

*Jingshi Law Review*

# 京师法律评论

第一卷

|        |   |           |
|--------|---|-----------|
| 组      | 编 | 北京师范大学法学院 |
| 主      | 编 | 赵秉志       |
| 本卷执行主编 |   | 熊诤龙       |



北京师范大学出版社  
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PRESS

*Jingshi Law Review*

# 京师法律评论

第一卷

|        |   |           |
|--------|---|-----------|
| 组      | 编 | 北京师范大学法学院 |
| 主      | 编 | 赵秉志       |
| 本卷执行主编 |   | 熊谓龙       |



北京师范大学出版社  
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PRESS

---

图书在版编目 (CIP) 数据

京师法律评论 / 北京师范大学法学院编. — 北京: 北京师范大学出版社, 2007. 4

ISBN 978-7-303-08505-7

I. 京… II. 北… III. 法律-文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 038212 号

---

---

出版发行: 北京师范大学出版社 [www. bnup. com. cn](http://www.bnup.com.cn)

北京新街口外大街 19 号

邮政编码: 100875

出 版 人: 赖德胜

印 刷: 北京新丰印刷厂

经 销: 全国新华书店

开 本: 155 mm × 235 mm

印 张: 26.625

字 数: 460 千字

印 数: 1 ~ 2 000 册

版 次: 2007 年 4 月第 1 版

印 次: 2007 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 39.80 元

---

责任编辑: 贾慧姝

装帧设计: 孙 琳

责任校对: 李 菡

责任印制: 董本刚

**版权所有 侵权必究**

反盗版、侵权举报电话: 010 - 58800697

本书如有印装质量问题, 请与出版部联系调换。

出版部电话: 010 - 58800825

## 编辑委员会

|     |     |     |     |     |
|-----|-----|-----|-----|-----|
| 主 任 | 江 平 | 高铭暄 |     |     |
| 副主任 | 黄松有 | 赵秉志 |     |     |
| 委 员 | 刘荣军 | 张远煌 | 夏利民 | 韩赤风 |
|     | 陈云生 | 卢建平 | 黄 风 | 李希慧 |
|     | 张智辉 | 胡云腾 |     |     |
| 助 理 | 熊诤龙 | 郭 翔 |     |     |

# 前 言

2005年8月和2006年4月,中国百年名校北京师范大学先后成立了刑事法律科学研究院和法学院,并各自被评为中国法学界年度重大事件,可见法学和法律界对北师大法学事业的重视。作为北京师范大学法学相辅相成的两院,一年多来,我们在制度建设、学科发展等方面作出了艰苦的努力,也取得了丰硕的收获。

如同其他学科的学术研究一样,法学学科的学术研究也需要有一个发表学术见解的平台。目前中国发行的法学学术读物不下百种,对促进法学研究的发展,繁荣法学起到了不可或缺的作用。正是在这样的情形下,我们决定出版《京师法律评论》,试图在法学研究领域中开辟一个新的研究园地。

《京师法律评论》诞生于北京师范大学这一百年名校深厚的人文沃土中,努力地融合土壤中的各种学科营养素,发表有见地、客观且科学的法学著述,将是我们的编辑目标。

北师大法学两院确立了重点发展应用法学学科的方针,而这一方针与我国法学研究重点从注释法学向理论法学、实践法学转型是吻合的。因此我们编辑的着眼点在于推动学者集中精力研究中国现实法治实践中出现的问题 and 课题,并从理论高度和深度上加以分析阐述,推进中国法学与实践的实质性结合。

世相日日新,社会时时变。当今世界,情势无时不在变动之中。社会变动和时代变迁对于法律与法学研究的影响也势必处于变动之中。因此,时刻把握法学研究变动的局面,及时出版反映社会和法学变动及其发展的图书,将是我们编辑关注的方向。

文不拘长短,论不分高下。所有能够客观公正地反映和论述法学问题、具有相当的学术水准并且有利于国家、民族

和社会的优秀文章都是我们所希望的。

我们期望,以文会友、以理明友、以诚取义、以心扬德。诚如北师大校训所示:“学为人师,行为世范”,鸣我所志,聚天下灼见精论,成弘扬法律文化和匡扶社会正义之风,虽未必为我们力所能逮,但当是我们志之所向。

愿《京师法律评论》能够为世人关注和喜欢。

编委会

2007年3月

# 目 录

## 前 言

### 主题研讨：法学教育变革与刑事法学的新发展

|     |                                   |     |
|-----|-----------------------------------|-----|
| 3   | 当代中国的法学教育·····                    | 张文显 |
| 8   | 当代中国的刑法学教育·····                   | 马克昌 |
| 11  | 死刑改革研究与时代发展<br>——我的相关学术经历暨反思····· | 赵秉志 |
| 47  | 从政策上控制死刑·····                     | 卢建平 |
| 57  | 犯罪原因之微观考察<br>——以罪前情景为视角·····      | 张远煌 |
| 69  | 也论犯罪的生物因素·····                    | 狄世深 |
| 81  | 犯罪嫌疑人权利救济概论·····                  | 孟 军 |
| 94  | 自由刑政策研究·····                      | 郭理蓉 |
| 106 | 现代特赦制度新探·····                     | 阴建峰 |
| 118 | 解析英国刑法中的普通法渊源·····                | 王雨田 |
| 134 | 西方国家刑罚哲学述评·····                   | 吴宗宪 |

## 理论研究

|     |                         |     |
|-----|-------------------------|-----|
| 177 | 论反宪法规则决定的法律效力问题·····    | 陈云生 |
| 198 | 竞技场<br>——宪法下的政府与市场····· | 张江莉 |
| 217 | 儒家思想与中国古代录囚制度·····      | 柴 荣 |
| 226 | 蒙古婚姻习惯法汉地之嬗变·····       | 吴海航 |
| 241 | 法律与文学：可能性及其限度·····      | 沈 明 |

## 学科专论

- 263 对外贸易法语境下行业社团的重构……………夏利民
- 278 论海上保险中的委付……………张桂红
- 291 跨国公司对知识产权的滥用与我国法律空白的填补  
——由DVD事件引发的法律思考……………韩赤凤
- 308 理论的误读：论一般人格“权”的非权利本质……………熊涓龙
- 319 行业协会权力的法律规范……………黄凤兰
- 327 论我国海关行政指导……………唐 璩
- 338 地方政府债务处理的破产法思考……………贺 丹
- 346 辩论主义的追问  
——民事诉讼中当事人与法院作用分担  
的再思考……………熊跃敏
- 361 我国司法改革的合法性问题分析……………史立梅

## 域外法学

- 377 欧盟法的发展：欧盟与各成员国的互动  
——以统一的计算机软件著作权保护  
制度建立为例……………夏 扬 薛 源
- 391 美国争点效力理论述评……………郭 翔

## 判解析理

- 407 一起国际商事仲裁裁决的承认与执行……………刘荣军
- 410 法院受理民事诉讼应受行政行为前置的限制  
——广州市百货公司与广州市民政局  
房屋权属纠纷案解析……………张跃国

# CONTENT

## Topic : Revolution of Law Education and Development of Criminal Law

|     |                                                                                                                                         |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 3   | Law Education of China in the Contemporary Era<br>..... Zhang Wenxian                                                                   |
| 8   | Criminal Law Education of China in the Contemporary Era<br>..... Ma Kechang                                                             |
| 11  | The Study on the Death Penalty Reform and the Times<br>Development—My Relative Academic Experience and<br>Retrospect ..... Zhao Bingzhi |
| 47  | Control the Death Penalty on Policy Level ..... Lu Jianping                                                                             |
| 57  | Micro-reviewing the Reason for Crime—From the Angle of<br>Pre-situation in Crime ..... Zhang Yuanhuang                                  |
| 69  | Biological Factors of Crime ..... Di Shishen                                                                                            |
| 81  | Survey on the Criminal Suspect's Right to Get Remedy<br>..... Meng Jun                                                                  |
| 94  | Study on the Policy of the Penalty of Freedom-related<br>..... Guo Lirong                                                               |
| 106 | A New Analysis on Modern Pardon System ..... Yin Jianfeng                                                                               |
| 118 | Analysis on Common Law Resources of England and Wales<br>Criminal Law ..... Wang Yutian                                                 |
| 134 | Review of Punishment Philosophies in the Western Countries<br>..... Wu Zongxian                                                         |

## Research of Theory

- 177 On the Legal Authenticity of Decisions Against Constitutional Regulations ..... Chen Yunsheng
- 198 The Arena—The Government and Market under Constitution Law ..... Zhang Jiangli
- 217 Confucianist Idea and Chinese Ancient Considering Prisoner System ..... Chai Rong
- 226 The Evolution of the Common Law of Marriage of Mongolia in Han Areas in the Early Period of the Yuan Dynasty ..... Wu Haihang
- 241 Law and Literature: Its Possibilities and Limitations ..... Shen Ming

## Article of Branch

- 263 Reconstruction of the Profession Associations under the Foreign Trade Law ..... Xia Limin
- 278 On Abandonment in Marine Insurance ..... Zhang Guihong
- 291 Transnational Corporation's Abuse of Intellectual Property Rights and the Filling-in of Chinese Law Blank—Legal Views from DVD Conflicts ..... Han Chifeng
- 308 Misreading in Theory: On the Disaffirmance of the General Personal "Right" being Right ..... Xiong Xulong
- 319 Legal Norm of the Power of Industry Association ..... Huang Fenglan
- 327 On the Administrative Guidance of Customs ..... Tang Can
- 338 Local Government's Debts Settlement—A Insolvency Law View ..... He Dan
- 346 A Research on the Adversary System in Civil Procedure—Rethinking of the Function of Court and Party in Civil Procedure ..... Xiong Yuemin

- 
- 361 Analyzing the Legitimacy of the Judiciary Reform of China  
..... Shi Limei

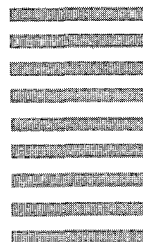
### Study on Comparative Law

- 
- 377 The Development of EU Law: the Interactive Course between  
EU and the Member States—Focus on the Establishment of  
the Uniform Copyright Protection for Computer Software  
..... Xia Yang Xue Yuan
- 391 The Review of Issue Preclusion Doctrine in American Law  
..... Guo Xiang

### Analysis of Case

- 
- 407 Admitting and Enforcing of International Commercial  
Arbitrament ..... Liu Rongjun
- 410 The Accepting Civil Case of Court should be Limited by the  
Adminstrative Conduct in ahead ..... Zhang Yueguo

# 主题研讨： 法学教育变革与刑事法学 的新发展





张文显\*

## 当代中国的法学教育\*\*

中国的法学教育历史悠久，源远流长。早在两千多年前的春秋战国时期就有了私塾性质的法学教育，至汉唐时期已经有相当的发展。不过，专业化、正规化的法学教育则是在清末民初时出现的。新中国的法学教育经历了引进初创（1949—1957）、遭受挫折（1958—1966）、恢复重建（1978—1991）的艰难历程，经过20世纪90年代以来的持续改革和发展，在世纪之交已经形成了具有一定规模、结构比较合理、整体质量稳步提高的教育体系，并在世界法学教育中占有重要一席。

展望21世纪，我国的法学教育面临新的历史背景、社会发展趋势和时代需求，法学教育必须适应新的社会发展趋势和新的时代需求，不断改革创新，不断走向繁荣。具体来说，应当做到六个相适应：

第一，与法治社会相适应的法学教育。21世纪是中国和人类走向法治社会的时代。依法治国，走向法治社会，是中国人民数千年来梦寐以求的理想。中国共产党正在领导中国人民建设这样一个美好的社会。法治社会有很多重要的标志。诸如，社会主要经由法律来治理；社会整合应通过法律实施和实现；立法政策和法律必须经由民主程序制定；法律必须建立在尊重和保障人权的基础之上；法律必须具有极大的权威性；法律必须具有稳定性、连续性和一致性；法律必须以平等地保护和促进一切正当利益为其价值目标；法律应能有效地制约国家权力，防止国家权力的失控与异变；法律应力求社会价值的衡平与互补，致力于维护秩序、保障公正、促

\* 吉林大学党委书记、教授、博士生导师。

\*\* 本文是张文显教授于2006年4月26日在北京师范大学法学院成立庆典后举行的首届“京师法学名家论坛”上的演讲。

进效率、扩大自由、实现社会和谐。在中国的语境下，依法治国，就是广大人民群众在党的领导下，依照宪法和法律规定，通过各种途径和形式管理国家事务，管理经济文化事业，管理社会事务，保证国家各项工作都依法进行，逐步实现社会主义民主的制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人看法和注意力的改变而改变；就是社会主义民主更加完善，社会主义法制更加完备，人民的政治、经济和文化权利得到切实尊重和保障。基层民主更健全，社会秩序良好，人民安居乐业。在法治社会，法律人应当树立立法为公、执法为民的职业宗旨，追求真理、维护正义的崇高理想，确立崇尚法律、法律至上的坚定信念，具有认同职业伦理、恪守职业道德的自律精神。法律人应当成为尊重和遵守法律的模范，成为抵制和监督一切违法行为、捍卫法律尊严和神圣的英雄。法学教育应该担当起培养这种法律人的历史责任。

第二，与知识经济相适应的法学教育。21世纪是知识经济的时代。知识经济是继工业经济之后出现的经济形态，是以人类知识精华和最新科学技术为基础，以知识和信息的生产、分配与使用为主导内容的经济形态。其主要标志在于：（一）知识资本、知识资源、知识产权、知识产业、知识创新、知识交易成为最基本经济概念，是经济运动的表征。（二）知识资源成为所有资源中最重要资源，知识要素在经济增长和财富增加方面的贡献率达到50%以上。（三）作为知识资源的主体和载体，人力资源构成一个国家和民族的核心竞争力。（四）知识信息化，信息网络化，网络大众化。与农业经济、工业经济时代的知识形态显著不同，知识经济时代的知识形态往往表现为信息，而且信息的传播、采集、整合以及信息的资源化等往往通过网络形式进行，以致有人把知识经济称为信息经济或网络经济。知识经济时代的法律制度在价值理念、调整机制、体系结构、运行模式等方面都将呈现出不同于其他经济形态的新面貌。随着世界范围内科学技术的迅猛发展和中国创新型国家建设步伐加快，中国经济知识化的进程将空前提速。知识经济不仅将推动生产力的加速进步，而且将引起生产关系的巨大变革。与生产力和生产关系的进步和变革相适应，法律制度和政治制度必须不断创新，因而法学教育应当高度重视和研究知识经济引发的法制变革和制度创新，培养更多具有现代科学技术知识和知识经济理论基础的 legal 人才。同时，也要研究中国法学教育教学如何适应知识经济的科技进步，如何把以 Internet 技术为核心的现代信息技术运用于法学教学，如何实现全国法学教育资源的整体优化配置，以加快中国法学教学、科研网络建设和整个现代化进程。

第三，与权利时代相适应的法学教育。21世纪是走向权利的时代。从

传统社会走向现代社会，在法律制度和法律生活层面，最主要的标志就是权利的张扬和彰显。具体表现为：权利备受关注和尊重，人们越来越习惯于从权利的角度来理解法律问题，来思考 and 解决社会问题；权利话语越来越彰显和张扬，权利话语成为越来越占主导地位的话语系统，在社会生活、经济交换、政治交往、法律论辩、听证协商中，“权利之声压倒一切”，人们把自己的经济主张、政治要求、精神需要纷纷提升到权利的高度，纳入权利甚至人权的范畴，试图说服立法机关和司法机关承认其正当性、合理性和合法性；权利问题正以几何级数的速度增长，经典的权利在新的时代背景下衍生出许多新的具体的权利问题，而新的社会关系要求在权利大家族中添列新的成员，新兴权利与日俱增；人的权利问题还没有从根本上解决，动物的“权利”、植物的“权利”以及其他自然体的权利已被提上日程；法律权利与“道德权利”、“习俗权利”，国内法的权利与国际法的权利等“权利”形式难解难分地交织在一起；维权成为诉讼的强大动力，以往那种基于伦理道德诉求、讨个说法的情绪、显示抗衡能力的诉讼已经让位给基于维护权利和谋求权利救济的诉讼。面对权利时代，法学教育应当注重帮助受教育者和整个社会树立民主的、理性的、科学的权利观，懂得权利的正当性、可行性、界限性，在法定范围内主张和行使自己的权利，勇敢地捍卫自己的权利，但是不可无视社会所能提供的物质条件和精神条件以及社会的、他人的承受能力而盲目主张权利或超越法定权利界限而行为；同时，对一切合法的权利（包括个人的、集体的、国家的、人类的权利）给予同等的尊重和维护。同时，权利的所有者应当承担起与自己的权利相对应的义务和责任。为此，法学的理论体系和法学教学内容将进一步创新和调整。

第四，与全面建设小康社会相适应的法学教育。21 世纪是中国全面建设小康社会的时代。经过二十多年的改革开放，中国社会发生了深刻变化，根据对社会转型规律的科学认识和转型后的中国社会发展趋势的科学判断，中国共产党和中国政府提出了全面建设小康社会的总纲领。全面的小康社会是物质文明、精神文明、政治文明和生态文明相互交融、协调发展、互为表征的社会。物质文明表现为生产力的发展、物质财富的丰富和物质生活的改善。精神文明表现为教育、科技、文化知识的发达、人们思想道德水平的提高、精神生活的丰富和社会风气的改良。政治文明包含文明的政治理念、文明的政治制度、文明的政治秩序和文明的政治目的，集中表现为社会制度和体制的进步、人民权利和自由的扩大、公共权力与公民权利的理性平衡。生态文明表现为人与自然的和谐，即社会经济发展与资源、环境相协调，生态环境得到改善，资源利用效率显著提高。四种文

明的协调发展将使中国社会步入新的文明阶段。全面的小康社会也必将是和谐社会。四大文明的协调发展与和谐社会建构必将深刻地影响到法律的价值体系、制度构成、调整机制，从而对法律教育提出更高的要求。面对中国社会的转型和转型后的中国社会建设与发展目标以及法律的变革，中国法学教育的自身定位也将相应调整，以适应全面建设小康社会对高素质法律人才的需求。

第五，与全球化发展趋势相适应的法学教育。21 世纪是全球化时代。全球化是我们所生存的这个世界正在发生的伟大历史变革之一。全球化正有力地改变着人类的生产方式、生活样式和生存状况，也正在深刻地改变着法的存在方式、价值取向、运行模式和发展方向。世界范围内的经济贸易一体化、知识产权保护、环境资源合理利用和保护、海洋和空间的合作、世界和平的维护、人权的国际保护、政治领域的对话与合作等，以及中国加入世贸组织和全面融入国际社会，所有这一切都在驱使法律发生悄悄的演化甚至剧烈的变革。这种时代变化要求法学教育必须树立国际意识和全球意识，以反映全球化的时代精神和国际竞争能力的教育理念、课程设置、教育范式、质量体系来应对全球化，培养出一批又一批具有全球意识、全球视野、全球责任、足以应对经济全球化、公共事务全球化、环境全球化、法律全球化发展趋势的高级法律人才。对于较长时期处于相对封闭状态的中国法学教育而言，这一历史任务显得尤为迫切和重大。

第六，与法律职业化发展趋势相适应的法学教育。21 世纪的中国必将是一个法律职业化的时代。20 世纪 90 年代中国开启了法官职业化、检察官职业化、律师职业化的历史进程，21 世纪中国将全面实现法律职业化。为适应这种发展趋势，法学教育必须强调法律职业素质教育。法学中的素质教育既有素质教育的一般要求，又有法律职业的特殊要求。首先法学教育应当是公民素质教育。法科学生从他（她）报考法学专业的那一天起，就立志从事公共事务，无论是做法官、检察官、警官、公务员，还是当律师、法学教师，其职业选择本质上都属于公共事务（既包括政治国家的公共事务，也包括市民社会的公共事务）。从法科学生将来绝大多数要从事公共事务这个角度，必须注重对学生进行公民教育，即进行公民人格教育和公民能力教育，将他们培养成为优秀的、高素质的公民。一个法科学生只有首先成为优秀的公民，才有可能成为优秀的法律人。其次法学教育应当是高素质法律人教育。从法学院走向社会的毕业生，无论是做法官、检察官、公务员，还是当律师和从事其他法律工作，他所面对的都是社会，要处理的问题无不涉及经济、政治、道德、文化。职业的特点要求法科学生比其他学科的学生具有更扎实的人文素质，更宽厚的人文学科知识和社