

山东大学 法律评论

第五辑

张海燕 主编

山东大学法律评论

(第五辑)

张海燕 主编

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

山东大学法律评论. 第5辑/张海燕主编. —济南:山东大学出版社,
2008.7

ISBN 978-7-5607-3611-2

I. 山...

II. 张...

III. 法学—文集

IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 107772 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

山东省恒兴实业有限公司印刷厂印刷

787×980 毫米 1/16 16.5 印张 301 千字

2008 年 7 月第 1 版 2008 年 7 月第 1 次印刷

定价:28.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

《山东大学法律评论》

(第五辑)

编 委 会

主 编	张海燕			
副主编	刘 鹏	侯艳芳		
编 委	于文豪	李冬华	赵 欣	

目 录

纪念乔伟教授逝世十周年专栏

乔伟:学贯古今享誉中外的法学家

——在“纪念乔伟教授逝世十周年研讨会”的发言 邱远猷 (2)

乔伟教授以法治吏思想研究述要 马建红 (8)

乔伟教授现代法研究述评 陈一远 (20)

试论乔伟教授的依法行政思想 于文豪 (31)

法经济学专题

合同法减损规则及损益相抵规则的经济分析 杨志利 (41)

征用的经济根据、限制条件与投资效率 魏建 李萌萌 (53)

各科专论

“宪法母法说”的理论形态及其价值转变 秦 强 (69)

论行政特许中的信赖利益保护

——以取水许可为例 肖泽晟 (80)

论应急管理中的联动机制 冯 威 (90)

日本法上的解雇制度研究

——以解雇权滥用的法理为中心…………… 战东升 (99)

现代个人破产制度发展动力比较研究…………… 刘 静 (112)

程序利益视野下的民事诉讼程序工具论:

成因、表现及出路…………… 许尚豪 (125)

论对法庭笔录的规制

——以民事诉讼法为对象…………… 邓晓静 (138)

留置权的权利属性再探讨…………… 陈龙业 (148)

译 文

独联体国家民法典中的民事权利保护:一个比较性的研究

…………… [俄]玛瑞娜·S·库拉波勒娃 著 魏磊杰 译 (156)

法学随笔

耐人寻味的吊诡

——关于2007年国家司法考试第四卷第一题的省思

…………… 骆正言 白 斌 (171)

直面法律解释技术

——读强世功《文本、结构与立法原意》——

“人大释法”的法律技艺》

…………… 陈无风 黄勇斌 鄢超 罗利丹 万成兆 (180)

2007年中日公法学研讨会专题

关于隐私权保护及个人资讯保护的日、美法理论及判例理论

——其显著区别…………… [日]阪本昌成 著 邹庭云 译 洪英 校 (190)

日本行政诉讼制度的修正及今后的课题

…………… [日]村上裕章 著 周翊 译 何东 校 (203)

著作权与表现自由

——以宪法学的视点考察著作权

…………… [日]大日方信春 著 朱莉莉 译 洪英 校 (213)

有关电子政府、行政程序的网上操作

- 的法规及其课题…………… [日]米九恒治 著 冯琳琳 译 何东 校(224)
- 自主规制的制度设计…………… [日]原田大树 著 马可 译 何东 校(236)

Contents

Special Column for the 10th Anniversary of the Death of Professor Qiao Wei

- Qiao Wei: An Erudite and Well-informed Jurist
—Speech on the 10th Anniversary of
the Death of Professor Qiao Wei Qiu Yuanyou(2)
- Review of Professor Qiao Wei's Theory of Ruling
the Officials with Law Ma Jianhong(8)
- Review of Professor Qiao Wei's Research
on Modern Law Chen Yiyuan(20)
- On Professor Qiao Wei's Thought of
Administration by Law Yu Wenhao(31)

Topics on Law and Economics

- Economic Analysis on the Principles of Mitigation
and Gains Offsetting Losses in Contract Law
..... Yang Zhili(41)
- Takings: Justification, Limits and
Efficiency of Investment Wei Jian, Li Meng-meng(53)

Review on Special Subjects of Law

- Theoretical Configuration and Value Transformation
of Doctrine of Mother-law of Constitution Qin Qiang(69)
- On Safeguarding Reliance Interest to Administrative
Special Permission—Taking Permission of Water
Diversion for Example Xiao Zecheng(80)
- On Linkage Mechanism in Emergency Administration
..... Feng Wei(90)
- Research on Dismissal System of Japanese Law
—Focused on the Legal Theories on the
Abuse of Dismissal Right Zhan Dongsheng(99)
- A Comparative Reserch on the Motive power of
Modern System of Personal Bankruptcy Liu Jing(112)
- On the Instrumentalism of Civil Procedure from the
Perspective of Procedural Interest; the Cause, the
Expression and the Methods of Resolution
..... Xu Shanghao(125)
- On Regulation of Trial Transcripts
—Targeting on the Civil Procedure Act
..... Deng Xiaojing(138)
- On the Right Nature of Lien Chen Longye(148)

Translations

- A Comparative Study on the Protection of Civil
Rights in the Civil Code of the Commonwealth
of Independent States
..... Марина С. Kulabole, translated by Wei Leijie(156)

Legal Notes

The Odd Afford for Thought

—On the Question 1 Test 4 of the 2007

National Bar Examination Luo Zhengyan and Bai Ben(171)

Facing the Legal Interpretation Technique

—Comments on *Textualism, Structuralism*

and *Originalism*: “*The Legal Art of the NPC’s*

Interpretation of the Basic Law” by Jiang shigong

..... Chen Wufeng etc. (180)

The Seminar on the Chinese and Japanese

Public Laws in 2007

Legal Theory and the Legal Precedent Theory

of the Privacy Right Protection and Personal

Information Protection Between Japan and U. S.

—Their Remarkable Differences

..... [Japan] Sakamoto Masanari, translated

by Zou Tingyun, proofread by Hong Ying(190)

Reform of the Administrative Lawsuit System

and the Future Topic in Japan

..... [Japan] Murakami Hiroaki, translated

by Zhou Yu, proofread by He Dong(203)

Copyright and Freedom of Expression

—The Examination of Copyright from a Viewpoint

of Constitutional Law

..... [Japan]Obinata Nobuharu, translated

by Zhu Lili, proofread by Hong Ying(213)

Actual Situation and Legal Problems Concerning

E-Government in Japan

..... [Japan]Yonemaru Tsuneharu, translated

by Feng Linlin, proofread by He Dong(224)

The System Design for Self-Regulation

..... [Japan] Harada Hiroki, translated
by Ma Ke, proofread by He Dong(236)

纪念乔伟教授逝世十周年专栏

【编者按】

乔伟教授(1932.1~1997.9)是我国当代著名的法学家、法学教育家和法律实践家。他是山东大学法学教育的主要创始人,曾任中国法律史学会副会长、中国法制史学会会长、山东大学法律系主任、山东大学法学研究所所长、山东省人民政府首席法律顾问。乔伟教授是一位有着坚定的人生信念和精深学术造诣的学者,因其依法行政理论和司法独立思想对中国法学研究和法制建设作出了突出贡献,并以其人品和学风对一代法律和法学工作者产生了重要影响。乔伟教授坚守知识分子的良知和气度,一生勤勉于法学与法治,不懈地追求真理和正义,其卓越人格令人景仰,其学术成就催人奋发。

2007年12月22日,山东大学法学院举办了纪念乔伟教授逝世十周年暨乔伟教授学术思想研讨会。本辑推出的“纪念乔伟教授逝世十周年专栏”,既是对一位重要法学人物的情感怀念,缅怀他对我国法学和法治事业的贡献,也是对其学术思想的重温和研究,希望以此促进山大法学教育事业的长久发展。

乔伟:学贯古今享誉中外的法学家

——在“纪念乔伟教授逝世十周年研讨会”的发言

邱远猷*

2000年10月6日,我应邀来到山东大学法学院参加了“纪念乔伟教授逝世三周年暨《乔伟文集》出版座谈会”。今天我又应邀来到这里,参加“纪念乔伟教授逝世十周年暨乔伟教授学术思想研讨会”,再一次引起了我对乔伟教授深切的怀念,思绪万千,欲言颇多,主要谈四点感言。

一、初识乔伟与最后握别

1979年9月12~18日,金秋时节,“全国法制史、法律思想史学术讨论会”在长春召开。这是“文化大革命”十年浩劫后第一次全国法律史学界具有划时代意义的盛会。我欣然前往。在这个会上,正式成立中国法律史学会。出席会议的有28个单位,83人。会上发了一个与会者名册,有一个人的名字,引起我的注目。因为他是一个最大团队吉林大学(14人,另一个最大团队是中国社科院法学所,也是14人)的第一名。专业:法制史;职务:教员;年龄:46。这不是与我同道、同龄人吗?所不同的一点,只是我的职务是讲师(1962年评的)。于是,我们有了第一次握手和最初的相识。后来,1983年他到山东大学组建法律系。任系主任不久,我路过济南时,曾去拜访过他。再后来,1983年8月17~22日,在西安召开的“中国法律史学首届年会”上,1986年8月在合肥召开的“第二届中国法律史学年会”上,1987年7月在昆明召开的“中国法制史研究会学术讨论会”上(我和张晋藩、林

* 邱远猷,男,首都师范大学政法学院教授。

中、乔伟四人同机从北京飞往昆明),1991年7月在烟台养马岛召开的“以法治史与廉政建设学术研讨会”上,1995年8月10~13日在南京召开的“中国法律史学会第五届年会暨学术研讨会”上,我们多次聚首交谈,并陆续看到他的学术著述问世。这样,我对乔伟教授逐渐有了较全面、最基本的了解,深感他这些年来,最大的变化有两点:一是学问精进,写下二百多万字的著述;二是职称职务飙升,在超越5年一评职称常规的短短几年里,由教师到讲师到副教授、教授;从“无业游民”,到山大法律系主任,山东省人民政府首席法律顾问、山东省人大代表;由中国法律史学会会员到中国法律史学会副会长、中国法制史专业委员会会长。这让我这个同道同龄之人,有点自愧不如。正当乔伟的事业如日中天之际,不料病魔袭来。在1995年8月南京会议上,我已感到他有病了。当会议组织去扬州游览时,他步履维艰,加上烈日当空,又没有带伞,大汗淋漓,我和另一位同志打开伞替他遮阳,搀扶着他,才算平安回到南京。但万万没有想到这次会面,竟成了永别。两年后,噩耗传来,乔伟教授于1997年9月12日离我们而去。乔伟教授英年早逝,是中国法律史学界的一重大损失,令人悲痛不已!

二、逆境成才,令人敬佩

乔伟教授自己在谈到他30年来的亲身体会时说过:“一个人若想在事业上取得进展,必须具备两个条件:一是才能;二是机遇。这二者缺一不可。”我理解,前者讲的是主观努力与否,后者讲的是客观环境的好坏。客观环境好,加上主观努力,从而在事业上取得进展者,这叫做顺境成才,这种人才当然值得人们尊敬;客观环境不好,甚至恶劣,只要自己加倍努力,同样能在事业上取得进展者,这叫做逆境成才,这种人才更是值得人们敬佩称赞。乔伟教授就是属于后者。综观乔伟教授65年的人生历程,似可分为三个阶段:第一个20余年,1932~1957年,从一个贫苦农家子弟成长为一个风华正茂的大学法学教师;第二个20余年,1957~1978年,从一个很有前途的青年教师变成了所谓“顽固的年轻老右派”,他“面壁十年图破壁,发奋读书求真知”(乔伟诗句);第三个近20年,1978年8月至1997年9月,从“无业游民”重返法学教育战线,勤奋著述,成绩斐然,成为著名的法学家。

乔伟教授的成才之路说明了什么?第一,说明了个人的命运,总是与国家的命运紧密地联系在一起的。当我国新民主主义、社会主义革命与建设蓬勃顺利发展的时候,乔伟从一个农家子弟成长为一名大学教师;当“左”的、极“左”的思潮影响和统治中国的时候,乔伟变成了另类“敌人”。当党的

方针、路线重新回到马克思主义轨道上来,第二个学术春天到来的时候,乔伟重返教学岗位,并很快成为著名法学家。第二,说明乔伟身上永远焕发着人生光辉的品格。这种品格,正如他的优秀弟子徐显明教授所说的,是“坚定的信念,顽强的毅力,锲而不舍的治学精神”。乔伟的成才之路,对我们活着的同道,是很有启迪意义的。年轻人应该很好珍惜和紧紧把握我们祖国当前这种初步繁荣昌盛的美好时光,努力奋进,前途似锦。年长者应该像乔伟述怀诗所说的那样:“正当夕阳无限好,还须更上一层楼。”

三、学贯古今、享誉中外的法学家

乔伟教授在重返教师岗位的十余年里,在努力搞好行政领导工作和社会工作的同时,勤奋著述,成绩斐然。仅独著的部分,就有210多万字。这种高产是在“三无”的条件下完成的:第一,那时没有电脑打字,是一个字一个字“爬格子”写出来的;第二,没有“贤内助”;第三,没有更多弟子帮忙。这是很不容易的事情。乔伟教授的学术成绩与贡献,最突出的就在于这么八个字:“学贯古今,享誉中外。”这里由于时间关系,我不全面地谈这个问题,仅就下面几点,谈谈乔伟教授的某些法学思想及其学术贡献。

(一)中国法制史的研究对象究竟应该是什么

据我的回忆,这个问题,在新中国成立以来相当长一个时期,法律史学界没有进行过深入讨论,存在着研究对象混杂不清的现象。20世纪50年代初期,我在中国人民大学法律系上研究生和任教期间,采用的主要是《苏联国家与法权通史》以及《国家与法权通史》(即苏联以外的主要外国国家与法权历史)。内容结构是“四段论”(经济基础,阶级结构,国家制度,法律制度)僵死的模式。按照这个范式同时开设了《中国国家与法权历史》课程,但尚无教材,后来有张晋藩编的《中国国家与法权通史》。60年代后该课又改称《中国政治法律制度史》。可见,当时是把国家制度和法律制度并列起来,作为一门学科的研究对象。这是不科学的,它用政治制度史代替法律制度史,把法制作为政治的一个组成部分加以研究的时候,法制史难免不得不处于政治史的从属地位,从而影响了中国法制史学科长期以来得不到独立的发展。党的十一届三中全会以来,人们思想解放,学术自由空气浓厚起来,学界对中国法制史的研究对象问题展开了讨论。1979年长春会议上,这个问题成了讨论的中心议题。当时存在着两种不同意见。第一种意见,法制史的研究对象就是法律制度的发展史,即研究在历史发展过程中法的起源、本质、类型、特点、表现形式、制定和适用,以及法同其他社会现象

(特别是国家)的联系和法的发展规律等基本问题。第二种意见,仍认为法制史的研究对象应该是政治制度和法律制度的历史。当时,韩延龙、刘海年、张晋藩、乔伟是极力主张第一种意见。可见乔伟在当时是率先提出应把政治制度和法律制度分开加以研究的人之一。正是基于这种先进的共识,1982年春,司法部法学教材编辑部组织编写了高等院校试用教材《中国法制史》,张晋藩任主编,乔伟任副主编与撰稿人。该教材最后明确了“中国法制史是研究中国法律起源、各种类型的法律制度的实质、特点、作用,及其发展演变过程与规律的科学”,不再包括政治制度,它属于另一门单独的学科。统编教材确实起到了“统”的作用,从此结束了照搬外国模式的弊端。这是一次重要的学术变革,促进了中国法制史学科的蓬勃的健康发展,将其推进到一个崭新阶段。

(二)研究中国法制史的指导原则和目的是什么

在“左”的思想路线影响下,以往法律史学界长期以来存在着一些不正确的思想倾向:一是片面地强调历史为当代政治服务,结果把法律史学变成了当代政治的婢女;二是只强调法律的阶级性,否认法律的连续性和继承性;三是为历史而研究历史。乔伟教授比较早地、旗帜鲜明地指出这些都不是马克思主义的态度,是十分错误的。他根据自己的教学与科研实践经验,总结出学习与研究中国法制史的目的应该是这样三条:第一,为深入掌握法学各个专业准备历史知识;第二,继承优秀的历史遗产来加强社会主义法制建设;第三,批判封建专制主义思想以扫除“四化”的障碍。为此,乔伟教授进一步强调要应用历史唯物主义观点来从事法律史学的研究。具体说:要坚持经济基础决定上层建筑的原理;明确上层建筑对经济基础的反作用;正确理解阶级斗争的观点;必须用历史观点来研究历史;充分占有史料,坚持史论结合。

(三)对唐律的研究起步较早,成果丰硕

我们综观《乔伟文集》六卷,不难看出,乔伟教授对上下四千多年的中国法制史,均有研究成果。在法律史学界,像乔伟教授那样能学贯古代法与现代法的法学家,寥若晨星。当然,乔伟教授治史的重中之重,是中外封建法制集大成者的唐律。因为唐律是公认的中华法系的杰出代表作,也是打开封建法史大门的钥匙。乔伟教授敏锐地捕捉到这一典型的课题,较早地起步进行研究,最终取得了重大成果。洋洋洒洒数十万字的《唐律研究》专著出版后,好评如潮。1990年,张晋藩教授评价说:“这是我们目前所能见到的新中国40年来研究唐律(刑法)最为系统、全面的著作。”乔伟教授的《唐

律研究》一个创新之处,就是首倡了古代法与现代法的比较研究,把现代法的理论引入古代法的研究。他根据现代刑法分则的体系,在“分论”部分,打乱唐律原有的篇章体例,根据每种犯罪所侵犯的客体,把唐律中 400 余个罪名,归纳为八类,以其每类的构成要件,与现代刑法中的要件进行对比。这种分类撰述的方法是一种具有开创意义的尝试,对学习和研究唐律颇有补益。他深有体会地说:“历史学家研究历史不是为了过去。如果研究历史不能从古人成与败的经验教训中找出今人应走的道路,那么历史学家不过是个文字工匠。我研究唐律的目的不仅在于证明唐律如何结构严谨、文字简洁、注疏确切和举例适当,而在于探讨贞观之治与完备的法制之间的内在联系,以此说明社会主义民主政治离不开健全的法制保障这个颠扑不灭的真理。”“总结法制经验教训,提供宝贵历史借鉴。”“研究古代的法是为了建立现代的法。”“鉴古而明今是我研究中国法制史的指导原则。”

四、敢于坚持真理的学术勇气,难能可贵

由于中国长期封建专制主义的影响,由于学习前苏联,受其政治体制的影响,由于近代中国长期武装斗争、军事上要求高度集权的影响,新中国成立以来,在一个长时期里,我们党的方针、路线、政策,偏离了马克思主义的正确轨道,法治观念比较薄弱,人治现象比较严重。其中一个突出表现,就是在司法制度上存在着“党委判案,书记定罪”的弊端。这严重影响着我国社会主义民主与法制建设。改革开放之初,不少政法工作者、法学教育工作者已经觉察到这个问题,但一般是避而不谈,原因是怕被扣上“不服从党的领导”、“向党闹独立”的帽子,弄不好还会被打成新的右派。

正是在这样的背景与环境下,1979 年 1 月 5 日,乔伟教授敢为天下先,在《人民日报》上发表了一篇引人注目的文章:《独立审判,只服从法律》。文章强调:“所谓‘独立审判’,是说人民法院在审判案件时,必须独立进行,不允许其他机关或个人以公开或秘密的方式参与或干涉审判工作;所谓‘只服从法律’,是说人民法院在审判案件时,必须严格依法办事,除法律之外它不服从任何机关或个人的指示和命令。”文章辩证地分析了党的领导与社会主义法之间的关系,提出了社会主义法是党的政策定型化,服从法律即是服从党的政策因而即是服从党的领导的观点,深刻有力地指出了人们长期形成的把服从党的领导与服从法律对立起来的错误认识。文章引起了巨大反响,受到了国家领导人的好评。还是在 1979 年,乔伟教授还发表了《独立行使职权,维护国家法制》的文章。这些理念、观点,对中国司法制度的民主化