

政法评论

(2001 年卷)

中国政法大学科研处 编

赵相林 主编

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

政法评论. 2001 年卷/中国政法大学科研处编. —北京: 中国政法大学出版社, 2001 .3

ISBN 7-5620-2057-4

I. 政… II. 中… III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 87319 号

责任编辑 汤 强

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 固安华明印刷厂

开本 850×1168 1732 17.5 印张 469 千字

2001 年 3 月第 1 版 2001 年 3 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-2057-4/D·2017

印数: 0,001—3,000 册 定价: 30.00 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088

电话: 62229563 (发行部) 62229278 (总编室)

声明: 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装, 由本社负责退换。

《政法评论》编辑委员会

顾 问：江平 陈光中 张晋藩

主 任：赵相林

副主任：郭成伟 宋英辉

委 员：(按姓氏笔划为序)

方流芳 王卫国 王传丽 朱 勇

孙选中 阮齐林 宋英辉 宋振国

陈桂明 张树义 张桂琳 周忠海

赵相林 郭成伟 舒国滢

执行编辑：杜学亮

秘 书 处：中国政法大学科研处

前 言

《政法评论》(以下简称《评论》)(2000年卷)自出版以来,受到了我校广大师生的关注。许多老师认为它形式活泼,所选课题多为法学、政治学等学科的前沿问题。尤其是民商法学、刑事法学、政治学、经济学研究成果,反映了我校科研的特色,这同时也是《评论》的特色。本《评论》正是立足本校,发表该年度高水准的法学、政治学、经济学研究成果,以期促进政法领域学术研究的开展。该书已出版一年,从发行与读者反馈看,社会影响良好,这更坚定了我们《评论》办好的决心。

《政法评论》(2001年卷),从2000年初开始征稿,截止到2000年10月,共收到涵盖宪法、行政法、刑法、国际法、民法、经济法、诉讼法、政治学、经济学等各学科的论文38篇,经过校学术委员会评选,共选出20篇优秀论文。除此之外,张晋藩教授专门为本《评论》撰写了专文《重塑中华法系与中华民族伟大复兴》,全面阐明了中华法系的历史价值及重塑中华法系在中华民族伟大复兴中的作用;王卫国教授撰写的《依法保障和促进国有企业改革》是他在给中共中央书记处举办的法制讲座的讲稿。文章结合当前国有企业改革中的实际问题,从依法保障和促进国有企业改革的必要性、现阶段国有企业改革若干问题的法律思考以及依法保障和促进国有企业改革需要注意的几个问题三个方面论述了如何运用法律手段依法保障和促进国有企业改革;曲新久教授撰写的《论罪刑相当原则的司法实现》,针对我国《刑法》中规定的“罪刑相当原则”如何在刑事司法中,主要是在定罪、量刑、行刑中如何保障这一原则的实现,以确保法律的公正,进行了深入的探讨。除此之外,舒国滢教授的《走出概念的泥淖——“法理学”与“法哲学”之辨》,焦宏昌教授的《建立国家官员宣誓就职制度》,邬名扬、马丽娜教授的《理论经济学研究对象的科学界定和整体创新》也是本《评

论》推荐的重点论文。

需要说明的是，本《评论》还选收了一些法学专业硕士生、博士生的论文，这些论文均是2000年中国政法大学研究生院评选出的获奖论文。

《政法评论》（2001年卷）共收入论文35篇，其中包括教师论文28篇、学生论文7篇。《评论》希望继续得到政法学界专家学者以及广大读者的关心与支持，以便把它办得更好。

《政法评论》（2001年卷）由中国政法大学科研处编选，编辑工作由校科研处处长郭成伟教授主持，宋英辉、杜学亮、赵馨、满学会负责具体编辑。在编选过程中，特别得到了中国政法大学研究生院鲍增华处长以及中国政法大学出版社的大力支持，在此一并表示衷心感谢。

赵相林

2001年2月15日

目 录

一、法理学、法史学

- 重塑中华法系与中华民族伟大复兴 张晋藩 (1)
- 走出概念的泥淖
- “法理学”与“法哲学”之辨 舒国滢 (9)
- 借鉴西方哲学 发展中国法理学
- 兼论中国法理学发展的方向 姜登峰 (21)
- 人有病 天知否?
- 当代中国高等法学教育问答 郑永流 (51)
- 日本《令集解·僧尼令》与唐代宗教法比较研究 郑显文 (64)
- 清会典、则例的性质及其与律例的关系 林 乾 (88)
- 近代中国法官制度 马志刚 (104)

二、宪法学、行政法学

- 建立国家官员宣誓就职制度 焦洪昌 (119)
- 行政法典化引出的法哲学思考
- 兼论行政法实体规范与程序规范的统一 朱维究 (131)

国家赔偿法的发展及完善探索	马怀德 高辰年 (144)
论行政调查	喻文光 (169)

三、民法学、经济法学

依法保障和促进国有企业改革	王卫国 (186)
论土地所有及其使用法律制度	符启林 (205)
关于银行资产风险防范的若干法律问题	管晓峰 (229)
论占有的法律性质	刘智慧 (243)
略论国有企业公司制改造中的治理结构	史生丽 (261)
论破产制度之功能与破产程序启动方式 ——尝试一种功能学派的视角	朱庆育 (280)
论后契约义务	胡田野 (291)

四、刑法学

论罪刑相当原则的司法实现	曲新久 (304)
我国当前卖淫活动共生模式研究	皮艺军 马皑 (311)

五、民事诉讼法学、刑事诉讼法学

民事司法中的几个观念问题	陈桂明 (331)
民事诉讼主体资格的扩张	肖建华 (340)
民事举证规则的若干思考	杨秀清 (363)
律师参与刑事诉讼的若干问题与对策	李宝岳 (374)
证人保护制度简论	王进喜 (384)

秘密监听立法研究	陈永生 (411)
----------------	-----------

六、国际法学

论国际法不加禁止行为所产生的损害性

后果的国家责任	林灿铃 (425)
试论钓鱼岛领土争端	尹立杰 (441)

七、政治学、经济学及其他

理论经济学研究对象的科学界定

和整体创新	郭名扬 马丽娜 (468)
文化与权力——解读当代西方政治沟通理论研究中的	
文化取向	田为民 (483)
论公共行政模式的发展	刘俊生 (497)
中国城市化进程的制约因素	鲁照旺 (508)
论现代科学技术对传统法律的影响——以法学院校学生	
必须加强现代科技知识学习为中心	唐红洁 (522)
对于当前图书馆工作的几点思考	戴守义 纪钢 沈丽红 (532)
美国法律信息源的电子化检索	朱亚峰 (539)

一、法理学、法史学

重塑中华法系与中华民族伟大复兴

张晋藩*

近年来，实现中华民族的伟大复兴已成为一个具有极大震撼力的号召，是整个民族同声相应的时代最强音和不可阻挡的历史潮流。

—

一个民族的复兴是涉及到经济、政治、军事、文化等方方面面的系统工程。正如在一个贫弱的国家无法建立社会主义一样，任何一个不重视经济发展的民族，其复兴也只能是空想。然而，只重视发展经济，如果文化水平、道德水平低下，缺乏进取精神、创新精神，没有民族认同感、向心力和凝聚力，这个民族也很难走上富强之路。因此，要实现中华民族的伟大复兴，除致力于实现经济、政治发展的条件外，传统文化的传承是民族复兴的重要组成部分。日本、德国以及韩国、新加坡的社会发展都说明了这一点。只有立足

* 中国政法大学法律史所教授、博士生导师

于传统文化而又能适应新时代需求的文化建设，才能为广大人民提供焕发其改造社会的巨大能动性的精神资源。

文化是一个民族在长期的历史发展过程所积累的一切物质文明和精神文明的总和。因此，任何文化体系本身都具有进步与落后、文明与蒙昧双重性格。就中国传统文化而言，在漫长的发展过程中，由于封建专制主义占据了主导地位，特别是封建社会末期专制主义的恶性发展，使传统文化沉积了不少糟粕；但同时也应看到，一个经历了数千年绵延不断发展的文化传统，也蕴藏了大量优秀成份，其中有不乏称得上是祖先贻惠后辈的精华。事实上，底蕴深厚的中华传统文化具备许多超越时空界限的合理因素，也正是这些合理因素，才为民族文化的伟大复兴提供了取之不竭的历史资源。

在不同的民族之间存在着的主要区别，不在于政治模式的不同和经济发展程度的差异，而在于各自特有的文化。文化是各民族在谋求自身的生存与发展过程中，由其群体内部精神积累而成。不仅包括各种具有外在表现形式的思想学说和文学艺术，同时也包括该民族成员在长期的共同生活与发展中内化而成的一种独特的、稳定的思维与行为方式。因此，文化的根基在于它的民族性和地域性。民族文化不仅是产生民族凝聚力的内核，也是该民族生命力的源泉。一个民族的衰亡，首先是该民族文化的衰亡，亦即其文化特质的消失。因此，中华民族的复兴既是民族文化的特质的继承和发展，而更重要的是努力寻求与现代文明结合，即依据社会的现代化需求，对传统文化加以必要的改造和重建，从而实现传统文化的现代转型，使之成为民族复兴的伟大精神力量。

文化的复兴是民族复兴的重要内容，要发挥民族文化对建设现代化强国的积极作用，当然，文化复兴决不意味着复古，而是立足于中华文化传统，创造出适应时代需求的新文化，才能为民族复兴和建设现代化国家提供巨大的精神资源。对此，既要避免全面肯定一切传统的“国故”派思维，同时又要拒斥全盘西化的妄自菲薄的“新潮”派心理。英国历史学家汤因比通过大量的考察后发现：“虽

然世界各地的经济和政治的面貌是西方化了，但是他们的文化面貌却大体上维持着在我们西方社会开始经济的和政治的征服事业以前的本来面目”（《历史研究》）。这种文化上的持续性和稳定性正是文化本身固有的特征，特别是源远流长的中华文化的这一特征更为明显。如果说政治的变革可在一夜之间发生，经济的腾飞也可能在几十年甚至更短的时期内出现，但民族文化的崛起与复兴所需的时间则要长得多。“求木之长者，必固其根本；欲流之远者，必浚其泉源”（魏征：《谏太宗十思疏》）。这也是民族文化发展与兴盛的一条基本规律。

二

作为中华民族传统文化重要组成部分的法律文化既有其辉煌的历史，也有其不幸的遭际。中华法文化是世界文化苑中的奇葩，它体系完整，内容丰富，相沿数千年而未中断，不仅对中华民族不同时期的发展和进步提供了法文化支持，也为中华民族的现代复兴留下了弥足珍贵的法文化宝藏。因此，中国传统法律文化的传承与改造就成为中华民族文化复兴的重要支点，而传统法律文化的再生集中体现在重塑中华法系上。当然，重塑也决不意味着简单再现，而是在新的历史条件下，如何把中华法系几千年形成的、合理的法律精神和法律原则，与当代中国社会之间找出适当的切合点，以发挥其为建设社会主义法治国家服务的功能，并最终为中华民族的伟大复兴发挥积极的作用。

中华法系是在中国特定的历史条件下形成的，是中华法文化的特殊性及其世界影响的集中体现，她显示了中华民族的伟大创造力和中华法制文明的深厚底蕴。中华法系从发端到形成经历了一个漫长的过程，这个过程是与中华民族的发展、国家管理职能的成熟以及来自多源头的法文化的不断整合分不开的。到了近代，由于国情条件的巨大变化，中华法系受到异域文化的强烈冲击，逐渐解体。

中华法系中固有的专制主义、皇权思想、宗法关系等成份，由于失去了她所依附的载体而退出历史舞台。但就中华法系的总体而言，她凝聚了整个中华民族的精神、而不仅仅属于封建社会的法文化现象，实际上并没有消亡，只是处于艰难的蜕变、转型、更新与重塑的特定阶段。因此，不能简单地把中华法系理解为只是个历史现象，或者是失去生命力的僵化的概念。

任何一种法律在社会中的有效运行，必有与之相适应的法律文化。法律文化所具有的自身价值观念和行为标准，为该文化群体提供了一种有效的自我约束机制。事实上，在建立和维持秩序方面，法律文化的效能往往比法律更为持久和深刻。如果在建立秩序的层面上，法律文化和现行法律向着不同的方向发展，必然使法律的调整机能严重失衡。当人们回顾在 20 世纪初全盘西化的法律改革运动和建国初“一面倒”地学习前苏联的法制建设实践的教训时，最终意识到的是：在引进异域法律文化进行法制改革和法律建设时，绝不能脱离本民族的文化土壤，绝不能忽视中华法系所体现的中国社会历史发展的客观规律，绝不能不顾及许多适应国情条件的、仍在起作用的传统与合理性因素。因此，中国法制的现代化应在现行法律模式和传统法律文化之间，寻求一条既能融通中西又符合中国国事民情的法制建设之路。

中国传统法律文化是中华民族智慧的结晶，有着许多合理因素值得重视和汲取。譬如，重人事、远鬼神的民本思想。世界上许多民族在其早期的发展历程中，由于对自然认识能力的限制都存在着不同形式的鬼神迷信思想，由此而发展成各种不同的宗教，并对其政治法律文化产生过深刻的影响。孟德斯鸠曾指出：“在专制的国家里，宗教的影响比什么都大，它是恐怖之上再加恐怖。”（《论法的精神》）对于中华民族而言，早在三代之时，已逐渐摆脱了神权的控制，民本主义思想日渐形成和成熟。从周公的“敬天保民”思想到孟子的“民贵君轻”论；从荀子的“君者，舟也，庶人者，水。水则载舟，水则覆舟”到朱熹的“闻之于政也，民无不为本

也”，一直到清初三思想家的猛烈抨击专制主义，可见民本主义思想相沿相承，迄未终断。这种思想，在一定程度上对封建专制主义，形成了制约，并对传统法制影响甚大。表现在司法方面“慎罚”、“中正”、恤刑思想以及重人伦、明教化、执法原情等等。又如综合为治，以教为先。综合为治是中国古代治国、理政，保持政局稳定、促进社会发展的重要经验。远在周初，著名的政治家、思想家周公就对此有过至为精辟的论述。其后儒家经典之一的《礼记·乐记》篇进而总结说：“礼以导其志，乐以和其声，政以一其行，刑以防其奸。礼乐刑政，其极一也。”这可以说是综合为治思想的最早系统阐述，也是后世历代统治者所推崇的统治经验的高度总结。自孔子提出“导之以德，齐之以礼”、“不教而杀谓之虐”的主张后，历代有远见的政治家也多重视对民众的教化，提供德政，以减少社会离心因素，增强社会、民族的凝聚力。可以说综合为治，以教为先，在一定程度上为保持中国古代社会稳定、经济繁荣、民族昌盛起到了积极作用。再如，早在公元前3世纪左右，法家学派提出的“以法治国”思想以及体现在制度上的“援法断罪”、“罪刑法定”，虽然是封建社会的产物，依然反映了中华民族的智慧，无愧为世界法文化宝库的瑰宝。此外，中国传统法律文化中亲情义务和法律义务的统一、治法与治吏的结合互补等，都足以表明中华法系无愧于世界其他法系而屹立于法制文明先进之林。

三

重塑中华法系是根据时代发展需要，在新认识、新理念指导下的自觉运动。因此，重塑中华法系绝不是保守的、排斥外来文化的，而是将现实性和历史性结合、世界性和民族性统一，只有融入现代优秀的法文化，重塑的中华法系才能具有现代的、先进的性质。

重塑中华法系，需要认真、系统地整理、研究、分析、总结中

国传统法律文化，以其优秀成份为基础，努力寻求使之与现代文明相结合的途径。因此，这是一个涉及到法律史学、法理学、法社会学和法律文化等诸多领域的系统工程，要以马克思主义的观点为指导，综合适用比较分析、归纳分析等方法，以法学、政治学、社会学、历史学的眼光，科学地剖析中华法系的形成、特点、本质、影响和发展演变的过程等一系列问题。除此而外，还必须对与重塑中华法系相关的重大理论问题进行全面的研究，包括中国传统法律文化中合理性因素与当时社会的相互关系，中国传统法律精神和法律原则及其现代价值研究，中国传统法律文化吸收外来优秀法律文化的途径、模式和效果，传统法制文明与现代法制文明结合途径以及重塑后的中华法系之基本框架等。

不仅如此，在具体研究过程中，还须注意以下几点：

第一，准确地把握中华法系的特点、价值是重塑中华法系的重要前提。在文化的发展历史上，传统的创造性转化，总是前进的基础，通过文化的转型、更新来延续传统，并使其在新的历史条件下获得新的价值、新的风貌，这不仅是文化发展的规律，也是人类社会得以新陈代谢不断发展的基础。

第二，在专制制度下，中国传统的法文化与其他文化形式，如宗教、艺术、建筑、音乐有所不同。如果说有些文化形式融入过外来的文化，那么法文化则是输出的，而不是输入的，在中华法系形成的过程中，很少融合外来因素。中华法系的变异是内部各派相互排斥、吸收与融合的结果，因而带有十足的民族性、本土性，直到鸦片战争以前这种情形仍未改变，它阻碍着中国法文化走向近代文明。鸦片战争以后，随着外国先进的法思想、法制度的输入，才由固步自封转向全盘西化，以至使这些变异脱离了中国的国情，呈现某种畸形。

第三，中国是一个具有深厚法文化土壤的国家，中华民族在四千多年的固有法文化的熏陶中所形成的特质，都是在接受外来法文化时所必需引起注意的。只讲引进不讲继承，只讲转化不讲延续，

只讲世界性不讲民族性，必定要阻碍中国法制现代化的进程。应该指出，中国传统的法文化也是具有世界性的，也曾冲击过世界，正因为如此，中华法系才被世界公认为五大法系之一。任何一个民族如果不尊重自己的优秀文化传统，它便失去了立足于世界的基地。

第四，当西方已享受着由巨大的物质财富所带来的富裕时，他们所追求的恰恰是精神上的满足，人与人之间的沟通以及相处而又相安的和谐关系。如同管子所说：“仓廩实而知礼义”。从此意义上说，中华法文明的复兴既是本土性的，也是世界性的。如果说大陆法系是人类共同的财富，那么中华法系同样也是人类的共同遗产。经历了巨大的社会变革，作为完整的中华法系已经解体，如何在新的历史条件下，继承、发扬、更新、重塑中华法系，应该是中国的法学者义不容辞的责任，其意义必将超越中国的国界。

如果说马可波罗和利马窦，是早期了解并肯定中国文化以及典章制度的外国人，在近代中国海禁大开以后，西方人也将他们感兴趣的中国文化带给欧美世界，以至今天发达国家经济发展的动力中也含有中国传统文化中的某些因素，中国传统文化“五常”中的“信”就是现代经济往来的基石。此外，以调整伦理关系为主要内容的礼，也在东方国家如日本、韩国有着广泛的影响。礼所调整的面极广，涉及到社会的多层次多角落的人际关系，以至明礼、尊礼、隆礼被看做是文明与野蛮的分界线，人与动物的区别点。不过当我们在思考如何重塑中华法系时，切不可为传统文化的辉煌业绩所迷惑，否则巨大的精神财富有可能变成中华民族前进道路上的拦路石。

中国近代在帝国主义列强的压榨下，国力孱弱，民族危难，严峻的形势使民间革命和官方改革平行发展。但所追求的大都是西方式的，而不是中国化的。这是因为，在当时还不存在从固有的法文化土壤上走向法制近代化的可能性，也不存在法律移植和本土法律现代化可以和谐发展，否则法律移植也难以成功的认识。经过百年

法制改革的艰苦实践，中国已经具备了参酌外国法律的同时走自己改革创新之路的条件。因此，21 世纪应该是中华法系重塑的时期。中华民族曾经以其优越的法文化长期滋润过东方世界，在新的时期同样也能够以其更加丰富的法文化真正傲然自立于世界进步的法制之林。

走出概念的泥淖

——“法理学”与“法哲学”之辨

舒国滢*

恩格斯在《反杜林论》第三版序言有一段话，相信凡是所有读过此书的人都不会忘记。恩格斯说：“‘创造体系的’杜林先生，在当代德国并不是个别的现象。近来在德国，天体演化学、自然哲学、政治学、经济学等等的体系，雨后春笋般地生长起来。最蹩脚的哲学博士，甚至大学生，不动则已，一动至少就要创造一个完整的‘体系’。”〔1〕

今天来看我国法哲（理）学发展的现状，其情形也大体如此。近年法哲学、法理学的“大著”不断面世，充塞于店堂坊间，其体系之宏阔、概念堆垒之繁复，恐怕康德、黑格尔在世也自叹弗如了。

在这些论著中，有相当大的篇幅讨论“法理学”与“法哲学”

* 中国政法大学法律系教授，《比较法研究》副主编。

〔1〕《马克思恩格斯选集》第3卷，人民出版社1976年版，第46页。