

RULE OF LAW

法治研究



主编

杭州大学法学院
浙江省法制研究所

杭州大学出版社

1996 年卷

法治研究

RULE OF LAW

杭州大学法学院 主编
浙江省法制研究所

杭 州 大 学 出 版 社

法治研究

杭州大学法学院 主编
浙江省法制研究所

*

杭州大学出版社出版发行
(杭州天目山路 34 号)

浙江上虞印刷厂印刷

*

850×1168 毫米 1/32 11.5 印张 288 千字

1996 年 11 月第 1 版 1996 年 11 月第 1 次印刷

印数 0001—1000

ISBN 7-81035-934-7/D·069

定价:15.00 元



《法治研究》编务委员会

主 任	胡建森
主 编	马绍春
执行主编	孙笑侠
副 主 编	陈信勇 金彭年

总 序

法治是人类认识社会、认识自我所取得的文明成果，也是人类共同的崇高理想。多少年来无数思想家对法、社会、国家、公民的关系进行构想和探索，设计出了法治这样一种关于社会结构与社会关系的基本理论体系，为我们的社会发展提供了基本理论框架。现实社会是在具体的状态下演进的，因此任何理论都是根据运动的社会状态作一些具体、深入的新探索。法治理论也同样，它是一种无止境的探索过程。

在新世纪即将到来的时候，中国社会发展的客观需要促使我们把“依法治国”、“建设社会主义法治国家”问题提了出来。这对于从事法学研究的每一位学人而言，都是无可推卸的最重要的研究任务。我们既面临一个机遇，也面临一种挑战。在我们筹备这套连续性学术丛书的时候，我们选择了“法治研究”作为书名。毫无疑问，这表明了我们的愿望，也表明了我们的责任感。

我们的这套丛书将以邓小平关于中国特色的社会主义理论为指导，以促进我国社会发展为目标，坚持“双百”方针，突出法治主题，吸收海内外学者采用各种视角与方法展开的争鸣和探索。我们希望《法治研究》能得到广大学者们支持，在我们的共同努力下，办好《法治研究》。

编 者

1996年10月

目 录

总 序 编 者

“法治精神与社会发展”笔谈 郑九浩等(1)

论立法的目的 郭道晖(27)

法治、合理性及其代价 孙笑侠(40)

法律制度的社会学理解 陈信勇(60)

论法治的理念与实践 方立新(72)

论我国法制的现代化与国际化 谢 晖(80)

中国行政法制与行政法学的回顾与展望 胡建淼(97)

论宪法在司法审判中的适用 费善诚(121)

利益分析与行政法学 叶必丰(133)

行政权的程序控制与程序机制法律化 章剑生(142)

同步建构中国的现代企业制度和现代政府制度 施雪华(163)

刑法谦抑的法理考察 陈兴良(188)

论重复抵押的效力 韩家勇(224)

论市场经济条件下民事立法的基础 陈旭琴(231)

企业法人财产及其经营机制的若干法律问题 马绍春(240)

产品(制造物)责任的中日比较…… [日]植木哲 谢志宇译	(253)
论倾销的概念与分类	
——兼谈欧盟反倾销法的立法发展…… 阮方民	(264)
论国家环境权…… 钱水苗	(281)
浅议劳动立法的基础…… 许建宇	(294)
论融资租赁承租人的索赔权…… 肖 燕	(300)
“海湾战争”在国际法上的地位…… 宋永新	(310)
国际合同准据法制度纵横论…… 金彭年	(325)
论美国移民对新移民法的冲击…… 戴 钊	(338)

CONTENTS

Preface	Editor
Conversation by Writing on "Rule of Law and the Social Development"	Zheng Jiuhao <i>et al.</i> (1)
On the Purpose of Legislation	Guo Daohui (27)
Rule of Law, its Rationality and its Cost ...	Sun Xiaoxia (40)
Study the Legal System on Grounds of Sociology	Chen Xinyong (60)
The Ideas and Practice with Rule of Law	Fang Lixin (72)
On Modernization and Internationalization of Chinese Legal System	Xie Hui (80)
ReViewing and Looking forward to the Legal System of Chinese Administration and the Research Work of Administrative Jurisprudence	Hu Jianmiao (97)
On the Constitutional Enforcement in Administration of Law	Fei Shancheng (121)
Briefits Analysis and Administrative Law ...	Ye Bifeng (133)
Administrative Powere Regulated by Procedures and the Procedures Governed by Law ...	Zhang Jiansheng (142)
Establishing the System of Chinese Modern Enterprises and Modern Governments	Shi Xuehua (163)

Jurisprudential Study on Repressive Function of Criminal Law	Chen Xingliang (188)
On Efficiency of Repeated Mortgage	Han Jiayong (224)
On the Foundation of Civil Legislation in the Market Economic Conditions	Chen Xuqin (231)
Several Legal Problems of the Enterprise Property and its Management	Ma Shaochun (240)
Comparative Study of the Products Liabilities between China and Japan	[Japan] Satoshi Ueki (253)
On the Concept and Classification of Anti-dumping as well as on the Legislative Development of Anti- dumping Law of European Union	Ruan Fangmin (264)
On the National Power of Protecting Environment	Qian Shuimiao (281)
Brief Discussion about Labor Legislation	Xu Jianyu (294)
On the Claim Rights of Lessee in Financial Tenant	Xiao Yan (300)
Legal Status of "Gulf War" in the International Law	Song Yongxin (310)
On Applicable Law System of International Contracts	Jin Pengnian (325)
American New Immigration Law Lashed by its Immigrants	Dai Ling (338)

●“法治精神与社会发展”笔谈

“依法治国”与法律至上

郑九浩*

中央提出的“依法治国”，是治国方式适用市场经济的重大转变，是全国人民意志的集中反映。

十几年前，法学界对此问题曾讨论过，由于诸多因素，未得到有关人士的重视。现在中央肯定“依法治国”是我国的治国方略，对我国的政治制度和法律制度的变革和市场经济的发展，将起着不可估量的作用。

什么是“依法治国”？法学界尚未达到共识。我的看法，简单地说，就是有法可依，严格依法办事。在中国，要“依法治国”，建成一个法治国家，首先，在观念上要解决法律的地位问题。长期以来，有人认为法律是专政的工具，法律是政策的工具。市场经济实质上是法治经济，要“依法治国”，达成“法治国”，必须树立“法律至上”的观念。“法律至上”就是法律是否在一国内具有最高的权威，这不是政治家、法学家的臆造，而是客观事实的决定。法律是人民意志的集中反映，历史是人民创造的，反映人民意志的法律，理当具有最高的权威！这一点，我国宪法已作了明确的规定：“一切国家机关和

* 杭州大学法学院教授。

武装力量,各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。任何组织和个人都不得有超越宪法和法律的特权。”历史证明,治理国家不坚持法律至上,就必然是这样那样的君主至上或领袖至上。国家的命运、事业的兴衰,必然以当权者个人的品德、才能和经验为转移,这是极其危险的。^①其次,“依法治国”,把我国建成为一个法治国,以下几个问题具有现实性和迫切性:

一是全国人民都要学习法律知识,特别是乡以上的公职人员,必须有重点地学好宪法、民法、经济法、行政法、刑法和诉讼法。过去在普法中,一门法律作一二次报告,收效不算大。第三个五年普法应认真地学好上述法律,指定教材,自己购买,进行自学,每年规定一个日期到大学法学院分门考试,公布分数,发合格证。合格者,才能担任公职人员。世界各发达国家,公职人员都要考好法律,才能取得任职资格。

二是“依法治国”就要有一支政治和业务过硬的法律职业队伍。法官、检察官、律师,都要受正规训练,精通业务,目前不少人法律底子不厚,难以胜任。我认为,凡 50 岁以下的应当分批到高校法律系正规培训 2—3 年,经严格考试合格后,重返岗位任职。没有一支精通法律的职业队伍,想“依法治国”,肯定落空。

三是各级人大的代表中,法律界和法学界的人员太少,有些省人大常委会中仅二三个人懂法律,地方人大又要立法,又要监督其他机关执法和司法活动,有些委员和代表对法律的作用认识不够,不努力学法,还在监督别人是否违法,这种局面应该大力扭转。

四是各级人民法院是独立行使审判权的机关,宪法规定不受行政机关、社会团体和个人的干涉。但有些人总是不断地干涉审案,有明的,有暗的,还有把法院院长找来说三道四的。这说明宪法

^① 《法学研究》1996 年第 3 期,第 34 页。

——根本大法的规定,没有落实。法院之所以需要独立审案,最大的价值是要保证公正、公平和正义。法官只对法律负责,反对任何特权,这是他们的神圣天职! 出现干涉审案的原因,我认为除了没有树立法律是最高权威之外,还有法院和法官的地位没达到应有的高度。从宪法规定看,法院院长是由人大直接选出的,司法权和行政权是平衡的,两者谈不上谁高谁低,但就实际地位,地方各级法院比地方各级行政机关低。这样,也很不利于“法律至上”观念的建立和促进“依法治国”的实现。

经济法治析

马绍春*

一个国家的经济活动和经济关系,一旦完全纳入法律调整的轨道,国民经济的各个领域实现了依法而治,我认为就可以称为“经济法治”了。经济法治,是依法治国,建设伟大社会主义法制国家的重要组成部分,它既是我国法制建设的宏伟目标,又是推动社会进步的重要手段。经济法治的内涵是什么? 弄清这个问题,对经济法治的实现,具有现实意义。笔者认为经济法治的内涵主要包括:

1. 宏观调控的法律体系已经确立。

社会主义市场经济的宏观调控,是建立在法制基础上的宏观调控,这一原则已为我国宪法所确立。从目前的以行政手段、长官意志为主的调整,过渡到以法律手段(包括依法行使的经济、行政

* 杭州大学法学院教授。

手段)为主,在财政、金融、固定资产投资、物资、外贸等方面,建立起完备的宏观调控法律体系,才能使宏观调控保持适度、有力、平稳状态,从根本上摆脱随意性,避免重复大起大落的教训。

2. 多元化市场经济主体的法律地位得到确认。

已实施的《公司法》是建立与市场经济相适应的现代企业制度的基本法。光有《公司法》是不够的,还必须有《合伙企业法》、《独资企业法》。同时,要对原有按所有制划线的企业法律、法规进行废除或修改。现实生活中的“挂靠”做法,弊病很多,应彻底取消,还企业或经济组织以市场经济主体的本来面目。市场经济主体的法律地位,是市场准入的首要问题,把好市场准入关,是市场经济健康发展的重要条件。

3. 经济关系契约化有了法律保障。

西方学者说,现代社会是合同社会。从法与经济的关系来看,此言有理。在商品经济条件下,联结经济交往的法律纽带是合同(契约)。随着社会主义市场经济体制的建立,体现市场主体当事人的意思自治的契约关系,渗透到社会经济生活的方方面面。没有契约或者违反契约,市场经济就不能正常运行,这个道理正逐渐为社会所公认。法律对契约关系的保障,首先是当事人的意思自治得到尊重和维护;其次,违约责任的追究,确保权利人得到补偿。目前,实践中随意否定合同双方的约定,扩大无效合同的范围,不分是非、责任均摊的司法裁判,与合同的要义相悖。统一合同法制,完善各种合同的法律规范,乃是解决这一问题的前提。

4. 公平竞争的秩序已经建立并受到维护。

竞争是市场经济运行的必然现象,市场主体在竞争中优胜劣汰,由此推动社会经济向前发展。但是,竞争权利的滥用和行政权力的介入,是建立公平竞争秩序的主要障碍。已实施的《反不正当竞争法》还不够,还必须制定《反垄断法》,双管齐下才能扫除障碍。公平竞争和不正当竞争(垄断在广义上也属于不正当竞争)是一对

李生兄弟,法律不可能消灭不正当竞争,只能通过对其制裁来维护公平竞争。公序良俗的形成,无疑是经济法治的一个标志。

经济监督和解决经济纠纷的法律机制已经完善,也是经济法治亦有之义。

依法治国的几对关系

黄荣波^{*}

在依法治国的问题上他强调正确处理好以下几对关系:

一是要正确认识和处理目的和手段的关系。多年来,由于一种片面思想的影响,总以为民主法制是手段,只有国家一个阶段的路线、方针才是目的。当前,以江泽民同志为核心的党中央,根据邓小平同志关于加强民主法制建设的思想,总结了社会主义国家自身法制建设的历史经验,提出了依法治国、建设社会主义法制国家的战略目标。就是说,建设法制国家是作为目标即目的提出来的。明确指出,法制不仅仅是手段,而且是高度发达的文明社会的一个重要标志,是社会主义现代化建设的重要目标和内容。

二是要正确认识和处理树立法制权威和加强党的领导的关系。中国共产党是执政党,我们的宪法和法律、法规都是在党的领导下制定的。这说明国家的法律,最基本的是体现了党的主张、路线、方针。执行法律,就是尊重人民的意志,就是贯彻党的主张、路线、方针。因此,依法治国同坚持党的领导是完全一致的。由于法律是上升为国家意志,以法定程序颁布的,因此在执法领域来说,

^{*} 浙江省人大法制委员会副主任。

要保证有极大的权威,要举国上下一体遵行。为了建立法制国家,党提出了“党也要在宪法和法律范围内活动”的要求,即使是执政党,也不能例外。法律不保持高度的权威,就不足以保证法律的严格实施。

三是正确认识处理依法治国和执行政策的关系。政策既然被上升为法律,我们就要依法办事,这本身就是执行了政策。但也须说明,在一些地方也有不少政策,其实大多是行政性规定,甚至还有与法律抵触的“土政策”。这些就不能称之为“党的政策”,只要与法律相抵触就不能执行。有些行政性具体规定可以作为法律的必要补充,执行这些规定本身就是执行法律。社会主义市场经济发展总是走在前面的,法制建设要努力适应,不断完善。我们的各级领导同志不要因此而提倡“闯红灯”、“绕道走”和“打擦边球”。

四是正确认识和处理讲法治和讲政治的关系。“法治”这一概念是被包含在依法治国这一大概念之中的,江泽民同志强调了“法制”观念,我理解也包含了“法治”这一概念。邓小平同志曾经指出:“照抄照搬外国经验、别国模式,从来不能得到成功。”我们实行依法治国,建设法制,实现法治,必须注意这个问题。虽然也需注意学习和借鉴外国经验,但这些经验既有现代社会科学文化建设的共同成果,可以借鉴、移植;但又有阶段性,有姓“社”姓“资”之分。我们建设社会主义法制,既要学习、借鉴,又不能照搬照抄,应走自己的道路,建设有中国特色的社会主义法制。这就是在实现依法治国中“讲政治”。谈法治,也要坚持这个原则,不能以西方的法治标准来衡量我们依法治国、建设社会主义法制国家这一宏伟目标,而必须要坚持建设有中国特色的社会主义性质。

五是正确认识和处理讲法治和抓根本的关系。根本的问题是教育人。讲法治,势必要对人的法律素质、法制观念和依法办事能力提出更高要求。法制建设,包括立法、执法、司法、普法、护法的过程,也是教育人、改造人、培养人、塑造人的过程。特别是领导干部,

对提高自身的法律素质,要有紧迫感。经济发展,领导必须面对多样化、多元化的社会经济形态,只有运用法律规范和引导,乃至宏观调控,组织指挥,才能成功。

立法质量与地方法制

徐苗铨*

制定地方性法规就是为了更好地为我省改革、发展、稳定服务。为了把好立法质量关,把地方立法的数量和质量有机地统一起来,应当正确处理好以下几个方面的问题:

一是坚持地方立法以宪法、法律为依据,不与宪法、法律、行政法规相抵触的原则。在这个前提下,对国家尚未立法而地方需要立法的,在经过调研、论证、可行性研究的基础上,根据地方实际可先行立法。对国家已制定的法律、行政法规,地方可根据实际情况制定实施性法规,对国家的法律、法规加以细化或作补充性规定,使之具有更强的针对性和可操作性,更具地方特色,从而使国家的法律、行政法规在我省能得到全面、准确地实施。

二是正确处理全局与局部、权利与义务的关系。由于部门之间职能存在某些交叉,管理体制在一些方面尚待理顺,所以往往出现各执一端,各自强调本部门职能的现象,当然其背后往往有利益机制的阴影在作祟。因此在立法过程中,注意从全局、整体观点来考虑各部门之间的不同意见,把握好整体与局部、权利与义务、管理与服务的关系,处理好人民群众依法行使权利和国家机关依法管

* 浙江省人大法制委员会副主任。

理的关系就显得十分重要,也就是在法规条文中既要依法作出规定,又要根据实际情况明确划分部门之间的职权与义务,力求避免在法规中出现部门色彩的情况。

三是注意处理好超前性和现实性的关系。目前我国正处在由计划经济向市场经济转型的过程中,如何尽快缩短这个转换期,有些是带全国性的问题,有些则是地方性问题。属于地方范围的问题,如何通过立法规范行为,尽快地同市场经济衔接,同国际惯例衔接,是一个很重要的问题。根据浙江省的实际,立法的起点要高,要考虑适度超前,应瞄准建立和完善市场经济法律体系这个靶子。但是,如果脱离当前的实际,不顾主客观条件,一味考虑与市场经济接轨,与国际接轨,那么即使制定出的法规是完全符合市场经济要求的,由于它是脱离当前的实际,那也是行不通的。所以,在立法过程中考虑超前性的同时,也要考虑当前的现实可行性;同时,在注意现实可行性时又不要给以后的市场经济发展设置障碍。

四是注重配套立法。作为地方立法工作,如何选择某些关系国计民生的重要领域实现配套立法,使法律、法规更具有操作性,这是立法工作的一个重要问题。例如,我省针对建筑市场在社会主义市场经济中的重要地位和作用,以及建筑行业快速发展的可喜情况和出现的问题,从 1994 年开始对建筑业进行系统的配套立法,相继出台了建筑业管理条例、建设工程招标投标管理条例、建设工程质量管理条例等三个法规,今明两年还将出台建设工程勘察设计管理条例和建设工程监理条例,使之配套成龙,形成我省特有的建筑业法规体系。

五是处理好立法与执法的关系。一个地方性法规出台以后,应该在一定时期内能够不折不扣地得到贯彻实施,这就要求立法时要充分考虑执法这一重要环节。所以立法一定要联系我省的实际,做到针对性强,操作性强,内容尽可能具体、明确,文字简洁、易懂,便于大家掌握。但又不能规定得太细、太死,给有关部门和市、县在