

華東政法大學

建校六十周年 《法学》创刊五十六周年文丛
总主编/何勤华 杜志淳

第9卷

法学的历史

民商法·下卷

2005年-2011年

主编/洪玉 谢青
副主编/陈康华 李红玲

華東政法大學

建校六十周年 《法学》创刊五十六周年文丛

总主编 / 何勤华 杜志淳

第9卷

法学的历史

民商法·下卷
2005年-2011年

主 编 / 洪玉 谢青
副主编 / 陈康华 李红玲

图书在版编目(CIP)数据

法学的历史. 第9卷,民商法. 下卷:2005年~2011年 / 洪玉,谢青主编. —北京:法律出版社,2012.9
ISBN 978-7-5118-3705-9

I. ①法… II. ①洪… ②谢… III. ①法学史—世界—文集②民法—文集③商法—文集 IV. ①
D909.1-53②D913.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第148369号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 妮

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/720毫米×960毫米 1/16

印张/36.5 字数/633千

版本/2012年9月第1版

印次/2012年9月第1次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-3705-9

定价:136.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

华东政法大学建校60周年
《法学》创刊56周年文丛
编委会

主 任：何勤华 杜志淳

委 员（以姓氏笔画为序）：

王月明	王 申	王立民
孙万怀	刘宪权	刘晓红
杜志淳	李秀清	李桂林
应培礼	张智强	何勤华
沈福俊	罗培新	林燕萍
洪 玉	郝铁川	顾功耘
徐永康	唐 波	童之伟
谢 青	傅鼎生	

主 编 简 介



洪 玉

英语和法学双学士学位、民商法硕士学位。曾任高校英语教师，自2004年起任华东政法大学《法学》月刊社民商法责任编辑。编辑生涯中始终坚持以文章质量为学术刊物第一生命的宗旨，倾心致力于编校质量的不断提高，在关注传统民法理论发展的同时更加注重现代商法和知识产权法领域的最新学术进展，在追踪学术前沿和热点问题的同时充分发挥理论研究对立法和司法实践的服务功能。所策划的系列专题论文，立足于法律实践难题的解决，从而获得显著的社会效应；所编辑的文章每年均有多篇被中国人民大学书报资料中心《复印报刊资料·民商法学》等权威刊物全文转载。曾两次获“上海市学报优秀编辑”等荣誉称号。



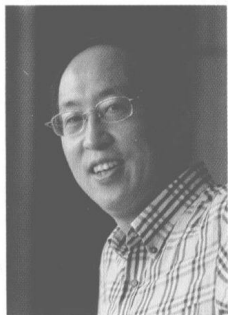
谢 青

华东政法大学《法学》月刊社编辑、出版专业技术人员。

主要研究领域为经济法、国际经济法。在法学类核心期刊发表论文若干篇。

长期从事期刊编辑出版工作。曾获上海市高校文科学报优秀编辑、第一届全国法学期刊优秀编辑等荣誉称号。

副 主 编 简 介



陈康华

华东政法大学法律学院副教授、硕士研究生导师。

主讲商法总论、商法概论、公司法、保险法、证券法等课程。出版《商法概论》、《商法》等专著，发表《论自然人破产制度》、《商法在我国法律体系中的地位》、《论股东大会召开障碍的排除》、《上市公司关联交易问题的研究》、《我国农村集体建设用地法律问题研究》、《我国医院产权制度研究》、《论商事主体资格的取得》等论文。



李红玲

华东政法大学法律学院副教授。

主要研究领域为婚姻家庭制度与继承制度，先后讲授婚姻家庭继承法、民法总论、物权法、债权法、人身权法等民法学课程。

曾就我国现行夫妻财产制度、亲子制度、离婚制度、继承制度等领域做专题研究，并在《法学》、《政治与法律》、《民商法新论》、《华政法律评论》等法学刊物及著作发表相关文章，参与《婚姻家庭继承法学》、《民法学》、《民法案例与图表》等教材的编写。

解放思想是法学进步的原动力

(代总序)

1981年11月,由华东政法大学主办的《法学》复刊了。它的复刊,源自1978年年底的那场解放思想运动。

回顾新中国60多年的历史,我们可以清楚地看到,我们国家的发展,大体可以分为30年为时段分为前后两个阶段。前30年,我们党在治理国家的指导思想方面,出现了“左”的倾向。从“批武训传”、批俞平伯的红楼梦研究、批胡风“反革命集团”到1957年“反右”运动扩大化、1962年提出“以阶级斗争为纲”,直至1966年爆发“文化大革命”,“左”的思想不断升级,最终导致国民经济濒于崩溃、各项建设事业停滞、学术(包括法学)陷入一片沙漠状态。

1978年年底,中国共产党召开了十一届三中全会,实行改革开放之国策,社会各界解放思想,因而改变了整个中国的面貌,也迎来了法学研究的春天,导致了《法学》的复刊。自那时以来,我们也已经走过了整整30年。在这30年中,《法学》在上级部门的领导下,通过全体办刊人的持续努力,紧贴时代发展的脉搏,跟踪社会发展的前沿,及时回应法律界所遇到的热点和难点问题,发表了一大批高水平的作品,对我国的立法、执法和司法实践形成了重要的理论支持,在学术界乃至全社会产生了巨大影响力,推动了改革开放以后中国法律和法学的进步与繁荣。

在回顾总结《法学》30年历程,探索法学理论与法律实践互动之规律时,我们感受最深的一点就是,解放思想是法学进步、繁荣的原动力,没有中国的改革开放和解放思想,就没有中国法律和法学的今天,更没有《法学》的今天。

—

关于解放思想,邓小平同志有一个定义,就是“解放思想是指在马克思主义指导下打破习惯势力和主观偏见的束缚,研究新情况,解决新问题”。^①这个定义,包含了三个要素:(1)马克思主义的指导,讲的是政治立场和认识论、方法

^① 《邓小平文选》(第2卷),人民出版社1994年第2版,第279页。

法学的历史 第9卷 民商法下卷(2005年~2011年)

论;(2)打破习惯势力和主观偏见的束缚,这既包括政治体制上的,也涉及其他各个领域里的;(3)研究新情况、解决新问题,就是要跟上社会发展的步伐,与时俱进。因此,在某种意义上可以说,解放思想的精神实质就在于:一是说真话;二是实事求是;三是不唯书、不唯上;四是打破不合理的偏见和传统;五是在理念、观点和制度上创新。

30年来,《法学》就是贯彻了这一精神,解放思想,不断进步。其中,冲破政治上习惯势力和主观偏见的束缚,提高法学研究在我国政治体制改革中的贡献度,是《法学》首先关注的重点。众所周知,法律与政治紧密相关,法学研究也与社会的政治决策息息相关。要使法学研究对同时代的乃至以后的政治决策有所贡献,必须解放思想。换言之,法学研究在推动社会政治体制改革、回应社会重大政治问题时,如能解放思想、提出有真知灼见的建言建策,就会大大彰显法学研究的贡献。1982年春天,当我国立法机关将宪法草案提交全国人民讨论时,《法学》月刊社就召集各方面专家,就其内容进行广泛讨论,参与者有徐盼秋、潘念之、肖蔚云、高恭佑、浦增元、孔令望、陈云生、胡士贵、周天平等众多法学界知名人士。各位专家学者解放思想,破除禁忌,充分讨论,各抒己见。《法学》在第6期、第7期连续刊登了他们的建言建策,对我国宪法内容的确定产生了很大的影响。

1982年9月1~11日,中国共产党第十二次全国代表大会召开,大会通过的新党章明确规定:“党必须在宪法和法律的范围内活动。”但是,如何理解和执行党章的这一规定,许多党员甚至党的领导干部对此还存在许多疑问。当时,许多领导都曾提出了“到底是法大,还是党委大”的疑问;也有领导认为,规定党必须在宪法和法律范围内活动,就会束缚自己的手脚,妨碍开创新局面。针对党的十二大召开后社会上和党内存在的这些想法,《法学》1982年第11期刊登了楚云飞的文章《在宪法和法律范围内活动是党的一项重要原则》,系统阐述了党章这一规定的法理基础,强调我们必须解放思想,充分认识这一规定对推进我们执政党的建设和推动我国社会主义法制发展,全面开创社会主义现代化建设新局面的极其重要意义。

随着1992年10月12~18日党的十四大提出建设社会主义市场经济的改革目标后,我国市场经济发展迅速,宪法的许多规定就显得落后于客观形势的发展了,但是,真的要提出修宪的主张,在当时还是存在一定风险的。《法学》就在这一点上,以极大的理论勇气,于1992年第12期,以纪念宪法诞生10周年为契机,发表了评论员文章《修宪:市场经济发展的必然要求》。该文指出,修宪问题,无论从宪法学抑或法理学角度来看,应属技术性问题。然而,由于特定的历



史条件,重提修宪问题,就不能不在某种程度上引起人们的高度警觉和重视。但是,社会主义市场经济的发展,出现了众多宪法上没有规定的事项。例如,“随着改革开放的不断发展,出现了多种经济形式并存的局面,特别是许多合营、合资、私营企业的出现,能否对这些经济形式进行保护,关系到改革开放能否向纵深发展的问題,而宪法对此并未规定”。同时,改革开放需要合法地出租、转让土地,而这一点也是宪法禁止的。因此,在适应社会主义经济发展和改革开放的历史要求下,1988年,我们就对宪法进行了修改,允许私营经济形态的存在,以及取消了对土地出租和转让的禁令。现在,改革开放的进程和社会的发展,又一次需要我们对宪法做更大范围的、更大规模的修改,我们应当与时俱进,完成这一历史使命。在发表评论员文章的同时,这一期还刊登了孙潮、戚渊的《论确立市场经济的宪法地位》、李伟的《宪法权威论》、李步云的《不断完善中国人权的保障体系》等文章,对修宪涉及的各个领域的一些重要问题作了阐述。《法学》的这些文章,虽然发表在邓小平同志1992年南方讲话之后,但此时在我国,修宪问题还是一个禁区,因此,发表上述言论还是冒了一定政治风险的。

在法理学领域,关于法的定义这一核心问题,在新中国成立的前30年,基本上是“阶级斗争论”、“阶级意志论”一统天下。要冲破这一禁区,必须鼓足勇气,在法学理论上来一个大胆的突破。而在这方面,《法学》也走在了全国研究的前列。1986年,《法学》在第1期《新年寄语慰读者》中,率先提出:“科学是没有禁区的,有禁区就不会有发展和深入。法学研究也是如此。”“近年来,我国法制建设和法学研究的现状表明,法学理论的研究正面临着改革和挑战,无论在内容和方法上都亟须有新的突破。”“我们认为,无论是基础法学还是应用法学的研究,都应该把焦点对准现实中涌现出来的或者是历史上没有解决的问题,应该重视和倡导‘问题法学’的研究。”

同期刊登的《中国法制报》政治评论部主任张宗厚的《对法的三个基本概念的质疑》一文,对现行的法的定义中三个核心命题——“法律是阶级社会特有的现象”、“统治阶级意志论”和“阶级性是法的唯一属性”进行了质疑,提出了不同观点,并予以系统阐述。同期还刊登了陈浩然的《对“质疑”的质疑》一文,与张宗厚文中的观点进行了讨论和争辩。《法学》1986年的《新年寄语慰读者》和张宗厚、陈浩然文章的发表,在我国法学界激起了巨大的冲击波,给我们的思想以极大的震撼。因为直到20世纪80年代中期,上述从苏联引进的关于法的定义的三个核心命题,是我们熟悉并认为是天经地义的,几乎从未有人提出质疑。而张宗厚的文章则颠覆了我们的传统法学观,其震动不能说不大。而陈浩然的文章,虽然是对张宗厚观点的反质疑,阐述的力度相对小一些,但陈文给学术界带

来的推进学术研究“百花齐放、百家争鸣”的贡献,则有目共睹。

在法学研究发展中,一直让我们法律人纠结的就是政治与法律的关系问题。而在阐述法律与政治之关系时,思想最为解放的文章,就是陈鹏生在《法学》1987年第1期发表的《没有法律的政治是危险的政治——法学研究的反思》一文。文中指出:“本来,政治和法律都是上层建筑的组成部分,相互作用,共同为自己的基础服务,是马克思主义的常理。但是,由于高度集权思想的影响,政治被强调到可以冲击,甚至代替一切的荒谬地步。政治与法律相互作用的关系,变成政治决定法律的关系。而按照‘左’的一套理论的逻辑推导,政治就是阶级斗争,阶级斗争就是敌我矛盾。于是服务于并决定于政治的法律,就只能是阶级性作为自己的唯一的质的规定性,以‘阶级斗争的工具’作为自己的唯一职能了。以法作为自己研究对象的法学,当然也只能是‘阶级斗争’的[学问了]。”

作者认为,这种理论的后果,一方面,使法律失去了自己的独立性,唯政治需要决定自己的兴废存亡:政治安定时,法律成为民主的点缀;政治严峻时,一言可以废法,实际上是以“人治”代替了“法治”。另一方面,也把法律与阶级斗争捆在了一起,使法律与政治一起成为学术讨论和争鸣的禁区,“一旦涉及,就‘以言治罪’,出现‘文笔贾祸’,法学研究也就不复存在”。作者进一步指出:“我们的民主,首先是制度,然后才是干部的思想作风。否则民主就会随领导的喜怒哀乐而变样。因此,要政治民主化,就应该依靠法律制度,保障民主不会因领导人的改变而改变,也不能因领导注意力的转移而改变。我们的法学家,应该通过对法制建设深刻的历史反思,从理论上令人信服地告诉人们千万不要忘记一条历史教训:政治离不开法律,没有法律的政治,是危险的政治、灾难的政治。”因此,为了防止这一点,我们必须研究如何通过法律来保障公民权利义务一致性原则的确立和实施,以及这种意识的形成。

应该说,作者关于“没有法律的政治就是危险的政治、灾难的政治”的观点,不仅是对中国“重政治,轻法律”,崇尚“人治”,轻视“法治”之传统的深刻揭示和批判,而且也阐明了理顺法律与政治的关系,对防止历史悲剧的再次发生、建设社会主义法治的重要意义。应该说,在当时的环境下,没有思想的解放,是不可能如此大的理论勇气提出这么尖锐和鲜明观点的。^①

^① 就在此文发表两年前,谢次昌在“论政治与法律的关系”一文中,还强调“政治与法律相比,政治总是处于主导地位,法律的制定和实施必须服从政治的需要”,载《法学》1985年第5期。

二

解放思想也促进了法学研究在我国经济体制改革中推动作用的发挥。1982年中期,随着我国改革开放的深入,社会主义经济体制转型,经济领域犯罪日益增多且形态各异,尤其是许多正常的经济活动和犯罪行为容易混淆,这对我国的法学理论研究和定罪量刑等都提出了严峻挑战。《法学》解放思想,敢于打破常规,使法学研究及其对司法实践的指导走在了全国的研究前沿。《法学》1982年第7期刊登的一组关于“职工受外单位聘用接受高额报酬是否构成犯罪”的讨论文章,就是突出的一例。

当时,随着打击经济领域犯罪的深入展开,不少单位和群众对一些在职的或退休的职工受外单位聘请、接受高额报酬的行为,向有关机关举发。当时政法机关内部对这类行为到底是否属于犯罪产生了很大分歧。而这种分歧,在1982年春上海某区人民法院受理检察机关诉上海某国营工厂的技术人员王某受贿^①一案中获得了集中体现。从1980年起,王某私下接受外单位(自己的家乡奉贤县钱桥公社橡胶塑料厂)的委托,在业余时间,利用本单位的设备,从事产品试制并获成功。由此给钱桥公社橡胶塑料厂带来了巨大利润,王某也从该厂获取报酬3800余元。检察机关认为王某的行为已构成受贿罪,依照《刑法》第185条规定,予以公诉,要求惩处。在审判机关内部,有认为该定受贿罪的,有认为该定贪污罪的,有认为该定投机倒把罪的,有认为该定破坏经济秩序罪的,也有认为不该定罪的,等等,不一而足。《法学》抓住这一典型案例,组织专家进行深入讨论,最后一致认为,王某的行为虽有瑕疵,犯有错误,但还未构成犯罪,不该定刑。特别是,在改革开放的大背景下,为加快社会主义现代化建设事业,法律必须引导广大技术人员发挥自己的专长,多为国家做出贡献。而在此过程中,他们的劳动必须得到尊重,必须获得报酬,这不仅不是犯罪,而且是法律应该鼓励的行为。《法学》所发表的专家意见受到了司法机关的重视,不仅王某最终没有被定罪,而且对以后一些在职的或退休的职工受外单位聘请、接受高额报酬行为的评价也发生了良性变化。^②

^① 根据《法学》1983年第3期发表的龚介民的“重视韩琨案件中的法律与政策问题”和张传桢、铁型的“韩琨案功与罪之争”,载郭道晖、李步云、郝铁川主编:《中国当代法学争鸣实录》,湖南人民出版社1998年版,第285页。王某的真名是韩琨,上海橡胶制品研究所助理工程师。

^② 之后,《法学》还接连讨论了刘亨年、戴振祥等有罪还是无罪的案件。参见《法学》1987年第7~11期、1988年第10~12期。

当然,《法学》在经济领域发表学术观点,并有力地冲击了传统法律观点、推动了我国社会主义市场经济体制确立的最有影响力的文章是曹建明、钱富兴、顾长浩、李朝兴所写的《外商租用土地与经营房产业的理论与实践》。^① 该文指出:“土地是一种重要资源,也是利用外资、引进技术、进行生产和经营活动的基本条件。”“因此,发挥土地经济杠杆在对外开放中的积极作用,实行出租土地给外商从事综合性经济活动,并允许外商在我国购买和经营房产的政策,将涉及我国对外开放中土地和房产两个方面的法律问题,而其中地产业的问题又是最为关键的。”“外商租用土地和经营房产业,可在相当的程度上解决开放城市建设资金不足、外汇不平衡的困难。”

文章接着阐述:实行出租土地给外商以及允许外商在我国购买和经营房产的政策,在目前还是一个非常复杂和严重的问题,比如,允许外商租用开放城市的土地,“是否会重演帝国主义在半殖民地旧中国建立租界的悲剧”? 作者认为,不会。因为“在对外开放中出租土地给外国投资者,与帝国主义在旧中国的租界是有本质区别的”:不仅性质不同,前者是经济活动范围的概念,后者是政治主权的概念,而且产生的原因和条件也不同。作者接着进一步就外商租用我国土地问题的理论依据和法律依据进行分析。比如,出租土地的法律行为并不违背马克思主义的基本理论,也不违反我国的宪法和法律;各国关于外国人租用本国土地的法律制度及其在我国的实践;外商租用土地、经营房产与开放城市经济发展战略的协调;外商租用土地和经营房产业的法规及其协调;等等。

文章刊登后,在全国引起了很大反响。虽然也有一些不同的观点,认为文章提出的主张违反了我国1982年《宪法》第10条关于“任何组织或者个人不得侵占、买卖、出租或者以其他形式非法转让土地”的规定(因为此时宪法尚未修改),因而是违宪的。^② 但大多数学者对文章的观点表示理解、支持和赞赏,认为文章回应了我国改革开放带来的引进外资、迅速发展我国市场经济的实践所提出的实际法律问题,具有重大理论指导意义。1988年宪法修改,吸收了文章提出的观点,取消了出租和转让土地的禁止条款。文章发表以来,我国经济发展的实践证明该文的正确以及它的强大生命力,也证明了《法学》思想的解放以及非常的理论勇气和远见卓识。

① 参见《法学》1986年第7期。

② 实际上,文章本身已经回答了出租土地给外商是否违宪的问题,文章认为,《宪法》第10条并没有禁止“国家”出租土地的行为,只禁止了组织和个人;当时已颁布实施的《中外合资经营企业法》中已经规定了允许出租土地给外商。

三

解放思想也促进了法学学术的进步与繁荣。学术的进步与繁荣,最为重要的就是营造一个有利于学术讨论与学术争鸣的环境和氛围。而这种环境和氛围的形成,必须是在解放思想的前提下,能够说真话,实事求是,不唯书、不唯上,打破不合理的偏见和传统,在理念、观点和制度上创新。在这方面,复刊后的《法学》做得非常好。

比如,在1981年的复刊号上,就发表了华东政法学院院长徐盼秋的《关于社会主义法律与客观规律》一文。在文中,作者解放思想、实事求是,一层一层地分析批判了以往片面夸大意志的作用,要人治,不要法治,权大于法,以言代法等不顾社会发展客观规律的错误观点,明确指出,“利用客观规律来造福于国家和人民是社会主义法律的光荣任务”,但我们“要利用客观规律,必须首先掌握客观规律”。作者认为:“社会主义法律必须反映客观规律,但是它并不等于客观规律。”“客观世界是不可穷尽的,人们对于客观世界的认识也永远没有完结。所以,人们只能随着对客观规律认识的发展来不断完善社会主义法制。”作者最后指出,社会主义法律,作为社会主义社会上层建筑的一部分,它对客观规律的反映,与上层建筑的其他部分相比,具有自己的突出特点:社会主义法律对客观规律的反映不是以原理、定律等科学理论的形式,而是以法律条文的形式使其规范化;被社会主义法律所反映的客观规律,有国家强制力的保障,这使它本来就具有的客观必然性更加强化,能够加速这种客观必然性的实现;法律对客观规律的反映具有稳定性和严肃性,如果能够坚持以法治国,国家就会以更加符合客观规律的方式获得迅速发展。

与徐盼秋的文章相呼应,《法学》1982年第5期发表了余先予的《论法律自身发展的客观规律》一文,该文将社会主义法律与客观规律的学术探讨进一步引向深入。余文指出:“法律自身发展规律的问题,与法律表现客观规律的问题,是两个不同范畴的问题。前者是指法律这种客观的社会现象的自身发展受哪些客观规律的支配;后者是指法律这种客观事物与其他客观事物之间的关系。为了更好地完善我们的社会主义法制,我们不仅要研究法律与其表现的客观规律之间的关系,而且也要研究法律自身发展的客观规律,使我们的法律既符合客观形势所提出的要求,紧密地为解决党和国家所面临的各项任务服务,又符合法律自身发展的要求,建立完备的社会主义法律体系,真正担当起社会主义时代的历史所赋予法律的任务。”

那么,纵观数千年法律发展的历史,它有哪些规律呢?余先予教授认为,法律自身发展的规律,主要有五个方面:第一,法律制度本身是一种社会的客观存在,它源于物质生活关系,受社会经济条件制约,不是什么人想要就要、想不要就可以不要的东西,也不是可以随心所欲地“创造”的东西。第二,法律都具有鲜明的阶级性,它是取得胜利、掌握政权的阶级意志的体现,是建立和维护有利于统治阶级的社会制度和社会秩序强有力的杠杆。第三,法律由国家机关制定或认可,以国家强制力为后盾,对全社会具有普遍约束力。第四,法律以肯定的明确的行为规范的形式,给予法律关系的当事人以权利和义务,规定他们可以做什么,不可以做什么。第五,法律制定出来就必须执行,在现实生活中兑现,务求做到有法必依,执法必严,违法必究。

又如,比较法研究,包括法系理论,在新中国成立的前30年,是一个遭受批判的领域,也几乎是一个被人们所遗忘的领域。直至改革开放之后的20世纪80年代初,比较法研究和法系理论依旧被认为是资产阶级的学术观点,是西方资本主义的研究领域。在此时,《法学》解放思想,冲破上述认识的樊笼,在全国率先提出比较法和法系的问题,在王召棠、陈鹏生的《社会主义中国法系初探》^①和王召棠、张传桢、陈鹏生的《对中国式社会主义法律体系的探讨》^②等文章中,作者旗帜鲜明地提出:“法系不应是资产阶级法学的专用语,而应是整个法学领域中应该着重研究的一个课题。”建立中国社会主义法系,必须肃清重刑轻民的历史影响,必须正确地处理好政治与法律的关系,肃清以政治代替法律、冲击法律的思想影响。应该说,这些观点不仅在当时,即使在目前,也是一种解放思想的观点。

再如,虽然我国于1982年12月通过了新中国的第四部宪法,但宪法理论的研究并没有很好地展开,这当中,除了人们还没有从1966~1976年10年“文化大革命”的噩梦中清醒过来,我国在言论自由方面还没有确立很明确的法治原则(对此,骆伟雄的《言论自由的若干法律问题》一文^③有很好的分析)之外,宪法学研究者不能解放思想、缺乏理论勇气也是一个重要原因。对此,我国著名的比较宪法学家龚祥瑞的《中国需要什么样的宪法理论》^④一文,勇开先河。龚文认为,宪法意识是从“权力必须受到限制”这个思想出发的。各国宪法规定的限制权力的表现形式可能有所不同,但立宪政府的一个共同信念,就是政府权力不

① 载《法学》1982年第2期。

② 载《法学》1983年第5期。

③ 载《法学》1989年第2期。

④ 载《法学》1989年第4期。

能无限。而宪法就是授予和限制权力的根本法,它规定了立法、行政和司法机关的职责以及彼此的监督和制约,规定了对公民权利的保障,这就是现代宪法的由来。因此,“宪法是治国之法,治官之法,是从崇尚个性解放,保护私有财产,保护人身、言论出版等自由,遏制暴政、苛政,保障公民利益出发的”。“针对权力的先定性和腐化性、侵略性,人们就要用宪法与行政法来约束它、管制它,使之分别由不同主体行使,并置于人民监督之下,这才是我们重新开始要做的。”作者最后指出:“宪法是保护人民利益的根本大法。我们要研究人性中残酷的一面、人间的疾苦的一面,忠诚地以人类追求正义的精神而不懈地积累、更新如何预防权力被人类弱点所滥用的根源、技术和方法,重新开始宪法理论问题的研究。”

重读 20 多年前文章中这些即使在现在看来思想也是非常解放的观点,我们不得不佩服作者的理论勇气,也不得不佩服《法学》思想的解放。我们认为,龚文的上述观点,对新中国宪法学的研究一定具有长时间的理论指导力和学术影响力。

又如,就我国改革开放之后几次大的法学学术理论探讨,关于开展法学基本理论研究、关于开展社会主义法律体系的讨论、关于社会主义法的本质、法哲学的内涵和价值、^①法的阶级性与社会性、宪法司法化、复员军人进法院、“坦白从宽,抗拒从严”的质疑、“婚内强奸”的讨论、法制建设协调发展、^②罪刑法定与罪刑相适应的原则、^③关于“廉政建设的法律思考”、法学的现状与发展、著名学者论依法治国、“克隆人”与法律、社会主义法的精神、^④创新和繁荣法学理论笔谈、^⑤《物权法》草案是否“违宪”、检察监督权之探讨、“双规”的合宪性等,《法学》的研讨也都是走在全国前列的。如关于中国社会主义法的体系的讨论,曾

① 如傅季重:“法律哲学研究的对象及其任务”,载《法学》1982 年第 3 期;公丕祥:“也谈重视法哲学的研究”,载《法学》1983 年第 4 期。

② 详细参见《法学》1984 年第 5~10 期、第 12 期所发文章。

③ 罗平:“同名数罪,毋须并罚”,载《法学》1982 年第 10 期;邹涛:“关于同种数罪及并罚问题”,载《法学》1983 年第 4 期;魏皓奔:“也谈‘罪刑适应’”,载《法学》1983 年第 7 期。

④ 郭道晖在《法学》1994 年第 10 期发表了“社会主义自由——当代社会主义法的精神”,从孟德斯鸠的著作《论法的精神》一书中的思想,谈了“法的精神”的科学含义以及社会主义法的精神的问题。张光博在《法学》1995 年第 5 期上发表了“法的精神与法律精神论略——与郭道晖同志商榷”。郭道晖在《法学》1995 年第 6 期上再发“再论社会主义法的时代精神——答张光博教授”一文,展开了激烈的思想交锋,引起了法学界的关注。

⑤ 参见《法学》1987 年第 1 期至 1988 年第 8 期。其中,有些文章探讨的问题在当时都是非常前沿和大胆的,如夏之的“对‘马克思主义法学’提法的商榷”,魏皓奔的“社会主义社会同样产生犯罪”(当时许多人都认为只有资本主义才是产生犯罪的“温床”),崔敏的“客观性也是法的本质属性”,周叶中的“宪法实施:宪法学研究的一个重要课题”,舒国滢的“对法概念之争的思考”,吴家如的“法学研究应从适应型向创造型转变”,杨海坤的“对建立我国行政诉讼制度的思考”,等等。

经是改革开放初期我国法学界热议的课题,《法学》于1983年4月21~29日联合中国社科院法学所,在上海率先举办了关于法律体系和法学体系的专题研讨会。当时的一些法理学大家,如吴大英、沈宗灵、刘瀚、齐乃宽、王传生、陈汉章、余先予积极参加,撰文发言,有力地推动了中国社会主义法律体系和法学体系的形成。

尤其是从1997年起,《法学》在当时的主编郝铁川教授的主持下,连续刊登了一组“建国以来法学界重大事件研究”的文章,其中有《对新中国摧毁旧法制的历史反思》、《“刀把子”风波记》、《无罪推定在新中国的命运》、《1957年错批杨兆龙的“法律继承论”纪实》、《关于80年代“法的社会性和阶级性问题”大论战》、《关于前苏联法对中国法制建设的影响》、《人权禁区是怎样突破的》、《人权研究中的一场风波》、《一场有缺陷的司法改革》、^①《“再为司法独立鼓与呼”一文的风波》、《“法权”还是“权利”之争》、《从“法制”到“法治”二十年改一字》、《新中国第一次法理论术会的回忆与思考》、《五十年代〈法学〉为何被迫停刊的》、《1996年“晓南”风波纪实》、《1957年的王造时》、《关于更改反革命罪名的风波》、《死刑的限制与扩张之争》、《正当防卫立法的进展与缺憾》、《我们是如何逐步实现“罪刑法定”的》等。这些文章,后来结集为《当代中国法学争鸣实录》一书,^②在湖南人民出版社出版,在法学界引起了很大的反响。

最后,《法学》还非常重视对实务法律问题以及重大疑难案件展开学术研讨,直面社会现实对法学研究提出的要求,并给予法律实践以指导。这方面的例子非常多,如1997年对“碧纯”水侵权案件的研讨,1999年对“枫叶”诉“鳄鱼”不正当竞争案件的研讨,2000年对全国首例老虎袭人致死案件的研讨,对2001年綦江彩虹桥垮塌案件的讨论,2001年深圳中级法院审理之中国首例贞操损害赔偿案件的研讨,对2002年“陆来富案件”的研讨,2003年对“孙志刚案件”的研讨,对2005年“圆明园环评事件”的研讨,2008年年初关于“许霆案”、“孕妇死亡案”、“彭宇案”的讨论,2009年对“杨佳袭警案”、“齐玉苓案”的热议,等等。与此同时,《法学》也积极参与我国的立法活动,组织专家学者就各项法律草案进行学术研讨,对立法活动建言献策。其中最主要的有《立法法》、《行政处罚法》、

① 主要指1952年的司法改革运动。这场运动的结果:一是将6000多名旧法人员从我们的审判队伍中全部剔除了出去;二是将“法律面前人人平等”、“司法独立”、“法不溯及既往”、“尊重诉讼程序”等观点全部认定为“旧法观点”而予以彻底批判;三是用马克思主义和毛泽东思想的国家观和法学观武装我们的司法干部。详细参见何勤华:“论新中国法和法学的起步——以‘废除国民党六法全书’与‘司法改革运动’为线索”,载《中国法学》2009年第4期。

② 郭道晖、李步云、郝铁川主编:《当代中国法学争鸣实录》,湖南人民出版社1998年版。

《行政复议法》、《行政许可法》、《公务员法》、《公司法》、《物权法》、《劳动合同法》、《刑法(修正案)》、《刑事诉讼法》、《国家反腐败法》、《能源法》、《水污染防治法》、《反垄断法》、《政府采购法》、《监督法》、《罢工法》等。从而为我国新时期的立法、加快形成社会主义法律体系做出了贡献。

四

《法学》复刊30年的历史证明,一本杂志的进步需要解放思想,一门学术的进步也需要思想解放。这一点不仅仅是《法学》复刊30年的经验和教训,也是它之前的历史透视出来的经验和教训。

《法学》创刊于1956年6月15日。当时,正是中华人民共和国第一部宪法1954年宪法颁布实施、全国法制建设形势一片大好之时,《法学》(1956年创刊号及后面两期刊名为《华东政法学报》)应运而生。从其诞生的第一天开始,它就宣称要解放思想,鼓励学术创新,展开“百家争鸣”。其发刊词称:“‘百家争鸣’是推进学术思想的重要精神。不奖励自由思想,不展开自由讨论,没有批评和自我批评,学术上就不会有进步,不会有新生力量。《华东政法学报》将充分体现‘百家争鸣’的精神,重视有独立劳动和首创精神的作品,重视‘问难析疑、求同存异’的学术争论。”^①

正是在上述解放思想的指导方针下,《法学》在其创刊至1958年9月16日被迫停刊,这不到3年的时间内,发表了一批解放思想、极富学术创造力的好文章,如梅泽潜的《哲学上的因果关系及其在刑法中的运用》、^②李良的《“百家争鸣”和法律科学》、^③刘焕文的《在“百家争鸣”中谈旧法思想》、^④杨兆龙的《法律的阶级性和继承性》、^⑤孙晓楼的《关于中国法学遗产问题的看法》、^⑥黄道的《略论刑事诉讼中的无罪推定原则》、^⑦张光博的《关于“公民在法律上一律平等”的

① 载《华东政法学报》1956年第1期。

② 同上。

③ 载《华东政法学报》1956年第2期。

④ 同上。

⑤ 载《华东政法学报》1956年第3期。

⑥ 同上。

⑦ 载《法学》1957年第2期。