

中山大学 法律评论

第8卷·第1辑

Vol.8, No.1 (2010)

SUN YAT-SEN UNIVERSITY
LAW REVIEW

中山大学法学院 主办



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



中山大学 法律评论

第8卷·第1辑

Vol.8, No.1 (2010)

SUN YAT-SEN UNIVERSITY
LAW REVIEW

中山大学法学院 主办



法律出版社

www.lawpress.com.cn



www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

中山大学法律评论. 第8卷·第1辑 / 谢进杰主编.
—北京: 法律出版社, 2010. 6
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0840 - 0

I. ①中… II. ①谢… III. ①法学—研究—文集、
IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 100730 号

中山大学法律评论
第八卷·第1辑

谢进杰 主编

责任编辑 高山 董飞
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2010 年 3 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 29 字数 451 千

印次 2010 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0840 - 0

定价: 54.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

中山大学法律评论
Sun Yat – sen University Law Review
第 8 卷 · 第 1 辑 Vol.8, No.1 (2010)

主 编 谢进杰

编 辑 陈毅坚 高 涛 谷德近 梁丹妮 廖艳嫔
刘 诚 毛 玮 王承志 杨 彪 张 亮

编 务 高 涛

学术委员会

蔡彦敏 程信和 黄建武 黄 瑶 李挚萍
刘 恒 马作武 慕亚平 任 强 王红一
谢石松 谢晓尧 徐忠明 杨 鸿 杨建广
杨小强 于海涌 张民安 周林彬

邮 箱:sysulawreview@126.com;lawrev@mail.sysu.edu.cn

网 址:http://law.sysu.edu.cn/Category_67/Index.aspx

博 客:<http://sysulr.fyfz.cn>

地 址:中国广州市新港西路 135 号

邮 编:510275

主 办 中山大学法学院

组 编 中山大学法学理论与法律实践研究中心

襄 助 中山大学法学院方圆学术基金

编者按语

主题研讨

20 世纪 50 年代,美国法律史研究领域出现了所谓的“赫斯特革命”,美国威斯康星大学法学院的 J. 威拉德·赫斯特教授在其《美国法律的成长:造法者》、《法律和 19 世纪美国自由的条件》等著作中提出法律史的研究要从“内史”转向为“外史”。法律内史是从法律“盒子”内部来写历史,是将法律作为唯一的研究对象,用法律来解释法律,把法律史研究几乎变成了纯法律专业的活动。赫斯特教授则认为法律是具有社会功能的工具,是社会价值观的体现,对法律自身的研究应增加法律以外的视角,特别是经济和分析。虽然有些学者曾批评赫斯特的研究是“经济决定论”,但他的新法律史观对美国法律史学界的研究方法影响至今。在同时期的纯史学领域,则出现了一股新的国际性潮流,由于这种新的研究方法将社会和文化作为一个整体来看待,因而被称做“新文化史”。根据新文化史的观点,史料不是作为事实的再现,而是作为一个承载了文化的文本表述被解读。它认为现实是社会地或者文化地建构起来的,历史学家的写作也是建构性的。它主张对历史的研究不应再集中于宏观叙事的因果关系的解读,而应更关注于对具体的作为文本的现象“深度描述”,即关注于对史料形成原因的多层次的深度阐释。它提倡对历史学进行跨学科综合研究,主张广泛应用历史学方法以外的社会学方法、心理学方法、计量方法和比较方法,并注意开拓史料的来源。它提倡问题史学,即不是让史料自己说话,而是史学家带着现实中提出的问题进行研究。或许是因为“赫斯特革命”及新文化史运动所产生的蝴蝶效应,自 20 世纪 90 年代起我国本土法律史研究的进路也逐渐开始发生深刻的改变。在中国法律制度史和法律思想史领域,早期的研究者主要是用西方的一系列法律话语和理念来检视和批判中国的法治传统,进行宏观意义上的中西法律意识、文化、制度比较,以期为中国法律更好地向西方化的现代法治转型提供一些知识论上的参考。随着这方面的研究日臻丰富和饱和,中国法律史的研究也出现了由“内史”向“外史”,由制度史、思想史向文化史、社会史、心态史等新文化史意义上的方法转型,从而逐渐形成了新的法律史学。

新法律史学对传统史料在使用上更加谨慎,它注意档案中的虚构成分,强调对其进行深度分析;它扩展了法律史研究的史料范围,除法典、档案、正史外,将许多文学作品、民间传说、谚语、习俗等也纳入到了研究的视野,重视“以文证史”、“诗史互证”的作用;它不仅关注历史因果论的解释,而且重视对个体行动状态和原因的描述和考察,主张可以应用法律阐释以外的政治学方法、社会学方法、人类学方法、心理学方法、计量方法等对法律行为进行“深度描述”;它在对事实的描述和理论的建构关系上,既坚持“论从史出”,也重视“以论带史”,游走于两者的平衡与辩难之间;它不仅试图价值中立地回答“曾经发生过什么”,而且坚持“为当下而历史”的学术立场,注重对事实进行概念化和理论化的提升。可以说,新法律史学的研究方法兼容了传统法律史学、法律解释学和新文化史的方法,给法律史学的研究注入了新鲜的血液。

陈寅恪先生在陈垣的《敦煌劫余录》序言中有一段话让人印象深刻,他说“一时代之学术,必有其新材料与新问题。取用此材料,以研求问题,则为此时代学术之新潮流。治学之士,得预于此潮流者,谓之预流。其未得预者,谓之未入流。此古今学术史之通义,非彼闭门造车之徒,所能同喻者也。”这段话提出了一个学术研究上的“预流”问题,认为学者须重视研究新问题和使用新材料。在法律史的研究上,使用新的史料和最新的研究方法应该是一种“预流”的必要做法。笔记小说、公案文学、民间传说、官箴书、竹枝词、地方新发现的档案等都是法律史研究领域的新材料,而新文化史学则构成了法律史研究的新方法且基于此进而能够提出一些新的问题。以“思想与实践:解读中国传统法制”为主题的研讨的创设初衷即是希望有助于推进法律史领域新问题的提出和新材料的使用,有助于提高学术生产的活力及强化其对当下的关怀。在这一主题中收录了四篇文章。

徐忠明先生的《替天行道与江湖世界——以〈水浒传〉为中心》是一种发现“文学中的法律”的写作。通过文学作品来研究历史是新文化史的研究方法,通过文学作品研究法律问题则体现了作者一直以来对“法律与文学”这一法律研究新领域的持续关注。文章首先通过将《水浒传》解构为一本“政治”和“犯罪”小说来建立这部文学作品与我国古代法律文化的联系。作者提出梁山好汉所谓的“替天行道”在古代的意识形态之下实际上是一种挑战皇权的大逆不道,且“替天行道”与梁山好汉“不反皇帝”的诺言存在着强烈的逻辑冲突,其名为“替天行道”的口号与实为“打家劫舍”的行为之间也存在名实不符的情况。文章用

具体事例解构和批判了宋江这一梁山首领所谓的“忠”、“孝”、“义”实际上都是策略性行为,通过对正面话语的解构及对古代法律的考察,将梁山好汉解读为一个大规模的犯罪集团,将宋江等人物解读为一名投机钻营的犯罪分子,从而整个《水浒传》故事可以被视为“政治”和“犯罪”故事;以此可以建立文学和法律的逻辑联系,在文学文本中去发现和研究法律文化。文章以《水浒传》为考察对象,分析了中国古代的权力体系和秩序结构,提出传统中国的政治社会结构可以分成“庙堂之上”、民间社会与“江湖之远”三个场域。近年来,政治史的研究主要集中于“庙堂”体制,社会史的研究关注民间社会;对于《水浒传》所描写的“江湖之远”,作者将其形成描绘为社会秩序腐败之下出现的游离于民间社会或者摆脱了底层控制的有组织的“流民”群体,其成分包括军官团伙、刺青团伙和胥吏—衙役团伙。文章揭示,“江湖”世界也有自己的组织结构与规章制度,它与庙堂体制、民间社会之间有着错综复杂的三边互动关系,一方面“庙堂”秩序划定民间秩序的外围,影响其变化,干预其维系;另一方面江湖世界尽管挑战了国家秩序和社会秩序,但也从两者中吸取了养分。而且指出,传统中国权力关系是极其复杂的,不仅庙堂体制、民间社会与江湖世界三个权力场域存在着彼此竞争与合作的关系,而且单单就皇权系统而言,也存在着复杂的情况,不能将其简单地归结为专制权力。鉴于传统中国社会秩序多元化的情况,作者提出在法律史的研究中应该将法律的政治史研究与法律的社会史研究结合起来,这样才可能触摸到中国法律文化的真实图像,才能理解中国法律文化史的意义和特征。这种治学观点,无疑对中国法律文化的研究是有指导意义的,且此文也可视为一篇践行新史学研究方法的典型尝试。

马腾先生的《法家思想之墨学源头》则提出了一个新的问题,即春秋战国时代法家的思想是否存在着墨家渊源的问题。这一问题虽然在哲学史和政治史上有学者论及,但在法律思想史领域却鲜有进行考证者。文章揭示,墨学盛行于战国,与儒学针锋相对而成为世之显学,后来墨学日趋式微,最终竟至“中绝”;不过,墨学并未完全消沉,而是成为法家思想的源头之一,对其形成和发展产生深刻影响。基于此立论,此文广罗材料,从先秦诸子之文本,到工具辞书之解说,到近世及当代名家之言论,只言片语,信手拈来,使全文约显雄辩气象。文章从墨学与法学在其功利主义哲学基础、性恶论、刑赏观、度术论等几个方面分别分析了墨法两家的相通之处,异中求同,同中辨异,特别是引法家韩非用墨家田鸠之言论证“度”“术”之论的实例使整个论证较有说服力。

马作武和李平龙先生的《中国近代法治理论的形成及演变》试图推翻一个认为我国近代法治思想充满着对西方法治思想的误解的老论点。文章试图在民国学者留下来的文字中挖掘出新的思想内容。文章揭示,中国近代法治理论在传统法家理论和西方现代法治理论的夹缝中艰难地形成。作者从近代中国学者“什么是法治”、“为什么要实行法治”及“怎样实现法治”等方面提出了较为系统的法治理论,并沿着不断脱离法家思想而采纳西方法治理论的方向演化,初步勾勒了中国的法治蓝图。文章收集了近四十位近代法学家的著作和论述,从法治观、法治的必要性及如何实现法治三个方面详细论述了我国近代法治理论的多种观点,引证十分细致。虽从论证结论来看,并没有完全推翻我国近代法治思想充满对西方法治思想的误解这一论断,但论证过程能非常有逻辑地让读者窥视我国近代法治理论发展的全貌,能引发读者的思考和启发。这一种试图否定旧问题、提出新观点的积极的治学态度,是值得肯定的。

王石女士的《民国初期法律制度与社会意识中的家庭虐待——基于1914~1917〈京话日报〉所载虐待案件》最大的特点是使用了新材料。文章以民国时期的《京话日报》为考察对象来论证民国时期的家庭虐待问题。《京话日报》是民国时期发行量很大的民办报纸,以其直言不讳而大受欢迎。该报虽是民国时代历史研究的旧史料,但在法律史研究领域,以报纸报道为研究视角、以《京话日报》为考察对象的论著尚少,因而可以说仍是一份有待开掘的新史料。文章关注法律史领域目前研究尚少的家庭虐待问题,引用了1914年至1917年间《京话日报》所记录的虐待相关报道37例,并结合《刑案汇览》、《大清律例》、《大清律辑注》、《民国民律草案》、《女论语》、《孝经》、《礼记》、《女戒》、《新妇谱》等史料,例引了大量的古代案例,材料翔实充分。文章分析了其中所隐含的民众态度和舆论转向,随后通过对比清末法制改革之前与之后法律对于相关问题的文本规定以及司法实践,试图发掘出国家对于此类“家务事”的态度变化以及程度,并试图从更深层的时代背景当中挖掘出这些态度的社会基础,同时指出各种意识之间的冲突与交融。虽从论证来看,文章试图将更多案件界定为“家庭虐待”,更多地倚重《塔景亭判牍》等文献中的案例,使得《京华日报》作为研究材料的典型性意义有所削弱;但不管如何,此文在新材料的使用和新视角选择上的尝试是非常醒目的。更重要的是,文章不仅考察了清末民初时期的法律制度而且更关注当时普罗大众的法律意识情况,这也是对新文化史方法的一个尝试性运用。

著名的文化人类学家克利福德·格尔兹曾引用马克斯·韦伯的观点说,人是悬在由他自己所编织的意义之网中的动物,指出文化就是一些由人自己编织的意义之网。对中国传统法制思想与实践的解读也可以视为对传统中国法律文化的解读。传统法律文化这张“意义之网”虽然是由古人编织的,但我们当下的法律实践也总是能明灭地感受到它的影响。如梁治平先生所说,对中国,“你可以叫她做古老的新国家,也可以称之为年轻的老国家。不管怎么说,她就是这样一个奇特的国家,在这里,死去的总要纠缠住活着的,活着的从未能摆脱掉死去的。”过去与现在的纠缠,在法律领域一直存在且可能永远存在着,因为如此,我们需要关注“曾经发生了什么”。

论 文

现代法治国家被誉为司法国家、裁判国家,司法权的定位、配置与运作极具根本性意义。然而,在司法的独立与权威和司法腐败与监督之间,常常发生纠缠给人们带来困扰;尤其是在中国的当下,频频被曝光的司法腐败成了谨防司法独立、强化司法监督的理由,导致司法改革的方向发生了微妙的变化,并导致了一种“参与式司法”或谓“舆论审判”、“群众司法”的现象。面对这样的状况,中国司法改革的方向何去何从,如何真正地理解中国司法的症结,如何理性地定位中国司法的进路,特别是对司法权的定位,就作为一个不折不扣的中国问题,期待着人们去审视。季卫东先生的《审判的推理与裁量权》,不是从权力结构、意识形态、政治因素的宏观叙事,而是抓住了看似微观,实则极具根本性、极为关键的审判裁量权问题,解剖了“限制审判裁量权的中国怪圈”,揭示了审判裁量权的运作规则及蕴含的司法原理,以一种高瞻远瞩的视角对中国司法改革乃至政治转型提出了极为精辟的理论阐释与探索。文章揭示,在中国目前的制度架构下,采取法律共同体内部的推理、解释、论证等技术手段来限制审判裁量权的通路基本上被截断了,其结果是,一方面很难在制度上有效地遏止司法腐败,另一方面又不得不通过外部的、极端的方式寻求司法公正;另外,中国司法改革正面临不同历史阶段犬牙交错的复杂状况,需要采取程序、议论、合意“函三为一”的复眼式观点。鉴于上述判断,作者主张怎样在精密司法与参与司法之间寻找一个适当的结合方式,是目前特别应该探讨的课题;并且揭示,我们不可能采取像司法群众路线那样一种方式,也不可能完全采取现代法律职业主义

的方式,更不能停留在法教义学的窠臼里。在推进“司法改革第三波”的进程中,我们要以适当的、有效的方式限定审判裁量权的任意性;我们要有所坚持、有所创新,通过沟通实现相互理解并达成基本共识。

“思想不外乎义理和制度两端”,近代以来西方思想携着民主的理念和政制进入华夏帝国,华夏文明面临前所未有的危机。面对同样是一种文明的希腊罗马民主政制,儒教的夷夏之辩已无法应对。如此一来,人们对西方的民主理念和政制充满了美好的愿望和憧憬——似乎只要我们接受了民主,中国的问题就可以迎刃而解。然而,一个不争的事实是中国是亚洲第一个建立民主政治的国家,但随后就发生了由于民主导致的分裂局面。不过,要打破民主的神话进而认真看待民主,不仅需要反思民主实践的经验和教训,还需要从学理上对什么是民主,民主的价值、民主的正当性、民主的制度化进行细致的诠释,以正本端源。这就是黄建武先生的《民主的价值追问及制度的法律化》给予我们的启示。作者揭示,民主制的根本价值就是实现民主,民主本身具有正当性和目的性;任何民主都是一定共同体的民主,共同体的构成有其实社会基础,由此作为政治制度的民主的发生不是偶然的;但为保障民主制度的功能和防止其不利后果,民主需要法律化。

李斯特在其刑法教科书中的名言“犯罪即行为”,道出了犯罪与行为之间的微妙关系。这种思考进而影响了“李斯特—贝林格古典犯罪论体系”及其对于犯罪的定义,即犯罪是符合构成要件的、违法的、有责的行为,犯罪被理解为具备构成要件符合性、违法性和有责性三大特性的行为;从而行为是属概念,而违法性、罪责则是下位的种特征。这一观点在德国刑法释义学中仍处于主流地位,进而影响了对犯罪构造的理解以及对诸如竞合论等犯罪论具体问题的解决。然而,对此种犯罪定义的质疑,自其形成伊始就从未间断,在讨论作为构成要件实现的要素之一的行为与犯罪的关系中,尤为明显;这也在“三层级犯罪构造”与“二层级犯罪构造”的论争中得到了体现。可以说,行为的概念、行为的机能及其在刑法体系与犯罪构造中的地位和意义,是刑法释义学首要解决的问题。陈兴良先生的《刑法行为论的体系性构造》发掘了该问题的实质,以特立独行的思路、清新明快的文字,敏锐洞察了行为论在我国刑法体系中应有的地位;从行为的定义、机能、构造等行为论基本问题出发,开展了刑法知识的新图景,深值细品。

“每个新案件都是一个实验”,任何一份裁判文书都是一幅真实的司法图

景,包含了丰富宝贵的司法经验和司法的哲学。为此,如果能够借助裁判文书阅读司法,理解法治,解读具体的法律问题,将是一项十分有价值的课题。谢晓尧和陈斯先生的《驰名商标司法案例类型化研究——兼评最高人民法院法释〔2009〕3号文》正展示了这样一种努力。作者揭示,有必要在形成“案例类群”的基础上,按照一定的标准进行筛选、归类、比较和分析,实现从对个别案例就事论事的分析逐步过渡到对案例类群的整合研究。文章以驰名商标的司法认定为主轴,系统梳理了驰名商标的司法功能,对驰名商标在裁判层面的适用做了较为深入的归纳与分析;并以驰名商标的判断因素或曰判断标准为主构建了文章的论证主体,从实然与应然双重层面做了类型化的努力;兼对新近出台的相关司法解释做了评价,提出了改进的意见和对策。文章问题意识强烈,逻辑结构清晰,论证严密,尤其是对我国司法案例以及各级法院的规范性指导意见的运用,生动且富含学理地展示了驰名商标认定的实际面貌,描绘了一幅活生生的驰名商标司法图景,可谓以一种立足“行动中的法律”的视角和方法揭示了乃至构筑了真正具有实践力的驰名商标认定理论。再者,这种实证主义的研究进路在国内知识产权理论研究上并不多见,无论其展示的命题抑或提出的对策,都对整合商标法理论体系有相当的参考价值。

距离1996年刑事诉讼法修改仅仅7年,刑事诉讼法再修改就被连续两度列入国家立法规划,但酝酿至今、尚未完成,这足见刑事程序改革使命之重大及其历程之艰难。当下再修改的展开一定程度源自于对1996年改革及其实践效果的不满意。但无论是1996年改革还是酝酿的新一轮改革,都是朝着在我国建构现代刑事程序制度方向努力。面对十余年来实践的状况,不少人提出怀疑,1996年的诸多修改可能并不适应于我国,尤其是农村基层。然而,朱桐辉先生的《程序改革、司法市场与国家能力——一场模范刑事诉讼的发生与反思》基于作者亲历见证的一场刑事诉讼实践,以社会调查和颇具社会学研究的方式,展示了一场“模范刑事诉讼”在大北河谷深处龙透关的发生。作者从取保候审、讯问取证、合理怀疑、直接言辞、罪名变更、被害人出庭、审理技术、证据相关性、证明标准、自由心证、律师职业伦理与司法服务市场等层面和角度,描述了一场“模范”刑事诉讼发生的基本轨迹,评价了“模范”刑事诉讼得以实现的若干重要程序要素;并在反思中揭示了现代化司法的推行与展开和国家权力及国家政权建设之间的关联,从该角度对刑事程序改革提出了有益的认识。作为结语的那句话意味深远,“它的发生,既让我们对1996年《刑事诉讼法》充满希望,又让

我们更加谨慎和清醒”。这无疑提示我们从另一些角度去更加理性地看待和思考我们的刑事程序改革。

评 论

最近,“国进民退”的问题备受关注和论辩,并存在着不同意见。张曙光先生的《国进民退的法经济学分析——以山西煤炭业重组为例》直击该问题。该文首先通过盘点吉林通钢事件、山东钢铁重组、地方引进中央企业、邮政专营的例子、国有企业涌进房地产业、山西煤炭重组等一系列案例,揭示了目前态势汹涌的国进民退潮流。进而,文章以尤为典型的山西煤炭重组为例,对国进民退的现象与问题展开法经济分析。作者指出,山西煤炭重组的案例,问题不是出在目的和动机上,而是出在具体行为方式上;山西的煤炭重组基本上是一种政府行为,而不是一个企业行为和市场行为。在这里面,涉及了行政许可和行政复议的问题、合同法的实施问题、产权实施和产权保护的问题、经营环境及其管理制度问题等。作者还进一步揭示,如果把山西的案例一般化,以山西煤炭重组为代表的这场国进民退潮流的可能后果是:这场国进民退潮流是30年市场化改革的一个倒退,是对前些年提出并实施的国有经济战略性重组的一个反动;目前情况下国有部门的并购重组,使权力和资本更紧密地结合起来,对于未来的发展和改革是巨大的阻力;造成国有企业无效率和低效率的旧病复发。

在近几年,“刑事和解”的论题——如何缘起不得而知——被推向刑事法研究领域研究舞台的最前沿,而且不断在司法过程中被实践,尤其是在检察部门,甚至被提上了立法日程,一时间成为一个流行符号。然而,对于“什么是刑事和解”这个根本性的问题,无论是理论研究,抑或司法实践,往往相当模糊,甚至与相关的范畴相互混淆,尤其是与“辩诉交易”的区隔更为混乱。在德国刑法中,相应论题同样备受关注,但是,真正受到批判的并非《德国刑法典》明定允许的诉讼两造间“刑事和解”,而是没有成文规则却盛行于刑事司法过程中的所谓“辩诉交易”;“辩诉交易”甚至被认为是在“后预防刑法”时代,与“罪刑法定主义”相去甚远的几大问题之一,进而生发其背离“依法治国”原则的拷问。因此,正确理解“刑事和解”,对于其范畴边界的框定、适用制度的设计、运行程序的制作等,均是最为前置的问题;也是避免学术批判与反批评陷入无的放矢、各说各话的泥沼的唯一径路。杜宇先生的《“刑事和解”的概念框架——以五组范畴的比

较为中心》直面问题的根本,不遗余力地厘清“刑事和解”与相关范畴间的差别,是应当肯认的研究思路;同时文章在方法论上坚持类型研究,视“刑事和解”为开放类型,在具体结论上也有出彩之处,值得品读。

根据《防治荒漠化公约》第21条,全球环境基金是发达缔约方履行向发展中缔约方出资义务的运作实体。可是,截至2009年10月结束的公约第九次缔约方大会,使公约同全球环境基金之间的谅解备忘录生效的法律程序仍未完成,原因是发达缔约方缺乏实质资助发展中缔约方应对荒漠化的政治意愿。由于全球环境基金还是其他多边环境协定资金机制的运作实体,并已经完成相关法律程序,因此,全球环境基金可能会资助同荒漠化交叉的项目。目前,全球环境基金的义务规划12和业务规划15就属于生物多样性同荒漠化的交叉领域。全球环境基金的项目类型包括小额赠款项目、能力建设项目、全额项目、中型项目,其中后两类项目都包括能力建设内容(包括立法缺陷诊断、法律修订建议和执法培训)。从国际层面,发达国家希望其出资发挥催化剂作用,其中完善立法及其适用最符合成本效益原则;就国内层面而言,中国作为全球环境基金的最大资金接受国,除了争取更多资金,关键是通过全球基金项目加强能力建设,其中,立法要素及其实效评估不仅具有法律应用的实践价值,而且是促进相关立法良性演进的先导。杜群先生的《评估法律体系实施综合生态系统管理能力的研究方法——以全球环境基金——中国防治土地退化伙伴关系项目法律评估活动为例》,正是通过项目参与,对综合生态系统管理能力建设中的“法律组成”的分析,介绍了评估法律体系实施综合生态系统管理能力的—一个方法体系,为我国环境立法和执法的能力建设提供了规范样本。

时效冲突的解决一直是冲突法上的重要问题,作为美国冲突法上解决时效冲突的重要方法,“借用法规”根植于美国的普通法传统,这对美国时效冲突的解决发挥了重要作用。我国冲突法学者在著述中虽偶有提及,然均未作深入探讨,有些甚至存在一定误解。王思思先生的《论美国冲突法中的“借用法规”》,在详细参阅大量英文文献的基础上,深入阐述了美国冲突法中“借用法规”的发展及利弊。文章还原了“借用法规”的真实面目,客观评价了其在解决时效冲突上的作用,并在此基础上对我国时效冲突解决的立法和司法实践进行了反思。作者指出,“借用法规”由于自身理论上的缺陷和适用上的困难,并不是一条解决时效冲突的良好路径,应当加以废除,废除“借用法规”以后,应采取将诉讼时效识别为实体问题的方法来解决时效冲突。这不仅有助于澄清国内学者对美

国冲突法中“借用法规”的误解,而且对我国时效冲突解决的立法和司法实践具有重要的参考意义。

论 坛

从长远来看,法学教育关系着一国法治事业的兴衰;它培育法律人才,传播法学理论,传承法治思想,描绘着法治理想的蓝图。改革以来,新中国法学教育取得了显见成就,随着社会各层面的发展和将改革推向深化的时代召唤,法学教育面临着新时期社会转型带来的种种机遇和挑战。当下中国的法学教育,如何应接社会变迁,自足现实、剖析问题,面向未来、筹划发展,已成为法学院师生乃至国家与社会大众面对的重要课题。2009年11月,中山大学法学院借复办30周年庆典之机组织了以法学教育为主题的论坛,来自全国诸多法学院的院领导和学者们就当下中国法学教育的性质、功能、定位以及其面临的挑战、存在的问题、实践的经验、发展的设想等焦点展开了广泛而深入的讨论。中国人以30年为一世,30而立,按理说在庆祝新中国法学教育复办30周年之际,我们收获的应该是一个相对自主和成熟的法学教育,应当是重新出发和想象未来中国法学教育的时刻。但是,在讨论中与会者却普遍认为,尽管中国法学教育在过去的30年里取得了很大的成就,为中国法治建设培养了大量优秀的法律人才,但当下中国法学教育依然面临着很多问题,如法学教育的职业化程度不高、法律职业伦理的缺失、法学教育无法满足社会的现实需求、是大众教育还是精英教育的定位不明确等。这些问题不仅对中国未来法学教育实践提出了挑战,也督促我们法学人反思。围绕当下中国法学教育的话题,我们注意到了在世界视野下国际社会对法学教育的普遍关注和重视,例如中山大学法律诊所教育专家蔡彦敏女士参加的以“在社会变革背景下的社会正义教育”为主题展开的国际论坛,中国的法学教育如何放眼世界已成为其当下以及未来发展与改革的一项时代课题。为此,我们组织了以“转型中国的法学教育”为主题的论坛,以期将论题引向更充分、更深层的讨论。

聚焦当下中国的法学教育,特别是法学本科教育,国内法学院领导和教师们提出了真知灼见。譬如,李挚萍女士以中山大学法学教育的尝试与尝新为例,指出,有问题在,就有解决问题的方法在,关键在于我们如何寻找;姚建宗先生结合吉林大学法学教育的实践经验,指出,法学本科教育关键在于打好知识、

方法和人格的基础;刘仁山先生则立足中南财经政法大学盘点了法学教育的繁荣、忧虑、光荣和梦想,表达出强烈的使命感和信念,无论何时都应当坚信,我们今天所有的行为,都将为中国的民主法治进程贡献力量;胡玉鸿先生结合苏州大学法学院的情况,认为,法学教育是一种职业教育,应涵盖职业思维、职业知识和职业人格等内容,并且法学教育的职业性和素质培养可以完整结合,法科学生必须具备概括能力、分析能力、表达能力等,法学院应加强对学生的法学方法和法学技术的培养;单文华先生以西安交通大学法学院为例比较了中国和英国法学教育的状况,提出如何让我们的法学教育富有特色、符合社会需要的的问题,指出,法学教育是培养知识、方法、人格三位一体的;周长军先生则结合中外法学教育的各种做法并以山东大学法学教育的改革为例,介绍了一种立足于将法学教育定位为职业教育的融通教育模式;黄亚英先生揭示过去我国法学教育办学特色和个性化不够、创新人才培养机制不够、职业技能和门槛高度不够的弊端,并结合深圳大学法学院的经验,指出,尽管成本很高,但为了提高培养的人才的水平,法学教育的改革是必要的;侯利标先生以厦门大学法学院的做法为例,强调,法学教育本科是基础,打好基础非常重要,本科,有条件的,可以采取“圈养”的状态,并注重对学生学习能力、实践能力和创新意识的培养;侯振发先生结合武汉大学法学教育的实践,强调,中国法学教育的趋势必然是在和国外的法学教育交流、交融、交锋中继续向前推进的;蔡彦敏女士结合中国法律诊所教育特别是中山大学法律诊所的成功实践揭示,诊所法律教育促使我们思考并付诸行动,使法学院培养出来的不是法律的工匠,而是具备更高的道德目标的法律人。令人欣喜的是,学生们也参与到了讨论中来,中山大学法律诊所的同学们强调从法学教育中学会如何获取积极正面的力量,以确立法律人的职业道德和社会使命。

面对转型中国的法学教育,探索中国法学教育的未来,我们需要立足中国,放眼世界。为此,我们联系了耶鲁大学法学院的欧文·M. 费斯教授,获得授权由许书咏同学翻译了他的《耶鲁所理解的法律》。在费斯看来,法律是整个社会的规则,以司法为中心的法学教育模式过于狭隘,它无法回应复杂的社会对法律人的多元需求。因此,耶鲁法学院的培养目标不仅仅是出现在司法过程中的律师、法官和检察官,还应当是活跃在政治、行政、商业、文化等各个领域的社会精英。因此,在以法庭辩护为中心的职业训练之外,耶鲁法学教育的内容还囊括了社会学、历史学、人类学、哲学乃至经济学。于是你可以在耶鲁的课表上看

到:《悲剧的选择》、《联邦税收政策》、《汉娜·阿伦特的政治哲学》、《作为社会控制手段的法律局限性》、《核军备控制》、《契约论》、《移民政策与国家目标》、《国际社会中的公共秩序》、《公司机构中的替代性选择》、《心理学与法学双重视角下的律师—委托人关系》、《有毒化学品》等这些似乎和法律无关的课程。实际上,这些学术型课程设置并不是培训学生做教师或者研究者,而恰恰是基于现实的需求,培养学生以一种既宽广又深刻的眼界和更强的能力来看待法律,从而满足社会对多元化法律人才的需求。毫无疑问,费斯教授的精辟见解以及美国耶鲁法学教育的成功实践,为我们理解中国法学教育的问题以极大的启发。

蒋志如先生的书评《美国大学、法学院与中国大学法学院——读〈耶鲁精神——感受耶鲁大学及其法学院〉》通过对《耶鲁精神》一书进行梳理,揭示了这么一个观点,即大学的基本宗旨在于服务,法学院的基本职能在于培养法律人的特色。不仅仅法学院教授具备了这一特征,他们培养的学生也要具备如此特征。与之相对照,中国大学法学院并未完全胜任服务这一宗旨,无论是学生对课程的选择还是教师授课的内容都是被安排的,权力才是真正的主角。最后,作者还指出在西方中心主义观念的主导下,美国人对中国与法律的看法带有非常强烈的感性色彩甚至是偏见。巧合的是,《美国大学、法学院与中国大学法学院——读〈耶鲁精神——感受耶鲁大学及其法学院〉》让我们将目光再次放到了耶鲁法学院。

在此,我们想强调的是,本组稿件并未隐含这样一种意图,即将美国法学教育作为中国法学教育的蓝本。事实上,由于法律是一门地方性、本土性的学科,在中国的社会科学中,法学向来都具有其他学科所不具备的自主性。同时,也由于中国百年来法治传统是在民族国家形成、国家政权建设、中国共产党的政法策略的背景下形成的,这也从根本上决定了中国法学乃至中国法学教育绝不是单纯的西方国家“尾随者”。这就是陈颀先生的《超越法律职业主义——中国法学本科教育的反思与展望》一文的落脚点。在他看来,中国法学教育应当立足于中国本位,要以培养“法律人政治家”为更高目标。在文中,他一方面考察了法律职业教育的三个核心主题——“法律知识教育”、“法律技能教育”和“职业伦理教育”,在肯定它们价值的同时,也指出了它们的问题,即法律知识的法条主义,法律技能的程序正义原则及其技术以及对职业伦理的公共性的回避。这些问题导致当下中国法律职业教育的理论和实践呈现出强烈的技术主义倾

向,忽视了转型中国社会对职业法律人的本土化和多元化需求。因而也很难回避外界对法律职业的不满。进而作者指出,面向转型中国的中国法学教育,应当超越法律职业主义,坚持“中国本位”、“政治意识”和“通识教育”,以培养“法律人政治家”为更高目标。

在此基础上,刘诚女士的《在职业教育与通识教育之间——法学本科教育的一个初步思考》选择中国法学本科教育为思考对象,对法学职业教育问题提出了进一步的思考。在她看来,法学本科教育除为法律职业市场提供“合格产品”之外,还应当致力于培养具有良好性情的个人和优良政治观念的好公民;法律职业教育和大学通识教育构成了当代中国法学教育的双重主题。通识教育的副产品——阅读、写作和口头表达等修辞训练是法律职业教育的必要补充,通识教育所包含的人文教育和公民教育则是针对法律职业教育的高度形式理性化、价值立场缺失以及非政治化等病症的解毒剂。在这里,我们非常清醒地意识到,法学教育绝对不仅仅是法律职业技术教育乃至法学教育本身那么简单,而是蕴含了法律信念和法治理想的历史沉淀与时代追求。

教育是面向未来的,我们期望未来中国法学教育在繁琐的法律技术训练之余,还要扎根于“人的教育和公民的教育”,这就是我们本期论坛“超越法律职业主义”的意涵之一。在我们寄身的国度中,认识到这一点至关重要,它意味着没有参与的人,将没有法治。“上帝只救助自救的人”,法律这一独立和尊严的守护神从来都不仅仅来自于形式化的口号和律条,也不仅仅来自于琐碎复杂的法律技术,也不仅仅来自于形形色色的外在许诺;从根本上说,它来自于法律职业共同体中法律人自身的艰苦卓绝努力,即律师用高质量的服务来获得业务上的垄断性,法官用严格的伦理和专业的司法技艺来取信于民。只能依靠这些努力,才能建立、维持和发展法律行业的独立、尊严和自主。