

法学纪元

HUAZHONG LAW REVIEW

第 1 辑

主编 罗玉中



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法 学 纪 元

HUAZHONG LAW REVIEW

第1辑

主 编 罗玉中

执行主编 俞 江

学科分管 郭义贵：法理学、法律史学、国际法学

张晓玲：宪法学、行政法学、行政诉讼法学

裴丽萍：民商法学

焦洪涛：经济法学、知识产权法学、

国际私法、科技法学

鄢 斌：刑法学、诉讼法学、环境法学

编 辑 伍春艳 汤俊芳

编 务 谢惠加 ~~万志前~~ 谈 萧 姚 岷

北 京 大 学 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

法学纪元(第1辑)/罗玉中主编. —北京:北京大学出版社, 2004. 1
ISBN 7-301-06722-4

I. 法… II. 罗… III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 108491 号

书 名: 法学纪元(第1辑)

著作责任者: 罗玉中 主编

责任编辑: 李 霞

标准书号: ISBN 7-301-06722-4/D·0800

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 22.25 印张 342 千字

2004 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 30.00 元

罗玉中院长在华中科技大学法学院成立大会上的讲话

(代发刊词)

今天,在春暖花开的江城武汉,我们会聚一堂,庆祝华中科技大学法学院正式成立。我想这应该是值得我们全体师生永远铭记的一天。几十年后,当华中科技大学成为世界知名大学的时候,我们再回首它的法学教育的历史,我希望这一天能够成为华中科大经过艰难跋涉的法学教育突飞猛进的开端,希望法学院的成立成为华中科技大学向综合性大学迈进的一大步,能够为华中科技大学不断增进的人文精神增添新的曙光。

众所周知,在中国素以诗文传世,法学虽自古已有,但自明废律博士一职以降,法学教育除残存于刑名幕友之间,蛰伏于民间之外,在官方则早已命若悬丝。直到19世纪末西学东渐后,随中国法律近代化和现代化发展进程,法学再次发轫,因此,我们今天所说的法学、法律,从术语概念、知识体系到训练方式,无一不浸染着西方的色彩。当然,整个20世纪,中国的法学家也一直在探索自己应有的法学教育模式。在民国时期,国立大学中,有北京大学、武汉大学;私立大学中,素有“北朝阳,南东吴”之称,法学教育曾一时称为鼎盛,其所造就之法律人才的素质与品格,今人未必都能凌越。但彼时国难当头、风雨飘摇,司法的改造几乎无法推展,法律人才也多在那多事之秋飘零殆尽,花满枝头,却果实无多,这是我们至为浩叹的。解放后,新兴的气象给法学教育带来耀眼的光芒,可惜一闪而逝,法学教育进入了蹉跎岁月。直到十一届三中全会以后,中国的法学教育又重新焕发了青春,从历史的阴影里逐步走向前台,法科方为显学。但是,当我们揭开功利主义面纱,审视热潮背后,我们看到的是严峻的现实。前北京大学校长、中国现代著名教育家蔡元培先生说过,大学是陶冶高尚性情、研究高深学问的场所,以此审视中国的法学教育,则我们多的是法条记忆,少的是法律的根本精

神,又何谈高尚性情、高深学问?我们切不可忘记,我们需要的是法律家,而不是刀笔吏。所以,近二十年来的法学教育只完成了恢复重建的工作,而真正的法治国家的建立、法律精神的重塑和法学教育的发展才刚刚起步。对于任何一个学校,这都是一个挑战,同时也是一个机遇。当今世界,科学技术日新月异,知识经济已露端倪,经济和社会的发展日益信息化、国际化、一体化,这无疑对法律、法学和法学教育也提出了革新的要求和全新的挑战,在这风云际会的时代,华中科技大学适逢其会,我们落后于其他学校并不很远,何况在座的很多同仁经过近十年的努力,已为我们创造了现在的基业?我们也并非是一穷二白。这也是我们应该向那些为此付出努力和做出贡献的老师表示深深谢意的,因为他们,我们才有了今天。更为重要的,我们的希望在明天,因而,我们现在必须扯起风帆。

2 建立世界一流的法学院,固然是我们的愿望。当我们瞥见牛津、剑桥、哈佛、耶鲁、海德堡这些一流学府的法学院的时候,有人可能望洋兴叹;但是,当我们看到斯坦福、加州伯克利后来居上的事实时,我们就应当充满信心。事实上,世界一流大学的法学院不是我们一蹴而就的结果,而是我们不懈努力的目标。这些历史的和现在的著名法学院,无非是因为他们贡献了无数人类智慧的头脑,因而被人们所铭记和乐道。能否建成一个好的法学院,根本在于我们以什么样的方式才能训练出能为人类进步贡献智慧的头脑。所以,教师和学生是我们的希望所在。当代的大学已不是单纯的科学知识的传承者和传播者,而且是新思想、新制度的倡导者和实践者。当代大学的教授,不仅应当是传道、授业、解惑者,而且应当是会通今古、融会东西、荟萃文理的开拓者、创新者。当代的大学生在校期间,不仅应当是知识的接受者,而且应当是科研和教改的积极参与者,是创新精神与创新能力的传承者。我们能否培养出出色而独具我院风格的高素质、复合型法律人才,将决定我院在众多法学院中扮演的角色和地位。

法律是一种人类冷静的智慧。法学教育是现代大学的摇篮。自从11世纪罗马法复兴、意大利的波仑亚大学开始讲授罗马法以来,现代法律教育便渗透着理性的科学精神,以至于美国法学家伯尔曼得出结论:西方的现代科学精神产生于中世纪的法律和法学教育。实际上,无论何时何地,我们必须运用智慧和理性,来审视、解释我们的生活,解决

生活中的利益冲突,从而寻找和追求公平正当的法律体系。现代的中国社会,面临着各种各样的困境,这些都需要也只能由中国人自己来审度和解决。尽管我们有外国的经验和教训作为借镜,但是我们的目光永远必须注视这片生长我们的土地,运用我们的知识解决我们的问题。所以,我们创办法学院,必须认真考虑什么才是华中科技大学法学院应该和可能做出的贡献。

华中科技大学向来以理工学科名世,而高技术的采用在给我们的生活带来诸多便利的同时,也带来很多问题,例如信息安全问题,基因的所有人与发现该基因而拥有专利权者之间的冲突,转基因作物种植和转基因食品销售引发的种种问题,等等,正不知不觉发生在我们身边。然而,我们的法律还没能找到解决这些问题的正当方式,所以,依靠本校的理工医背景,成立科技法研究所,进行交叉学科的法律理论和法律制度研究,这将是我們可能取得的学术至高点和对社会贡献的突出点,也应该成为我们独具一格的贡献。除此之外,我们将逐步成立基础法学研究所、公法研究所、私法研究所和国际法研究所,以科研带动教学,加强法学基础学科的发展,完善本科生、研究生的教育,开始采用双语教学的方式,以中国法的教育为基础,适当进行英美的判例法教学,期望能够通过教师的言传身教,使学生获得良好的专业训练和人文修养,就像英国法律教育引以为自豪那样,期望我们的学生的案头摆放的有哲学、历史、诗歌和小说,而不仅仅是法律书籍。我们的学生不仅有严谨的法律思维能力,而且有不断省视自身和人类生活的能力,使每一个学生能够通过自己的头脑以自己的方式审视生命和社会,在自己兴趣的引领下独立、自由地寻找自己的事业,使他们成为美国联邦最高法院大法官法兰克福期望的那种具有“哲学的睿智、宽厚的同情心和非凡的耐性”的智者。这是我的所愿和期望,期望于全体老师和学生,我所能做的是努力引进人才,营造一种氛围,给诸位老师和同学提供一个像香港中文大学副校长金耀基先生所说的“诗的宁静”的学术环境。诸位及诸位的后来者的生命轨迹将涵蕴着华中科技大学法学院的辉煌,如果法学院的教授有足够的理论功底以造就学生高尚的品格和杰出的才能,那么这些教授和学生的知识和心灵就是法学院的声名。当然,这一切都离不开诸位领导的支持,同仁、同学的努力。所以,当我注视诸位目光的时候,我希望从那里获得力量。当我仰望星空的时候,我希望

那闪耀的繁星是支持我的目光。

我愿在新世纪中与诸位同仁携手同行,共同推进华中科技大学的法学教育。

谢谢大家!

罗
玉
中

目 录

司法史专题

- “司法独立”话语在当代中国的变迁…………… 滕 彪(1)
晚清各级审判厅的诉讼程序研究…………… 李启成(63)

学术专论

- 梅谦次郎——日本民法之父…………… 冈 孝(96)
人权遗产的一大缺陷…………… 郭义贵(120)
WTO 视野下中国行政诉讼制度的检讨 …………… 吕忠梅(134)
论物权法的对象与物权的客体…………… 尹 田(154)
债权人代位权——日本判例和学说的现状及其展望…………… 钱伟荣(168)
法国国际民事诉讼中的协议管辖制度…………… 吕晓莉(208)
19 世纪英国专利废除之争 …………… 张韬略(222)
论现代法制的代际立场…………… 鄢 斌(234)

案例要旨

- 2001 年最高人民法院公报案例要旨 …………… 谢惠加 整理(282)
2002 年最高人民法院公报案例要旨 …………… 谈 萧 整理(303)

评论·随笔

- 也谈《收容遣送办法》…………… 张晓玲(327)
试论违宪认定的基本标准…………… 王三秀(332)
随笔三则…………… 焦洪涛(341)
约稿启示…………… (345)
《法学纪元》注释体例…………… (346)

CONTENTS

Change of the Speech "Judicial Independence" in Contemporary China	Teng Biao (1)
The Litigation Procedure Research of the Local Courts in Late Qing Dynasty	Li Qicheng (63)
Father of Japanese Civil Law——Mei Qian Ci Lang	Gang Xiao (96)
A Clear Defect in Human Rights Heritage	Guo Yigui(120)
The Self-criticism of China's Administrative Litigation System from the View of WTO	Lv Zhongmei(134)
On the Object of Real Law and the Object of Real Right	Yin Tian(154)
Creditor's Right of Subrogation ——the Status Que and Expectation of the Case and Doctrine In Japan	Qian Weirong(168)
On Contractual Jurisdiction in International Civil Litigation in France	Lv Xiaoli(208)
The Controversy on Abolishing Patent in the 19 Century in England	Zhang Taolue(222)
On the Inter-generations Position of Modern Legal System	Yan Bin(234)
The Case Tenor of the Communiques of the Supreme People's Court in 2001	Xie Hui jia(282)
The Case Tenor of the Communiques of the Supreme	

People's Court in 2002	Tan Xiao(303)
Also on the Regulation about Acceptance and Shipping off	Zhang Xiao ling(327)
On the Basic Criterion of Determining to Violate Constitution	Wang San xiu(332)
Gossip Three	Jiao Hongtao(341)

“司法独立”话语在当代中国的变迁

滕彪^①

Abstract The leadership of the Party is one of the basic lines of the judicial work, but internal logic of the judiciary requires judicial independence. Thus, there has been a lasting and tough struggle concerning issues like whether the judgment should be independent; is independent trial against the leadership of the Party; or is the leadership of the Party against the independent trial; is judiciary independence the independent trial; does independent trial demand independence of the court or independence of judges. This paper investigates the changes in discourse and practice between judiciary independence and leadership of the Party since 1949, and also analyzes the strategy and the cause of change of judiciary independence in the connection with judiciary and knowledge production system.

Key words Judicial Independence, Contemporary China

20 世纪 90 年代以来,中国的法院进行了各种司法改革的尝试,有关诉讼法的修改和审判方式的改革对法院的地位和角色产生了很深远的影响。与此同时,有关“司法独立”的话语在悄无声息地蔓延着。在法学界,关于司法独立的文献每年都有稳定的增长。学者们使用不同的词语——“司法独立”、“依法独立行使审判权”、“审判独立”、“法院独立”、“法官独立”——来言说这个西方舶来的观念。这似乎像萨义德(Said)所说的“理论旅行”:司法独立这个资产阶级的理论在社会主义中国的半个世纪的旅程所展现的景观一定引人入胜。

问题是,不同话语文本中的“司法独立”就是西方含义上的 judicial

^① 滕彪,中国政法大学讲师,法学博士。

independence 吗? 它们的含义相同吗? 它们的区别何在, 又为什么造成了含义上的区别? 审判独立、法院独立、法官独立和司法独立是什么关系? 五十年来的司法独立话语在中国是如何展开的? 正式法律中关于司法独立的规定有什么变化? 司法独立的含义变迁的背后是什么? 中国是如何参与对“司法独立”观念的重写的?

滕彪

对司法独立的多舛命运, 有学者这样总结到:

建国之初, “司法独立”原则被作为典型的资产阶级“旧法思想”、“旧法观念”, 首选为涤荡之列; 后是在 1957 年反右斗争中, 凡有“司法独立”言论者均以“反对党的领导”获罪而戴上“右派”帽子, 因此以后再也无人敢提此原则。即使在十一届三中全会以后中国法制建设春天来临之际, 许多人怀着对惨痛历史教训的记忆, 对此仍噤若寒蝉。随着“法律面前人人平等”、“权力制约”、“人权”、“法治”等一个个被贴上资产阶级封条的珍贵文明成果得以重新甄别、重见光明后, “司法独立”还是被作为“禁区中的禁区”而无人问津。^①

2 有意义的问题是, “禁区中的禁区”是如何突破的? “禁区”何以变成了法学界和法律人的热门话题? 进而言之, 热门话题的讨论有没有禁忌? 或者说, 禁区真的被突破了吗? “司法独立”话语展开的同时, 司法独立是如何实践的? 话语和实践是如何渗透的? 如何理解它们之间的断裂? 我们由此必须深入到话语的内部, 分析其丰富的话语策略, 并且在不同文本之间寻找其映照、对峙的关系, 我们还要深入到话语的背后, 寻觅其若隐若现的权力关系。

一、司法独立: 基于文献量的分析

法律在政治生活中的地位, 与关于法院的话语有一种相关关系; 在一段时期的话语总量中, 法院的话语比例以及对法院的具体言说可以大略反映出法院在政治实践中的地位。在复杂多变的 20 世纪下半叶的中国, “话语总量”是一个天文数字, 有些是瞬间即逝的, 比如人们日

^① 杨海坤、民胜:《我为什么要为“司法独立”鼓与呼》, 载郭道晖、李步云、郝铁川:《中国当代法学争鸣实录》, 湖南人民出版社 1998 年版, 第 480—486 页。

常生活中的大量对话,有些附着在各种媒介之上,可以跨越时间的限度而被后来者看到或听到。有口是心非的,有千篇一律的,有难以琢磨的,这些都可以从不同角度反映出特定时代、特定人群的社会关系及意识形态。

半个世纪以来的中国,来自《人民日报》的话语是相当典型、引人注目的。它不但是世界上发行量最大的报纸之一,而且是中国政治情况的晴雨表。它所透露的信息极其丰富,它的社论往往是指导各项运动和各项工作的方针政策,在文化大革命中它的社论就等于甚至高于法律。它的理论文章是权威的理论;它的报道具有指引性:要么是正面样板,要么是反面典型。关于司法的报道用什么样的字眼,也反映了当时的集体认知。我将利用“人民日报索引光盘(1946—1995)”来分析法院、法官、审判员在整体话语中的位置,及其反映出来的在政治中的位置;并且试图证实/证否这样一些假设:关于法院的文献量和报道量的多少与法院在现实生活中的位置成正相关关系;因为司法体制的缘故,法院整体的形象压制了审判员个人的形象,同时随着司法的变迁,审判员个体的形象会渐渐鲜明起来;“审判员”的用法在一定时期被“法官”的用法所超过。^①

法律学者们关于司法独立、法院独立、法官独立都说了什么?在分析具体的话语之前,我要考察不同时期以这些主题出现的文献量的多少及其变化趋势。中国人民大学报刊资料中心是比较权威的分类收集各种文献的机构。“中国人民大学报刊资料光盘(1978—2000)”是我将利用的另一个光盘。而此前的关于“司法独立”的话语,我将另行分析,原因有三:一是因为几乎所有提到司法独立的文章都是批判性质的;二是因为数量有限;三是因为没有可利用的现成的光盘。关于“人大报刊资料”需要说明的是,像任何信息收集一样,它不可能把某一段时期的同主题文献收集完全,在分类上也不大可能是完美无误的,但是它仍然可以比较准确地反映文献的变化趋势或对比关系。因为,主题之间的误差率或年度之间的误差率基本上可以相互抵消。

^① 原打算研究《人民日报》中“司法独立”的文献量及其变化,但是1949—1995年的检索结果中只有一篇以司法独立为题的文章,即林干:《司法独立的起源》,1980年9月9日《人民日报》第5版。以“法院独立”和“法官独立”为题的则没有。

1949 年到 1995 年,《人民日报》关于“法院”的报道共有 2127 篇,见表一。

除了文革期间,关于法院的话语几乎销声匿迹之外(1966—1976 年的 20 条报道中,涉及中国法院的只有 5 条),对法院的报道一直在增长,而在 20 世纪 90 年代增长尤为迅速。可能的原因有两个:法院的地位在上升,对法院的关注在增多。这两个因素中的任一个就可以导致文献数量的上升,而从理论上讲,对法院关注的提高未必意味着法院地位的上升,而且可能意味着法院地位的下降(比如 1952—1953 年的司法改革运动)。不过联系中国 20 世纪 80 年代以后的法制实践,可以大致说,对法院报道的增加与法院地位的提高、与人们对法院的期待和关注的提高都成正比关系。

表一 1949—1995 年《人民日报》关于“法院”的文章数量
(标题词:法院;检索限制:法律—中国)

年 份	文 章 数	年平均文章数
1949—1965	612	36.0
1966—1976	20	1.8
1977—1983	300	42.9
1984—1989	522	87.0
1990—1995	673	112.2
总 计	2127	45.3

而同样的四十七年中,关于“审判员”的报道共有 32 篇,见下表:

表二 1949—1995 年《人民日报》关于“审判员”的文章数量
(标题词:审判员)

年 份	文 章 数	年平均文章数
1949—1955	10	1.4
1956—1959	4	1.0
1960—1980	0	0
1981—1983	1	0.3
1984—1986	6	2
1987—1989	1	0.3
1990—1992	8	2.7
1993—1995	2	0.7
总 计	32	0.7

同时期关于“法庭”的报道量有 485 条,和法院与法庭的话语相比,“审判员”是沉默无语的。四十七年间平均每年关于法院的报道是审判

员的近 65 倍。审判员个体的形象在法院集体的笼罩之下,考虑到审判员一词往往也是一个集体的称谓,这个特点就更加明显。整个 60 年代和 70 年代没有一篇以审判员为题的文章登上这个党中央的机关报。

1949 年到 1995 年,《人民日报》关于“法官”的报道共有 215 篇,其中关于中国的有 84 篇。见下表:

表三 1949 年—1995 年《人民日报》关于“法官”的文章数量

(标题词:法官)^①

年 份	文 章 数	其中称谓中国 法官的文章数	年平均文章数
1949—1955	2	0	—
1956—1958	13	0	—
1959—1965	5	0	—
1966—1979	8	0	—
1980—1981	10	1	0.5
1982—1983	12	3	1.5
1984—1985	18	4	2.0
1986—1987	18	3	1.5
1988—1989	28	11	5.5
1990—1991	28	18	9.0
1992—1993	42	20	10.0
1994—1995	46	27	13.5
总 计	215	87	—

在 1981 年以前,提到的法官皆为外国的或香港的法官。有意思的是,第一篇涉及中国“法官”的报道,出现在 1980 年,不过那说的是丹东市的一位民警。^②这也许反映出人们对公检法的看法,反正都是穿制服、戴大沿帽,是“政府的人”。真正用法官来称谓中国审判员的第一篇报道,是 1981 年国际妇女节那天的报道:《女法官女检察官在成长》^③,

① 各表均有少量的信息噪音,比如在检索“法官”的时候出现“法官员承认××”的报道,还有几篇说的是足球裁判的事。

② 《居委会的好“法官”》(丹东市民警董德会),1980 年 4 月 6 日《人民日报》第 3 版。

③ 《女法官女检察官在成长》,1981 年 8 月 3 日《人民日报》第 2 版。

在1988年以前,关于中国的法官仍然屈指可数。1988年的一篇报道的题目中同时出现了“法官”和“审判员”的字样^①,这或许反映了过渡时期的某些特点。1988年8月20日报道说,我国正在起草法官法,此后称呼“法官”应该名正言顺了。虽然《法官法》在1995年颁布,但直到今天仍然是两种称呼并用。之所以说“名正言顺”,是与“法官”的词义变化有关的。翻开1978年修订的《辞海·政治法律分册》,在“法官”条目下说的是:“旧社会对司法官吏的通称。如旧法院的院长、推事、承审员等都称法官。”^②也就是说,至少直到1978年,“法官”仍然是“旧社会”的,而十年后就着手起草法官法了。1995年颁布法官法,终于在法律上正式确立了“法官”的称谓。

尽管法官的数量在逐年增加,而且法官的数量超过了审判员的数量,但是仍然远不及法院和人民法院的零头。这也可以与下面分析的“法院独立”与“法官独立”的文献量相互参照。

在“人大复印资料索引类光盘1978—2000”中,以“司法独立”为标题的文章(而不是涉及“司法独立”主题的,因为后者的范围远比前者要宽),检索结果如下:

表四 人大复印资料索引类光盘1978—2000检索结果

(标题:司法独立)

年 份	1978—1979	1980	1981	1982—1985	1986	1987—1989	
文章数	0	1	4	0	1	2	
备注		讲历史上的 司法独立	讲外国的 司法独立		讲历史上的 司法独立		
文章数	1	2	1	3	1	7	12
备注	译文						

在1978年到1988年,人们说到司法独立时还只能讲外国的以及历史上的司法独立,可见这还是一个理论上的禁区,或者话语上的禁忌

① 《法官的正气——记东川市中级人民法院的审判员》,1988年2月8日《人民日报》第4版。同样的情况还有:《清正法官——记湖南省桃源县渼溪法庭审判员刘文彪》,1989年9月18日《人民日报》第1版。

② 《辞海》(修订稿),上海辞书出版社1978年版,第175页。

(容后述)。最早的文章是署名林干的《司法独立的起源》^①。值得注意的是,这篇发表在《人民日报》上的文章提到司法独立时既不褒、也不贬;也没有提到中国是否有司法独立或是否应该有司法独立。这也许透露了一个信息,反映了对司法独立的某种态度的微小变化。因为在20世纪50年代或60年代,谈到司法独立时必须表明某种深恶痛绝的态度,至少要揭露其“反人民性”和“虚伪性”。

关于司法独立的话语在增加,在20世纪90年代中期以后,有关司法独立的文献则有迅速的增长,这和“依法治国”、“司法改革”的政治策略有关,同时也与法学学术的逐步成熟、法律报刊以及法律教育的发展有关。

1978年到2000年,题名含有“独立审判”的文章有24篇,见下表:

表五 人大复印资料索引类光盘 1978—2000 检索结果

(标题:独立审判;未列年份的文章数为0)

年份	1978	1979	1980	1981	1984	1985
文章数	1	9	2	3	1	1

(续)

年份	1989	1991	1994	1995	1999	总计
文章数	1	1	1	2	2	24

20世纪70年代的最后两年,法制初兴,步履维艰,思想上的禁锢仍然很深。类似《“独立审判,只服从法律”何错之有》的文章起到了向过去的极“左”思想和极“左”做法挑战的作用。在中央“64号文件”^②废除党委审批案件的做法前后,出现了相当多的文献,探讨独立审判与党的领导之间的关系(见后文)。

人大复印资料索引类(1978—2000)光盘中,题名含有“法院独立”和“法官独立”的分别有12篇和11篇,如下表:

表六 人大复印资料索引类光盘 1978—2000 检索结果,

(标题:法院独立;未列年份的文章数为0)

年 份	1979	1981	1984	1986	1988	1994	1995	1996	1998	总计
文章数	1	1	1	1	1	4	1	1	1	12

① 参见林干:《司法独立的起源》,1980年9月9日《人民日报》第5版。

② 即《中共中央关于坚决保证刑法、刑事诉讼法切实实施的指示》(1979年9月9日)。