，遂进取之业，天下大败”。他还进一步引用管子的话说：“礼义廉耻，国之四维；四维不张，国乃灭亡”。贾谊厌恶秦不讲礼义廉耻，只顾孜孜求利，以致民俗日败，最终亡国。所以，贾谊在重视法在治国作用的同时，更认为治国要兴教化，讲礼义，并使礼法结合起来。

在贾谊看来礼不仅决定封建等级，而且包括治国平天下的一切方面。所以贾谊又说：一切道德仁义，教训正俗，纷争辨讼，君臣上下、父子兄弟、宦学事师，班朝治军、官行法，祷祠祭祀、供给鬼神，都由礼来决定和完成。

贾谊主张，在治理国家时，要把社会各阶层之间的关系都与礼义道德原则紧密联系起来，要求做到“君仁臣忠，父慈子孝，史爱弟敬，夫和妻柔，姑慈妇听”。这是贾谊心目中最理想的法治社会。但他和荀子一样，也不忽视法，而是

主张礼法并重，礼法结合。贾谊在向文帝的上疏中说：“凡人之智，能见已然，不能见将然。夫礼者禁于将然之前，而法者禁于已然这后，是故法之所用易见，而礼之所为生难知也”。

在贾谊的思想意识中，礼侧重于教化，使人为善，以“防患于未然”，其效果很难一时看到；而法则侧重于罚恶，使人畏惧，以惩戒于后，其作用是显而易见的。可见其内心深处，礼与法占有举足轻重的位置。

在贾谊看来，礼和法这两种统治术，礼固然比法要高明一些，但它们同是统治人民必不可少的工具，不可弃法不用，正如他说：对于刑“岂顾不用哉！”所以，治国必须用法。

在贾谊看来，礼和法自古以来是同时兼用的，当今也不应怀疑，要坚定不移地去运用它们。所以，后世儒经笼罩下的历代历朝统治者，都没有舍弃法，相较礼而言，将法作为治理天下的形而上的工具，使之获得极大的发展，以致在东亚广大的区域内形成了“中华法系”，这一发达的法系。

二、贾谊的“民本”思想

贾谊从秦亡的历史教训中，深刻地认识到人民的威力，在他的学说中，大大地发展了先秦儒家的“民本”思想。

贾谊遵从儒家的民本意识，从儒家鼻祖那里寻找“民本”的理论渊源用以作为自己主张的理论依托。早在春秋时，儒家创始人孔子就说过“节用而爱人，使民以时”“因民之所利而利之”的重民意识，故承袭“所重：民、食、丧、祭”“民为贵，社稷次之，君为轻”的“民贵君轻”思想，贾谊对此又有了很大的发展，提出了较系统的“以民为本”的理论。“闻之于政也，民亡（无）不为本也。国以为本，君以为本，吏以为本。故国以民为安危，君以民为威侮，吏以民为贵贱。此之谓民亡（无）不为本也”。贾谊发展了儒家以民为本的理论，其民本思想包含下列几项内容：

1. 国家的兴亡，决定于是否得到人民的拥护

他认为“故夫诸侯者，士民皆爱之，则其国必兴矣；士民皆苦之，则其国必亡矣。故夫士民者，国家之所树而诸侯之本也，不可轻也”。

贾谊以敏锐的政治眼光认识到人民是国家的主体，是政权兴替的决定力量。统治者要想维护和巩固自己的政权，就必须得到人民的拥护，否则，将被人民抛弃。他在总结夏桀、商纣王无道而亡天下的历史教训中，在《新书·大政上》中得出了这样的结论：“故自古至于今，与民为仇者，有迟有速，而民必胜之”。

2. 民多势重，不可欺侮

贾谊《新书·大政上》指出：“夫民者，万世之本也，不可欺……。故夫民者，大族也，民不可不畏也。故夫民者，多力而不适（敌）也。呜呼！戒之哉！”

贾谊从秦二世而亡的历史教训中，深刻地认识到，强大的秦王是被那些揭竿而起的广大农民推翻的。他们奋臂大呼，“不用弓戟之兵，白梃，望屋而食，横行天下”，显示出无比强大的反抗力量。这种强大的力量是不可抗拒的，是“不可欺”的。他劝告西汉统治者不要去作那些“苦士简民”的事情，如果对人民压榨得太厉害了，就会激起人民的反抗，甚至被人民推翻。所以他大声疾呼：“故夫灾与福也，非粹在天也，必在士民也。呜呼！戒之戒之！”从历史上李唐初立，太宗的“水能载舟亦能覆舟”的意识，不能不说是与贾谊的观念一脉相承。

3. 统治者必须“爱民”

贾谊《新书·大政上》中疾呼：“故夫民者，弗爱则弗附”；“故夫为人臣者，以富乐民为功，以贫苦民为罪。故君以知贤为明，吏以爱民为忠”。

他认为要想人民归附，首先必须“爱民”。他甚至提出了以是否爱民作为衡量官吏功过、忠奸的标准。在贾谊看来，爱民就必须“与民以福”，“与民以财”，让人民得到实际好处，然后才能获得人民的拥护。他说：“故君子之贵也，与民以福，故士民贵之；故君子之富也，与民以财，故士民乐之。故君子富贵也”。

贾谊的“以民为本”论的本意，并不是站在人民的立场来分析历史的动力或是为民请命，而是警告西汉统治者不可忽视人民反抗的力量，是为地主阶级的“长治久安”的政治统治服务的；但我们不能采取历史虚无主义的态度来苛求历史人物。贾谊的“以民为本”论，实际上是秦末农民大革命的胜利在有见地的士大夫思想上的反映。它在客观上符合历史发展的规律，在这些先进思想主导下，推动了社会的进步，也给人民带来了一定程度的福祉，因此，不能否认他的思想具有一定的进步意义。

要件事实理论与法律人教育改革

段文波*

一、德国的法曹教育改革

(一) 德国法曹教育改革三十年

1. 20世纪60年代末到70年代末的改革动向

20世纪60年代末到70年代末乃是德国进行法曹教育制度改革的主要阶段。将这个阶段称为“改革政策(论)时代”抑或“教育政策的、大学政策的特别是法曹教育政策议题独领风骚的时期”毫不为过。在这一时期,关于法曹教育改革的论争盛况空前,相关著作汗牛充栋。

改革运动并没有揭示改革的必然性。毋宁说,改革反映了过度的改革狂热、联邦主义者的狭隘、政治集团的利害关系、政党面子的顾虑、学术自我中心主义及院系内部的地位之争。此故,70年代中期,各个综合大学的法曹教育制度陷于极度混乱的状态。

与局外人所想完全不同,联邦共和国并非单纯的由传统的略显保守的二阶段教育制与试行的、稍显近代的、进步的一阶段教育制并存。实际上,毋宁是在联邦共和国内,一方面是教育、考试制度完全大异其趣的传统的以及正在改革的二阶段模式,另一方面却是某种程度上统一的一阶段制试图逐渐取而代之的极其纷繁复杂的模式。这里简单地说“一阶段教育制^①”实际上却是保守的教育模式与进步的教育模式的汇总。他们彼此之间完全采用不同的教育目标及教育方法并试图将理论教育部门与实务教育部门通过一次最终考试即所谓的统一的教育课程加以统一。

2. 20世纪70年代末之前的改革方向

尽管十年来的改革热情促成了法曹教育改革的蓬勃发展并使改革极具特性,

* 段文波,男,重庆大学,法学博士。

① 众所周知,德国的法曹教育曾经实行两阶段教育模式。首先是第一个阶段,即大学教育,并以第一次国家法曹考试为终点。其次进入第二个阶段,法院、律师在研修场所进行实务研修,并以第二次国家法曹考试为终结。现在,采用与此二阶段教育模式相并列的所谓一阶段教育模式。一阶段教育方式非若二阶段教育方式一般首先采用理论教育,然后继之以实务教育。相反,乃是采用一体化的教育课程及一体化的毕业考试。

但是 70 年代末改革却出现了显著的疲软。更多的人经历了 60、70 年代长期风起云涌的日子后,对于法曹教育问题开始逐渐恢复对于旧有教育制度的信赖。“法曹教育讨论的休止”、改革的“挫折”、“改革的废墟”、“改革的病理学”、烟消云散的“昙花春梦”等等文章铺天盖地而来。最后,残存的改革论争仅限于少数头脑清醒的改革先驱者之间进行。另一方面,法律学对于教育问题的关心也日渐消退。

3. 迈向 1984 年法曹教育制度统一的改革动向

20 世纪 70 年代末,数十年间的改革政策逐渐降下帷幕,改革战线稍显平静。然而,80 年代初,在法官联盟、律师协会、学部会议、学部主任会议等其他审议机关的支持下,各州法务大臣不管统一法曹教育制度在内容和外观方面所存在的意见分歧,通过了赞成新设联邦统一法曹教育制度,重新燃起了重新编排法律学习的论争^①。

(二) 德国法曹教育制度的中心改革议题

1. 教育的目标

当今的大学并非单纯教授学问并培养学术后来人的场所。毋宁是大学必须承担起大规模职业教育的使命。德国大学法规定大学的目的在于“训练学生适应职业领域的活动,为了使其掌握在自由、民主、社会主义的法治国家从事科学学习并负责任地采取行动的能力而传授必要的专门知识、能力及方法。此外,大学必须“根据职业社会的需要、实务及必然发生的变化,不断研究并发展学习的内容和形式。”

大学法学教育的目标不外如此,而且特别强调有助于法律实务的训练。各州法曹教育法令根据大学的目的规定法曹教育的目标在于培养“通晓必要的法律实务,根据自己掌握的知识和能力尽职尽责服务于应社会多方需求之法律的合格法律家”。或曰,法曹教育的目标乃在于“赋予法律家在变动社会中应法治国家的、民主主义的、社会主义宪法之要求从事职业活动的能力”。

其中,尚包含传授法律学生“法律认识”、“在实务中适用法律的能力”以及“进步的、科学的操作方法”。

对此,德国的法曹教育制度乃以“统一的法律家”培养模式为起点。亦即,乃是培养从事所有种类的实际法律实务以及所有职种亦即不仅是司法法律家(法官、检察官)、律师、公证人甚至包括行政法律家以及经济法律家等适格法律家的模式。诚然,尽管德国也试图实行通过一定的资格审查区别职域的专门教育,但是,却没有哪一位认真考虑过将大学教育与明确的“职业像”统一起来。特别是在一阶段教育制的领域中,不论是否完全可以从大学时代开始通过选择性科目

^① 小岛武司编译:《西德诉讼制度的课题》,1988 年,中央大学出版社,第 5~12 页。

的重点学习实现某种程度的专门化。

2. 教育制度的缺陷

今天的德国法曹教育制度，不论其到底是二阶段制抑或一阶段制，谁也没有底气说上述法曹的教育目标已经完全实现。诸般缺点众所周知，尽管其重要程度各异。

所有职业利益集团的改革家们至少在如下几点达成共识：尽管现在的法曹教育制度旨在培养所谓统一的法律家。实际上，培养的学生绝大多数都是司法法律家。更准确地说，完全是优先成为法官。若再严密点，则是培养判决梯队并格外青睐法官判决等纯粹法律部门。若借用某人批判教育制度的话，实际上的教育理想则是“大学教授千篇一律都是高等法院陪审法官”。由是观之，现在德国大学所进行的并非统一的教育（Einheitsausbildung），而是片面教育（Einseitigkeit-sausbildung）。

根据改革论者的一般看法，传统及现在教育制度的一个重大缺陷乃是法律学（法律的体系论及方法论意义上的）在其发展过程中日益与社会条件相隔绝。因此，逐渐沦为与现实隔绝的“学术的孤立世界”。

摆在改革论者面前另外一个毫无争议的事实是传统的教育制度所教授的法律学亦即“理论”没有实现职业训练的重托，不能洞见变化中的“实务”现状与将来^①。

3. 教育制度改革的问题点

从上述教育制度的缺陷来看，改革着力点则是修改上述缺陷。

首当其冲的便是法曹教育制度必须面向现在与将来所有的法律职业以及职业活动。此外，并非单纯培养进行裁判的法官，还应培养包括审理、指挥诉讼、调查、合意、仲裁及调停法官之外的律师、公证人、经济法律家与行政法律家。同时，还必须参考各自角色在职务活动中解决与预防纠纷的现实状况。

其次，通过法社会学的观察和研究方法，结合社会学、经济学、心理学以及政治学或者统合法学与社会学，重建法学与现实及社会之间的关联。最后，同样重要的是，在日益深若鸿沟的“理论与实务”之间构架桥梁，并从学习阶段就着重强化实务与法律职业训练之间的互动。

改革显然并不能就此止步，法曹教育制度改革的唯一中心问题便是“立足于现实的法学”。也就是说，并不能将法学作为纯规范科学来研究，尚必须将其视为现实的科学。必须注意，改革并非意味着否定法律实证主义及法条主义。二是在强调现下处于支配地位的实定法主义的同时，兼顾法学内容的法社会学的新思潮。

^① 小岛武司编译：《西德诉讼制度的课题》，1988年，中央大学出版社，第7～12页。