

法制现代化研究

(第九卷)

南京师范大学法制现代化研究中心编

南京师范大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法制现代化研究. 第九卷/ 南京师范大学法制现代化研究中心编. —南京: 南京师范大学出版社, 2004. 7

ISBN 7-81101-121-2/D · 71

I. 法... II. 南... III. 法制—现代化—理论研究—文集 IV. D902—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 077081 号

书 名	法制现代化研究(第九卷)
主 编	公丕祥
责任编辑	段倩毓 徐 蕾
出版发行	南京师范大学出版社
地 址	江苏省南京市宁海路 122 号(邮编: 210097)
电 话	(025)83598077(传真) 83598412(营销部) 83598297(邮购部)
网 址	http://press.njnu.edu.cn
E-mail	nnuniprs@public1.ptt.js.cn
照 排	江苏兰斯印务发展有限公司
印 刷	淮阴新华印刷厂
开 本	850×1168 1/32
印 张	13
字 数	326 千
版 次	2004 年 10 月第 1 版 2004 年 10 月第 1 次印刷
印 数	1—1000 册
书 号	ISBN 7-81101-121-2 / D · 71
定 价	19.50 元

南京师大版图书若有印装问题请与销售商调换

版权所有 侵犯必究

目 录

● 法制现代化的一般理论 ●

- 权利意识与社会主义法治 刘 文 吕世伦(1)
- 非诉讼纠纷解决机制(ADR)与法治的可持续发展
——纠纷解决与 ADR 研究的方法与理念 范 愉(18)
- 法律局限性的探讨与分析
——兼论法治社会的法律完善 秦国荣(58)
- 社会经济结构转型与法律秩序类型嬗变 杨 力(77)

● 中国法律的传统与变革 ●

- 法制变革与传统宗法伦理关系探析 甘德怀(86)
- 法治视野中的社会主义政治文明 毛国辉(98)
- 论当代中国法律体系的结构性整合与创新 庞 正(111)

● 司法改革与法制现代化 ●

- 接近正义与英国的民事司法改革 刘 敏(119)

● 部门法制现代化研究 ●

- 论包庇、纵容黑社会性质组织罪的主体和主观方面的若干问题
..... 黄京平 石 磊(166)
- 公司治理的法理学分析..... 张国平(183)
- 产品责任归责原则的演变与走向..... 李 刚(199)
- 评析中国反倾销立法..... 陈立虎 杨向东(213)
- 反垄断法基本原则的法理研究..... 娄正前(231)
- 美国反托拉斯法垄断内涵的确定及其启示..... 黄立民(254)
- 行政契约基础理论的探讨
——论行政契约的存在及定义..... 侯菁如(267)
- 论中国民法形式现代化之指导原则及构想..... 伍治良(288)

● 专题学术讲座 ●

- 中国行政法学的理论模式及发展展望..... 胡建森(331)
- 我国民法典制定中的几个问题..... 梁慧星(341)

● 外国法学与法律发展研究 ●

- 日本的夫妻家事代理权制度及判例..... 赵 莉(360)
- 马克思主义法哲学世界观和方法论的科学理解
——拉布里奥拉对马克思主义法哲学思想的阐释 ...
..... 张 镛(377)
- 德国刑事诉讼中的证据禁止:理论、规则与司法技术
..... 秦 策 顾 君(392)

Contents

Theories on Legal System Modernization

- The Awareness of Right and the Rule of Law
..... Liu Wen Lü Shilun(1)
- The Mechanism of ADR and Sustainable Legal Development
—The Research Methodology and Conception of Dispute
Resolution and ADR Fan Yu(18)
- An Approach to the Limitations of Law: Also a
Comment on the Legal
—Perfection in a Country under the Rule of Law
..... Qin Guorong(58)
- The Transformation of Economical Infrastructure and
the Transition of the Legal Orders Yang Li(77)

Tradition and Changes of the Chinese Laws

- Legal Changes and Patriarchal Ethics Gan Dehuai(86)
- Socialist Political Civilization in the Perspective
of the Rule of Law Mao Guohui(98)

The Structural Integration and Innovation of China's Legal System	Pang Zheng(111)
--	-----------------

Judicial Reform and Legal System Modernization

The Access to Justice and the Civil Judicial Reform in the Great Britain	Liu Min(119)
---	--------------

Legal System Modernization in Particular Sectors

Issues concerning the Subject and the Subjective Aspect of the Crime of Harboring or Conniving at Mafia Organization	Huang Jingping Shi Lei(166)
A Jurisprudential Analysis of the Improvement of a Company	Zhang Guoping(183)
The Foundation of the Right to Claim for the Responsibility for Products: Its Evolution and Revelation	Li Gang(199)
On China's Anti-dumping Law	Chen Lihu Yang Xiangdong(213)
A Jurisprudential Analysis of the Fundamental Principles of Anti-monopoly Law	Lou Zhengqian(231)
The Connotation of the American Antitrust Monopoly: A Clarification and Revelation	Huang Limin(254)
On Fundamental theory of Administrative contract	Hou Jingru(267)

- On Guideline and Thought of Modernization of Civil
Law Form in China Wu Zhiliang(288)

Special Subject Scholarship Academic Chair

- China's Administrative Law: Its Theoretical Models
and a Prospect of Its Development Hu Jianmiao(331)
Issues concerning the Making of China's Civil Laws
..... Liang Huixing(341)

Study of the Development of Law and the Science of Law in Foreign Countries

- Japan's Institution of Proxy for Family Troubles and
Legal Precendent Zhao Li(360)
A Reasonable Understanding of the World View and
the Methodology of Marxist Philosophy of Law;
——Labriola's Interpretation of Marxist Philosophy
of Law Zhang Lei(377)
The Prohibition of Evidence in the Criminal Procedure
in Germany: Its Theory, Rules and Judicial Techniques
..... Qin Ce Gu Jun(392)

权利意识与社会主义法治

刘 文 吕世伦

法治的核心是实现公民的权利，国家权力必须认真对待权利。公民是否普遍具有权利意识，执法人员是否普遍具有权利意识和文明执法，对法治的实现都有重要影响。公民必须具有权利意识才能实现和捍卫自己的权利，现代法治社会的执法者必须具有权利意识才能为公民的权利提供司法保障。

刘文，女，1963年生，中国人民公安大学法律系副教授，主要从事民商法研究。

吕世伦，男，1934年生，中国人民大学法学院教授、博士生导师，全国西方法律思想史研究会副会长。出版《马克思恩格斯法律思想史》、《西方政治法律思想史》（上、下）、《西方法律思潮源流论》、《法理念探索》等20余部著作，发表论文近300篇。

全面建设小康社会的基本途径，是发展和完善社会主义市场经济。而市场经济的每个环节都需要以法律为依据，即“法治经济”。这里所说的法律（law），并非随便什么样的法律，它应当是当年马克思、恩格斯所指的“作为法的法律”，或者叫做良法。本质上，法治意义中的法与权利是同义语，西方人将二者悉称为 right。相应地，法治意识所要求的就是权利意识。本文的主旨在于简要地揭示，公民的权利意识与公职人员的保护公民权利的意识对法

治的重要影响。

一、法治的核心是实现公民的权利

法治国家实行人民主权。人民需要政权(权力),归根到底是因为它能不断增进社会成员的利益。马克思说:“人们奋斗所争取的一切,都同他们的利益有关。”^①对于国家而言,它是通过法律的权利与义务关系来分配社会利益。理性人之间的关系,是“一种真正的权利和义务的关系”^②。不过,在市场经济条件下,是以权利为本位的。其集中表现于:权利是目的,义务是服务于权利的手段。有时甚至“当义务不存在的时候,权利依然存在”^③。例如,法律在人的生命和健康权利以及弱者特殊权利的保护方面,并不规定主体的相应义务。由此可知,法治的核心就是公民的权利。通过权利来满足公民的利益,小康社会才会变为现实。

我国当前正在大力建设和发展社会主义法治,已经建立并正在完善一系列人权的确认和保障制度,使公民享有政治、经济、文化和社会等诸多领域的权利。在立法上,通过授权性规范来设定公民的权利。此外,还根据“法律不禁止就可以做”的原则,尽量扩大公民的权利范围。权利的立法,最重要的是以宪法为准据和启端。列宁指出:“宪法就是一张写着人民权利的纸。”^④我国公民享有的政治权利、人身权、财产权、社会保障权等方方面面的权利,在我国宪法中都有概括性的规定。我国现行宪法规定的公民的权利

① 《马克思恩格斯全集》第1卷,第82页。

② [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,商务印书馆1991年版,第36~37页。

③ [美]M.本迪特:《作为规则和原则的法律》,斯坦福大学出版社1978年版,第168页。

④ 《列宁全集》第9卷,人民出版社1987年版,第448页。

主要有：公民在法律面前一律平等；公民的选举权和被选举权；公民对国家机关及其工作人员的监督权、批评和建议权、检举权、申诉和控告权、获得国家赔偿的权利；公民享有包括言论、出版、集会、游行、示威和结社的政治自由；公民有宗教信仰自由；公民享有各项人身权利和人身自由；公民享有各项财产权利和契约自由；公民享有各项社会保障的权利。根据宪法的精神，各项基本法和其他法律有更具体和详细的公民权利的规定。宪法中所规定的公民的人身权和财产权，主要由民法来具体贯彻落实。民法是一部以权利为本位的法律，其最突出的特点是：关心和保护普遍的每个人的权利和利益，尊重人的自由意志。每个公民和法人组织享有的具体人身权利和财产权利都在民法中得到确认和保障。具体来说，民法规定和保障公民的人身自由和契约自由，规定公民享有生命权、健康权、身体权、名誉权、姓名权、肖像权、亲权、亲属权、荣誉权等人身权利，享有财产所有权、债权、继承权等财产权利，以及知识产权。我国法律规定的我国公民在社会、文化教育等方面的权利主要有：劳动权（包括获得劳动报酬的权利、劳动安全保障的权利、休息权等）、获得物质帮助权、受教育权、从事文化活动的自由权等。这些权利在宪法中有概括性规定，具体由劳动法、教育法、社会保障法等来贯彻落实和保障。按照宪法的要求，我国法律还针对特殊群体，如妇女、未成年人、老人、少数民族、残疾人、罪犯，在《妇女权益保障法》、《未成年人保护法》、《残疾人保障法》等法律中规定了对其享有的权利的特别保障。公法部门，特别是行政法律和刑事法律，也是帮助公民实现权利的有力手段，是维护公民权利不受非法侵害的锐利武器。如，刑法以其独有的刑罚手段来惩罚那些严重侵犯他人人身权利或财产权利、构成犯罪的人，保护受害者。最后，还必须指出一点，鉴于权利的重要性和神圣性，宪法和立法法都庄严地宣告，一切涉及公民权利和义务的事项，均属国家最高权力机关规定的范围，一切其他机关和地方机关都无此权

力,否则就是违宪行为,没有法律效力。例如,在我国实施了十几年的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》,违反了宪法关于每个公民都平等地享有法律保障的人身权利和人身自由的规定,理当对其进行违宪审查,并予以废止。

当然,我国现行的法律制度还有需要完善之处。我国公民应当享有的一些权利,还需要法律补充规定和提供具体保护措施,如,隐私权,贫困失学儿童的受教育权,公民对政府政务的知情权、监督权,消费者的知情权,等等。相信随着我国法制文明建设的发展,我国公民享有的权利将越来越广泛。并且,随着社会政治、经济、文化的发展,人们还会产生出新的权利要求,这需要立法者研究是否予以确认和保障。其中,有些权利要求是法律应当予以确认和保障的,例如,应规定具体的法律救济措施保护公民的隐私权;保护消费者对其购买的产品和服务的知情权;农民的税费负担应当详细公开,并公平合理地予以减轻,以确保其财产权利;等等。而有些权利要求法律是否应当确认,还有争议,例如克隆人的生命、从人类胚胎中获取干细胞进行体外器官培植等。

二、普遍的、高水平的公民 权利意识的重要性

实现法治,只有法律上的权利规定还远远不够,这只是纸上的权利。更关键的是每个公民自身还必须具有强烈的权利意识,知晓自己拥有哪些权利,善于运用法律手段捍卫自己的权利和尊严,进而根据社会的发展变化提出新的权利请求和主张。权利意识是检验一个合格公民之素质的标尺。

在古代奴隶社会和封建社会里,君权至上,民众是君主可以随意杀戮的“草民”。在中国数千年的君主专制的历史上,君主还利用礼教和严酷的刑罚,奴化和禁锢人们的思想,使民众甘当奴隶。

例如,孔子就率先反对让老百姓知道法律,认为这不利于“使民”^①。法家的先驱管子也提出“牧民”说。^②在这样的社会里,民众只有寄希望于君主“爱民如子”、施行“仁政”,而不可能向君主主张自己的权利,甚至不知权利为何物。为政权的稳定而施“仁政”的君主,即使顺民心,让老百姓过安稳、富裕的日子,也是出于“使民”、“牧民”的考虑,并不是承认和尊重人的权利,甚至根本没有将民众作为主体看待。在君主专制社会,君主无论施暴政还是施仁政,民众均不是权利主体,没有作为人应有的尊严。一般劳动者在法律关系中或者仅是权利的客体(奴隶),或者是部分权利的主体(农奴)。黑格尔认为权利意识是“自为意识”,相反的则是“奴隶(依附)意识”。他说,在古代中国,只有皇帝一人是“自为意识”者,其余人都受“依附意识”或“奴隶意识”支配。正是由于这个原因,马克思指出:“君主政体的原则总的说来就是轻视人,蔑视人,使人不成其为人。”“哪里君主制的原则占优势,哪里的人就占少数;哪里君主制的原则是天经地义的,哪里就没有人了。”^③另外,长期居于主导地位的儒家文化,以“礼”来规范社会各类人基于其身份所应遵循的义务,压抑人的权利意识。由此形成的传统的漠视和贬斥权利的无讼、息讼和厌讼的观念,也压抑了人们的权利意识(法律意识)。诚如比较法学家 L. 达维德所讲的,“中国人民一般是在不用法的情况下生活的。他们对法律制定些什么决定,不感兴趣,也不愿站在法官面前去。他们处理与别人的关系以是否合乎情理为准则。他们不要什么权利,要的只是和睦相处”^④。

① 参见孔子:《论语·学而》。

② 参见管子:《国语·齐语》中《牧民篇》。参见夏勇主编:《走向权利的时代》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 19 页。

③ 《马克思恩格斯全集》第 1 卷,第 411 页。

④ [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,上海译文出版社 1984 年版,第 487 页。

当今,随着生产力的迅猛发展和相应的文明的大发展,人类已大踏步地从人治时代迈向法治时代。这也是从强调统治性的权力时代迈向人的主体性的权利时代。因此,为权利而斗争的实际需要和意识,显得十分紧迫。德国法学家耶林最先提出这个口号,指出“人在权利之中,方具有精神的生存条件,并依靠权利保护精神的生存条件。若无权利,人将归于家畜,因此罗马人把奴隶同家畜一样看待,这从抽象的法观点看完全首尾一致”^①。基于此,他认为每个人不仅有争取权利的权利,而且争取权利也是其为人的义务。“主张权利是人类精神上自我保护的义务,完全放弃权利是精神上的自杀。”^②马克思把“一个人有责任不仅为自己本人,而且为每一个履行自己义务的人要求人权和公民权”^③确定为“第一国际”的目标。

不无遗憾的是,漠视人的权利的封建思想的遗毒,现在仍然残存在一些人的头脑中,使得许多人至今仍然缺乏权利意识。在一些人的心目中,仍认为法律是政府用来管老百姓的,只要不去违法犯罪,法律就和自己无关。还有相当比例的人认为人权与自己的实际生活没有关系。^④ 这些人在许多自己的权利被侵犯的时候仍然浑然不知。例如,工厂里丢了东西,每个工人都被强令搜身检查,一些人泰然接受,认为这样就可以证明自己的清白;老师体罚小学生,家长认为“不打头就行”;等等。即使当自己的人身或者财产遭受重大损害时,他们也不是依靠法律维护自己的权利和利益,

① [德]耶林:《为权利而斗争》。转自梁慧星主编:《为权利而斗争》,中国法制出版社、宝桥文化出版社(香港)有限公司2000年版,第12页。

② [德]耶林:《为权利而斗争》。转自吕世伦主编:《现代西方法学流派》(上),中国大百科全书出版社2000年版,第294页。

③ 《马克思恩格斯全集》第16卷,第16页。

④ 参见《问卷调查资料》。转自夏勇主编:《走向权利的时代》,中国政法出版社2000年版,第756、759页。

而是,或者与侵害人“私了”,或者是到各级政府去“上访”,寄希望于“清官”来解救他们、为他们作主。本来公职人员是“人民的公仆”,应当由人民作他们的主。但在实践中,民众却拜求“父母官”能“为民作主”。尤有甚者,有的人民代表不感谢选民,而首先觉得这个荣誉是“党给的”或“政府给的”。现在充斥在我国电视屏幕上的满是帝王戏、清官戏、武侠戏,这些节目的收视率还挺高,其中不乏有人仍把实现社会公平正义的希望寄托于握有政府权力的人,崇拜以个人的力量来惩恶扬善的侠士,这在很大程度上流露出的是“草民”心态和人治观念。

我们必须承认,这种不符合现代法治精神的状态,不能仅仅归咎于传统的影响,它也同1949年新中国建国以来所奉行的制度和所倡导的社会文化、教育环境有直接联系。我们在很长一个时期实行的是人治而不是法治,在宣传教育方面也过分提倡大公无私、重集体轻个人,这些都不利于公民权利意识的培养和市场经济的发育。波兰法学家、心理法学派代表人物彼得拉任斯基曾指出:“健康、适当强度的权利意识对一个人产生重要的教育影响,使他成为一个有尊严的‘公民’,使他的性格和行为避免由于没有正确的尊严感和自尊发展出来的一些瑕疵。传统上,这些瑕疵被称为‘奴性’灵魂。”^①社会教育影响着权利意识的培养,权利意识也影响着社会教育。从我国“普法”宣传教育之前和之后的情况对比中,就可以明显地感到这一点。

法治社会的公民所具有的权利意识,不仅表现为知晓自己享有哪些权利,还应表现为尊重他人的权利,承认人的多样性,承认社会和文化的多样性。只有尊重他人的权利,才能要求他人同样地尊重自己的权利,人们才能做到相互尊重、和睦相处。为权利而

^① [波兰] Leon Petrazycki. *Law and Morality*, transl. H. W. Babb. Cambridge. Mass, 1955. p. 98.

斗争,并不意味着把个人的权利绝对化。相反,它同时要求把权利与义务二者紧密结合起来。就是说,权利主体还必须承认和履行对他人的义务。你的义务就是他人的权利,他人的权利和你的权利是平等的,内在蕴涵着同样的意义。我国宪法规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”这也是“没有无义务的权利,没有无权利的义务”和权利义务统一的重要法治原则。对于一个公民来说,普遍的权利也同时包含着自己的权利和他人的权利(自己的义务)。任何一个人的权利被侵犯和抹杀,都是否定法本身。换个角度说也是一样,肯定和维护任何一个人的权利,都是实现法。

令人欣慰的是,伴随社会精神文明和政治文明的建设和发展,我国民众权利意识也在逐步提高。学习法律知识,了解自己拥有的权利,用法律武器捍卫自己的权利,逐渐成为一些公民的自觉行为。实际中的一些维权案件,也表现出了公民为权利而斗争的勇气。如乘客为三角钱入厕费起诉铁路局;北京的两栋住宅楼的一百多位居民状告市规划委员会,要求停止在其楼旁修建动物实验室;^①几位考生为各省高考录取分数的不平等而起诉教育部;等等。随着人民群众权利意识的增强,民事维权案件也越来越多。过去民事维权案件只有十几种,近几年新出现的民事维权案件已经达到上百种。当事人所主张的权利和起诉的案由甚至法官也觉得新鲜,如“永久眺望权”、“视觉卫生权”等。^②对法律制度中的某些违背宪法原则、损害公民权利和自由的具体制度,以及已经不适应社会发展现状的具体制度,也有公民向立法机关提出审查、修改或撤销的请求。例如,孙志刚案引发了公众对采用强制手段限制

① 参见《京华时报》2003年6月20日报道。

② 参见《北京青年报》2003年7月10日报道。

人身自由的收容遣送制度继续存在的合理性的讨论,几位具有权利意识的公民还向全国人大常委会提出对《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》进行违宪审查的请求。这些维权行动终于产生了积极结果,国务院常委会于2003年6月20日宣布废止《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》,代之以被救助人员自愿为前提,对其予以救助和管理的《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法(草案)》。又如,针对可能源自动物的冠状病毒所引发的SARS疫情,也有人大代表和普通公民提出修改野生动物保护法,禁止猎杀和食用野生动物的立法建议。对这些维权行为和立法建议所产生的作用,我们不应低估。它对社会法治的建设和完善,对政治文明的实现,都起着重要的促进作用。既令公民维护了自己的看似细微的权利,也对社会的权利意识有所启迪和推动。很难指望那些对权利麻木无觉的人能为国家的乃至国际的人权利益去慷慨赴义。由此可知,公民权利意识的水平如何,同整个社会的文明昌盛和国家的富强息息相关。

三、国家权力必须认真对待权利

法治的运行机制,重在恰当地处理它所包含着的公权力(权力, power)和私权利(权利, right)这两个要素及其关系。概要地说,这种关系的基本原理有两个方面:第一,权利创造权力,权力是由全体有选举权利的公民通过投票让渡自己对自己的管辖权和裁判权而形成的。长期以来西方人信奉“国家契约论”,不过是对这种情况的形象表述。马克思在《资本论》中更为科学和详尽地阐述了在简单商品交换过程中形成的“人的法律因素”即权利,怎样产生出公权力(国家)及其意志的一般形式——法律。这是从发生论

上论述权利对权力的创造。^① 英国的哈耶克解释说:“法治的意思就是指政府在一切活动中都受到事前规定并宣布的规则约束——这种规则使得一个人有可能十分肯定地预见到当局在某一情况中怎样使用它的强制权力,和根据对此的了解计划他自己的个人事务。”^②按照哈耶克关于法治的理论逻辑的推定,不论权力还是权利都要在法律的范围内行使,而权力行使的目的和内容,主要是保障权利(个人事务)的实现。

讲到权力对权利应持的态度,当代美国的德沃金的“认真对待权利”理论是最有声誉的。他指出:“政府必须以关怀和尊重的态度对待它统治下的人民。所谓关怀,是指将人民当作会遭受痛苦和挫折的人;所谓尊重,是指将人民看作是能够根据自己的生活观念行动的人。政府要关怀和尊重人民,而且要平等地关怀和尊重。这意味着政府绝不能以某些公民更值得关心而有权利获得更多为理由,来分配各种利益或机会,绝不能以某团体中某些公民的美好生活概念比他人优越或高贵而限制自由。”^③他还强调,由于制度的权利是通过立法、行政决定和司法判决的方式来确定的,故,认真对待权利首先就意味着,国会、行政机关和最高法院等机构正式宣告承认道义上的权利在法律的范围内时,就必须审慎行事。^④

在国家生活的实践中,权力对权利的关怀、尊重和保障,最经常和具体的是行政执法权和司法审判权的事情。

① 参见《马克思恩格斯全集》第23卷,第102页。又参见《马克思恩格斯全集》第16卷,第16页。

② [英]哈耶克:《通往奴役之路》,中国社会科学出版社1997年版,第73页。

③ R. Dworkin. *Taking Right Seriously*. Harvard University Press, 1978.

④ 参见吕世伦主编:《现代西方法学流派》(上),中国大百科全书出版社2000年版,第131页。