

# 《法学的历史（第9卷）：民商法下卷（2005年-2011年）》

## 书籍信息

版次：1

页数：

字数：

印刷时间：2012年09月01日

开本：16开

纸张：胶版纸

包装：精装

是否套装：否

国际标准书号ISBN：9787511837059

## 内容简介

华东政法大学成立于1952年。虽历经“两落三起”，但华政人奋发有为，将单一的法科学院建设成以法学为主，兼有政治学、经济学管理学、文学、理学等学科的多科性大学。现有在校本科生12000多人，硕士研究生和博士研究生4000多人，成教生近10000人，形成了本科、硕士，博士和博士后完整的人才培养体系，被誉为“法学教育的东方明珠”。

《法学》月刊创刊于1956年，是华东政法大学主办的法学刊物，也是新中国成立后创刊最早的两种法学期刊之一，以其特有的方式和风格见证了中国法学和华东政法大学的发展过程，“可谓辛苦遭逢，矢志不渝。”

60年一甲子。艰难困苦，玉汝以成。站在新的起点。学校正大力推进内涵建设，全面提高科研和教学质量，培养更多应用型、复合式、开放性的高素质创新人才。华东政法大学将绽放出更加璀璨的光芒！

谨以此文集纪念建校60周年！

谨以此文集纪念《法学》创刊56周年！

## 目录

2005年

中国信托业的现状与展望/高传捷  
中国信托制度发展的困境与出路/王连洲  
中国民事信托发展的可能性/中野正俊  
发展中国统一信托市场的两大问题/夏斌  
破产立法中的若干疑难问题探讨/王利明  
彩票的法律分析/韩世远  
论物权法规定取得时效的必要性/尹田  
物权法如何保护私有财产/孟勤国  
论比较广告的法律规制/许明月邓宏光  
有限责任公司股份自由继承的理论基础/王勇华  
金融衍生工具与法律规制的创新/顾功耘  
构建金融衍生工具上市机制的若干

思路/罗培新

【栏目】中国信托业的发展与法律规制

2006年

2007年死亡给付保险之被保险人的同意权研究

——兼评我国2002年《保险法》第56条第1、3款之疏漏及其补充/樊启荣

论我国商业标识立法的体系化/王莲峰平等保护原则和私人物权制度检讨/高富平

2009年医疗损害责任的因果关系证明及举证责任/杨立新破产法基本原则再认识/许德风

货币所有权归属及其流转规则——对“占有即所有”原则的质疑/其木提

我国票据制度未赋予交付转让的效力/傅鼎生

2011年房屋征收补偿范围与标准的思考/朱广新

单字字体和字库软件可能受著作权法保护/崔国斌论人格权法定、一般人格权与侵权责任构成/易军【栏目】票据法修改的法律思考我国票据法签章规则的修改/董惠江

《票据法》上票据金额记载规定的立法完善/赵新华对我国《票据法》第10条之修改

建议/李伟群完善票据利益返还请求权的思考/于永芹关于票据付款人的几个问题/汪世虎论空头支票的成因与防范/董翠香解释论视野下的侵害患者知情同意权侵权责任/王竹

[显示全部信息](#)

前言

解放思想是法学进步的原动力(代总序)1981年11月,由华东政法大学主办的《法学》复刊了。它的复刊,源自1978年年底的那场解放思想运动。回顾新中国60多年的历史,我们可以清楚地看到,我们国家的发展,大体可以30年为时段分为前后两个阶段。前30年,我们党在治理国家的指导思想方面,出现了“左”的倾向。从“批武训传”、批俞平伯的红楼梦研究、批判胡风“反革命集团”,到1957年“反右”运动扩大化,1962年提出以“阶级斗争为纲”,直至1966年爆发“文化大革命”,“左”的思想不断升级,最终导致国民经济濒于崩溃,各项建设事业停滞,学术(包括法学)陷入了一片沙漠状态。1978年年底,中国共产党召开了十一届三中全会,实行改革开放之国策,社会各界解放思想,因而改变了整个中国的面貌,也迎来了法学研究的春天,导致了《法学》的复刊。自那时以来,我们也已经走过了整整30年。在这30年中,《法学》在上级部门的领导下,通过全体办刊人的持续努力,紧贴时代发展的脉搏,跟踪社会发展的前沿,及时回应法律界所遇到的热点和难点问题,发表了一大批高水平的作品,对我国的立法、执法和司法实践形成了重要的理论支持,在学术界乃至全社会产生了巨大的影响力,推动了改革开放以后中国法和法学的进步与繁荣。在回顾总结《法学》的30年历程,探索法学理

论与法律实践互动之规律时，我们感受最深的一点就是，解放思想是法学进步、繁荣的原动力，没有中国改革开放和解放思想，就没有中国法律和法学的今天，更没有《法学》的今天。一关于解放思想，邓小平同志有一个定义，就是“解放思想是指在马克思主义指导下打破习惯势力和主观偏见的束缚，研究新情况，解决新问题”。[注：《邓小平文选》(第2卷)，人民出版社1994年第2版，第279页。]这个定义，包含了三个要素：(1)马克思主义的指导，讲的是政治立场和认识论、方法论；(2)打破习惯势力和主观偏见的束缚，这既包括政治体制上的，也涉及其他各个领域里的；(3)研究新情况、解决新问题，就是要跟上社会发展的步伐，与时俱进。因此，在某种意义上可以说，解放思想，其精神实质就在于：一是说真话；二是实事求是；三是不唯书，不唯上；四是打破不合理的偏见和传统；五是在理念、观点和制度上创新。30年来，《法学》就是贯彻了这一精神，解放思想，不断进步。其中，冲破政治上习惯势力和主观偏见的束缚，提高法学研究在我国政治体制改革中的贡献度，是《法学》首先关注的重点。众所周知，法律与政治紧密相关，法学研究也与每一社会的政治决策息息相关。要使法学研究对同时代的乃至以后的政治决策有所贡献，必须解放思想。换言之，法学研究在推动社会政治体制改革，回应社会重大政治问题时，如能解放思想，提出有真知灼见的建言献策，就会大大彰显法学研究的贡献。1982年春天，当我国立法机关将宪法草案提交全国人民讨论时，《法学》月刊社就召集各方面的专家，就其内容进行了广泛的讨论，参与者有徐盼秋、潘念之、肖蔚云、高恭佑、浦增元、孔令望、陈云生、胡士贵、周天平等众多法学界知名人士。各位专家学者解放思想，破除禁忌，充分讨论，各抒己见，其在《法学》第6期、第7期连续刊登出的建言献策，对我国宪法内容的确定，产生了很大的影响。1982年9月1日到11日，中国共产党第十二次全国代表大会召开，大会通过的新党章明确规定：“党必须在宪法和法律的范围内活动。”但是，如何理解和执行党章的这一规定，许多党员甚至是党的领导干部还存在许多疑问。当时，许多领导对此都曾提出了“到底是法大，还是党委大”的疑问，也有的领导认为，规定党必须在宪法和法律范围内活动，就会束缚自己的手脚，会妨碍开创新局面。针对党的十二大召开后社会上和党内存在的这些想法，《法学》1982年第11期刊登了楚云飞的文章《在宪法和法律范围内活动是党的一项重要原则》，系统阐述了党章这一规定的法理基础，强调我们必须解放思想，充分认识这一规定对推进我们执政党的建设和推动我国社会主义法制发展，全面开创社会主义现代化建设的新局面所具有的极其重要的意义。随着1992年10月12日至18日党的十四大提出建设社会主义市场经济的改革目标后，我国的市场经济发展迅速，而宪法的许多规定就显得落后于客观形势的发展了，但是，真的要提出修宪的主张，在当时还是存在一定风险的。《法学》就在这一点上，以极大的理论勇气，于1992年第12期，以纪念宪法诞生10周年为契机，发表了评论员文章《修宪：市场经济发展的必然要求》。文章指出，修宪问题，无论从宪法学抑或法理学角度来看，应属技术性问题。然而，由于特定的历史条件，重提修宪问题，就不能不在某种程度上引起人们高度的警觉和重视。但是，社会主义市场经济的发展，出现了众多宪法上没有规定的事项。例如，“随着改革开放的不断发展，出现了多种经济形式并存的局面，特别是许多合营、合资、私营企业的出现，能否对这些经济形式进行保护，关系到改革开放能否向纵深发展的问题，而宪法对此并未规定”。同时，改革开放需要合法地出租、转让土地，而这一点也是受到宪法禁止的。因此，在适应社会主义经济发展和改革开放的历史要求下，1988年，我们就对宪法进行了修改，允许私营经济形态的存在，以及取消了对土地出租和转让的禁令。现在，改革开放的进程，社会发展的需求，又一次需要我们对宪法作更大范围、更大规模

的修改，我们应当与时俱进，完成这一历史使命。在发表评论员文章的同时，这一期还刊登了孙潮、戚渊的《论确立市场经济的宪法地位》、李伟的《宪法权威论》、李步云的《不断完善中国人权的保障体系》等文章，对修宪涉及的各个领域的一些重要问题作了阐述。《法学》的这些文章，虽然发表在邓小平同志1992年南方讲话之后，但此时我国在修宪问题上还是一个禁区，因此，发表上述言论，还是冒了一定政治风险的。在法学领域，关于法的定义这一核心问题，在新中国成立的前30年，基本上是“阶级斗争论”、“阶级意志论”的一统天下。要冲破这一禁区，必须要鼓足勇气，在法学理论上来个大胆的突破。而在这方面，《法学》也走在了全国的前面。1986年，《法学》在第1期“新年寄语慰读者”中，率先提出：“科学是没有禁区的，有禁区就不会有发展和深入。法学研究也是如此。”“近年来，我国法制建设和法学研究的现状表明，法学理论的研究正面临着改革和挑战，无论在内容和方法上都亟须有新的突破。”“我们认为，无论是基础法学还是应用法学的研究，都应该把焦点对准现实中涌现出来的或者是历史上没有解决的问题，应该重视和倡导‘问题法学’的研究。”同期刊登的《中国法制报》政治评论部主任张宗厚的文章《对法的三个基本概念的质疑》一文，明确对我们现行的法的定义中的三个核心命题：“法律是阶级社会特有的现象”、“统治阶级意志论”和“阶级性是法的唯一属性”进行了质疑，提出了不同的观点，并予以了系统阐述。同期还刊登了陈浩然的《对“质疑”的质疑》，与张宗厚文中提出的观点进行了讨论和争辩。《法学》1986年新年寄语慰读者和张宗厚、陈浩然文章的发表，在我国法学界激起了巨大的冲击波，给我们的思想以极大的震撼。因为直到20世纪80年代中期，上述从苏联引进的关于法的定义中的三个核心命题，是我们所熟悉并认为是天经地义的，几乎从来没有人去质疑过。而张宗厚的文章则将我们传统的法学观给颠覆了，其震动不能说不大。而陈浩然的文章，虽然是对张宗厚观点的反质疑，阐述的力度相对要小一些，但陈文给学术界带来的推进学术研究“百花齐放、百家争鸣”的贡献，则是有目共睹的。在法学研究发展中，一直让我们法律人纠结的就是政治与法律的关系问题。而在阐述法律与政治之关系时，《法学》所发表的思想最为解放的文章，就是陈鹏生于1987年第1期上发表的《没有法律的政治是危险的政治——法学研究的反思》一文。在文章中，作者指出：“本来，政治和法律都是上层建筑的组成部分，相互作用，共同为自己的基础服务，是马克思主义的常理。但是，由于高度集权思想的影响，政治被强调到可以冲击，甚至代替一切的荒谬地步。政治与法律相互作用的关系，变成政治决定法律的关系。而按照‘左’的一套理论的逻辑推导，政治就是阶级斗争，阶级斗争就是敌我矛盾。于是服务于并决定于政治的法律，就只能是以阶级性作为自己的唯一的质的规定性，以‘阶级斗争的工具’作为自己的唯一职能了。以法作为自己研究对象的法学，当然也只能是‘阶级斗争’的[学问了]。”作者认为，这种理论的后果，一方面，使法律失去了自己的独立性，唯政治需要决定自己的兴废存亡：政治安定时，法律成为民主的点缀；政治严峻时，一言可以废法，实际上是以“人治”代替了“法治”。另一方面，也把法律与阶级斗争捆在了一起，使法律与政治一起，成为学术讨论和争鸣的禁区，“一旦涉及，就‘以言治罪’，出现‘文笔贾祸’，法学研究也就不复存在”。作者进一步指出：“我们的民主，首先是制度，然后才是干部的思想作风。否则民主就会随领导的喜怒哀乐而变样。因此，要政治民主化，就应该依靠法律制度，保障民主不会因领导人的改变而改变，也不能因领导注意力的转移而改变。我们的法学家，应该通过对法制建设深刻的历史反思，从理论上令人信服地告诉人们千万不要忘记一条历史教训：政治离不开法律，没有法律的政治，是危险的政治，灾难的政治。”因此，为了防止这一点，我们必

须研究如何通过法律来保障公民权利义务一致性原则的确立和实施，以及这种意识的形成。应该说，作者关于“没有法律的政治就是危险的政治，灾难的政治”的观点，不仅是对中国“重政治，轻法律”，崇尚“人治”，轻视“法治”之传统的深刻揭示和批判，而且也阐明了理顺法律与政治的关系，对于防止历史上的悲剧的再次发生，建设社会主义法治的重要意义。应该说，在当时的环境下，没有思想的解放，是不可能如此大的理论勇气提出这么尖锐和鲜明的观点的。[注：就在此文发表两年前，谢次昌在“论政治与法律的关系”一文中，还强调“政治与法律相比，政治总是处于主导地位，法律的制定和实施必须服从政治的需要”，载《法学》1985年第5期。]二解放思想也促进了法学研究在我国经济体制改革中的推动作用的发挥。1982年中期，随着我国改革开放的深入，社会主义经济体制的转型，经济领域里的犯罪日益增多，且形态各异，尤其是许多正常的经济活动和犯罪行为容易混淆，对我国的法学理论研究和定罪量刑等都提出了严峻的挑战。《法学》解放思想，敢于打破常规，使法学研究及其对司法实践的指导走在了全国的前沿。《法学》1982年第7期刊登的一组关于“职工受外单位聘用接受高额报酬是否构成犯罪”的讨论文章，就是突出的一例。当时，随着打击经济领域里的犯罪的斗争的深入展开，不少单位和群众对一些在职的或退休的职工受外单位聘请、接受高额报酬的行为，向有关机关举发。当时政法机关内部对这类行为到底是否算犯罪产生了很大的分歧。而这种分歧，在1982年春上海某区人民法院受理上海某国营工厂的技术人员王某[注：根据《法学》1983年第3期发表的龚介民的

[显示全部信息](#)

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

[更多资源请访问www.tushupdf.com](http://www.tushupdf.com)