

湘江法苑

主办：湘潭大学法学院
承办：湘潭大学法律咨询社

湘江法苑

第三卷

主 编：徐阳光

副主编：张 艳

二〇〇〇年四月

本刊学术顾问:单飞跃 胡旭晟 李交发 夏新华

本社指导老师:黄德华 李新明 刘国华 刘稳丰

社 长:王湘学

主 编:徐阳光

副 主 编:张 艳

编 委:马 可(常务) 王湘学 邓腾斐

浦理斌 谭 龙 王奇才

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

批 准 文:湘新文准字(2000)第 024 号

政法學子

法律科學博大精深

多思多問多思才能出真

知

李昌麒

二〇〇二年九月

国务院学位委员会法学学科评议组成员
西南政法大学博士生导师
李昌麒教授为本刊题词

目 录

卷首语	胡旭晨(1)
-----------	--------

•学者访谈•

中国传统法律文化的现代价值

——范忠信博士访谈录..... 徐阳光 张 艳 阳永恒(3)

刑罚哲学:理性的求索与创新

——邱兴隆博士访谈录 张 艳 徐阳光 马 可(18)

•法学专论•

行政诉讼第三人与共同诉讼人之比较

江国华(27)

论我国金融电子化中的证据问题

罗 英 罗 勇(35)

民事诉讼收费思考

徐阳光(44)

浅议我国夫妻财产制

王湘学(60)

国有企业公司制改革之探讨

刘 辉 连俊峰(67)

•青少年与法•

减少青少年重新犯罪浅议

王 杨(75)

青少年吸毒问题及防治对策研究

孙高峰(80)

•法学争鸣•

论我国人民陪审员制度

张善燚(85)

对人民陪审员制度的批判及再认识

符 颖(93)

论法院调解的负面影响

张 艳(99)

在中国应否赋予被追诉人沉默权.....

彭海青(108)

•法理思考•

权力制约论纲.....

肖洪泳(116)

民商事仲裁制度:政治国家对市民社会之妥协·····	
·····	树理 刘进(129)

·学术随笔·

理解历史的另类视角·····	陈华(138)
法治与法的精神·····	袁芳(148)
法律如何从无到有·····	叶韧(154)

·社会实践·

有关曹培根监护权纠纷一案的讨论·····	邓腾斐(162)
靖县的“合款”·····	王奇才(166)

·图书评介·

走近非洲法	
——《非洲法导论》代序·····	湖舟(171)
一部治赌禁赌的开拓之作	
——评《治赌史鉴》·····	夏天(175)
中国法治的描述与构想	
——《法治建设论》导读·····	何铁(178)
范畴与体系的潜深与创新	
——评《经济法学》·····	陈宁(185)
在理想与批判之间	
——评《法学:理想与批判》·····	马可(191)

·湘大法坛·

法院及其裁判文书改革·····	周道鸾(199)
-----------------	----------

·编后记·

卷首语

胡旭晟

作为我院以本科学生为主体创办的一份学术刊物,《湘江法苑》自创刊之初,就把宗旨界定为“崇尚学术自由,遵守学术规范”,这一基调的提出反映了学生尝试走学术之路的一种欲望,这种欲望是要加以褒扬的。然而,刊物能否真正体现其学术宗旨,能否让这一宗旨长久地延续下去,并在内容与形式上有所创新,这又是我们作为老师最为担心的,但呈现在眼前的事实让我深感欣慰。

在众多学子伴随着市场经济的步伐而趋向于急功近利、浮躁不安的同时,有这么为数不少的学生带着些许“傻劲”但更多的是带着一股强烈的求知欲在寻觅着时机与外来学者或是促膝长谈,或是书信来往,亦或是耐心地聆听并整理一堂又一堂的学术报告录音,其中无不透露着他们敏捷的思维,闪烁着那份难得的睿智。(见“学者访谈”与“湘大法坛”栏目)在有人为陪审制度的优点,调解制度的作用,选择沉默权的文明与理性而大声疾呼的同时,我们从中听到了另一种声音,那就是对陪审制度的尖锐批判,对调解制度负面影响的大胆揭示,更有人敢于“固守传统”对沉默权这一为时下的人们所乐道并向往的东西采取了一种否定的态度,其学术观点,见仁见智,新鲜独特。(见“法学争鸣”栏目)他们不但读书,读好书,而且敢于“评书”甚至是“批书”。(见“图书评介”栏目)他们不仅关注书本与理论,而且也密切地联系现实与实践,他们或是对新法规与人们所关注的社会问题作出及时的研究,或是把目光投向法学前沿去进行边缘探索。(见“青少年与法”栏目)他们没有彻底地抛弃“前人种树”所带来的片

片荫翳,保持了“法学专论”、“法理思考”、“学术随笔”等栏目,同时在主题上也选择了新的突破口,把诉讼费问题、夫妻财产制问题提上了讨论的议事日程,创新之思,可见一斑。

对于这些论文,我们不必要求他们的观点有多么正确,他们的那种精神和思维方式,他们思考的对象,思考的角度,包括对社会现象进行观察的本身就是极具价值的。一种思想的力量可能不在于其理论的正确性和逻辑的严密性,它的针对性往往就是最有价值的体现。

“理论是灰色的,生命之树常青。”只要永远保持一份关注社会的热情,保留一份想动笔的冲动并时时让思维的火花迸发,他们就可以尝试所有!理论本不足为道,只有那源头的活水才是最关键的,哈佛的校训曾要求学生“要与柏拉图为友,要与亚里斯多德为友,更重要的是要与真理为友”,只要具有对真理的信仰和追求,对社会的迫切的关注,他们一定能成为“法治精魂”,他们的刊物也一定能够一如既往地保持其学术特色。

衷心祝愿跨越两个千年的《湘江法苑》在即将到来的世纪里能越办越好,在保持其宗旨的同时也能永远地保持一份敢于批判和超越的精神与勇气,从恒常如斯的社会现象中升华出理性的关联和思想的高扬,从粉墨登场的各种观点中分辨出真伪,从追溯历史到关注现实,从发现有形事物与无形思想之间的根本关联中得出具体而切实的结论,让逻辑的语言嵌套于客观的事实之中,让它体现公平、正义的理念,让它充满对自由、秩序的向往,让文字因为它是无声的折服而凸现其真正的价值。

·学者访谈·

中国传统法律文化的现代价值*

——范忠信博士访谈录

徐阳光 张 艳 阳永恒

编者按:

范忠信,男,40岁,湖北英山人。先后就读于西南政法大学、中国政法大学、中国人民大学,获法学学士、硕士、博士学位。现为中南政法学院教授、法学研究所所长。著有《情理法与中国人》、《法理学》、《一国两法与跨世纪的中国》、《中国法律思想史研究通览》、《庄子译论》等书。先后在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》、《中外法学》等学术刊物及《人民日报》、《光明日报》、《法制日报》等报纸上发表论文、随笔百余篇,在台、港、日、美等刊物上发表论文十余篇。著作《情理法与中国人》于1996年被韩国汉城一潮阁翻译出版。1999年获第二届“十大杰出中青年法学家”提名奖。

问:范教授,感谢您接受我们的采访。根据我们的了解,您这十几年的研究史,就是一部反省中国法律思想规律得失的历史。您不久前发表过《贵在反省思想的历史》一文(编者注:文载《中外法学》

* 中南政法学院范忠信教授于1999年11月下旬应邀来我院讲学,先后为我院本科生、研究生作了《中国传统法律文化的现代价值》、《中国传统行政的“三作”特色》、《中西法律文化的四点暗合》共三个专题报告,并接受了本刊的采访。本次采访承李交发、夏新华二位老师及王翔学、廖扶摇等同学的支持与协助,并由马可同学负责录音及部分稿件整理,谨致谢忱。

1999年第4期),纪念著名法学家张国华先生。读了这篇文章,我们很有同感。今天我们对您的采访,就是希望您一起共同反省思想史。我们非常赞成您在文章中的观点,“反思之学必冷,冷而后方可静。只有静中冷峻的反省,方能体悟思想的规律”。您把法律史学和其他法学学科的关系,称为“隐学”和“显学”的关系,我们觉得这可能蕴涵着您对现实的一种更深层的关注。是这样吗?

范忠信博士(以下简称范):好厉害,第一个问题就是批评我,不过批评得对。我承认,“显学”、“隐学”的说法背后,多少有些说不清。一方面,我认为,搞法律史研究的人应当安于“隐”状,冷静反省,不怕坐冷板凳。但是,另一方面,我又认为,潜心反省的最终目的是要总结思想规律,把握历史的脉搏,给人生、给社会、给我国法治建设事业提供“资治通鉴”,纯粹为学问而学问是不可能的。不知为什么,也许是受儒家好“修齐治平”的传统的的影响太深,老想“以学术干人主”。我这里说的“人主”,就是人民,就是国家。每研究一个问题,写出一篇文章,老想:“这对国家,对人民,对社会有什么用啊?”老批评别人过分热衷时务,自己不知不觉也沉不下心来。说来好笑。

问:我们不是这个意思。我们感兴趣的是您这些年来反省的一系列问题和您的观点,感兴趣的是您的反省历程。从您的硕士论文《道德与法律的关系:古代中国人的回答》到您近来对中国近代法治思想与法制建设之规律的研究,您“一以贯之”的想法是什么呢?您能概括地谈谈这一历程吗?

范:中国法律思想博大精深,象大海。我的反省,从深度来讲,只是刚刚在海滩上打湿了鞋而已。我的反省是从法律与道德的关系开始的。我觉得,反省法律与道德关系论是反省中国法律思想史的关键。一个民族最核心、最重要的法律观念就是关于法律与道德的关系的观念,这种观念的特色,正构成一个民族法律思想传统的特色。我的硕士论文、我与郑定博士合写的《情理法与中国人》一书,都是在反省这一最能构成传统的思想主题。最近,我又在主持一个国家课

题《中国近代法治思想与法制建设》，是这一反省的继续。中国法律传统、法律思想，从周公、孔子到沈家本，有着一独特的发展线索。近代“模范列强，会通中西”的法制建设传统，也体现为一条艰难的思想线索。从沈家本到现在的大陆、台湾，我们学习西方学习了一百年，到底那些东西学得有没有走样？比方说民主、自由、法治、平等原则及宪政制度、司法制度等等，到底哪些我们学到了“真经”？哪些我们学走了样？我最近正在反省这个问题。中国法律传统近代化的过程，首先是西方法制原则在中国传播的过程，是西方法治制度在中国逐渐兑现的过程。比如法律至上、主权在民、人民立法、权利天赋、法律面前人人平等、罪刑法定、权力分立与制衡、司法独立、无罪推定等等，是谁最先介绍到中国来的？最初国人是怎么理解它的？人们是怎样表示接受或反对的？在它们的传播和接受过程中经历了哪些挫折？到今天大多数人们实际上是如何理解这些原则的？我们今天的制度将这些原则落实到了何等程度？这些都是需要好好地认真反省的。这一反省与我们能不能建成法治国家大有关系。我认为，近代中国的法制近代化过程实际上有两条主要传统：一条是自沈家本到国民党的西化传统，一条是共产党的苏化传统。这两条传统对近代法治理念的理解和接受既有相同也有不同。到底哪些相同哪些不同？这同样值得好好地反省。我们对这一思想历史的反省，既可总结成功之处，又可以反省我们过去失足的原因，以资今日借鉴。我常常反对人们在搞研究时急功近利，但又不得不承认我们的这种反思也是讲功利的。所不同的只是功利的层次而已。

问：是的。不管哪种学问，总免不了有时也讲点功利。范教授，我们知道，研究中国近代法治思想与法制建设，沈家本总是一个回避不了的话题。一般认为，由他主持的清末大规模的变法修律是中国法律现代化的开端，沈氏也被誉为“中国法律现代化之父”。但中山大学的马作武先生最近却对此提出质疑（编者注：马作武文《沈家本的局限与法律现代化的误区》，载《法学家》1999年第4期）。他认

为,正是由于沈家本捉襟见肘的知识背景,将法律现代化这一巨大工程引入了歧途和误区。对此,您有什么看法?

范:马作武先生说的有他的道理,但有点苛求古人。道理在于,当时的确还没有传来什么系统的西方的法学学说,沈家本的工作当然无法以此为背景。沈家本在清廷的刑部任职几十年,他是一个学者型的官僚,传统法学功底很深。朝廷是根据这一点任命他做修订法律大臣的,不是根据他对西方法律法学的了解而任命的。果如此,就轮不到他了。事实上,他的新学功底很一般。他一开始就把变法修律几乎等同于有选择的抄人家的好法典,似乎认为中西的不同只是法典的不同。只要法典变得跟人家一样了,中国法制就根本上进步了,领事裁判权就收回了。沈氏的这种选择当然与他自身的知识背景有关,但也与社会背景有关。当时的社会的确不具备传播西方法制观念和法学的氛围。如果当时一开始就是大量翻译西方法学著作、大谈西方的民主、自由与法治,而不把主要精力放在法典的改造上,效果可能反而更不好。在沈家本前后,梁启超、孙中山他们不知写了多少宣传民主的自由的法治的文章,但真正受影响的人又有多少呢?以沈家本没做到这些来否定他对法制现代化的贡献,这当然有些苛求古人。

问:说到这里,我不由想起了日本。如川岛武宜在《现代化与法》一书中所言,日本在19世纪末20世纪初也同样面临列强的侵入。当时日本政府为了收回领事裁判权,被迫同意西方列强的条件,即大量引进西方的法典。由于当时几乎是法典全盘西化,很多引进的法条根本不适应日本许多地方的社会经济状况,但日本终于还是从这里迈出了法制现代化之路的第一步,不知范教授如何看待中日法制现代化道路上的这种相同与不同?

范:日本的情况与我们比起来,不同的多相同的少。日本岛国岛民,自古没有什么文化根基,所以学习别人的东西态度认真得多,学起来也快。但我们国家民族有五千年的文明传统,中央帝国,一直是

以“老师”的身份自居,从来没当过“学生”。清末变法时,突然不得不当学生,一时难以适应这种身份,学起来态度还是不老实。所以在变法时并没有真正考虑中国国情、中国特色。在大多数场合是不适当地挑三拣四,在某些场合又是稀里糊涂把许多与西方法制暗合的国粹抛弃了。前者我暂且不说,后者我一直“耿耿于怀”。比如说,从《大清新刑律》开始,取消了“无夫奸”罪名,当时社会影响甚烈。现在看来,这一做法是有些过分。如果把取消“无夫奸”作为进步的标志,很难说通。现在许多西方国家,包括美国,都保留类似的罪名,叫“非婚同居罪”或“与未婚少女奸淫罪”。美国法学解释说,保留这一罪名是为了给受害人更多的补救权,是为了保护心智尚未完全成熟易受欺骗的少女的权益。所以,现在看来,有些从前被视为保守落后的东西,在西方近现代法中仍有知音。不止是“无夫奸”,还有“亲亲尊尊”、“亲亲相为隐”、“重法治官”等等,在西方近现代法中都有相同或相似的规定。把这些东西一概看成封建刑法的特征,不一定是对的。所以,我觉得中国近代法制变革在这些问题上考虑国情是不够的,学习西方也是不彻底的。(编者注:关于“无夫奸”和“通奸”,参见范教授《通奸罪与杀奸权》,署名芹夫,载《湘江法律评论》第二卷,湖南人民出版社1998年版,第693页。)

问:最近,您和胡旭晟博士等主持整理再版的“二十世纪中华法学文丛”推出了您选编的《梁启超法学文集》,我们也读了您的《认识法学家梁启超》一文(编者注:文载《政治与法律》1998年第6期)。据我们所知,梁启超并不被人们视为法学家,但您却认为他是近代最重要的法学家,那么请您谈谈梁启超在法学方面尤其是中国法制近代化方面的贡献好吗?

范:我认为梁启超是中国近代史上影响最大、贡献最大的法学家。中国近代法制真正的开山鼻祖是梁启超而不是沈家本,沈家本的地位实际上应低于梁启超。至于理由,我在那篇文章里已经谈了许多。最近我又写了一篇《梁启超与中国近代法理学的主题和特

征》，尚未发表。梁启超对法学的贡献不同于沈家本。沈家本的贡献首先是考证中国传统法律，其次是率人翻译法典和法学著作，在中国法律文明承前启后的过程中，作为一个接受者，他起了很重要的作用。但梁启超不仅仅是个接受者，在很多方面他是一个开创者。我认为，中国近代宪法学、行政法学、法理学、法史学和国际法学的鼻祖都是梁启超。在这几个方面，据我考证，梁启超的东西都是最早的，他的法律思想主张多有开创意义，尽管许多是从外国译述过来的。一个人是否能够称为中国近代最伟大的法学家，不仅应该看他写了多少法学文论，还应该看他是否把握了中国近代法学最关键的问题。近代法学的最关键是宪法，梁启超把握住了，而沈家本没有。沈家本简直不知道宪政为何物。梁启超是宪政的开山鼻祖，是中国第一个宪法大师。梁启超的很多观点到现在为止都还是很多课本中必须介绍的观点。而沈家本的观点只有在专门研究沈家本的法律思想时，我们才研究他。而我们研究法理、宪法、行政法、法史学等方面，梁启超都是一个必经阶段，他是我们法律认识史上的一个里程碑。

梁启超就法的起源、目的、法和社会的关系、法和道德的关系、法和人类的进步以及法和自由、法和管制等一系列问题都有过具体论述。我最近编写了《梁启超法学文集》一书，共收录了他十篇文章，内容涉及到法理、宪法、行政法、法制史、国际法等各个方面，现在看起来或许很多观点都是很浅的，但在当时都是最高水平的，因为当时是白手起家的。梁启超为近代法治事业作了最早的奠基工作，确实无愧为中国近代史上最伟大的法学家。至于他对近代政治的实际贡献，那就更用不着我来多说。

问：在《中华法系的亲伦精神》（编者注：文载《南京大学法律评论》1999年春季号）一文中，您是以西方社会的市民精神为参照系来分析的。这里，您是否能够比较分析一下，中华法系亲伦精神与印度法系、伊斯兰法系背后的宗教伦理的异与同？

范：这是一个需要作深层次研究的问题。这里简单说一下。宗

教伦理下的法律精神是一种宗教精神,指导着一切社会规则与一切社会关系。宗教伦理把一切关系都看成宗教关系,家庭中父母子女是宗教关系,国家也是政教合一。宗教伦理既不强调人与人之间市场上的买卖、竞争、生产、交换、平等对待等关系,也不特别强调亲属间的亲疏尊卑关系,他们讲究的是宗教教义及宗教传导上的师徒关系和宗教观念上的长幼关系。这跟我们法系特别讲究亲子、血缘、宗法关系以及西方法系特别讲究市民间平等、自由、互利等关系都是背道而驰的。他们的这种宗教关系反映到法律方面就是整个法律制度基本上没有周密的法律构思,教义就是法律。所以在伊斯兰国家,在印度,过去几千年里好象就没有象样的法典,宗教经典常常充当着最基本的法典,例如《古兰经》、《摩奴法典》等等。

问:我国古代的法自然与西方的自然法思想,以及民本主义与西方民主主义之间,有着许多相同之处,但为什么西方最终能够在民众中树立起一种对法律的信仰,而我国却没有?我国老百姓对法律有的只是“法即是刑”的畏惧,而无信仰可言。这当然与我国传统上对法的概念和理解与西方不同有关,但我想这应该还有更深层次的缘由吧?

范:这个问题提得好。为什么西方人早就对法律有着一种浓厚的信仰,而我国却没有这种对法律的信仰?我觉得,认为法律代表天下的公意与公利,这一点在中西古代是相通的。但关键是由谁、怎么样去发现、记录这种公意与公利呢。西方相信民意表决,古希腊,古罗马早就如此。而我国却一直是相信长官立法、圣贤立法,所谓“智者作法而愚者制焉,贤者制礼而不肖者拘焉”。过去的传统不必说了。在今天,我认为,要让人们信仰法律就得让人们在立法上真正有一点当家作主的感觉。感觉多一点信仰也就多一点。

问:您曾撰文指出(编者注:《中国传统法律文化的哲学基础》,载《现代法学》,1999年第2期),中国传统法律文化的哲学灵魂并未完全僵死,某些方面仍具有其生命力,决不可简单否认。请问这“某些

方面”主要指哪些？他们又是如何体现和反映传统法律文化的哲学灵魂的生命力的呢？

范：“某些方面”首先一个是指我们的法自然思想。古代“天道观”即天人关系中的“天人合一”与“天人感应”论认为，天和人在本质上有相通之处，人的责任与义务是使天道发扬光大，使天道更自然地发挥，正是这样一种意义上的天道观，决定了我们要法自然。为什么说“法自然”的思想没有完全僵化呢？因为如果我们本着这样一种观念去看天，看我们的责任，那么我们的立法，我们的人定法就不能过多地强调统治者或长官的意志，更多的应是强调自然的法则、天地的真理即自然规律。如果我们过分地逆天犯天，那么由此制定的法就不但不会给我们带来福利，反而会带来灾难。

人的使命是“参天地，赞化育”（语出《大学·中庸》），即人要参与自然，要赞助促进大自然的发展变化，要使自然的发展更符合自然，与人类社会更不相悖。这种观念和我们当今的国际环保主义、和平主义以及欧洲绿色运动之类的精神都是相通的。你仔细思考就会发现我们中国传统哲学与西方现代法理学的追求有许多相通之处，只是我们对传统的东西阐述不够。“参天地，赞化育”是一个典型的最高层次、最高意义上的环保意识，最高意义上的地球保护意识、天人一体的意识。如果我们能够做到这一点，那么我们在自然界的地位，我们人类生存的条件，大自然给予我们的报答与回应，也就不会是今天这个状况。我们现在是不断向大自然索取，拼命的消费或浪费，扔下的尽是自然物的尸骨或垃圾。我觉得一次性工具用品，尤其是一次性文具、餐具、筷子、包装、针管之类是人类“败家子”最典型的表现。如果我们再这样以这种方式消费下去的话，我觉得这是我们全人类的“共同自杀”。

我国传统哲学讲究天人合一，天人感应，强调人类要保护环境，对大自然追求和谐与协调，这在现代仍具有其生命力。当然，也有人认为中国传统哲学有消极保守之嫌，我想，那就让我们试试中西哲学

合璧吧！以西方的那种讲究向前发展、不断进取开拓与索取的哲学观来中和一下我国的传统哲学。但我们千万不要学他们那种消费发烧或癫狂。

问：谈到这里，我不由得想起您在对待传统与西学立场上的明显转变。据说原先您是坚持全盘西化论，但现在又转向阐扬国粹、中西合璧；您曾提出要在中国实现市民法伦理和亲属法伦理的结合，建立有中国特色的法治模式，但按这种“互矫弊病，互吸精华”的方式形成的一个新伦理整体，怎么能保持各种因素之间的亲和呢？结合近年来一些学者（如启良教授）对“取其精华、弃其糟粕”的批判，我们又想问，您又是如何分辨什么是“弊病”，什么是“精华”的？

范：这是一个相当好的问题。中西合璧确实存在一个“血型”问题。也就是说，中国的传统伦理与西方的传统伦理两者是否能够完全融合，是否会发生排异反应，的确是应该认真研究解决的问题。我觉得，整个社会在防范官吏贪赃枉法，在对人的关怀与保护，在人道的设计，在社会组织的管理，在对自然的制度因应等方面都有着根本相通的地方，这可能也就是我们中西合璧的一个最大的根据和理由。而且，中西双方都几乎是在相同的时间有民族有国家。建立国家之后，双方所面临的社会问题也基本一样。于是，解决同样的问题，大部分也都会采取同样或类似的方式。因此，我们的亲属立法与西方的市民立法也肯定存在着“大同”的一面，相异只是“小异”。古代我们向他们传播文化，现在他们向我们传播文化，这说明彼此之间的血管也还是相通的，血型也是基本可通的。

至于说“糟粕”与“精华”，我也认为，在中国传统文化中，你不能够找出一个专门的“糟粕”或纯粹的“精华”，尤其是在思想性方面的东西更是如此，绝对的精华与绝对的糟粕都是不存在的。所以，精华和糟粕的区分关键就要看我们后人的智慧。同样一个东西，我们要学习他，但同时也要在制度上去防范它引起的不良后果。因为一个好的东西同时会存在着一种负面作用或副作用。咱们学习西方，也