

中国政法大学 法律出版社 合办

中国法学文档

第一辑

论文选登

【张晋藩】 中西宪法文化的比较

【俞江】 民事习惯调查与中国民法典编纂

精要文摘

【胡旭晟】 论法律源于道德

【徐忠明】 关于中国法律史研究的几点省思

【夏勇】 中国宪法改革的几个基本理论问题

【姜明安】 论行政执法

【江平】 制定一部开放型民法典

【许传玺】 侵权法事实自证制度研究

【吴汉东】 论信用权

书评书讯

【田士永】 拉伦茨《德国民法通论》中译本评介

案例讨论

【吴国喆 韩光明】 宁夏首例一房二卖双赔案评析

名篇译介

【古斯塔夫·拉德布鲁赫】 法律的非正义与超法律的正义



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国法学文档

第一辑

中国政法大学
法律出版社

合办

中国政法大学比较法研究所
中国政法大学中德法学院

编辑



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国法学文档第1卷/米健主编. —北京:法律出版社,
2004. 12

ISBN 7-5036-5195-4

I. 中… II. 米… III. 法学—中国—文集 IV. D920.0-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第111582号

©法律出版社·中国

责任编辑/周丽君

整体装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×960毫米 1/16

印张/17 字数/225千

版本/2005年1月第1版

印次/2005年1月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939714

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5195-4/D·4913

定价:25.00元

编者序语

现代中国法制不过百余年,现代中国法学不过百年。然而这是一个怎样的百年!曾经几度危亡,却又在烈火中涅槃再生;纵然天翻地覆,却总能在千劫百难中保持永恒;多少风云变幻,却总能在峰回路转雨过天晴后获得光明。这就是中国的近现代历史,这就是中华民族的命运,这就是中华民族的传统。中国法学作为中国命运和传统的一部分,实际记录和反映着这种命运和传统的一个方面。尤其是中国改革开放以来,中国法学更是在改变和发展中还民族命运与传统方面起到了不可忽视的重要作用。而且,在未来的法治国家的追求中,在未来中华民族的兴衰中,它都必将发挥愈来愈为关键的作用。现时中国法学的发展、进步与丰富,实际体现着现时中国社会的发展、进步与繁荣。因此,记录现时中国法学,就是记录现时中国社会的现实与历史;推介法学思想与言论,就是襄助中国社会的进步与发展。而且,这种记录和推介同时也必然会构成一种文化的宣扬与积累,从而为当今世界上其他民族国家认识了解中国法律文化提供途径与材料。中国政法大学比较法研究所和法律出版社联袂合作开辟《中国法学文档》,正是基于上述思想宗旨。

本此宗旨,《中国法学文档》将根据以下几个标准和原则对现时中国法学进行全面的审视和提取。

一、推介学术思潮:尽可能地能够将反映当今时代和社会进步的最新学术思想的文章论著予以简要推介,意在使学术更有时代和社会使命色彩;

二、推荐学术观点:意在尽可能地将一些新的、独到的、具有实践意义的学术观点的文章论著向读者予以推荐,意在丰富和活跃学术论辩与交流,参与社会改革与进步;

三、推举学术精品:意在尽可能地将法学界中产生的,有深厚学术积累和深入研究水准的纯法学成果向学界推荐,不论其是否为流行或热门话题,意在丰富法律文化积淀和加强法律文化传承;

四、推崇学术人格:尽可能地宣扬能够代表和反映独立学术观点、严谨学术作风和纯洁学术品德的文章作品,以达推崇褒奖独立完美学术人格之目的;

五、推广学术方法:尽可能地将能够反映新的或有价值的学术方法的文章论著向学界推广,意在促进法学发展,提升法学水平。

以上所述,当为本出版物原则之大端。望法学界同仁能够荃察此中用意与衷情,支持本出版物成就既定之目的。

编者

荟萃法学精品 传承法律文化

孙琬钟

《中国法学文档》带着和煦的春风翩翩走入我们的视野,先是让人眼前一亮,继而为之欣喜,再而为之称庆。

近些年来,法学报刊如雨后春笋,令人有目不暇接,看不胜看之感。我常想,如果有一本出版物,能采撷荟萃当今法学研究高水平学术文章,对现时中国法学进行全面的审视和提取,那对于了解法学研究状况,促进法学的发展及研究水平的提升将是一件非常有利的事情。

《中国法学文档》作为一个以文摘形式为主的学术出版物,它秉持记录现时中国法学,推介法学思想与言论,宣扬与积累法律文化,促进社会进步与发展,为世界其他民族、国家认识了解中国法律文化提供途径与材料的宗旨,尽可能向读者及学界推广那些能够反映当今时代和社会进步的法学界最新研究成果。《文档》将密切关注那些新的、独到的、具有理论深度和实践意义的学术观点,注重推介具有深厚学术功力和深入研究水准的法学研究成果。因此,那些能够代表和反映独立学术观点、严谨学术作风和纯洁学术品德的文章作品,以及能够反映新的或有价值的学术方法的文章论著将构成本出版物的首选题材。与此同时,本出版物亦将刊载原发学术文章、书评及国外法学名篇的译文。可以说,《文档》的立意和眼界高远广阔,独具品味。

经过改革开放以来二十多年的重建与发展,中国法学正在逐步走向成熟与繁荣,在此过程中,我们许多法学家和法律实务工作者都作出各自不同的贡献。《中国法学文档》的目的之一就是将这些贡献和成果尽可能地予以荟萃和展示,当然,编者所作的摘编不可能毫无遗漏地展现学

界所有的真知灼见,但起码会给我们提供一些富于启示的思想,一些可供探讨的观点。现时的学术成果,如果不能被当代或后世更多地认知并被作为时代的文明成果而受到重视,那将会是一种令人惋惜和不可挽回的文化留佚。精神财富与物质财富的重大差异之一,即物质财富的使用价值总是相对有限的,每一次使用都可能导致其效用的削减;而精神财富却具有相对无限的使用价值,每一次使用不仅无损于其原有的价值,还会不断增强世人对其价值的认知程度,从而使其在某种程度上获得知识的增值。精神成果的重复使用不仅会造福于人类的今天和明天,而且也会使其创造者享有无上的荣光。

上个世纪初中国法律改制之后,中国法律的发展开始了一个全新的历史时期,这期间无数学者和实践者的努力探索和尝试,使得一百多年来中国法律发展走上了一条现代化的道路,同时也形成了具有中国特色的法律文化传统。随着中国的发展与强盛,这种法律文化传统必然会成为世界法律文化中的一块灿烂瑰宝。愿《中国法学文档》能成为中国法律文化的聚宝盆,并实现其将中国法律文化存留于史,推向世界的宏远目标。

一本为我们搭建天梯的新书

江 平

文章书籍少了,有少了的烦恼;文章书籍多了,又有多了的烦恼。

文章书籍少的时候,患的是饥渴症,像是在那可怕的饥荒年代,不放过任何一个哪怕只能微微充饥的东西。文章书籍多的时候患的是厌食症,像是面对花样繁多的各样食品,却引不起一点食欲。

在同类法学文章书籍多如牛毛充斥于市时,年轻的读者们茫然了,他们究竟选择哪一本来读呢?选名家的,名家不一定是精品;选新作,新作又是“剪刀加浆糊”之作;听书评介绍的,书评又都是吹捧之作。真是“大道以歧路亡羊”,多少学子有面临歧路之叹!年长的读者们也茫然了,他们的时间有限。过去还可以“泛读与精读”结合式的去浏览,现在多得连浏览一下、“一目十行”去读也找不到精品了。不禁产生“望而却步”之感。

每逢这种时刻,总想起两种人来。一种人是绝好的书评家,他能最客观地将一本书的笔上生花之处,精到绝伦之处介绍给你,使你能沿着他指引的方向去寻找书市中的精品,这种人是你读书中的指路人。另一种人是绝好的编著人,就像“唐诗三百首”的编者那样,从几万首茫茫唐诗大海中精选出三百首;像“古文观止”的编者那样,精选出令人叹为观止的古文精品,绵绵流传几百年。这种人为我们搭建了天梯,省却了我们多少爬梯的辛苦和时间!可惜,这两种人中的优秀者已经不多了!书评家往往成了广告商,编辑作品成了谋财之道。

中国政法大学比较法研究所和法律出版社共同推出的《中国法学文档》就是为我们搭建天梯的襄举。但是,办好事是很难的,正像办坏事是

很容易的那样。要办得好就要有三条：一是编者需要很高的水平，他不同于一般杂志的编辑，他要能选出精品，就必须能懂得精品、识别精品，就要有一对像古玩鉴别家那样的火眼金睛，从众多的赝品中一眼就能看出谁真谁假。在这个意义上说，这种编辑作品应受著作权法的保护，它不同于报刊杂志的编辑；第二，编者要有胆识，不能迷信名家、权威。当然，一般说来，名家、权威精品会多一些，但又绝非尽然，在学术领域内不应迷信名家，优先名家，因为名家作品往往不会受人忽视，一文既出，众人瞩目，又何需多劳再去编辑出版。恰恰是那些青年才俊，名不见经传，往往又是一孔之见，却非寻常，启人深思。摘其数百字，就能起敲山震虎、提携晚辈的作用；第三，编者要有事业心。凡干此类工作者，要有持之以恒的决心，要有贡献于此道的事业心。纵观历史，以编辑作品成功者少，成名者少，持之以恒者少。所以能够认识到一点而又知难而上者，是为俊杰。

中国政法大学比较法研究所与我素有因缘，米健教授与我素有私谊，值此《中国法学文档》正式问世之际，谨以此文表达衷心祝贺与希望之情。

江平

2004年4月

[目 录]

- 001 编者序语
- 001 荟萃法学精品 传承法律文化 孙宪钟
- 001 一本为我们搭建天梯的新书 江 平

论文选登

- 001 中西宪法文化的比较 张晋藩
——《中国的宪法史》序言
- 014 建立中国先例制度的意义与路径兼答《“判例法”质疑》 张 联
- 042 民事习惯调查与中国民法典编纂 俞 江

精要文摘

- 法学基础理论档 理论法学·法史·比较法**
- 065 法律的实质理性 许章润
——兼论法律从业者的职业伦理
 - 069 论法律源于道德 胡旭晟
 - 073 论当代西方比较法学的发展 黄文艺
 - 077 非洲习惯法初探 洪永红
 - 081 前苏联法学对中国法学消极影响的深层原因 唐永春
——从马克思东方社会理论出发所做的分析

法制史档

- | | | |
|-----|----------------|-----|
| 085 | 关于中国法律史研究的几点省思 | 徐忠明 |
| 089 | 唐宋“四等官”审判制度初探 | 童光政 |
| 091 | 宋代皇家女性的法律地位 | 王 扬 |
| 093 | 儒家反酷刑的理论与实践 | 俞荣根 |
| 097 | 论日耳曼财产法团体主义特征 | 易继明 |

宪法档 宪政

- | | | |
|-----|------------------------|---------|
| 100 | 中国宪法改革的几个基本理论问题 | 夏 勇 |
| 103 | 独立审判与司法公正 | 周道鸾 |
| 107 | 从澳大利亚法律改革看香港地区普通法的发展方向 | 顾敏康 王 天 |
| 112 | 论行政执法 | 姜明安 |

民商法档 民商法·经济法

- | | | |
|-----|----------------------------|---------------|
| 115 | 民法典纵横谈 | |
| 115 | • 制定一部开放型的民法典 | 江 平 |
| 117 | • 松散式、汇编式的民法典不适合中国国情 | 梁慧星 |
| 120 | • 试论我国民法典体系 | 王利明 |
| 124 | 论民商法价值取向的异同及其对我国民商立法的影响 | 赵万一 |
| 127 | 论人格权的本质 | 尹 田 |
| | ——兼评我国民法草案关于人格权的规定 | |
| 131 | 关于《民法草案——物权法编》 | 中国政法大学物权立法课题组 |
| | 制定若干问题的意见 | |
| 135 | 确定我国物权种类以及内容的难点 | 孙宪忠 |
| 138 | 物上请求权与物权的民法保护机制 | 王明锁 |
| 142 | 浮动担保制度对我国的物权立法之借鉴 | 黄海 刘小楠 |
| 144 | 香港中国式婚姻法制的变迁 | 苏亦工 |
| 147 | 论侵权行为一般化和类型化及我国侵权行为法立法模式选择 | 杨立新 |

149	侵权法事实自证制度研究	许传玺
153	非财产性损害的契约性救济及其正当性 ——违约责任与侵权责任的二元制体系下的边际案例救济	李永军
155	违约金散考	韩世远
159	商主体论纲	范 健 王建文
161	论信用权	吴汉东
163	关于票据抗辩限制的新思考	董惠江
166	竞争与发展:公司法改革面临的主题	王保树
170	论公司法的性格——强行法抑或任意法	汤 欣
175	法定资本制:诠释、问题、检讨 ——从公司不同参与人的利益冲突与衡量观察	傅 穹
178	公司债权人保护制度研究	刘凯湘 宋 敏
182	控制股东的诚信义务及民事责任制度研究	冯 果 艾传清
185	一人公司对传统公司法的冲击	朱慈蕴

刑事法专档

188	罪责序说	陈兴良
192	新刑法与并合主义	张明楷
196	个人自由与社会秩序的对立统一以及刑法的优先选择	曲新久
200	论刑法的公众认同	周光权
203	试论单位犯罪的主体结构 ——“新复合主体论”之提倡	熊选国 牛克乾
206	刑法中的严格责任研究	刘仁文
208	关于刑法情节显著轻微规定的思考	王尚新
210	我国刑事责任年龄规定之反思	熊立荣 郭慧英
212	论证人刑事责任豁免制度	胡常龙 张 曙

诉讼法档

- 214 不作为犯罪的行为性 欧锦雄
- 218 中国的传统诉讼原则 夏新华
- 221 中国古代直诉中的自残现象探析 张全民

国际法档

- 225 伊拉克战争的国际法思考 黄 瑶
- 228 WTO 与司法审查 甘 文

书评书讯

- 231 拉伦茨《德国民法通论》中译本评介 田士永

案例讨论

- 235 宁夏首例一房二卖双赔案评析 吴国喆 韩光明执笔

名篇译介

- 244 法律的非正义与超法律的正义 [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫
(赵 阳 译)
- 257 [Catalogue]

中西宪法文化的比较

——《中国的宪法史》序言

张晋藩

中国政法大学

“宪法”一词是从拉丁文“Constitutio”翻译而来。原为组织与确立之意。古罗马帝国曾经用它来表示有关皇帝的各种建制和皇帝颁布的“诏令”、“谕旨”之类的文件；至欧洲封建时代，“Constitution”已类似于国家的组织法。英国中世纪以后，确立了国王未经国会同意不得征税的立法原则和制度，并称之为本国特有的“Constitution”。随着代议制度在欧美许多国家的建立，凡是规定代议制度的法律，都称作“Constitution”，也就是“宪法”。

在现代，大多数国家主要是从三个方面来确定宪法地位的：其一，宪法是根本性的法律；其二，宪法是人权的基本保障；其三，宪法是民主政治的基本形式。

“根本性”既是宪法的特征，也是它与普通法律最重要的区别之一。宪法一方面是对国家的现在和未来所做的最具权威性的设计，是对社会各种基本关系处理的最高依据。它所关涉的是一个国家全局性、现实性、长远性的根本问题。另一方面，宪法还从社会制度和国家制度的根本原则上，规范着整个国家自身的活动。在成文宪法国家，宪法具有最高的法律效力，宪法是制定普通法律的依据，任何普通法律，法规不得与之相违背；宪法是一切国家机关、社会团体和全体公民的最高行为准则，作为根

本法,宪法也要求严格的制定和修改程序,这是保障宪法权威和尊严的重要环节。对于宪法的解释和监督实施,各国宪法也都有不同的规定。

宪法的核心价值还在于它为人权提供基本的保障,被看作是“人权的保障书”。列宁所说宪法是“一张写着人民权利的纸”,^①强调的也是宪法对保障人权的重要性。宪法与人权之间的密切关系已从宪法发展的历史中得到了证明。

至于宪法与民主之间密切的关联,是源于作为责任政治的民主政治,是由人民主权的立宪原则而来的。世界各国的现代宪法,虽然大都规定了人民主权,但其意义是不同的。一般说来,宪政国家是通过人民的代表制来完成的。人民的代表既然是民选的,他就必须对选民负责;民众虽然未必了解整个议事过程,但他知道其代表的言行是否符合自己的本意,一个不符合民意的代表就是失职,他必然为此承担责任。宪法必须依靠真正的代议民主制为其实施提供基础和保障。宪法历史的经验表明:人民必须通过自己制定的宪法,才能确保政府对自己负责。民主政治(责任政治)是宪法起到根本法作用的前提。

1. 西方近代的宪政文化

西方近代意义的宪法与自然法理论有着直接关系。近代启蒙思想家的“社会契约论”、三权分立以及人民主权思想是近代宪法的理论基础,法治与人权则是其核心内容。法治意味着一个分权制衡的政治结构,人权意味着一套新的价值体系,宪法就是确立这种政治结构和一套新的价值体系的最高法律。

近代宪法最早出现在英国,是近代宪法的发源地,是近代“宪政之母”。毛泽东说过,“讲到宪法,资产阶级是先行的。英国也好、法国也好、美国也好,资产阶级都有过革命时期,宪法就是他们在那个时候开始搞起来的。”^②法国的《人权宣言》也宣布,“凡权利无保障和分权未确立的社会,就没有宪法。”

英国宪法有两个特征,一是它的妥协性。二是它的不成文。妥协性

^① 《列宁全集》第12卷,人民出版社1987年版,第50页。

^② 《毛泽东著作选读》下册,人民出版社1986年版,第708页。

的表现是宪法中虽然资产阶级占据了优势地位,但封建贵族的地位和财产仍有所保留。中世纪的法律和习惯也具有延续性,有些正式成为宪法的重要组成部分。英国宪法是通过议会的立法形式,以限制王权和扩大资产阶级政治权力来实现统治的。不成文表现为英国宪法是由许多分散的、不同年代的宪法性文件、判例和惯例所构成,而不是以一个统一的完整的法典形式的书面文件出现的。

19世纪40年代,英国完成了工业革命,社会关系发生了重大变化。宪法也相应地有了如下的发展:责任内阁逐步形成;议会至上的宪法原则确立;政党制开始兴起。由于政党把持政治,在宪政体制运行中的作用越来越大,形成了政党政治的特色。

1787年的美国宪法是近代第一部成文宪法,也是人类历史上作为国家根本法的第一部成文法典。美国宪法确立了四个重要原则:人民主权和有限政府原则;权力分立和制衡原则;联邦与州的分权原则;文职人员控制军队的原则。这四个原则构成了美国宪政的基本骨架;美国宪法的历史发展,是通过宪法修正案、宪法解释和创设宪法惯例等方式实现的。迄今为止,美国已有了27条宪法修正案,其中以涉及人权与民权的内容居多。除此而外,联邦最高法院的宪法解释以及政党、总统和国会所创立的宪法惯例,对美国宪法的发展也起着重要作用。

欧洲大陆最早出现的近代宪法是1791年的法国宪法。著名的1789年《人权宣言》构成了该部宪法的序言。法国宪法确认国民主权代表制;委托国王行使行政权;委托法官行使司法权;议会一院制;实行间接有限选举制;公民区分为积极与消极两种等等。这部宪法所实行的议会制既不是美国的总统制,又与英国的君主立宪制相区别。此后由于法国政治动荡,又有多次立宪活动。总的来讲,法国近代宪法是在共和制与君主立宪制的斗争中间发展的,除了国内政治力量的对比关系外,欧洲的国际关系也是宪法发展变化的重要因素。

1919年德国《魏玛宪法》和1918年苏俄宪法的颁布,标志着现代宪法的产生。现代宪法大都采用成文宪法和普选制度,使西方国家的民主政体有了新的发展。

综上所述,西方近代宪政文化的主要特色可以概括为:(1)以不同方式确立了主权在民的原则,人民是国家权力的最终来源;(2)宪法确认和保障人权,政治自由权利构成人权的主要内容;(3)国家权力受到宪法控制,国家的作用主要被限制在公共生活领域,国家对私人生活的干预被看作“越权”而被严格禁止;(4)除个别国家外,多数国家把宪法作为根本法加以运用,宪法具有至上的权威和效力。

2. 西方宪政文化的发展趋势

宪法是人类文明发展到一定阶段的产物,它的产生发展也是特定社会政治经济和思想文化条件相互作用的结果。从价值方面来看,宪法是对人类社会的制度合理安排的基本形式,是对国家权力与个人权利关系问题处理的基本方式,其目的是限制国家权力,确认和保障人权。随着人类社会的发展,人对自身要求和满足要求方式的认识不断深化,宪法也随之不断地演进。宪法演进的张力也有赖于各种政治力量的彼此消长、对比关系的变化。西方宪政文化的发展就是在上述各种因素作用下进行的,其趋向主要表现在以下几个方面:

(1)行政权的强化。在英国,议会受到行政权的挑战,行政大有控制议会之势;在法国,宪法已把议会内阁制改为总统制;在美国,行政权打破了原有的权力均势格局,在国家生活中逐渐处于核心地位。政府根据宪法规定享有委托立法权,通过“委托”,某些行政方面的立法已由政府行使。譬如,德国基本法规定:“联邦政府,联邦部长或各州政府根据法律的授权,发布有法律效力的命令。”行政权干预立法权,还表现为美国总统频繁使用否决权,和法国总统的紧急命令权。

(2)人权的扩大与保障。在现代,随着国家权力进入社会经济和文化领域,对于人权的社会经济以及文化方面的内容越来越受到重视,进而在宪法中形成了社会经济和文化方面的人权制度。在这方面,1919年的《魏玛宪法》自不待言。^①1949年《德国基本法》第15条对有关社会经济

^① 1919年的《魏玛宪法》因率先在宪法中设立《经济生活》专章,对社会经济文化权利作了明确规定,因而该宪法被宪法学者看作是近代宪法向现代宪法转变的一个标志(参见王世杰、钱端升著:《比较宪法》中国政法大学出版社1997年版,第128页)。