



湘江法律评论

● 湘潭大学法学院编
● 湖南出版社

第1卷

湘江法律评论

第一卷

执行主编 / 胡旭晟

湖南出版社

[湘]新登字 001 号

责任编辑：曾赛丰
戴 军

湘江法律评论(第一卷)
胡旭晟 主编

*

湖南出版社出版、发行
(长沙市河西银盆南路 67 号)

湘潭大学印刷厂印刷

1996 年 11 月第 1 版第 1 次印刷

开本:850×1168 1/32 印张:16.25

字数:373000 印数:1—1500

ISBN7-5438-1327-0
D·138 定价:18.50 元

编 委:(以姓氏笔划为序)

李建国 杨 翔

单飞跃 胡旭晟

胡肖华 谢 勇

谢启章 谭伟男

目 录

开卷致辞·····	(1)
-----------	-----

论 文

法律教育散论·····	贺卫方(5)
关于中国法治建设的几点感想·····	苏力(21)
论我国内地地区的法律冲突·····	杨翔(29)
论理想法与现实法的划分及意义·····	吴传毅(45)
超越自然法和实在法·····	朱晖(53)
宽容的思想与思想的宽容	
——儒家思想与宽容主义·····	杜钢建(63)
论综合治赌的历史经验与现代借鉴·····	李文发(83)
论正当防卫的几个问题·····	高铭暄(106)
中国刑法修改中的死刑立法完善研究·····	赵秉志(116)
刑法人道论·····	陈兴良(134)
论詐欺募集资金罪·····	杨凯(169)
关于我国侵犯著作权犯罪立法的理论思考	
·····	冯晓青(177)
经济法观念论·····	单飞跃(190)
担保制度目的简论·····	彭熙海(201)
中日婚姻家庭法之比较研究·····	谭桂珍(210)

论刑事诉讼证明标准的性质及层次·····	宋世杰(225)
转换时期我国民事诉讼理论体系的逻辑	
发展与契合·····	张卫平(234)
民事诉讼目的初探·····	何文燕(258)
论民事执行程序中的参与分配制度·····	颜运秋(270)
论民事诉讼中的司法侵权赔偿·····	廖永安(287)

社会热点问题评论

从王海现象看受欺诈人的法律救济问题·····	方流芳(302)
从“土律师”现象看我国律师业务垄断问题	
·····	张立平(319)

学术批评:《走向权利的时代》讨论纪实

中国人权利发展研究的理想与现实	
——评《走向权利的时代》·····	邓正来(356)
读《走向权利的时代》	
——兼论中国的法律社会学研究的一些问题	
·····	朱苏力(374)
法律文化研究中心“《走向权利的时代》讨论会纪要”	
·····	(388)
批评本该多一些	
——答谢·反思与商榷·····	夏 勇(409)
一点说明·····	梁治平(432)

关于权利发展问题的若干想法

——对《走向权利的时代》一书及其批评者的批评

..... 启 良(453)

我们的学术批评如何进行

——关于《走向权利的时代》一书讨论的感想

..... 胡旭晟(456)

湘潭大学法学院《走向权利的时代》讨论会纪要..... (480)

学术随笔

学术文章的文风文笔..... 湖 舟(503)

学术自信、学术宽容及其他 逍 遙(505)

假发的意义..... 慕 槐(510)

耻辱刑及其现代遗迹(杂感)..... 畴 父(514)

CONTENTS

PREFACE

THESES

Scattered on Legal Education He Weifang(5)

A few Ideas on the Establishment of Rule by Law
in China Su Li(21)

On the Conflicts of Law in People's Republic
of China Yangxiang(29)

The Classification and Significance of Theoretical
Law and Practical Law Wu Chuanyi(45)

To Overstep Natural Law and Real Law... .. Zhu Hui(53)

Tolerant Thought and Tolerance of Thought —
Confucian Thought and the Doctrine of

-
- Tolerance Du Gangjian(63)
- On the Historical Experience of Synthetical
Administering Gambling and Use for
Modern Reference Li Jiaofa(83)
- Several Problems on Necessity of Self
— Protection Gao MingXuan(106)
- An Approach to Death — Penalty Legislative
Perfection in Amendment of Criminal Law
of China Zhao Bingzhi(116)
- Humanity in Criminal Law Chen Xingliang(134)
- On the Crime of Deception by Names of
Collecting Funds Yang Kai(169)
- Theoretical Perspective to the Legislation of
the Crime of Copyright Invasion ... Feng Xiaoqing(177)
- The Ideology of Economic Law Shan Feiyue(190)
- Briefly On the Aim In Guaranty System
..... Peng Xihan(201)
- A comparative Study on the Marriage System
Between China and Japan Tan Guizhen(210)

- The Nature and Administrative Levels of the
Standard of Proof in Criminal Proceedings
..... Song Shijie (225)
- Logical Development and Harmony of
Theoretical System in Civil Action of
China During the Transition Period
..... Zhang Weiping (234)
- Tentative Research on the Purpose of Civil
Action He Wenyan (258)
- On the System of Participation in Distribution
in the Civil Procedure of Execution.....Yan Yunqiu (270)
- Judicial Tortious Indemnity In Civil
Action Liao Yongan (287)

REVIEW ON THE PROBLEMS BEING MOST CONCERNEQ IN OUR SOCIETY

- The Legal Remedy Problems of the Deception
Phonomenon from Wang Hai Fang Liufang (302)
- The Monopolization of Professional Lawyer's

Work from the Phenomenon of the Local

Lawyers in China Zhang Liping(319)

ACADMIC CRITICISM:DISCUSSION
ON —THE —SPOT OF *TIMES*
GOING TO RIGHTS

ACADEMIC JOTTINGS

开 卷 致 辞

近八十年前,《湘江评论》秉承近代湘学传统、横空出世。她以“宣传最新思潮为主旨”,“在学术方面,立张彻底研究。不受一切传说和迷信的束缚,要寻着什么是真理。”她存在时间虽短,于吾国吾民影响却大、印象则深。如今,《湘江法律评论》欲再续“湘江”精神,重倡“学理的研究,社会的批评”,以期为我国法学研究之繁荣、法治建设之完善,略尽绵薄之力。

《湘江法律评论》乃是以法学为论域之理论文丛,她的基本定位是学术性。她将由此而坚守学术的立场、学术的规范。于此前提下,她还将努力承继“湘江”之务实精神与批判精神,并以之为风格和标识。湖湘之滨,自王船山以降,素有实学传统,从经世致用到实事求是,莫不如是。本论丛也将一如《湘江评论》,“踏着人生社会的实际说话”;此为继承湘学传统之必需,亦是“法学”科学本性之要求,因法学乃实践科学,不仅须有形而上的哲理探索,且更要有形而下之现实关怀,要“引入实际去研究实事和真理”。而在务实之基础上,我们还须如毛泽东在《湘江评论》中所言:“于‘研究’的精神之后,继之以‘批评’的精神”;针砭社会弊害,批评学界缺失;以针砭促觉醒,以批评促改进。

与自身定位和风格追求相适应,《湘江法律评论》除要求于各具体专业领域做深入扎实之研究外,还特设如下两个栏目:一是“社会热点问题评论”,二是“学术批评”。前者将就当下备受各界关注、且深具法律意义之社会问题深加剖析,以深化吾人对社

会现象之认识和理解,亦努力于具体事物的分析中探寻一般性原理,欲在对普通社会问题的关注与对高深理论问题的探索之间架起桥梁、建起联系;若如是,则学者们的形上关切与现实情怀将于此得以有机结合且充分展示焉。后一栏实即惯常所见之“书评”,但因当今中国学界之书评文评几乎均流于宣传广告,而“学术质量”之类的编辑标准又不易操作、难以把握,故此,我们非但以“学术批评”冠其名,且要坚持如下原则:只编发批评性书评文评,决不登载广告性书评文评!《湘江法律评论》恳请广大作者立足于纯正的学术立场、并遵循严谨的学术规范,对海内外法学作品进行严格的学术评价,以切实推进我国学术规范之完善、学术评价之改良、学术批评之成熟。

“湘江”的定位和风格追求无疑与文风文笔的平实、清新和生动、流畅深相契合。虽然达于这等文风文笔殊为不易,但部分地出自这一追求,《湘江法律评论》专设“学术随笔”一栏,以供学者们磨砺笔锋,亦为种种稍纵即逝之零碎的思想火花提供一方自由挥洒的舞台。

《湘江法律评论》虽然驻足于湘江之滨,但她是一开放性的学术园地,她的目光不只是超出湘大、超出湖南,甚至也决不止于各地硕学名家,她还殷切期待着尚未脱颖而出、但却极具潜力的年轻学子踊跃赐稿。倘海内外各界时贤新秀均能不吝赐教,则实在是“湘江”之大幸焉。

编者谨识

1996年8月

论 文

法律教育散论

贺卫方*

引子

一国的法律教育与该国的法律制度之间存在着极为密切的关系。近代以来,法律职业的趋势是专业化越来越为人们所强调和重视。之所以如此,是由于法律本身已经相对独立于社会的其他领域而走向自治;它形成了自己的一整套概念体系和研究方法,成为一种独立的知识传统。虽然有所谓法律常识的说法,然而,法律却并不是常识的集装箱。不经过专门的学习和研究,一个人的法律知识大抵高不过“杀人者死,伤人及盗抵罪”之类的水准。按照英国近代著名法官科克(Edward Coke)的经典说法,法律上的各种案件“是由人为理性和法律判决来决定的,而不是由自然理性来决定的;法律是一门艺术,在一个人能够获得对它的认识之前,需要长期的学习和实践。”^①与此同时,法律越来越成为一整套普遍的和具有可预期性的规则体系,普遍性和可预期性乃是近代法治的基本特征。维系这类基本特征的重要因素

* 北京大学法律学系副教授,现为美国哈佛大学法学院访问学者。这篇“散文”的写成离不开胡旭晟先生的催促,也得益于与朱苏力先生以及王健、强世功、赵晓力、郑戈诸君的经常讨论,谨致谢意。

之一正是由法律教育所培养的思维方式和积累的知识体系。可以说,没有近代型的法律教育,便不可能形成和维持近代型的法律体系。^②此外,近代型法律体系的运作过程推进了法律程序和法律解释技术的不断发展和完善,同时又反过来形成了对于程序和技术越来越强烈的依赖。娴熟的技术和对于程序规则的严格遵循构成了近代司法的合法性渊源。近代型的法律教育不仅仅关注正义观念的养成,更致力于促使受教育者将正义观念与具体而严格的程序和技术相结合,以免学生成为片面的实质正义论者。总之,近代型法律体系从立法到司法以及法律实施的各个环节都离不开一个受到良好法律教育和训练,具有良好的职业意识和行业道德修养的法律家阶层。在今天,承担此类法律家培养使命的基本机构乃是由一批职业教育者主持,经常性地招收年轻学子学习和探讨作为学问同时也是技能的法律的现代大学。

我国的近代型法律教育开始于本世纪初年。历史虽然不长,经历的坎坷却委实不少。“文化大革命”结束以来虽然获得了长足的发展,然而,许多重大的问题似乎并没有得到很好的解决,甚至缺乏最起码的共识。本文对于几个自认为重大的问题进行了叙述和分析,也不揣浅陋地提出了某些弥补缺陷的方案。文中所谈的当然只是目前我们所面临大问题中的一部分而已,好在教育问题往往是牵一发而动全身,这种串糖葫芦式的文字求全很难,涉及范围广一些还是容易做到的。^③

一、培养什么人

这是任何教育都必须首先明确的一个问题,同时对于法律