

THE
PREMISE OF THE LAW
MANAGEMENT

舒扬 著



暨南大学出版社
Jinan University Press

THE
PREMISE OF THE LAW
MANAGEMENT

法律治理的前提

舒扬 著



暨南大学出版社
Jinan University Press

图书在版编目 (CIP) 数据

法律治理的前提/舒扬著. —广州:暨南大学出版社, 2006. 2

ISBN 7-81079-672-0

I. 法… II. 舒… III. 法治—研究 IV. D902

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 007305 号

出版发行: 暨南大学出版社

地 址: 中国广州暨南大学

电 话: 总编室 (8620) 85221601 85226581

营销部 (8620) 85227972 85220602 (邮购)

传 真: (8620) 85221583 (办公室) 85223774 (营销部)

邮 编: 510630

网 址: <http://www.jnupress.com> <http://press.jnu.edu.cn>

排 版: 暨南大学出版社照排中心

印 刷: 暨南大学印刷厂

开 本: 890mm × 1240mm 1/32

印 张: 14.125

字 数: 304 千

版 次: 2006 年 2 月第 1 版

印 次: 2006 年 2 月第 1 次

定 价: 48.00 元

(暨大版图书如有印装质量问题, 请与出版社总编室联系调换)

前 言

一个社会要实现规划中的法治，它的前提是什么？

首先，是需要但又长期没有法治的历史。这样的历史，自然会强化社会与社会成员对法治的渴望，进而会提高社会与社会成员追求法治的自觉性。法治从开启之日起，它就必定是一种进行中的历史，这样的历史时常需要同过去的历史相比较、相对照。法治，最善于用过去没有的历史印证现在已有历史的不易和宝贵。所以，法治的前提可谓历史。

其次，是良好的法律制度。人类有组织的社会，似乎生来就兼有被叫做法律的这种东西。法律是人类与生俱来的规制，像高天，总有自己的晴雨；像厚土，历尽一年四个季节。有法不等于有我们所说的法治。法律中的善，可以让权力的巨兽（霍布斯所称的利维坦）变为仁爱与慈祥的使者，到处播撒和谐的阳光和温情的雨露，让生活的世界充满了自由与欢悦，单纯而又正直的人们既可以是骄傲的王子，又可以是辛勤的园丁。而法律中的恶，很可以使世界迅速妖魔化，每一个人不管你是社会贤达还是可怜的乞丐，都有可能被奴役、被压榨。自由成为罪过，人权变成呓语，思想无处不被监视，哲学被强制沦为邪教，艺术被抽走灵魂，温情凝固为冷血……恶法，曾在世界史册中历历在目，令人毛骨悚然，不堪回首。所以，法治的前提可谓良法。

再次，是崇法尚法的信仰。人类是会思想的动物，情感与信义是人类关系中最隐秘、最有用、最持久的部分。信仰属于精神上的力量，它构筑于心，却能柔弱胜刚强；它存在于理念，但可摧枯拉朽，崩溃铁石城堡；即使潜于无声，也能在某个“乌托邦”里自娱自乐不受外来侵扰。人类中的信仰力量若与法律结党为伍，“公平正义”似乎就不必兴师动众地去加以武装，制度建设的成本会大大缩减，因为信仰完全可以顶替社会成倍叠加的司法力量。人们若真心信奉法律，正义就能自发威严，公平就会不成问题。因此，法治的前提也可谓信仰。

最后，是弘扬法律精神的教育。教育是人类高贵品格和出众气质相生相袭的源头和纽带，没有教育，社会将不成其为社会，文明的清泉就会最终断流。法律教育以理性知识丰富法律制度，充满理性精神的法律反过来又以一种积极地互动，感召人心，启发理智，使人们在法律的文明世界继续长此以往地文明下去。理性的人类和理性的法律，如绿叶之于根系，游云之于晴空，相得益彰，相映成趣，社会自然安于法律治理的状态。所以，法治的前提当可谓教育。

历史、良法、信仰、教育，这几大部分、几大内容、几大题材、几大思索，本书里也都涉及到了一些，因而作者斗胆将本书最后定名为《法律治理的前提》，虽才疏学浅，许多思考也是浅尝辄止，但方向已定，风格初成，不妥之处，还望观者海涵。

作者

2005年12月12日

于广州大厦越王台

目 录 CONTENTS

前 言 / 1
展望二十一世纪的法学教育 / 1
大学及法学院人文精神构建的断想 / 11
法科教育的困境与改革 / 30
高等教育公平及其法律保障 / 60
宪政改革的几点小建议 / 85
政治文明：法治社会的愿景 / 89
修宪的影响和作用 / 97
浅议反腐新机制 / 102
市场经济与法治 / 105
法律学的社会功用 / 110
法治化道路的选择 / 113
经济、社会和谐发展的法治环境 / 124
社区和谐与法治 / 138
构建和谐社会的法学思考 / 160
经济增长方式转变的法律热谈 / 172
舒扬访谈录 / 183
在法学院里的讲演录 / 202
附录 英法两国法律的深度比较 / 236
后 记 / 442

展望二十一世纪的法学教育*

中国的法学教育真可谓年深日久。先秦时期的法家，可以算是华夏法学教育历史的开启者。当然，以眼下畅行于业内的学科尺度和世界标准看，正规的法学教育在中国始于 20 世纪初，笼统地说，晚于近代意义上的日本法学教育。法学教育在中国，相当多的方式和内容都来自于东洋。由学习“东洋”，借鉴、移植“西洋”，构成了近代中国法学的一大特点。

法学教育的勃兴，取决于两个重要方面：一是社会正在或者已经大规模的建章立制，急需一批或者说一大批层出不穷的法律专业人才；二是法律已被视为一种专门知识，大有宣传、普及、提高的必要。中国在 20 世纪初至二三十年代，这两个方面逐渐成熟起来。于是，法学教育骤然热了好一阵子。热闹起来的法学和法律教育，与那些纷纷从东洋和西洋镀金后返国谋事的知识分子有关，他们像搬运行李一样带回国的“制度崇拜”情结，一段时间内发挥着震惊四邻的作用。尽管用今天的说法，这些人也不过就是西洋和东洋法律的“知道分子”，但他们已绝对是中国

* 本文是作者在日本参加 21 世纪国际法学教育学术会议上的讲演内容，根据录音整理而成。



正式开启法学教育的最好师资了。

翻译、图解、注释是当时法学教育的正宗、主流样式，学生学的与其说是法律，倒不如说是一种新的、外来的语言符号。追求原汁原味，力图“信、达、雅”可以说是法学教育的成功示范。因为当时的中国，还没有属于本土的法学环境，从内容到形式都只能完成一种教育程序上的模仿。这一点，我相信在日本的早期法学教育中也是如此。

不幸的是，中国的法制还没来得及兼容于社会，无休止的战乱和躁动就开始了，而战乱和动荡都是法律和法学的天敌。大半个世纪中，法学园地荒芜，人迹罕至、书声已绝。我想，日本恐怕也有类似的历史片段吧，不过是短暂一些而已。

20 世纪 70 年代末，是中国法学教育春萌的日子。站在这里说话的我，以及邻位的步入中年但依然风华正茂的中日两栖教授（难得有这位才高八斗的师兄为我今天作同声日文翻译）都是当年接受法学教育的学生。那时的学生很少，与留存下来的师资在数量上差不多是等同的。现在回忆起来，法学教育在当时主要还是政治教育的一个分支。因为当时的法学教育还没有固定的教材，教学经验积累极少，教学成果只能说正在孕育。过去曾有一定办学历史的院校，抓紧在呼唤和复兴属于自己的文化。记忆正在打开、资料想方设法地回收，不管是老师还是学生，都在夜以继日地拼命寻找和消化法学的粮食（尽管有些早已霉变）。中国的法学殿堂是在废墟上重建的，教育则如同昼夜不停的打桩机和吊装机。中国的法制建设并不是肇始于法学教育，而是一种至上



而下地提倡和推进的“人为结果”、一种大功于伟人的浩荡进程，这的确是不争的历史事实。但是，中国现代的法制却是法学教育催开的一江春水、两岸秀色。因为没有当年超常规、跨越式的法学教育，一个泱泱大国、一个法制传统资源极端匮乏的国家、一个法律理性精神从来就极少惠顾恩泽的民族，怎么也不可能今天这番法治的景况（虽然还有很多落伍的方面）。

20 世纪 80 年代之后的中国法律教育，可以说是人类历史上最让人叹为观止的法学教育。这种法学教育大致分三个层次：一是政府出面组织的全民法律教育，它的对象是全体国民，尤为突出的对象是社会的管理者，即数以千万计的各级干部；二是各种类别的职业教育，其对象是在职的法律从业人员，包括法官、检察官、法律行政人员（也叫司法行政干部）、警官、律师以及大量有志于将来从事法律职业的成年人（中国叫成人继续教育）；三是千余所（今天已发展到近两千所）大专院校的在校学生，非法律专业的也要接受法学教育，本专业的就更不用说了。世界上没有哪一个国家有如此庞大的法学教育阵营；有如此多元化的法学教育体系；有如此多学法律的学生。从最近的资料上看（2003 年的资料），中国所有的大专院校中已有 446 所开设有法学院系和专业。新增法学专业的院校数目还在与日俱增，2004 年中国普通高校招收的法科学生已突破三十万人，加上成人高校及各种专业培训学院，我估计，每年新增的法科学生可能达百万之众。

中国的法学教育在 21 世纪的发展是与中国高等教育的大规



模发展同步的。在过去数十年中，中国的高等教育是精英教育，现在已经进入大众化教育的阶段，再下去要到普及化的程度。中国社会的法制水平当前如此，未来的发展也完全可以预料到，它能包容和消化如此众多的法律人才吗？这里给大家一个数据，问题就不辩自明了。中国现在的在读大学生是两千万人，学法律的近百万人，这个百分比在美国、欧洲乃至日本都不算高。此外，中国法学教育经历了三个阶段：一是培养干部的阶段（即精英教育）；二是培养职业人员阶段（即执法队伍建设）；三是培养大批懂法律并散布在社会各界的公民的阶段。据了解，日本很多法科毕业生就没有在法律圈内找到事做，学法的经历使他们在社会各个行业构成了法治的因素和基础。一个社会的法治水平，相当程度上是由这些人的法律意识和理性觉悟所决定的。中国法学教育目前已由高度重视精英人才培养慢慢转化为对社会大众的教育。过去法科院校毕业生直接被输送进了司法部门，很多人一出校门就跃升为干部。现在不同了，法科的学生毕业后的第一步是踏入社会的森林，他想要找到法律职业就需要继续努力，需要自我作就业的准备和冲刺。经过全国统一的司法考试，达到一定标准要求后，他才有可能被录用为法律从业人员。从这个意义上讲，法科院校的教学结果是为社会培养法律人才，而不是为法院、检察院、公安机关等法律部门和政府的各种执法机构输送干部。这就是 21 世纪中国法学教育变化和发展的最本质原因。

21 世纪，中国法学教育必须面对的问题是比较多的，如此巨大的一个法学教育场面，什么样的情况都可能发生。就我的研



究而言，我比较看重以下六个问题。

(1) 教育机制与市场问题、教育质量问题。不断膨胀的法学教育受到市场化的冲击，教育的目的性发生变化，以及教育方式的多样化，使教育质量成为恼人的问题。法学教育的规格层次正在被市场因素托顶冒升，现在法学学士、法学硕士、法学博士乃至博士后的培养和产出正在迅猛发展。客观地说，学历层次的提高还没有与人才质量的提高相匹配，尤其是专科生的教育是令人堪忧的。现在许多用人单位在拿到求职的资料后，往往会问求职者是哪一年毕业的博士或者硕士，这深刻地反映了社会对法科院校“产品”的种种质疑。

(2) 法科院校日常进行的教学和科研与学生毕业后面面临的社会考试制度的融通。直接地讲，法科院校是不是要重新回到应试教育的路子上去？当然法科院校在传统上也是有考试与淘汰制度的，但它与社会上谋取职业的各种考试，在要求上有着绝对的不同。法科院校注重的是对学生法律人格、品性的全方位培养，从法律角度强调学生的综合素质，并且希望学生在未来的执业和人生中永远地体现其母校的特色、风格和传统。知识、技能、德行以及团队精神是法科院校对学生的总体要求。社会上的应试制度则强调一个“客观的门槛”，对背景与文化、思维与习惯、潜质与发挥不作也不可能作什么要求。这就向我们提出了一个新问题，法科院校的教育如何去面对和处理社会上应试制度的种种要求，是适应新潮还是独守传统？这是法学教育的选择，而正确的选择往往并不容易找到。



(3) 如何在现代法律思潮和司法模式之下，继续体现乃至放大法学教育的功能和作用。过去，优秀的法律工作者都有良好的法科院校教育的背景。公正司法的清流源远流长，其源头必然是优质的法科院校。有什么样的法科院校、有什么样的法学教育、有什么样的法学人才，就有什么样的社会、法纪和公正、秩序。现在，许多情况都在变化，法科院校还能像过去一样，全面地负担起培养又红又专的“接班人”的义务吗？退一步讲，现阶段和将来，中国所有开办法律学科专业的院校是否都必须承担起上述义务呢？我想，精英干部、职业人员、社会公民，这三者在规格和要求上是有区别的，而国立大学、地方院校、私立学校同样也是有区别的。所以，21 世纪的中国法学教育有总体目标、大致规格，但确实也有灵活的格局、变动的要求和具体的运作、不同的结果。

(4) 适应法学教育本土化与国际化的交会与平衡。中国法学教育本土化很难，国际化也十分不易。再说，究竟什么是法学教育的本土化，学者们还争论得很激烈。其实，本土化也好，国际化也罢，不过是不同特质法学教育或者说不同地域法学教育相互冲出自己的围城的托词。有时候，“围城”的概念是自封的，是研究者自设的一种“重大意义”和“非常新颖”的概念。教育尤其是法学教育的理念、程序、手段和风格确实因地域、历史、文化、制度、种族、语言等因素的不同而有所不同。但在现代国家，不论在世界的哪一个角落，正在从事的法学教育，我敢说都是大同小异的。在小异上去放大差别、研究差别，除了学术



本身的意义之外，不能夸大了它的影响和作用。本土化和国际化的融通问题，最真实的意义在于落后的要奋起追赶先进，先进的要看到自己后面跟进者的长处。中国法学教育的国际化眼光，应集中在向发达的法学教育国家学习先进经验和做法上。说实话，中国非常多的法学教授希望把自己从事的法学教育现代化、国际化，但是条件不允许，观念上、体制上有障碍啊！再说，一个完全国际化了的法学教育，要面对一个纯粹本土化的法制状态，这种阳春白雪又能坚持多久？坚持下去又有什么意义呢？当然，本土化并不代表落后，现在的中国法学教育是非常热闹、十分出众的，不信的话，各位大法学家可以去中国的法律学堂看看，说不定你们会感到那里的法学教育已经很进步了。

中国法学教育的勃兴与发展，决定于社会发展的趋势，这个大的趋势就是社会自由度扩大、经济活跃、人的自主性和“价值”“尊严”在逐步提高，从而产生了大量法律科学与技能的追逐者。另外，中国在立法、司法、执法等领域仍相对落后，学术研究还处在多方介绍和八面引进、急需向别人求教的阶段，所以，法学教育和在法学发展中继续受教育成为一种时尚的潮流。当然，这种学习的热潮绝对离不开社会权力的“宏观调控”，因为从古到今，大凡法学教育都是一种官方教育、主流式的教育，自然不能把政府的行政和权力导航忽略不计。既然政府主导是关键，法学教育就必定要从实际出发，先重视本土化问题，尔后才有资格和条件谈论国际化问题。我简单的理解是，坚守本土化是法律和法学教育为我所用、助我所长；而国际化则是向别人学



习，补我所短。总之，本土化和国际化乃是法学教育的两大源流，它们将汇合在高等教育的教坛上，激扬教者与学者追逐浪高的心潮。

(5) 法学教育将更注重对象的品性教育。法律是社会理性的集大成者，但法律的理性是通过人来表现的。从法官、律师、原告、被告以及所有被法律的阳光和阴影罩住的人，都要有一种共同的东西，我们常常叫它素质，即人的品位和德行外显出来的东西。法科大学不可能以培养圣人为己任，尽管西方早期的法律院校始终希望自己的学成之子，是可以与上帝心有灵犀一点通的人。法律教育不能保证受教育者不犯迷糊、不出差错，但是，法律教育尤其是院校内的高等教育有义务为社会的法律长河提供干净的水源。它不断地将毕业生送到法律长河之中，如果源头的水质有问题，那就绝对是大河全流域的灾难性污染。我认为，法科大学比任何专业性大学更应重视对学生的心灵教育和精神熏陶。我们今天对法科学生的细致的教育（我们叫“思想教育”或“德育”），就是在为明天写就干净而体面的历史。这一点，我发现在日本的法科教授群中感受也是很强烈的。中国的法科大学有大约三分之一的教育时间和课程是在专业外进行的，日本虽然没有这么固定化，但越来越重视学生人格的培养和训练，这是21世纪世界性的法律教育课题。

(6) 法学教育应更加注重本学科的自治与其他学科教育的兼容和开放。从整体上讲，法学教育还是一个正在发展并且需要持续性发展的科学教育。法学专业以及职业的自创自建式教育是



极其重要的；否则，它的专业性和职业性就将逐渐淡化，乃至使自己丧失一种特殊教育的功能和实效。法学教育的目的，是造就一批掌握专门知识和技能以及大批有相同思维习惯倾向的社会成员，实现法律人格化了的对人类社会自身的控制。法学教育的整个模式和具体方式，是在上千年的摸索中形成的。构成法学教育的专门知识有着自己的内涵和特质，它们在历史上的确是从政治学、哲学、文化宗教学、人类学等知识中派生出来的，但它的独立和逐渐成熟是艰难而可贵的。这个学科乃至教育风格的形成，大有继续坚守的必要。法律思维有个性，虽然它与从政治学到军事学的各门类社会科学有亲缘关系，但是 21 世纪的法学和法学教育，必定会更彰显自己的独特。中国法学家和法学教育现在还有一个比较苦恼的“麻烦”是，法律和法学教育的专业、职业还不能充分地实现自治。它受到的冲击、干扰有时是不以人的主观意志为转移的。法学在教育上的人云亦云，造成法律职业精神的无固定依托，法律的灵魂常在强大的社会权力的指挥棒下游走不定；法律的思维在各种说教的驱使下失去了逻辑，常常在“路径交错的花园里”迷失自我。强化专业自治，是 21 世纪中国法学教育近前的任务。然而，我们在法治文化丰厚的国度传来的信息中发现了另一种现象，这就是法学教育正以十分开放的姿态在发展。西方的经验告诉我们，法律专业生存于一个五光十色的世界，法学教育从来就不能指望自给自足，它必须从社会以及各种学科中发掘和吮吸思想的营养。20 世纪末，西方国家的法学呈现出开放的态度，数学家、生物学家、遗传学家勇敢地涉入了法



学领域。经济学、阐释学、植物学、天文学、核物理学、人类学、文艺批评学、解剖学、光学等过去与法律学不怎么相干的学科，悄悄开始并加大了对人类法律思考的影响。在有的地方，真正能完好地阐释法律现象和本质的，反倒是其他学科的专才和专家们。越来越多的事实证明，法学和它的教育确实需要开放。

自治与开放是 21 世纪法学教育需要审视的另一种平衡关系，也是一种更具活力的法学教育涌动的契机。我认为，自治重在铸就法学独特的精神，开放则偏好于为法学的精神营造一个适合积极生存的绿色家园。中国的法学教育家已经在用一种超前的态度，积极思考法学教育的自治与开放之间的平衡与和谐关系。在同日本法学家的交往中，我深感他们比西方的同业人士更谨慎一些，但步子已迈出去了。相比之下，中国的法科院校在这一方面热情十分高涨。求新、求变、接纳信息的多样化、学科知识的交叉融合是中国法科讲堂上的普遍要求。大量地提供知识，积极地吸收和消化知识，这是眼下中国法学教育的趋向。知识的整合，沉静思考后的沉淀，耐心积累后的升华，这是 21 世纪中国法学教育的任务。

大学及法学院人文精神构建的断想

关心人的解放、人的完善、人的发展是法学院教育的本质。法学之所以成为显学，不仅在于它是一种客观物的存在，更因为它是一种精神的存在。这种法学院精神最重要的内涵就是其人文精神。法学院人文精神是法学高等文化教育的核心，是法律的灵魂所在。法学院教育的成功，在很大程度上取决于法学院如何来构建它的人文精神。

今天我们重提人文精神，这不是不需要理由的。人类社会的发展凭借物质文明和精神文明这两个车轮、一对翅膀，但是，“双轮”和“双翅”并不是想象的那样自如与和谐。经过一段时间的快速经济发展，在科技力量帮助下我国实现了跨越式发展之后，人们发现，科学技术的进步在为人类自身的生存与发展提供广阔前景的同时，也在导致人类自身的“异化”，具体地表现为它使人类丧失了在此自然界的应有地位，忽视了对人生价值与意义的终极关怀和追求，导致了人类道德滑坡等系列危机。今天，当人们开始为人类文明的挫折、人文精神的失落而感叹时，大学以及大学中的法学院作为人类文明的传播者与创造者，要承担构建当代人文精神的重任，这既是自身发展的需要，更是社会赋予的