

湘江法苑

第二卷

主办
湘潭大学法学院
承办
湘潭大学法律咨询社

本刊学术顾问:单飞跃 胡旭晟 李交发

本社指导老师:黄德华 李新明 刘国华

主 编:何志辉

执行主编:尹 超

编 委:徐阳光(常务) 王湘学 阳永恒

张 艳 肖洪泳 彭小东

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

辦好湘潭大學為培養
和造就高素質人才作
出新貢獻

江澤民
一九九八年
九月一日

國家主席江澤民同志
為湘潭大學題詞

目 录

刊首寄言

法学与法德

——致《湘江法苑》…………… 郭道晖(1)

养浩然正气,铸法治精魂

——致法律咨询社…………… 单飞跃(4)

学者访谈

经济法是可持续发展之法

——杨紫烜教授访谈录…………… 徐阳光 张 艳 陶熏舜(6)

本土资源与现代法治

——朱苏力教授访谈录 …… 何志辉 肖洪泳 彭小东(11)

法学专论

刑事辩护制度与诉讼正义 …………… 欧卫安(21)

可持续发展:环境法的基本价值…………… 郭树理 刘 进(31)

“犯罪”概念的理性分析 …………… 马 姝(41)

论粮食购销犯罪立法的完善 …………… 袁江荣 孙高峰(51)

民事当事人举证行为的动机及目标层次探析 … 高 辉(58)

法权之辩:行政法平衡理念探析…………… 尹 超(67)

法理思考

市场经济与法律秩序 …………… 肖洪泳(75)

法经济秩序论 …………… 喻胜云(90)

法史研究

隋朝法制建设得失及其历史启迪…………… 孙文波 朱红英(104)

好讼观念的多维透视…………… 何志辉 尹 超(115)

马锡五审判方式随想..... 徐阳光(126)

(附)张希坡教授致作者的回信..... (134)

法苑随笔

谁在审判张金柱..... 刘 冰(135)

法治王国中的“人”..... 阳永恒(137)

美国:真的“新闻自由”吗 王湘学(141)

热点透视

机构精简寻思..... 朱端时(143)

机构改革漫议..... 易红平(145)

社会调查

民众视野中的婚姻、家庭与法律

——婚姻家庭法问卷调查报告..... 何志辉 刘 丹(147)

法辩采风

道德可否用法律手段强制推行

——法学院首届法学辩论赛决赛纪要

..... 张 艳 徐阳光(156)

编读往来

季卫东教授致本刊来信..... (168)

郭道晖教授致本刊来信..... (169)

俞荣根教授致本刊来信..... (170)

王建章教授致本刊来信..... (171)

学生来信摘登(二则)..... (172)

思想交流

启良:本土资源随谈 (175)

杨翔:感悟法学 (178)

编后记..... (181)

· 刊首寄言 ·

法学与法德

——致《湘江法苑》

郭道晖*

本世纪初,有位湘潭青年,在当时著名的湖南全省高等学校(即现今长沙一中的前身)读书的时候,写了一篇作文,题目是《商鞅徙木立信论》,开首就给法下了一个崭新的定义:“法令者,代谋幸福之具也。”这同中国古代所谓“法令者,防民之具也”(《明史·刑法志》)是大异其趣的。他还把法分为“善与不善”两种:“法令善,其幸福吾民之必多,吾民方恐其不布此法令,……安有不信之理?……法令而不善,……虽欲吾信,又安有信之之理?”这也可以说是中国首先区分了“良法”与“恶法”的概念。他认为“商鞅之法,良法也。”那么,为什么“乃必徙木以言信者?”他归之于“数千年来民智黑闇,国几蹈于沦亡之惨境有由来也。”国文老师对这篇作文大加激赏,批语说:“有法律知识,具哲理思想。”“力能扛鼎,积理崇高”。“是有功于社会文字”,“历观生作,……自是伟大之器”^①。

果然,他后来成了20世纪的一代伟人。他就是伟人毛泽东。

这篇法学论文作于1912年,是刚推翻了几千年的封建专制王

* 郭道晖,1928年生,湖南湘阴人。法学教授、法理学家、立法学家。1951年毕业于清华大学,1979年以后曾任全国人大常委会法制工作委员会研究部主任,《中国法学》杂志社总编辑,现为中国法学会常务理事,北京大学、湘潭大学等多所高校兼职教授,国际法哲学社会哲学协会(IVR)会员、中国分会执委。主要著作有:《中国立法制度》(1988)、《民法·法制·法律意识》(1988)、《立法:原则·制度·技术》(1994)、《当代中国立法研究》(1997)、《法的时代精神》(1997)、《法的时代呼唤》(1998)等。

朝、建立“民国”之初。以后，他又办了《湘江评论》，宣传实行民主宪政。在苏区，主持制定《中华苏维埃共和国宪法大纲》。在抗日战争后期，进一步提出实行“新民主主义宪政”，反对国民党一党专政。新中国建立后，他又主持制定了1954年宪法。

应当说，毛泽东不单是革命领袖，也曾是民主宪政的积极倡导者。

令人惋惜的是，自本世纪中叶以后，由于多种原因，他在理论上和实践上摒弃了他曾经信奉过、倡导过的民主宪政，鄙视、藐视法治，实行个人专权的人治，认为“靠法去治人治不了”，“主要靠决议、开会”，“我们每个决议都是法，开会也是法”^②。大跃进、人民公社运动都是不经人大法律程序，只凭党的决议、实际上是他个人的心血来潮而发动的。到文化大革命，进而主张“无法无天”，他一张大字报就可以打倒根据宪法产生的国家主席。他的“最高指示”成了最高的法律。在他手下也产生了“公安六条”这样的恶法。

这种对宪法、对法治两种截然不同的态度，前后判若两人，恐怕不是因为他不懂法、是“法盲”所致。

除了路线错误的原因外，恐怕还是没有摆正权与法的关系，迷信个人权力（包括他所拥有的绝对威信、威权和集中于他一个人的高于一切的党权），有失“宪德”所致。在为人民争权力的时候，能把实现民主宪政作为奋斗目标；而在夺取到权力以后，伟大人物也未能抵挡住权力的腐蚀作用。这是为什么黄炎培要提出如何才能跳出这个历朝兴亡律的问题；而毛泽东回答“民主”二字，虽然切中要害，却在权力面前失灵了。

由此使我感到，单有法学知识还不行，更要讲法律道德。单在无权的时候呼唤民主宪政还不够，更重要的是在当权的时候也能一以贯之。作为法学者，作为正在学法的青年人，我想，在学会治学、充实自己的法学素养的同时，更要注意养成高尚的“法德”。这也是我在大学时代的老师告诫我们的：“青年人首先要学‘为人’，

然后才是学‘为学’”。

学为人,培养“法德”,就是要学会一辈子都做一个舍身为法的人。鲁迅称这样的人是“中国的脊梁”。法,应当是正义的化身;法学者,立法者,法官,律师……更应当是社会正义的卫士、时代的良心。学生学法时要有这样的追求,将来掌权用权的时候更要有这样的秉性。贫贱不移,威武不屈,富贵不淫,掌了权也不腐,遇到刮风下雨的时候,仍能坚持真理,岿然不动。

寄希望于现今强调的“素质”教育,能包含法德教育。寄希望于现今的青年,不再蹈前人的覆辙,一朝权在手,就弃法如敝履。要有终生为人民争权利、为国家行法治、为社会伸正义的抱负,不只掌握法的知识,更能浸透法的精神。

祝《湘江法苑》继承《湘江评论》之敢于批判旧世界、走在时代前列的好传统,又能以国外一流的法学院学生刊物(如《哈佛法律评论》)为借鉴,成为我国高等学府法苑中的一朵烂漫奇葩!

一九九九年春节于清华园

注释:

①《毛泽东早期文稿》,湖南出版社1990年版。

②1958年8月毛泽东在北戴河中央政治局扩大会议上的讲话。

· 刊首寄言 ·

养浩然正气 铸法治精魂

——致法律咨询社

单飞跃*

“养浩然正气，铸法治精魂”——这是铭刻在湘潭大学法学院法学楼前的院训，凝聚着全院师生共同的心声。作为培养跨世纪法学人才的重要基地，法学院理应义不容辞地挑起法治建设的历史重任。在充满希望和机遇、但也面临挑战和竞争的新世纪，我们必须把握时代走向，开拓新局面，作出新贡献。可以说，法学院的光荣和梦想，全在于培养高素质法学人才。正如梁启超先生《少年中国说》所言：“少年富则国富，少年强则国强”，他们有活力，法学院才有活力；他们有创新，法学院才有创新；他们有发展，法学院才有发展；他们有前途，法学院才有前途。

而要适应时代的要求，担负光荣的使命，莘莘学子不但要掌握法学知识，更要传播法学精神；不但要提高法学素质，更要铸造法学品格。在这里，营造一种积极向上、严谨求实的法学氛围，就显得尤为重要和必要。

值得我们高兴的是，湘潭大学法律咨询社作为湘潭大学最早成立的学生社团之一，自1985年以来就一直在营造法学氛围上作

* 单飞跃，1965年生，湖南岳阳人。西南政法大学法学硕士，现为湘潭大学法学院院长、硕士研究生导师，主要研究经济法基础理论、公司法，近年来在《中外法学》、《法学评论》、《经济法制》等刊物发表学术论文二十余篇，主要著作有《公司法》（1997）、《法治建设论》（合著，1998）、《经济法》（1999）等。

出努力,它荟萃一大批年轻学子,开展一系列社会活动,热情高涨,信心满怀,取得了令人瞩目的成绩。在迎接湘潭大学建校四十周年校庆前夕,他们推出了自己的学术园地——《湘江法苑》(创刊号),该刊物以崇尚学术自由、遵守学术规范为宗旨,体现出了相当可贵的学术特色。其一问世,即赢得了广大师生的普遍好评,受到了诸多专家学者的热情关怀。

现在,他们再接再厉,继续主办《湘江法苑》第二卷。这是他们向“五四”运动八十周年、向中华人民共和国建国五十周年献上的一片赤诚与心意。《湘江法苑》第二卷继承并发扬了创刊号中的学术特色,在思想上兼容并蓄,在规范上严谨求实,在开放的视野和多元的格局中展示当代大学生对法学的思考和对社会的关注。

在此,我们不必苛求他们一定要具有成熟的学术心态、缜密的逻辑论证,只是希望他们用创新与创智履写好他们自己的第一份学术答卷。我们更希望,这种自由风格与创新精神能够贯彻始终,渗透于他们的言行举止,传播到社会的各个角落,成为法学事业和法治建设的内在动力。

· 学者访谈 ·

经济法是可持续发展之法*

——杨紫烜教授访谈录

徐阳光 张艳 陶熏舜

编者按：

杨紫烜教授：江苏南通人，1934年生，1958年毕业于北京大学法律系。现为北京大学法律系教授，博士生导师，全国人民代表大会代表，全国人民代表大会法律委员会委员。主要研究经济法学与国际经济法学，著有《经济法学》等著作，在《中外法学》、《法学研究》、《中国法学》等刊物发表论文多篇，在中国经济法学领域产生重大影响。

问：杨教授，非常感谢您在百忙之中接受我们的采访。您向这次全国经济法理论研讨会提交的论文《1998年大洪灾的法学思考》（载《法商研究》1999年第1期——编者按），引人瞩目之处在于它的主题：可持续发展问题与经济法学研究。请问您是怎样看待这篇文章？

杨紫烜教授：这篇文章的发表会有一定影响。从研究经济法的

* 1998年10月下旬，第六届全国经济法理论研讨会在湘潭大学召开。会议期间，在单飞跃、陈乃新、杨紫烜老师的安排与帮助下，法律咨询社采访了杨紫烜教授。初稿由杨教授带回北大，阅改、修订后寄给本刊。谨此注明，一并致谢！

意义来说,不仅有现实意义,而且有深远意义。因为经济法对于实现我国可持续发展战略发挥着重大作用。我们国家今年之所以发生这样大的洪灾,当然有天气异常等方面的原因,但与我国的法制不健全也是分不开的。为了保证我国经济可以持续、快速、健康发展,必须多做法学思考,健全经济法制。从一定意义上说,经济法就是可持续发展法。

问:您这篇文章带给我们的启示之一是在经济法学研究的内容上该如何把握。您认为研究经济法要把握哪些方面?

杨紫烜教授:从研究经济法的内容来看,既要加强经济法基础理论研究,也应加强部门经济法的研究。换句话说,就是既要加强经济法总论的研究,也要加强经济法分论的研究。这篇文章属于对部门经济法的研究。另外,我们不仅要研究经济法的制定问题,还应研究经济法的实施问题。因为制定的目的还在于实施,而实施当中总结的经验又可推动经济法的制定。

问:那么,从加强经济法研究的指导思想来说,您认为作为一名法学研究工作者,应该注意些什么?

杨紫烜教授:从加强经济法研究的指导思想来说,我们应该坚持理论与实际相结合的原则。对于中国的大洪灾这样震动世界的大事件,自然科学家在反思,经济学家在反思,经济法学家也应该反思。我们应该以正确的理论作指导,深入研究重大的实际问题;通过对实际问题的研究,推动理论的发展。

问:您在《经济法学》(北京大学出版社 1997 年第二版)中提出,明确经济法的特定调整对象是了解经济法概念的关键所在。但学术界也有人指出,经济法的调整对象是模糊的,有人甚至还以此否认经济法的独立存在价值。您对此怎么评价?

杨紫烜教授:经济法具有特定的调整对象,在这个问题上,有的观点较为正确,有的观点较为模糊,有的观点明显不当,应该说,我们对经济法的调整对象尚未取得共识,需要进一步深入研究。经

济法的调整对象是特定的经济关系。究竟是什么样的经济关系看法并不一致。

我的观点,在有关论著中作了阐述,这里不多谈了。

问:经济法的体系问题,在经济法学研究领域中可谓聚讼纷纭、观点林立,您认为,构架经济法的体系应如何着手?

杨紫烜教授:关于经济法的体系问题,我在《论新经济法体系》一文中指出,经济法体系是由多层次的,门类齐全的经济法部门组成的有机联系的整体。经济法体系的结构,决定于经济法所调整的特定经济关系的结构。在社会主义市场经济条件下,经济法的体系应该采取如下结构:

(一)企业组织管理法。这是调整在企业设立、变更、终止和企业内部管理过程中发生的经济关系的法律规范的总称。

(二)市场管理法。这是调整在市场管理过程中发生的经济关系的法律规范的总称。

(三)宏观调控法。这是调整在宏观调控过程中发生的经济关系的法律规范的总称。

(四)社会保障法。这是调整在社会经济保障过程中发生的经济关系的法律规范的总称。

对于企业组织管理法、市场管理法、宏观调控法、社会保障法,根据实践的需要,还可以作进一步划分。

需要指出,关于经济法的体系的问题,是经济法学界研究得不够的问题之一。我认为,离开经济法的调整对象来谈经济法体系的结构,值得商榷。

问:随着改革开放的日趋深入和市场经济的逐步发展,中国经济法也开始面向世界和走向世界,由此而来的是怎样认识和处理涉外经济法、国际经济法与经济法的关系,您能谈谈对这一关系的看法吗?

杨紫烜教授:对于涉外经济法与国际经济法、经济法的关系问

题,目前理论界有三种观点:一是认为涉外经济法是经济法的组成部分;二是认为涉外经济法是国际经济法的组成部分;三是认为涉外经济法既是经济法的组成部分,又是国际经济法的组成部分。

我认为,涉外经济法是经济法的组成部分,不是国际经济法的组成部分。

问:有人认为国际经济法是调整跨国经济交往中发生的经济关系的国际法与国内法的边缘性综合体,因而涉外经济法既是经济法的组成部分,也应是国际经济法的组成部分,您怎样看待这种观点?

杨紫烜教授:首先,国内法与国际法的原则界限不能混淆。经济法是调整在国家协调本国经济运行过程中发生的经济关系的法律规范的总称。国际经济法是调整在两个以上国家共同协调其经济运行过程中发生的经济关系的法律规范的总称。涉外经济法是调整在国家协调本国经济运行过程中发生的涉外经济关系的法律规范的总称,它属于国内法体系。

其次,有的观点认为,涉外经济关系是一种跨国经济关系,跨国经济关系是国际经济关系,调整国际经济关系的法就是国际法,因此,调整涉外经济关系的涉外经济法是国际经济法的组成部分。其实,这种逻辑推理是有问题的,错在前提上,他们把涉外经济关系等同于国际经济关系。由于涉外经济关系是在本国经济运行过程中发生的,不是国际经济关系,因此,调整涉外经济关系的涉外经济法是经济法的组成部分,而并非国际经济法的组成部分。

问:您在有关论著中曾指出,加强经济审判工作十分必要,也十分重要。由于受理的案件,依据的法律以及处理的具体方式等方面与一般的民事、刑事案件不同,经济审判制度必然具有自己的特点,但我国至今尚未有与之配套的程序法以保证其独立实施。您认为是否有必要制定相应的经济诉讼法?

杨紫烜教授:我认为是有必要的,有的学者认为,经济法既是

实体法,又是程序法。我不同意这种观点。我认为,经济法有特定的调整对象,是一个独立的法的部门,它是实体法而不是程序法,也不能说既是实体法又是程序法。

从理论上讲,程序法的制定和颁布是为了实体法的有效实施,程序法是服务于实体法的;没有程序法,实体法中规定的权利、义务就难以实现。所以,经济法作为实体法是需要制定经济诉讼法的,这是必要性之一。

从司法审判的实践来看,除了刑事审判庭应该运用刑事诉讼法审判违反刑法的案件以外,民事审判庭应该运用民事诉讼法审判违反民法的案件,行政审判庭应该运用行政诉讼法审判违反行政法的案件,经济审判庭应该运用经济诉讼法审判违反经济法的案件,但是在实践中的情况却不完全是这样。我们应该通过深入研究,搞清楚经济法、民法、行政法的界限,明确程序法与实体法的关系,运用正确的理论指导经济诉讼法的制定,保证经济法的实施,发挥其应有的作用。

(采访者为法学院 97 级学生)

· 学者访谈 ·

本土资源与现代法治*

——苏力教授访谈录

何志辉 肖洪泳 彭小东

编者按:

苏力(朱苏力):江苏人,1955年生,1982年毕业于北京大学法律系,获法律学士学位;1985年在北京大学读研究生期间去美国留学,先后获LL·M(商法和税法)、M·A(美国法律制度)和PH·D(法律交叉学科研究)学位。1992年回国任教,现为北京大学法律系教授、博士生导师。代表作为《法治及其本土资源》(1996),译著主要有《法理学问题》(1994)、《法律的运作行为》(合译,1994)、《宪政与分权》(1997)、《司法过程的性质》(1998)等,以及论文多篇。

问:在我们看来,你的《法治及其本土资源》与梁治平先生的《法律的文化解释》都是一部非常及时而重要的著作,都给中国的法学研究注入了新的思维模式,提供了新的研究进路与方法。但我

* 本次访谈承湘潭大学法学院副院长胡旭晟博士和96级硕士研究生谢远东、李英的大力支持与协助,谨致谢意。

个人认为,梁先生注重于以西方的法治观念来检讨我国的传统法律文化,而你却立足于我国的本土资源来反省西方的法律文化。不知你是否认为存在有这样的一种分歧?它们各自所反映的价值取向如何?怎样看待这种分歧?

苏力:我与梁治平确实有所不同,但更有共同之处,都强调法学理论本身的统一性、完整性和逻辑的严密性,学术研究上不存在东方与西方孰高孰低的问题,而最主要的是去尽力理解前人、研究前人,去理解现实、关注现实。至于区别,梁治平也许更注重观念,而我不太注重观念。就此而言,我是反文化主义的,仍坚持比较传统的马克思主义研究方式,认为社会结构决定社会文化,社会生产方式影响社会组织结构,社会组织结构影响人们的社会关系,法律则是用来调整人们的这种社会关系的,而不能仅仅从观念上去理解。比如,熟人之间借钱,因为彼此的关系很熟,不需要法律(例如订合同)调整,而若是陌生人之间借钱,则情况又根本不同了。中国由小农经济条件下的“乡土社会”走向现代市场经济社会,“熟人”越来越流动成为“陌生人”,法律也因此越来越多,越来越为整个社会所需,并用以解决人们的社会关系中存在的问题。而梁治平一直注重文化观念的因素,这在他的《法律的文化解释》等著作中体现尤为明显。如同从重视观念上看,这其实仍是与儒家思想相通的。这种学术使命感和学术责任心,尤其是对中国传统文化的尊重,是极其可贵的,但这种过于倚重文化观念的路径走得太“唯心主义”了。而我觉得中国古代许多思想家、包括许多儒家代表人物,他们并不是这么“唯心主义”的,比如孟子讲“君君、臣臣、父父、子子”,“老吾老以及人之老”之类,都是因为当时小农经济社会必须从最基本的东西做起,从最贴近的关系入手,都是很关注现实的“现实主义”,不象后世的新儒家那样企望仅仅从精神上发掘出什么东西就能够“内圣外王”。

问:你所理解的“本土资源”与传统文化显然是不同的,那么,