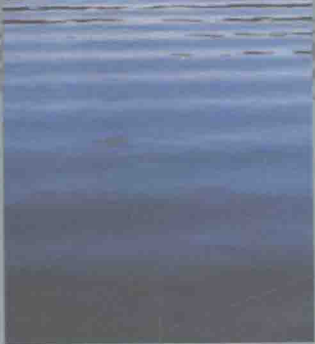




湘江法律 评论

●湘潭大学法学院编
●湖南人民出版社

第4卷

湘江法律评论

第四卷

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
(第四卷)
湘潭大学法学院编

*

湖南人民出版社出版、发行
(长沙市银盆南路78号 邮编:410006)
长沙鸿发印务实业有限公司印刷
2001年5月第1版第1次印刷
开本:850×1168 1/32 印张:17.375
字数:396,000

ISBN7-5438-2593-7
D·357 定价:32.00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

主 编：胡旭晟

本卷执行编辑：

胡旭晟 胡平仁

廖永安 刘 丹

何志辉

卷首语

大凡学术文丛，开门见山，首先出现在读者面前的，往往是主编所写“卷首语”一类的文字。用我们业内的法言法语来夸大一点说，这几乎已是一个不成文的习惯法了，就仿佛平日里下馆子，刚到门口，迎接我们的第一道程序，多半是迎宾小姐或老板娘微笑着前来讲些礼节性的话语或介绍本店特色之类。《湘江法律评论》自然亦不能免俗，前三卷里我都依葫芦画瓢，一一照惯例炮制出千余字的短文来。待到编完第四卷时，我却开始犹疑起来，开始反省这惯例的合理性，开始考虑为何人人要写卷首语或者是否可以不写这人人都习以为常的卷首语。

说到下馆子与看书刊杂志，它们倒真还有几分相似。比方说都是为了吸纳食粮，而为了同样的功能，一个离不开“菜单”，一个少不了“目录”。虽然后者“吃”的是精神食粮，似乎要比前者高雅些，但其实，我们中国人下馆子，除了裹腹充饥之外，也还要讲口味情趣，讲饮食文化，讲各地各店的特色，并且，这两者间的界线是越来越难以弄清了，譬如，现今电脑操作中，用的就不是“目录”而是“菜单”。这么一来，学术文丛之有卷首语，便真如饭馆迎宾或介绍特色一般具备合理性了。当然，仅止这些，卷首语的合法性还是不够的。下馆子之所以要有人介绍“特色”，只因个中物质食粮在上桌入口

之前几乎均非成品，凭寻常食客的法眼是无以辨明其中味道和情趣的。而读学术文丛则不同，看客们多半是行家，且摆在眼前的又无不是成品，孰优孰劣，何需主编来做王婆式的饶舌？但，古语有云，“文章千古事，得失寸心知”，编完一部书刊，付出一番心血，主编又焉能无话要说、无情要诉？这般看来，主编之写卷首语，其实不必着意为、也并非着意为看客着想，其真谛所在，不过是抒发自我胸臆或为自己的创作寻找合法性而已。

讲了这么多关于“卷首语”的题外话，下面也该言归正传了。本卷的“主题评论”是围绕我国现行民事诉讼立法来进行的。这几年来，随着司法改革的话题日益升温，现已实施近十年的民事诉讼法典也日渐凸显出它的种种缺陷，各界的修改呼声亦随之高涨。作为对这一社会现实的关注和回应，我们“蓄意”策划了这个专栏。不过，该栏目得以顺利登台，当主要归功于江伟教授的精心组织和廖永安君的辛勤奔波。

自第二卷首开“海外学者评中国法”专栏之后，我一直设想能够较为全面地介绍海外某一国家或地区评析中国法的成果，而由于文化上的亲缘关系，我首先想到的，自然是日本学界。幸赖好友丁相顺博士的鼎力相助，我这一愿望才有了一个初步的实现。为配合前述主题评论，本卷先期刊发木间正道和铃木贤两位教授就中国诉讼制度分别撰写的长篇论文，其余大部分文稿则留予第五卷。我们相信，域外学者独特的视角和新颖的见解将带给国内同仁诸多的启迪。

本卷隆重推出的新专栏是“湘大论坛”。说起她的来历，倒也有几分复杂。近三年来，湘潭大学法学院的对外学术交流有了长足的进步，国内外许多知名法学家亦先后应邀前来讲学，其间，我还曾数次借远来朋友之力主持过湘大社科联的

“双周论坛”。这种依托于外来学者、且有一定声势的学术对话在 2000 年 4 月达到高峰：在我院承办全国外国法制史年会期间，我们邀请了国内的八位知名学者与湘大部分学者以“法治建设与文化传统”为题进行对话，一时间盛况空前，在湘大传为佳话。在整理这次名为“湘大论坛”的对话记录时，尽管已经时过境迁，且记录稿又遗失了学者们太多飞扬的文思和精妙的才情，但我依然为之感动不已。为纪念这种至为珍贵的思想交流，也为集中展示国内外学者来湘大讲学的盛况，我们从本卷起特设“湘大论坛”专栏，并借此遥祝海内外学界朋友好运常在！

胡旭晟谨识
2000 年岁末

目 录

卷首语·····	胡旭晟(1)
----------	----------

论 文

立法过程中的利益表达与利益综合 ——法律创制的法政策学分析之二·····	胡平仁(3)
罪数形态论(下)·····	陈兴良(21)
抵押权立法之比较及其晚近趋势·····	余国华(67)
知识产权法基础理论若干问题研究(上)·····	冯晓青(93)
对原经济审判庭的检讨与反思·····	颜运秋(125)
论仲裁员民事责任的构成·····	李 蓉(139)

主题评论:

中国现行民事诉讼立法评析

评民事诉讼法的修订及其主要缺陷 ——兼论民事诉讼法的进一步完善 ·····	江 伟 赵秀举(153)
简评我国民事诉讼法的基本原则·····	何文燕 张 晓(185)
民事诉讼当事人理论重建与立法完善·····	肖建华(201)

中国民事证据立法的若干问题·····	叶自强(235)
财产保全与先予执行制度立法完善之设想 ·····	赵 钢 刘学在(271)
我国民事再审程序之检讨与重构·····	章武生(296)
论我国民事审判监督制度的立法缺陷及建议 ·····	廖永安 李烈萍(327)
民事强制执行立法研究·····	常 怡 崔 婕(338)

海外学者评中国法： 日本法学家视野中的中国法

日本法学界对当代中国法的研究·····	丁相顺(371)
中国审判制度与“审判独立”原则 ——从法学论争看其特征与问题 ·····	[日] 木间正道 (萧 汀译 张 凌校) (385)
对中国民事审判正统性的考察 ——以民事再审制度为题材 ·····	[日] 铃木贤 (萧 汀译 崔光日校) (424)

湘大论坛

法治建设与文化传统·····	高鸿钧 贺卫方等(469)
中国传统法律与法律现代化·····	徐忠明(487)
以恶制恶：法治的起源与理念·····	江 山(491)
当代司法体制改革·····	李 浩(494)
证据制度研究·····	樊崇义(498)
“民法帝国主义”与民法的历史真实 ·····	徐国栋(501)

经济法的发展前景·····	李昌麒(508)
---------------	----------

学术随笔

就人文社会科学研究而作的一些思考

——以法律科学为议论中心····· 中 秋(523)

中国法律之职业化观····· 岳 奇(529)

您想当太平犬吗

——法治与安定遐思····· 畴 父(533)

英文目录（郭兰英译）····· （ 1 ）

CONTENTS

PREFACE	Hu Xusheng
----------------------	------------

THESES

The Expression and Integration of Interest in the Process of Legislation	Hu Pingren
On the Forms of the Quantity of Crime	Chen Xingliang
Comparison of Mortgage Rights Legislation of Different Countries and the Recent Trends ...	She Guohua
Research on the Problems of the Basic Theory in the Law of Intellectual Property	Feng Xiaoqing
Examination and Reflection on the Original Economic Judicial Court	Yan Yunqiu
On the Formation of the Arbitrator's Responsibilities	Li Rong

THEME COMMENTS:

Review on the chinese Legislation of the Current Civil Procedure Law

Review on the Revision and the Major Defects

of the Chinese Civil Procedure Law
 Jiang Wei & Zhao Xiuju

Brief Review on the Basic Principles of the

Chinese Civil Procedure Law
 He Wenyan & Zhang Xiao

The Theoretical Reconstruction and Legislative

Perfection of the Civil Ligtigant Xiao Jianhua

Problems about the Legislation of the Chinese

Civil Testimonial Evidence Ye Ziqiang

Presumption about the Legislation of the System

of Property Preservation and its Implement
 in Advance Zhao Gang & Liu Xuezhai

Examination and Reconstruction of the Chinese

Civil Retrial Procedure Zhang Wusheng

Defects in and Suggestions to the Legislation

of the Chinese Civil Trial Supervision System
 Liao Yong'an & Li Lieping

Research on the Legislation of the Civil

Compulsory Implement Chang Yi & Chui Jian

**OVERSEAS SCHOLARS' COMMENTS ON CHINESE
LAW:**

Chinese Law in the Japanese Jurists' Eyes

Japanese Jurisdical circles'Research on Temporary

Chinese Law Ding Xiangshun

The Principles of the Chinese Trial System and

"Trial Independence" Kima Masamiti [Japan]

Study on the Orthodoxy of the Chinese Justice

..... Suzuki Hiteo [Japan]

XIANGTAN UNIVERSITY FORUM

Establishment of Rule by Law and Cultural Tradition

..... Gao Hongjun & He Weifang

ACADEMIC JOTTINGS

论 文

立法过程中的利益表达与利益综合

——法律创制的法政策学分析之二

胡平仁*

法律创制（或称“立法”）和政策制定尽管在具体环节和各自的表述上有所不同，但它们所涉及的核心内容实际上是差不多的。比如，就其实质问题而言，它们都是对社会利益的权威性分配与调节；而在形式上，正如美国政策学者安德森所指出的，政策制定（或称政策规划、政策形成）涉及三个方面的问题：公共问题是怎样引起决策者注意的；解决特定问题的政策意见是怎样形成的；某一建议是怎样从相互匹敌的可供选择的政策方案中被选中的。^{〔1〕}安德森所说的这些问题，实际上也同样存在于法律创制过程中。因此，笔者不揣简陋，拟从法律政策学视角，运用政策科学中的政策议程及利益表达与利益综合理论，对法律创制过程中的核心问题作一尝试性探讨，意图彰显传统法学研究中的某些理论盲区，以求教于方家。

一、公众议程：利益表达的自发形态

* 湘潭大学法学院副教授，主要从事法理学和法律政策学研究。

〔1〕参见〔美〕詹姆斯·E·安德森：《公共决策》，华夏出版社1990年版，第65页。

（一）公众议程的开启

法律和政策一样，实际上都是决策者对特定社会问题或公共问题的价值判断和措施因应。在现实生活中，因社会关系或环境失调，人们的利益、价值观念或生存条件遭到威胁而出现的社会紧张状态，一般就叫做社会问题或公共问题。后者有时也泛指人类社会普遍存在的某种危机和困境。

在政策科学中，政策议程是指社会问题被认定为政策问题、并被纳入到决策机构的议事日程或行动计划的过程。它一般包括公众议程和正式议程这两个主要阶段。就立法过程而言，公众议程主要体现在立法预备阶段，而正式议程相当于法案审议阶段。^{〔2〕}这两个阶段的核心问题大体上分别表现为利益表达和利益综合（当然，实际上往往会有一定程度的交叉）。

所谓公众议程，是指人民群众共同议论某个问题，并认为有必要提交决策者采取措施予以解决的过程。它常以大众传播和街谈巷议的形式来体现。

公众议程的开启并非空穴来风，在笔者看来，大致有两大原因：一是社会问题的直接引发，二是官方有意识的发动。基于此，公众议程的开启总体上呈现出如下两大模式：基于第一个原因的公众议程可称为自发启动模式，基于第二个原因的公众议程可称作官方发动模式。

春江水暖鸭先知。社会公众往往是各种社会问题的最先觉察者和承受者。惟其如此，社会问题也就常常成为引发公众议

〔2〕正式议程是指政治系统察觉到公众广泛注意和议论的某一社会问题确有解决的必要，从而把它列入自己的议事日程进行研究和处理的过程。它本质上是一种行动议程，是政治系统综合与平衡不同阶级、阶层和集团的利益，并通过制定政策或法律予以确认和实现的过程。