

纪念中国社会科学院法学研究所
建所五十周年学术论文集



法苑撷英 上卷

● 陈甦 \ 主 编

中国社会科学出版社

纪念中国社会科学院法学研究所
建所五十周年学术论文集



法苑撷英 上卷

陈甦\主编

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法苑撷英 (上、下卷) / 陈甦主编. — 北京: 中国社会科学出版社, 2008. 11

ISBN 978 - 7 - 5004 - 7370 - 1

I. 法… II. 陈… III. 法律 - 文集 IV. D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 171648 号

出版策划 任 明
特邀编辑 史 维 郭 怡
责任校对 曲 宁
技术编辑 李 建

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2008 年 11 月第 1 版

印 次 2008 年 11 月第 1 次印刷

开 本 710 × 980 1/16

印 张 73.25

插 页 4

字 数 1350 千字

定 价 115.00 元 (共二卷)

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

序

今年是中国社会科学院法学研究所成立五十周年。五十年，对于一个人的生命历程，是一个不短的岁月；对于一个单位的存续过程，也是一个不短的岁月；对于那些与法学所的存续过程紧密相连的生命历程，则更是一个不短的岁月。于是，我们在回忆，在沉思，在整理，在期待……在这建所五十周年之际。

哦，一晃五十年了。近来的法学所似乎飘浮愈加氤氲的历史气息，一个个与所庆有关的话题，一场场与所庆有关的活动，让许多的人连同他们的事从历史走来，又让许多的人连同他们的事向未来走去。

法学所那座由梁思成设计、由李四光捐资的老楼，于今浸染更加浓郁的沉静沧桑。当年老北大的地质馆，今天法学所的办公楼；当年沐浴过五四运动的风雨，今天承载着法学所人对法学的耕耘、对法治的追求。这其间似有历史的暗合，法学正如社会科学的地质学。

那两扇楼门，多少年日复一日地开开合合，迎过多少我认识的和不认识的人的面庞，送过几代我知道的与不知道的人的背影。他们来去匆匆所为之事，都是与法治建设有关吧，因那些热切缜密的建言献策。

那楼梯扶手经年陈旧，扶其上下楼的当有学界耆宿，也有青年才俊。我故去的导师也扶过的，尽管我看不到扶手上是否还留有他的掌纹或手心的汗水。那些在楼梯扶手上留下体温的人，为法学界留下的更是厚重的理论积累、卓然的学术大观。

那三楼几经装修的会议室，墙壁中肯定遗存当年的声纹。多少可记载于史的学术讨论，就在这间会议室中展开。那些心系法治、情怀社会的人，就在这里呈献他们智慧的思考、理性的论断和学者

的责任。

我的办公室逼仄局促，却有历史与当下的紧密相连。有人站过的是我身边的窗前，那里映下他们曾经的沉思；有人伏案的是我眼前的桌子，那里承载他们曾经的疾书。我挨着他们的沉思而沉思，我接着他们的疾书而疾书，也许这其中就是传承。

法学所老楼是有灵气的，法学所是有灵魂的。当进入法学所任你的神思遐想或沉思默想时，分明会感到一种灵魂的萦绕与撞击，总在提醒法学所人应当是什么，总在告诉法学所人应当做什么。

五十年风风雨雨，法学所人一路走来，为人民、为社会、为学界，留下他们的智慧、他们的思考与他们的期盼。于今，我们在这浸着法学所人心血与汗水的绚烂学苑中，撷取一朵朵多彩多姿的精英，构成本书《法苑撷英》。用一张张照片，展现着法学所志同道合的生命集体；以一篇篇简历，黏合起法学所延绵伸展的奋进历史；由一篇篇代表作，映现出法学所薪火相传的学术历程。当然，这些并不是法学所的全部，这仅仅是由闪光的点构成的轨迹。因时间的仓促与收集的疏漏，还有许多法学所人的简历与代表作此次未能收录，但他们是同样闪光的点，在本书之外的轨迹中闪烁。

五十年，很是一个诱发怀旧的时刻。一天下班我走出楼外，回望法学所老楼的各个窗户，像睿智而深思的眼，与我两相凝望。似有人告诉我，怀旧一下就好，重要的是向前努力。此时，有人喊我一声“陈老师”，循声看去，一个充满青春活力的身影从楼门前飘过，在法学所院子里划出一缕朝气蓬勃的痕迹。我心释然而欢喜：是的，怀旧一下就好，重要的是向前努力，法学所有的是生命活力。

陈强 于法学所

二〇〇八年十月二十日

目 录

上 卷

高 恒：《公羊春秋》学与中国传统法制	(3)
高鸿钧：法学研究的大视野——社会理论之法	(13)
高全喜：法政思想与制度的历史生成 ——《从古典思想到现代政制》讲演录的导论	(28)
韩延龙：中国革命法制史的若干基本问题	(37)
黄 列：社会性别与国际人权法	(47)
李步云：现代法的精神论纲	(64)
李 林：论马克思主义人权观	(72)
刘海年：略论社会主义法治原则	(83)
刘楠来：国际新秩序与人权	(95)
刘作翔：扩大公民有序的政治参与 ——实现和发展社会主义民主的一条有效途径	(101)
马小红：百年中国宪政反思	(110)
莫纪宏：审视应然性 ——一种宪法逻辑学的视野	(134)
钱弘道：推进中国法治的五种力量	(144)
苏亦工：略谈“银会”：中国习惯集资机制在香港的境遇	(151)
陶正华：关于日本侵华战争损害赔偿的几个问题	(158)
王翰灵：跨界和高度洄游鱼类渔业争端的解决机制	(167)
王敏远：论设置刑事程序法律后果的原则	(181)
王叔文：论宪法的最高法律效力	(190)
吴新平：论我国宪法的和谐发展	(199)
夏 勇：民本新说 ——三联书店《民权译丛》总序	(210)
徐 炳：论“人权”与“公民权”	(215)

徐立志：略论《钦定大清商律》对外国法的移植	(224)
杨一凡：明初榜例考析	(231)
张恒山：略论和谐社会中的公平正义与法律	(244)
张明杰：信息公开与政府信息公开 ——英国信息公开法律制度研究	(252)
张少瑜：先秦兵家法律思想概要	(281)
张绍彦：刑罚是什么 ——作为生活事实的刑罚	(290)
张志铭：法的价值	(300)
赵建文：《公民权利和政治权利国际公约》当事国义务的性质	(311)
周汉华：互联网对传统法治的挑战	(320)
朱晓青：《公民权利和政治权利国际公约》的实施机制	(328)
陈根发：宽容是什么	(340)
高汉成：晚清法律改革动因再探 ——以张之洞与领事裁判权问题的关系为视角	(349)
高旭晨：传统一法系融合之基础	(358)
贺海仁：九个人统治的国度	(367)
胡水君：权利政治的中国境遇 ——《法律的政治分析》前言	(374)
黄金荣：令人生疑的哈耶克法律理论	(381)
李洪雷：行政诉讼举证责任之分配初论	(392)
李 霞：印度联邦制：特征与进路	(405)
刘海波：我国中央与地方政制结构的分析与改进	(417)
柳华文：论国际法与依法治国	(426)
吕艳滨：个人信息保护法制管窥	(434)
齐 钧：《尼布楚条约》所涉以雅库为界初考	(442)
冉井富：便利与陷阱：简论法律指标在比较法中的运用	(453)
谢海定：作为法律权利的学术自由权	(458)
瞿国强：司法者的宪法？还是人民的宪法？ ——评 Kramer 民粹主义司法审查理论	(471)
张 群：抗战、军婚与人权 ——中国近代军婚立法初探	(480)
赵承寿：论司法裁判的合法性	(491)
郑 强：关于哈特法律思想的比较研究	(501)

支振锋：法学之品性	(507)
陈春龙：我国法学体系初论	(511)
陈世荣：法律效力论	(521)
陈为典：必须使民主制度化法律化	(530)
刘 瀚：法学中的政治学问题	(535)
刘兆兴：比较法视野下的法典编纂与解法典化	(543)
王可菊：钓鱼岛及其在东海划界中的地位	(558)
王仲方：正确看待民主与法制的关系	(570)
吴大英：三权分立简论	(574)
俞鹿年：北魏前期特设或暂设将军	(581)
周新铭：略论自然法学说的历史演变	(587)

下 卷

常纪文：动物福利立法的贸易价值取向问题	(597)
陈 甦：土地承包经营权物权化与农地使用权制度的确立	(605)
陈泽宪：刑法修改中的罪刑法定问题	(616)
黄东黎：WTO 规则运用中的法治	(627)
黄 芳：中国对国际刑事法院投反对票的五点理由评析	(633)
李明德：“知识产权滥用”是一个模糊命题	(642)
李顺德：跨国公司的知识产权战略	(649)
刘仁文：调整我国刑法结构的一点思考	(658)
梁慧星：物权法草案的若干问题	(667)
邱 本：论法律的使命	(685)
屈学武：中国死刑文化的多元性与一体化探究 ——关于死刑与生命权利的文化思考	(692)
渠 涛：物权法与农民的利益	(707)
沈 涓：最密切联系的判断标准	(711)
孙宪忠：中国近现代继受西方民法的效果评述	(723)
王家福：依法治国与和谐社会建设	(732)
王保树：商事通则：超越民商合一与民商分立	(739)
王晓晔：反垄断法 ——中国经济体制改革的里程碑	(755)
熊秋红：错判的纠正与再审	(764)

薛宁兰：法定夫妻财产制立法模式与类型选择	(774)
叶自强：举证责任的倒置与分割	(783)
于 敏：劳动合同纠纷中违约受害人补救之研究	(793)
张广兴：学术规范与法学论文写作	(803)
张玉瑞：有关我国知识产权确权行政诉讼的思考	(814)
赵九燕：对专业图书馆深化改革的若干思考	(824)
周 林：信息自由与版权保护	(834)
邹海林：所有人抵押权的若干问题	(839)
陈 洁：论证券民事赔偿中因果关系的推定 ——以虚假陈述引发的侵权损害赔偿为中心	(849)
唐广良：关于域名争议是与非的反思 ——兼评“safeguard”域名争议一审判决	(864)
丁 一：宪政与纳税人权利	(875)
董文勇：我国社会保障制度发展的经济动因和宪法保障 ——兼论社会保障立法及实施	(881)
管育鹰：“刀郎”现象折射出的民间文艺保护问题	(896)
冀祥德：简者更简，繁者更繁：中国刑事审判程序深化改革的基本 立场	(904)
蒋熙辉：宽严相济刑事政策与刑事法治改革	(914)
蒋 隽：浅论 LexisNexis 数据库内容及价值	(922)
蒋小红：通过公益诉讼，推动社会变革 ——印度公益诉讼制度考察	(930)
廖 凡：我国金融混业监管的模式选择与协调机制	(940)
冉 昊：两大法系法律实施系统比较论：财产法律的视角	(950)
田建设：法律图书馆及其法学文献资源建设	(959)
王雪梅：论少年司法的特殊理念和价值取向	(967)
席月民：我国银行业反垄断执法难题	(982)
肖贤富：试论刑法管辖中的几组矛盾	(991)
谢鸿飞：非常事件中的权力策略 ——一起乡村刑事案件中法律的实践	(999)
谢增毅：对《劳动合同法》若干不足的反思	(1008)
徐 卉：公益法与公益诉讼	(1016)
余少祥：论公共利益与个人权利的冲突与协调	(1024)
张 辉：从资本市场看公司治理法制的趋同现象	(1034)

钟瑞华：论当代国际消费者法的新发展 ——以经济全球化和电子商务为背景	(1041)
陈宝树：论数罪并罚	(1051)
陈光中：国家刑事赔偿的归责原则与赔偿范围	(1065)
崔勤之：对我国公司治理结构的法理分析	(1079)
崔庆森：论我国惩治贪污立法的完善	(1088)
冯 锐：我国少年司法制度发展及完善研究	(1096)
刘翠霄：社会保障与和谐社会	(1105)
马骧聪：全面加强人与自然和谐的法制保障	(1114)
欧阳涛：安乐死与立法	(1122)
史探径：论社会法及社会保障法	(1134)
曾庆敏：论我国刑法的指导思想	(1141)
宗建文：论犯罪构成的结构与功能	(1152)

上 卷



高 恒 出生于1930年1月，籍贯湖北省老河口市。中共党员。中国社会科学院法学所研究员。主要研究领域：中国法制史、中国法律思想。1951—1955年在武汉大学法律系学习；1955—1956年在留苏预备部学习；1957—1960年莫斯科大学法律系法学研究生。

《公羊春秋》学与中国传统法制

与中国封建社会的政治经济关系相适应的中国传统法制，秦汉时期已基本形成。不过，秦时的法制基本上是以法家思想为理论指导，汉以后逐渐以儒学作为自己的理论基础。这里说的儒学，主要指《公羊春秋》学。《公羊春秋》，专门解释《春秋》的儒家经典之一，旧题战国时公羊高撰。初仅口说流传，到汉景帝时始“著于竹帛”。汉武帝时公羊学作为一门国学，设为五经博士之一，于是治《公羊传》者大增。公羊学成了显学。从政治上说，这是因为，西汉立国初期，统治者吸取秦王朝由于实行严刑峻法和横征暴敛政策，导致秦二世而亡的历史教训，政治上采用了黄老学派无为而治的主张，从而在各方面取得了显著成效。但是，执行无为而治路线又促进了诸侯国和地方豪强地主势力的增长。于是引起了中央与地方、地主阶级与农民阶级之间矛盾的激化，出现了所谓“土崩瓦解”之势。^① 在这种情况下，统治者急需改弦易辙，确立一种与封建

^① 《汉书·徐乐传》。

制度进一步发展相适应、符合长远利益的理论,作为治国方针。这时认识到儒家理论很适合需要。统治者内部经过激烈斗争,最终采用了儒家公羊学的主张。史载:“景武之世,董仲舒治《公羊春秋》,始推阴阳,为儒者宗。”^①“于是上(武帝)尊《公羊春秋》,由是《公羊》大兴。”^②经董仲舒等人发挥、宣扬的“《春秋》之义”,被应用到了中国封建社会上层建筑的各个领域,使儒家经典《春秋》,成为治世的政治纲领。近世公羊学者康有为云:“夫孔子之道在《春秋》,两汉之治以《春秋》,自君臣士大夫,政治法律言议,皆以《公羊》为法,至今律犹从之。(吾有《今律出春秋考》)”^③细检汉及以后历代法制,能清楚看出公羊学说对律令内容、司法制度、审判程序等各方面都有影响。

一、《公羊春秋》学与传统法制的指导原则

经学家评论《春秋》时说:“《春秋》有大义,有微言。所谓大义者,诛乱贼以戒后世是也。所谓微言者,改立法制以致太平是也。”^④《春秋》这部名为编年体的历史书,实际就是一部服务于封建统治者的政治教科书。汉代公羊家联系实际,将其中的“大义”、“微言”发挥、应用到社会上层建筑的各个领域,使其成为各项活动的指导方针。原因在于,所谓《春秋》要义,原本就很适合用来加强、巩固当时的政治法律制度。

1. 重“三纲”,维护封建等级制度

“三纲”,即“君为臣纲,父为子纲,夫为妻纲”。早在战国时代韩非就曾提出过此论。^⑤但是,公羊家董仲舒对于确立“三纲”的神圣地位,起了重要作用。他综合先秦儒法,以及阴阳诸家的理论,对于“三纲”问题作了全面论述,使之成为封建统治者调整社会关系的指导原则。

董仲舒说人际间的“三纲”关系,决定于“天”。他以天道阴阳关系论证“三纲”：“是故仁义制度之数，尽取之天。天为君而覆露之，地为臣而持载之。阳为夫而生之，阴为妇而助之，春为父而生之，夏为子而养之……王道之三纲，可求于天。”^⑥因而君臣、父子、夫妻之间的关系不是平等的。天、父、

① 《汉书·五行志》。

② 《汉书·儒林传》。

③ 康有为：《春秋董氏学·传经表第七》，中华书局1990年版。

④ 皮锡瑞：《经学通论·春秋》。

⑤ 《韩非子·忠孝篇》：“臣之所闻曰：‘臣事君，子事父，妻事夫，三者顺则天治，三者逆则天下乱，此天下之常道也’。”

⑥ 《春秋繁露·基义》。以下凡引《春秋繁露》文，仅注篇名。

夫对臣、子、妻而言，享有与天一样至高无上的尊严神圣地位。“父者，子之天也。天者父之天也”，“子不奉父命，则有伯讨之罪”，“臣不奉君命，虽善以叛”，“妻不奉夫之命，则绝。”^①这就是说子、臣、妻服从父、君、夫之命是绝对的，否则是最大罪恶。

董仲舒还以一种“物必有合”的哲学，说明君臣、父子、夫妻之间，一方服从另一方是必然的、合理的。他说：“凡物必有合。合，必有上，必有下，必有左，必有右，必有前，必有后，必有表，必有里。有美必有恶，有顺必有逆，有喜必有怒，有寒必有暑，有昼必有夜，此皆其合也”。^②“合”的两方有主次之分、从属之别。董仲舒从这种“物必有”的“合”中，“悟”出一个道理，人际关系中的“三纲”也是“合”的表现，它是符合自然规律的、合理的。

公羊家阐述的“三纲”学说，逐渐成为封建统治者指导臣民的行为和国家活动的理论基础。传统法制不仅体现了“三纲”精神，同时也成了维护“三纲”的工具。封建法制中的刑律就是明显例子。法律明确规定破坏纲常伦理的犯罪为不可赦免的十种重罪，即谋反、谋大逆、谋叛、恶逆、不道、大不敬、不教、不睦、不义、内乱。如果说“十恶”罪中，有些罪是沿袭秦律，以及汉初“二年律令”而来，如《睡虎地秦墓竹简》中有“不孝”罪；《张家山汉墓竹简》中有“谋反”、“不孝”等罪名以外，那么其他重罪名，可以说是根据儒家“三纲”理论而设定的。最起码可以说，这些罪名在后代法典中的位置，是按“三纲”理论的要求而排定的。翻开《唐律》就可以看到列为罪名篇目之首的是“十恶”重罪。

2. “大一统”，强调封建君主中央集权

“大一统”是儒家一贯的政治主张。孔子曾说：“天无二日，民无二王。”^③孟子强调“定于一”。^④荀子说：“隆一而治，二而乱。自古及今，未有二隆争重而能长久者。”^⑤为了适应汉武帝加强君主中央集权专政的需要，董仲舒竭力宣扬《公羊春秋》的“大一统”思想。

《春秋·隐公元年》：“春，王正月。”公羊家认为：《春秋》如是书，是因为奉行周历，以子月（十一月）为正月，以示“大一统”之意。《公羊传》解释道：“元年者何？君之始年也。春者何？岁之始也。王者孰谓？谓文王

① 《春秋繁露·顺命》。

② 《春秋繁露·基义》。

③ 《孟子·万章上》。

④ 《孟子·梁惠王上》。

⑤ 《荀子·致士》。

也。曷为先言王而后言正月？王正月也。何言乎王正月？大一统也。”^①“大”在这里是动词，作“尊崇”讲。《公羊传》这样说，表明它推崇一统。董仲舒宣扬“大一统”的用意，正是为了加强中央集权。为此，他对“大一统”进行了全面论述。

董仲舒对于《春秋》中“春，王正月”四字作了自己的解释，所谓“《春秋》序辞也。置‘王’于‘春正’之间，非（苏舆案：非，或亦之误）曰上奉天施而下正人，然后可以为云尔”^②。就是这样，将王权与天意联系到一起了。他甚至直接宣布，“大一统”是一则永恒规律：“《春秋》大一统者，天地之常经，古今之通谊也。”^③从而为实行“大一统”找到了理论根据。他说“定于一”是“天道”：“天之常道，相反之物也，不得两起，故谓之一。一而不二，天之行也。”^④按此理论，一国之中，天子与诸侯之间的关系也是如此，“不得两起”，必须是“一统乎天子”。所以，实行君主中央集权专制是合乎“天道”的。

董仲舒“大一统”的主要内容，可以概括为两点。两者又是相互联系的：

一是政治上一统，实行君主中央集权。所谓“诸侯皆系统天子，不得自专”^⑤。董仲舒说：“有天子在，诸侯不得专地，不得专封，不得专执天子之大夫，不得舞天子之乐，不得致天子之赋，不得适天子之贵。”^⑥总之，就是加强中央集权，以固专权。董仲舒认识到，巩固君主专制的重要措施，就是掌握立法、司法权。他说：“君也道，掌令者也，令行而禁止也。”^⑦这样即可保证君主对臣民的统治，否则就不能“臣天下”。

“大一统”另一个内容，即实行思想文化一统。这当是公羊家说的“大一统”应有之意。《汉书·王吉传》：“《春秋》所以大一统者，六合同风，九州共贯也。”“同风”、“共贯”，即思想文化的一统。在公羊家看来，这是一国政纪法制的基础。董仲舒向汉武帝建议“罢黜百家，独尊儒术”时，就作如此说。他说：“《春秋》大一统者，天地之常经，古今之通谊也。今师异道，百家殊方，指意不同，是以上亡以持一统法制数变，下不知所守，臣愚以为诸不在六艺之科孔子之术者，皆绝其道，勿使并进，邪辟之说灭息，然后统纪可一

① 《春秋公羊传》隐公元年。

② 《春秋繁露·竹林》。

③ 《汉书·董仲舒传》。

④ 《春秋繁露·天道无二》。

⑤ 《汉书·董仲舒传》颜师古注。

⑥ 《春秋繁露·王道》。

⑦ 《尧舜不擅移·汤武不专杀》。

而法度可明，民知所从矣。”^①“今师异道，百家方殊，指意不同”，说的是治世建国的思想路线。如在这方面不统一，不一致，必然会使法制混乱。所以要使“统纪可一”、“法度可明”，必须“罢黜百家，独尊儒术”。董仲舒的论述，与汉武帝欲实行思想文化专制的意图正合。他即位后就曾同意丞相卫绾的建议，罢黜法家、纵横家，已表露出欲实行思想文化专制的意图。

3. 尚法制，重视以律令治国

清经学家皮锡瑞说：“《春秋》近于法家。”^②他说的是《公羊春秋》。还有注释家认为，公羊家董仲舒的主要著作《春秋繁露》的某一篇章，甚至是参考法家韩非的思想写出来的^③。这些评论不无道理，公羊学派的理论确有“近于法家”之处，重视法制的功效，运用法律确立封建社会秩序，尤其注意以法律维护以“三纲”为核心的封建社会的等级制度。

首先要说的是，公羊学“近于法家”之处，不仅在于视法律为治国有效工具这一点上，他们的立论根据也相同，即认为人“皆有趋利避害”之性。董仲舒说：“故圣人之治国也，因天地之性情，孔窍之所利，以立尊卑之制，以等贵贱之差。设官府爵禄，利五味，盛五色，调五声，以诱其耳目，自令清浊昭然殊体，荣辱蹕然相骏，以感动其心，务致民令有所好。有所好然后可得而劝也。故设赏以劝之。有所好必有所恶，有所恶然后可得而畏也，故设罚以畏之。”^④这套理论的确与法家的治国之道并无不同。如《管子·明法解》说：“明主之治也，悬爵禄以劝其民，民有利于上，故主有以使之。立刑法以威其下，下有畏于上，故主有以牧之。故无爵禄则主无以劝民，无刑罚则主无以威众。”董仲舒甚至还说：“故圣人之制民，使之有欲，不得过节，使之淳朴，不得无欲。”^⑤这些话哪像儒者所说的呢？儒家不是一贯说教“立君为民”吗？

西汉武帝时期的现实政治生活也证实，公羊学大兴之时，律令日趋繁多。《史记·平准书》载，“自公孙弘以《春秋》之义绳臣下，取汉相，张汤用峻法决理为廷尉，于是见知之法生，而废格沮诽穷治之狱用矣”。公孙弘，公羊学家，与董仲舒齐名。他“治《春秋》不如仲舒，而弘希世用事，位至公卿”^⑥即相位后，以“《春秋》之义绳臣下”，实际上就是按照法家“明主治

① 《汉书·董仲舒传》。

② 《经学通论·春秋》。

③ 《春秋繁露义证·保位权》注：“此篇颇参韩非之旨。”

④ 《保位权》。

⑤ 同上。

⑥ 《汉书·董仲舒传》。