



湘江法苑

(第八卷)

湘潭大学法学院
湘潭大学法律咨询社

201409323

湘江法苑

第八卷

主 编：黄俊峰
执行主编：李 陆
 杨盛惠

二〇〇五年五月

学术顾问:

胡肖华 廖永安 李交发
汪太贤 程燎原 黎晓平
胡平仁 郭树理

指导老师:

黄德华 李新明 何志辉

主 编:

黄俊峰

执行主编

李 陆 杨盛惠

编 委

陈邕凌 谢 丰 郑 峥
牟丽莎 齐艳宇 汪海涛
吕晓飞 孟凡亮

主办单位:湘潭大学法学院

承办单位:湘潭大学法律咨询社

承印单位:湘潭大学印刷厂

目 录

卷首语	俞荣根教授(1)
· 学者访谈 ·	
宪政中国·百年求索	
——王人博教授十问答 ...	甘正气 黄俊峰 杨盛惠(3)
· 本刊特稿 ·	
我国犯罪构成要件的新表述	张永红博士(13)
· 法学专论 ·	
民事诉讼中法官的释明权	陶建国(38)
法国宪法监督体制及其启示	李云霖(53)
· 本卷聚焦之一:权利和自由 ·	
权利科学论	
——康德法哲学导读	黄 涛(64)
自由的经济生活与法治的人性立场	郑智航(78)
论“权利失效”	
——以“禁止权利滥用”原则的法理为分析中心	
.....	盛劲松(92)
· 本卷聚焦之二:法律实证主义 ·	
一幅早期法律实证主义的清晰图像	王奇才(103)
分析实证下的法律定义	汪海涛(113)
排它性法律实证主义中的渊源论	
.....	[英]安德雷·马尔默(121)
实证法学引论	[美]瑟亚·P·辛哈(129)
· 读书札记 ·	
传统与法治	

——在梅因《古代法》上的展开	肖洪泳(136)
试析菲利的刑罚效力思想:	邱帅萍(148)
· 宪政随想 ·	
宪政国家首都之地理法则	江国华(158)
宪政语境下宪法实施随想	万检新(165)
· 名家讲坛 ·	
孔子与中华法系	俞荣根教授(173)
司法需求与司法功能	江必新大法官(177)
法与历史	
——中国法的历史精神导言	黎晓平教授(181)
· 校友风采 ·	
Charlie Wang: China Takes Active Steps Toward Reform	(189)
· 编后记 ·	
· 附录 ·	
一、法律格言集	
二、法咨社简介	

卷首语

俞荣根 教授*

五年前,我曾意外地接到一封来自贵刊的信函。作为一名教师,对于青年学子的创造,对于青年学子的合理要求,理当百分之百地鼓励和满足。于是,我毫不迟疑地欣然命笔,写下了几句话。从此,我多了一份牵挂,脑海中时不时地会浮现出神奇的韶峰、美丽的湘江、新兴的湘潭大学及其法学院,学生刊物《湘江法苑》以及你们这群团结在《湘江法苑》周围的青年学子、年轻才俊。今日来到湘大,通过与贵院师生交流,并运用学术讲座的方式与贵院青年学生畅怀对话,不仅一了多年心愿,且大大增进了对三湘文化的了解,同时,对那副脍炙人口的岳麓书院名联“唯楚有才,于斯为盛”也似乎有了更深切的感悟。

* 俞荣根,男,1943年1月生,浙江省诸暨市人,教授、西南政法大学博士生导师。1962-1967年,就读并毕业于北京大学哲学系(本科);1979年考取西南政法学院法学研究生,1982年毕业并在中国社会科学院研究生院通过论文答辩获法学硕士学位。1982-1997年任教于西南政法大学(原西南政法学院)。期间,1986年任副教授、硕士生导师,1991年任教授。系国务院特殊津贴专家(1993年)、国家有突出贡献的中青年专家(1994年)、司法部直属高校先进教师(1994年)、重庆市先进工作者(1995年)、重庆市首批学术带头人(法学、法律史学,2002年)。历任西南政法大学副校长,重庆社会科学院院长、重庆市政府发展研究中心常务副主任,九届全国政协委员。现任中华孔子学会理事、学术委员,中国法律史学会常务理事,中国儒学与法律文化研究会副会长以及重庆市人大常委会法制工作委员会主任。

自古忧患出思想。一个民族如是，一个人亦复如是。中华民族生于忧患，也盛于忧患。历代思想家又有哪个不是生于忧患，成于忧患？！所谓孔子奔走列国而传《论语》，屈原放逐著有《离骚》，司马迁忍刑余之痛而撰《史记》，晚明顾、黄、王遇亡国之祸而留醒世之作，面对清末亡国亡种之险而降康有为、梁启超、严复、谭嗣同等一大批旷世奇才……历史演进而至二十一世纪，中华民族迎来了经济腾飞、民族振兴的历史机遇期，也进入了一个各种矛盾交织的社会风险期。我们刚刚为我国终于实现人均国民生产总值达到一千美元而欢欣鼓舞之际，国际经验和国内现实立即警示说，人均GDP达到一千至三千美元时正是社会处于高风险时期。我们总是少不了忧患。我常常对刚刚考上研究生而满怀喜悦之情的学子泼去冷水：书读得越多就越忧患。范文正公的“先天下之忧而忧，后天下之乐而乐”，应当是对负有社会责任的君子说的。读书人就应该有这样的君子。懂得忧患，先天下而忧患，解天下之忧患，正是读书人的社会责任。忧患出思想，对于一个人而言，是说忧患可以出思想。但忧患并不必然出思想，从忧患者到思想者，当有两个必备的条件：一是要理性务实，深切了解忧患的社会实际并加以理性的剖析；二是要从以往的思想中学会思想，特别是要从中西思想的轴心时代去寻找思想文化的智慧。中华民族是从一次一次的大忧患中走过来的，任何忧患都压不倒她！从这个意义上说，中华民族必将振兴于忧患之际！

临别湘大之际，应《湘江法苑》的年轻朋友之嘱，写下这两段话，祈与共勉之！

俞荣根

2004.11.19 晚 11 时

学者访谈

宪政之路·百年求索

——王人博教授十问答*

甘正气 黄俊峰 杨盛惠

编者按:王人博,男,山东莱西人,1958年生,1979年进入西南政法学院法律系学习,1983年获法学学士学位,后留校任教,1986年在西南政法大学攻读法律史专业硕士研究生学业,1989年获法学硕士学位,1999年攻读中国政法大学法律史专业博士研究生学业,2001年获法学博士学位。曾任《现代法学》和《西南政法大学学报》主编。2002年调中国政法大学任教。现任中国政法大学教授、博士生导师,《政法论坛》主编。讲授的主要课程有《中国宪政史》、《西方宪政文化》、《西方人权史》和《外国法制史》等。

王人博教授著述甚丰。他的代表性学术著作有:《法治论》(山东人民出版社1989,2000,2002年),《宪政文化与近代中国》

* 2004年11月中旬,由吉林大学理论法学研究中心与湘潭大学理论法学研究中心联合举办的“法治、宪政、人权”研讨会在我校召开。在会程较紧的情况下,王人博教授特地抽空接受了我们的采访,对此,我们深表感谢!同时此次采访得到了程燎原教授的大力协助,在此也深表感谢!郑峥同学负责了本次采访的记录和录音的整理。

(法律出版社1997年),《宪政的中国之道》(山东人民出版社2003年)等;他的代表性论文有:《宪政的中国语境》、《权力与技术》、《民权词义考论》等。与程燎原合著的《法治论》,内容颇有深度和创新,是上个世纪80年代在国内外法学界极有影响的一本学术专著,是国内最早提出“法治论”和“依法治国论”的名著。个人专著《宪政文化与近代中国》和《宪政的中国之道》在国内外法学界都有很大的影响。

(一)问:通过对近代中国立宪史的考查,我们发现:在中国,“宪法至上”的观念似乎很难形成,您认为这其中的原因是什么?党治(近代国民党的党治),宪法更替频繁,工具性的宪法观的存在——这三个方面是否可以解释中国宪法观念缺失的原因?除此之外,您是否认为还有其他的原因?

答:思考是人的一种本能,疑问是思考的必然。但能否将思考的问题当作一个问题提出来,并且在逻辑上、学理上加以论证,这才是关键;不是每个问题都可以作为学术问题加以论证的。

因此,对于你们问的这个问题,我可能会想到更多:为什么从近代到现代,中国都没有一部真正“中国性”的宪法?为什么没有“宪法至上”的理念?为什么当年胡适先生会提出“立宪不如守法”?这里面有很多的为什么,但实际上,归纳起来,只有一个问题,即“中国的政治文化为什么不同于西方的政治文化?”

当我们思考某个问题时,即使是很专业的学者,他无需也无法找出所有的理由——因为理由总是无穷无尽的。因此,对于如何做学问,我一直提倡“片面的深刻”,也就是说,只需关注其中的一个方面、从一个角度出发,去深入研究。

我曾在一本学术杂志上看过一篇研究“唐代为什么会衰落的”的文章。作者的研究路子很有意思,跟其他人不一样。他从

“驿站”这个点入手,发现唐代的衰落首先是从驿站的衰落开始的。驿站本是中央与地方互通信息的枢纽,驿站一衰落,则中央与地方之间信息不流畅;信息不流畅,因此政令不通;进而又造成中央决策的种种失误,如此形成的恶性循环最终导致了唐朝的衰败。唐朝衰败的原因当然有很多的方面,但作者就关注“驿站”这一点,不去经济、文化等领域泛泛而谈。我认为这不失为学术研究的一种路子,关键是寻找好切入点,就问题而论问题。

面对你们的问题,我会去考虑为什么近代中国没有接受宪法这个概念,特别是西方宪政语境提供的宪法概念。从满清 1908 年宪法大纲、孙中山等人的临时约法、北洋军阀、国民政府的宪法,直到后来的宪法文本,我们可以发现这些文本所支持的宪法概念根本不同于西方的宪法。首先我们得弄清“宪法”这个概念。举个例子:人这个概念本是为了彰显人的高贵,当我们把猪归到人的概念之中,那人这个概念还有什么意义?说极端点,如果把希特勒 1933 年的宪法、斯大林宪法都称为宪法,那宪法这个概念还有什么意义?因此,真正的宪法本身就是应该是至上的;如果有了真正的宪法,它必然会至上,否则它就非法。譬如,我们引进的宪政,是根据西方的政治文化这个背景而存在的。根据其解释,宪政必须具备三个要素:一、类似议会机构的存在,二、多个政治集团共存的政治架构,三、中立性法院。引进概念,就是要诉求其中的价值。要求一个能充分表达民意的代议机关,要求一个独立的司法体制。如果将其改变或者去除,那就完全没有使用该概念的必要。宪法这个概念的应有之意是它必须至上,不至上它就不是宪法。

如今我们来讨论宪政、民主这些西方经过几百年时间确定下来的常识性概念,应对其作一些基础性的工作。我个人认为,中国的法学家要建构中国法学体系,首先要做的是创造出一套中国化的法学话语。这是本分,也是责任。比如说,“民主”这个概念还

用得很混乱,中国法学界的学人要先把这些基本概念梳理清楚,而不是重复某种意识形态或是重复西方。当然西方有很多东西中国可以学,但中国毕竟是中国。至今我们还有很多基本概念没有弄清楚。比如,“宪法”这个概念是如何来的,是怎样进入中国知识界的视野的?中国的知识者们对“宪法”这个概念到底又是如何认知的?又如“人民”这个概念是如何创造出来的?为什么人民的对立面是敌人?1975年的宪法——在一个不超过5000字的文本中,“人民”一词的出现高达一百三十八次,“革命”一词也使用了不下二十次。“人民”、“革命”这些词汇怎么进入中国的宪法文本的?解释这些问题都是为构建中国的法学话语体系打下基础。

(二)问:中国传统思想和近代思想中为什么不能产生社会契约论?

答:中国近代思想中肯定有契约思想,如严复、梁启超等人之主张。对于中国古代是否有社会契约论这一问题,我认为社会契约论肯定没有,但却存在社会契约思想。据史华兹先生《古代中国的思想世界》一书中提到,墨子曾有此思想,却因为墨家没有成为中国主流思想文化,被儒家淹没,所以没有流传下来。

而为什么中国没有形成社会契约论观念,我认为这是两种文化,即中西思维方式不同所决定的。这个问题亦即为什么中国没有形成关于国家起源、社会起源的逻辑假设的问题。我想引用史华兹先生的观点,即西方思维是哲学思维,先预设前提再做逻辑推理;而中国则为感性思维,是历史而非哲学。如果让我们假设黄金时代,中国的古人从历史出发,必会想到“三代之治”。儒家最向往的,便是复古回到上古时代。我们从这种经验出发形成了我们的社会理想。与此不同的,在西方,柏拉图心目中的理想城邦,在历史上是不存在的,而是逻辑建构出来的,所以称作是“乌托邦”。

柏拉图所有政治论证的出发点是“如何在逻辑上推出最合理的城邦”，它是一种逻辑的建构，一种科学的假设。而中国的历史是经验主义的，孔夫子为代表的儒家最向往的是过去的时代，而这个时代在历史上现实地存在过，他们所持的是退化论而不是进化论，最好的时代是在过去而不是在未来，因此他们要求复古。但社会契约论绝对不是历史，而是假设有过某种状态。社会契约论本是一个逻辑建构，假设事先存在一个自然状态，从而推导得出结论。中国的经验式的思维不可能产生社会契约论。

（三）问：中国与西方的思维方式、文化传统是不同的，而中国的近代化却是向西方学习、与西方接轨的过程，在接轨的过程中是否存在一个文化的断层？

答：不是断层。当中国遭遇西方，与思想文化发生碰撞时，康、梁及之前的一些知识分子，如王韬、郑观应，他们的思路是将中国文化打个结，再把西方文化移植过来，如议会思想、契约论思想。后来发现这二者是有关系的，便松开结，寻求二者的相融之处。

但如何让西方文化在中国文化找到合法性？这又只能到中国历史文化中去寻求，梁启超写过《古议院考》，康有为写过《孔子改制考》、《新学伪经考》，他们这样做的动机很简单，让西方的制度在中国找到本土化的合法性。所以说，不是断层，而是中国文化本身没有才去引进。

（四）问：也就是说他们要把西方的文化、制度引到中国来？

答：在当时危急情况下，为了救亡图存，大家的想法便是凡事都拿来尝试一下，但对结果如何谁都没有把握。比如说孙中山领导的辛亥革命，认为“中国非革命不可”。我们不是事后诸葛，但我个人认为，孙中山发动领导了这场革命，但他驾御不了这场革

命,把那个潘多拉的魔盒打开了,军阀啊什么坏东西都跑出来了,所以我说辛亥革命后我们进入了一个最黑暗的时期。

当时孙中山、革命党人认为:“不革命中国没有任何出路”,而满清又不做任何让步,我们用个词形容满清:就是愚顽,既愚蠢又顽固。但是怎样驾驭革命的进程、能否达到他们所求的那个结果,他们没有把握,所以造成了之后极大的混乱。

(五)问:这是一个试错的过程?

答:用哈耶克的话讲,是一个不断试错的过程。

但是我认为这个试错的代价太大了,我用一个不太客气的词,叫:不负责任。有些错是可以试的,有些错是绝对不能尝试。这是革命啊!惊天动地。一个国家经得起这样的折腾吗?三年大论战之时,即讨论中国能否承受这样大的变革的时候,康、梁等立宪党人警告过他们。试错是当我们一切办法都用尽的情况下,才加以考虑的那些方法。要试错的话,我们为什么之前不试试君主立宪?革命党人和立宪党人联合起来,给满清形成一个强大的压力,强迫满清向前走。既能保持社会的有序,同时又能使中国不断地往前走,这可以省去很大的成本、降低很大的代价,这个错你都没试,为什么偏偏去试那个错呢?而那个错是代价最大的,是要流血、要掉脑袋的。这条路是中国灾难的开始。到最后,历史证明,辛亥革命没能解决问题。

虽然历史不能假设,但如果我们按照立宪党人的设计,一步步往前走。比如说洋务运动,先发展经济;当然,洋务运动失败了,是因为遇到了日本人,甲午战争给它做了总结。试想没有发生中日甲午战争,谁能说洋务运动就失败了?中国的近代经济刚刚有了起色,遇到了日本人,全部给打乱了。经济解决不了问题,搞政治,戊戌变法进行的政治改革同样是失败的。于是孙中山说到,既然

都不行,那就革命吧!一革命,搞成这样。然后到了“五四”,既然政治解决不了问题,那就思想、文化革命,而到最后革命者都丧失了信心。陈独秀成了职业革命家,胡适成了过河的卒子,只剩下鲁迅孤军奋战,毕竟势单力薄。直到今天,还有一系列的问题,我们仍然没有解决。

(六)问:您在《宪政的中国语境——目标与价值》中谈到,中国的宪政是有帆没有锚?

答:人们以为只要搞宪政就能使国家强大;但并非如此,有时甚至可能使国家发生混乱、四分五裂。宪政真正的目的不是使国家强大,而是为了使人获得尊严,使人的价值与自由获得基本保障。当我们意识到这个问题时,还要不要搞宪政?中国宪政的合法性到底在那里?康、梁、孙中山他们搞宪政,认为能使国家富强。用现在的话来说,就是宪政能促使中国的国家、社会现代化。当他们意识到宪政化不等于现代化,而这二者的目标可能是反的、或者相冲突时,那时宪政的合法性又在哪儿?

后发现代化国家都把宪政作为现代化的伴生物。一方面我们要现代化,另一方面我们要宪政化,当然这两个目标可以并立;但当两者发生冲突时,到底优先考虑谁?能不能二者兼顾?如何兼顾?这都是中国学者必须考虑的问题。

宪政概念是西方的,但论证宪政的合法性需要中国人来作。中国人接受西方人、事、物的理由与西方人是不同的,而当论证理由发生变化时,其价值也肯定发生了变化。中国的学者和西方的学者都赞成自由,但赞成的理由是完全不一样的。严复、梁启超认为:自由,主要价值在合群,能使人和睦地团结在一起;而西方则认为,自由是防止权力的暴虐,这是穆勒(又译密尔)说的。这种从西方移植来概念,但却与西方对此概念的阐释不是一个理由、不是

一个逻辑的现象是很多的,这都需要我们中国人去梳理。

又如近代史就出现过“立宪党人与革命党人的大论战”,其中一个焦点便为“满人”。革命党人要革命,要“驱除鞑虏”,是因为不喜欢这个皇帝,因为这个皇帝是满人。而立宪党人反对革命,并不是因为喜欢满人;他们也认为满人是不行的。他们两者的逻辑是反的。逻辑发生了变化,问题就变了,大家不在一个问题上讨论。梁启超曾说过:“我不喜欢满人,但为了这个国家、民族,我们只能推着满人一步步往前走,建立君宪制国家。”而孙中山就是不喜欢满人,坚持认为随便哪个汉人做皇帝都比满人强。立宪党人是考虑国家和民族未来的前途,而不是什么满人或汉人。他们也曾问过革命党人,推翻满人的皇帝后怎么办?中国人不能没有皇帝,所以梁启超到了晚年想到了一个想法,实在不行,就让孔子的后代做皇帝。

我可能有个价值偏好,我认为这个争论过程中,可能立宪党人的民族责任感更重一些,而革命党人情感化的因素更多些。你把你的眼光看高点,会发现很多的奥妙在里头。就我刚才所解释的问题,无论赞成或反对的东西,其理由都是不一样的。这一点非常重要。怎样去发现历史?就是要去注意他的细节。比如说革命者讲康有为,认为康反对共和,这是定论。后来我发现,他反对的不是共和,不是共和本身,反的只是对达到目标的手段与方式,认为当时条件不具备,要一步一步来。后来我们给他戴个帽子,说他“反共和”,就想保皇帝。他保皇是为了下一个目标——共和做准备。而孙中山想要毕其功于一役,认为“把满清推翻就能建立共和国”,但是你怎么知道,如果汉人掌了权就不会发生专制,这也是不符合逻辑的!

我补充一点(当然也不一定对),孙中山曾跟康、梁一样都主张满清改良。他曾上书给李鸿章,但是李鸿章没理他,这对他的打

击是相当大的,他没有受到应有的尊重呀!于是就激起了他的这种反满的欲望。或许他反满的动机不完全是崇高的。西方的历史研究者,往往喜欢去寻找相关人物的动机。当然,单纯的从动机上去分析,未必很准确。但这个因素你必须得考虑,这种动机也是符合人之常情的。

(七)问:您觉得要实行宪政,应如何去培养宪政土壤?

答:我认为这个问题又回到了民国初年。到底什么优先?我赞同胡适先生主张的教育优先。首先要造就一批精英,通过这批精英的启蒙,使他们的学生中形成一批具有现代观念的人。然后一传十,十传百,通过教育,使国民形成必要的宪政观念、宪政意识。国民意识的培养,正在于教育。因此,宪政土壤的培养,最先同时风险最小的便是对现有教育体制的改革,培养合格公民,造就现代社会的良民。在这一方面必须通过教育来完成,法律起不到什么作用。我还是抱着柏拉图的那个理念,一个社会的公民教育相当重要,而且必须由精英来完成,而非官员。

另一方面则需要国家的国力、物质生产的提高。中国仍需要加强经济发展,保持社会和谐。而上述发展必将会受到政治体制的约束,这又涉及到教育问题,当人们都意识到且要求体制改革时,就不得不改了。

(八)问:这是不是又回到了“宪政化”与“现代化”的契合这一问题?

答:当然。这一问题一直会存在。契合与冲突主要体现在目标不同。但达到目标的过程有许多相似处:现代化即人的现代化;这一点,与培养具有宪政意识、现代公民意识的人是契合的。

(九)问:在您的一系列论著中,一直都提倡用“民权”一词,“民权”的意义何在?

答:在西方,“人权”的概念跟基督教文化中人的概念密切相关。在基督教文化中,人人都是上帝的子民,是平等的。而对于人的概念,中西方文化存在歧异:中国人很难接受从中国文化中推论出“人权”这一概念。与中国文化密切相关的是“民”,而非“人”。谈“民权”而不是“人权”,中国文化更容易接受。

恰恰是近代以来,中国知识界谈的最多的就是“民权”,因为它跟中国文化契合。从19世纪80年代起,中国便有了“民权”这一概念,“人权”则是更晚近时期的概念。中国文化最能接受的,还是“民”的概念,在中国的传统中,人与人之间是有差别的,中国人无法接受“父亲与儿子是一样的”这种观点。而“民”不一样,与“民”所对应的是统治者。中国政治哲学思考的便是寻求“君”与“民”的平衡点,所以近代创设“民权”这个概念,是有其文化根基的。

(十)问:这是不是说在此“人”指的是个体的概念?“民”是群体的概念?

答:是的。中国人强调群体,而西方人则更强调个体。两者在文化上的差别太大了。我甚至认为中国再过一百年也不可能演变成以个人主义为中心的体制,这也是中国文化所决定的。遇到了现实问题,还是将国家、民族、群体放在第一位。个人不可能成为构建未来中国宪政建设的最深的根基。这就是我的结论。为什么?这就是中国文化。

(责任编辑:郑峰)