



湘江法律  
评论

●湘潭大学法学院编  
●湖南人民出版社

第3卷

# 湘江法律评论

第三卷

湘潭大学法学院编  
湖南人民出版社

责任编辑：曾赛丰  
戴军  
装帧设计：尹文君

## 湘江法律评论

(第3卷)

湘潭大学法学院 编

胡旭晟 主编

\*

湖南人民出版社

(长沙市银盆南路78号)

湖南省新华书店经销

长沙

鸿发印务实业有限公司印刷

1999年12月第1版

开本：850×1168

1/32

印张：21.125

字数：455,000

ISBN7-5438-2220-2

D·288 定价：28.00元



编 委：(以姓氏笔划为序)

冯晓青 李建国

刘 健 刘启良

杨 翔 单飞跃

胡旭晟 胡肖华

谢 勇 彭熙海

## 卷首语

依照我们的想法，任何学术出版物，假若真是一项连续性、长期性的事业，那么她不仅应当始终明确和坚守自己的目标，而且还须时时反省和总结自己的过去。回首《湘江法律评论》已经面世的第一、二两卷，我们既有欣喜，更有遗憾。比如，第一卷虽然标识了自己的基本定位——学术性，但特色显然不够突出；第二卷尽管申明了自己的基本特色——以学术为标准的批判性评论，且让各相关的专栏几乎一一登台亮相，然而却缺乏重心，就仿佛群龙无首，给人以散沙之感。有鉴于此，从第三卷开始，本文丛将在坚守前述基本定位和基本特色的前提下，每卷推出一至两个“主题评论”栏目，以便使文丛在每卷都能显示出自己的中心和特点，也使我们对相关问题的评论能够尽可能地深入、系统和较有成就。

本卷安排的第一个“主题评论”与立法相关，具体涉及经济法法典问题。在中国，“经济法”这一范畴是伴随改革开放大业的启动和发展而广泛流传开来的，尽管学界至今对于“经济法学”这一学科本身或许仍然不乏异议，但近二十年来，经济法学界一直在不断壮大却是事实，而有关创制中国经济法法典的呼声也同样在不断高涨。本卷收入的文字集中反映了我国法学工作者近十几年来对这一问题所做的种种探索，虽然参与讨论的仍只是经济法学界的学者，但我们还是相信这些讨论会

有助于人们去思考我国的经济立法。

本卷推出的第二个“主题评论”属于“学术批评”的范畴。坦率地说，“学术批评”是本文丛最为钟爱的栏目，我们希望每卷都能有相当数量和篇幅的稿件来充实她。本卷的主题是讨论苏力博士的论文集《法治及其本土资源》。《法治及其本土资源》作为一部最严肃的学术论著居然成为近年来的畅销书，并获得异乎寻常的社会关注，这恐怕也是我国法学界在世纪末的奇事、趣事。本卷编发的这些文稿基本上集中了近几年来法学界对这部学术著作所进行的种种讨论，其中观点各异，风格也多样，有诚挚的赞赏，有严厉的批评，也有作者自身的解说；有轻松的随笔，有严谨的论文，也有相当认真的对话，甚至学术上的现代主义与后现代主义都并存其中。应该说，让各种不同的观点、不同的风格同台演出，这是我们长久的期望。当然，除了推进学术批评之外，为学术的发展留下一份珍贵的历史档案，这也是本文丛的宗旨之一。

“立法点评”、“社会问题评论”、“外国法评论”与“学术随笔”都是本文丛的常规栏目，只不过本卷的“社会问题评论”和“外国法评论”在主题上相对集中些，而“学术随笔”这回则真正展示了她的某种随意：在篇幅上，短者仅千余字，长则洋洋一万三千余言。在我们看来，所谓“随笔”，其精妙之处就在于，她没有主题、风格、体裁和篇幅上的限定，一切都任凭思想的火花去自由挥洒。

编者谨识

1999年12月

# 目 录

卷首语…………… ( 1 )

## 论 文

法律的成长

…… [美] 本杰明·卡多佐 (董 炯译、强世功校) ( 3 )

规制公务活动中的道德行为

——美国抑制“关系”的法律

…………… [美] 文森特 (丁相顺、黄长杰译) (34)

也谈法和法律的关系

——兼与郭道晖先生商榷…………… 孙国华 管仁林(47)

正确实施宪法修正案第十三条须解决好的

一个学理问题…………… 童之伟(59)

罪数形态论 (上) …………… 陈兴良(67)

论判决理由…………… 叶自强(105)

## 主题评论之一：

### 关于《中国经济法纲要》的创制

《中华人民共和国经济法纲要》(起草大纲)…………… (143)

关于制定《中华人民共和国经济法纲要》的建议	杨紫烜(153)
制定《基本经济法》的框架设想	李昌麒(160)
抓紧制定《经济法纲要》完备我国经济法规体系	徐杰 刘俊海(163)
制订我国基本经济法新议	史际春(168)
经济法系统化方式的探讨	
——兼论经济法法典的制定	漆多俊(173)
经济法的创新	程信和(176)
论创制《中国经济法纲要》	陈乃新(186)
《中国经济法纲要》的体系设计与框架结构	王全兴(199)
经济法的法形式与中国经济法立法模式的基本分析	
	单飞跃 袁玲(203)
关于《经济法纲要》制定若干问题的探究	
	陆三育 李德庆(217)
《中国经济法纲要》的理论定位	程宝山(226)
制定《国民经济基本法》的框架设想	何文龙(240)

## 主题评论之二：

### 《法治及其本土资源》讨论纪实

《法治及其本土资源》随谈	许章润(245)
秋菊的困惑与织女星文明	冯象(251)
法治的本土化与现代化之间	
——也说秋菊的困惑	江帆(259)
“本土资源”问题与反普适论	
——评苏力《法治及其本土资源》	陈绪纲(266)



## 附录：循法的价值

——从行为主义角度看“法治”的含义…… 陈绪纲(275)

## 从话语的权力到游戏规则的合法性

——对本土资源的一个理解…… 朱 晖(284)

关于“本土资源”的几点说明…… 苏 力(294)

从“礼教风俗”到“本土资源”…… 尹伊君(299)

## 法治保守主义思潮评析

——主要与苏力先生对话…… 谢 晖(311)

## 法律多元论和民间法论是一种错误的和有害的主张

…… 巩献田(334)

## 如何进行法理学思考?

——读《法治及其本土资源》…… 姚建宗(359)

## 暗夜的穿越者

——对《法治及其本土资源》的解读…… 强世功(383)

## 本土资源·现代法治·学者使命

——苏力教授与湘大学者对话录

…… 肖洪泳、何志辉整理(410)

## 立法点评

## 晚近两个行政法规中刑事条款的立法越权现象评析

——兼论行政法规与刑法接轨的有效性、科学性

…… 黄庭生 孙高峰 袁江荣(435)

我国现行专利立法之检讨与完善…… 冯晓青(449)

## 社会问题评论

村民直选·村民自治·权力的社会制衡

——从村民民主选举村委会说开去…………… 胡平仁(507)

地方自治：当代中国的实践与背离…………… 胡肖华 欧爱民(524)

市场演进与法律资源供给

——温州经济之钱会制度变迁的法律分析

…………… 陈 颀(536)

## 外国法评论：非洲习惯法研究

论英国法对非洲习惯法之影响…………… 夏新华(555)

论加纳的习惯法与英国法…………… 洪永宏 苏 治(566)

## 学术随笔

读书，当求甚解…………… 陇 夫(585)

絜矩立规：领袖对法治的责任…………… 芹 夫(589)

以身作则：人民对法治的责任…………… 畴 父(593)

历史法学派的现实价值…………… 铮 言(598)

法律报刊的另一种职责…………… 湖 舟(601)

法是一种无奈的选择…………… 启 良(603)

---

## CONTENTS

### PREFACE

### THESES

- The Growth of Law ..... Cardozo (USA) ( 3 )
- Control the Moral Behavior in Official Business  
..... Vincent (USA) (34)
- Also Talking About the Relationship Between Law and  
Laws ..... Sun Guohua & Guan Renlin (47)
- The Forms of the Quantity of Crime ..... Chen Xingliang (67)
- On the Grounds of Decision ..... Ye Ziqiang (105)

### THEME COMMENTS ( I ): ON CREATING THE ESSENTIALS OF ECONOMIC LAW OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA

- The Draft Text ..... (143)
- Proposal for Creating the Essentials of Economic Law  
of the People's Republic of China ..... Yang Zixuan (153)
- Tentative Ideas on Creating the Framework of Basic  
Economic Law ..... Li Changlin (160)

- Create the Essentials of Economic Law in Earnest  
and Consummate the Economic Law System in China  
..... Xu Jie & Liu Junhai (163)
- An Exploration of the Systematizing Means of Economic  
Law ..... Qi Duojun (173)
- The Innovation of Economic Law ..... Chen Xinghe (176)
- On Creating the Essentials of Economic Law of  
the People's Republic of China ..... Chen Naixing (186)
- A Basic Analysis into the Form of Economic Law and  
Legislative Mode of Chinese Economic Law  
..... Shan Feiyue (203)

## **THEME COMMENTS ( II ): DISCUSSION ON— THE—SPOT OF RULE OF LAW AND NATIVE RE- SOURCES**

- The Perplexity of Qiu Ju and the Civilization of Vega  
..... Feng Xiang (251)
- Explanation About Native Resources ..... Su Li (294)
- A Comment on the Trend of Conservatism thought of  
the Rule of Law ..... Xie Hui (311)
- Legal Pluralism and Folk Customs Theory  
..... Gong Xiantian (334)
- Think by Jurisprudence ..... Yao Jianzong (359)
- A Walker in Dark Night ..... Qiang Shigong (383)
- Native Resources•Modern Rule of Law•Missions of

Scholars ..... Xiao Hongyong & He Zhihui (410)

## ELECTIVE COMMENTS ON LEGISLATION

A Comment on Legislative *Ultra Vires* Phenomena of  
the Penal Clauses in Two Latest Administrative Laws and  
Regulations ..... Huang Tinshen (435)

A Self-criticism of Current Patent Legislation in  
China and Make-up Measures ..... Feng Xiaoqing (449)

## REVIEW ON THE PROBLEMS IN OUR SOCIETY

Direct Vote by villagers • Self-government by villagers  
• Social Checks and Balances of Power  
..... Hu Pinren (507)

Local Self-government; Practice and Deviation in China  
..... Hu Xiaohua & O'Aiming (524)

The Development of Market and Legal Resources Supply  
—A Legal Analysis into the changes of an Economic  
System “Qian Hui” in Wen Zhou  
..... Chen Yi (536)

## REVIEW ON FOREIGN LAW: RESEARCH ON AFRICAN CUSTOMARY LAW

The effects of British Law on African Customary Law  
..... Xia Xinghua (555)

Ghanaian Customary Law and British Law

..... Hong Yonghong & Su Zhi (566)

**ACADEMIC JOTTINGS**

# 论 文





## 法律的成长\*

[美] 本杰明·卡多佐\*\* 著  
董炯 译 强世功 校\*\*\*

### 一、科学重述的需要 ——作为确定性的辅助

我们时代的法律面临着双重需要。首先是需要某些重述，这些重述从先例的荒漠中找出法律的确定性和有序性。这正是法律科学的任务。其次是需要一种哲学，它将调和有关稳定与进步的种种冲突的主张，并提供一种法律成长的原则。我们已经深切地感受到了第一种需要，它也获得了人们的广泛认可。新近组建的美国法学会（American Law Institute）正试图满足这一需要。第二种需要尽管还没有受到普遍地重视，但它正越来越获得人们的充分认识。我的这些演讲正是为了向你们揭示这两种需要，当然我更关心的是关于第二种需要。

“法律必须稳定，但它不能静止不变”。<sup>[1]</sup> 我们总是面临

\* 本文译自本杰明·卡多佐的《法律的成长》（The Growth of Law）一书的第一章。——译者注

\*\* 本杰明·卡多佐（1870~1938），美国杰出的法学家、有创造性的普通法法学家和法律论说家，曾任美国最高法院大法官。

\*\*\* 译者、校者均为北京大学法律学系96级博士研究生。

[1] Pound, Interpretation of Legal History, p. 1.