



行进在 中国法治道路上的 探索

中国政法大学法学博士论文集

中国政法大学法学院 编辑

知识产权出版社



行进在 中国法治道路上的 探索

中国政法大学法学博士论文集

中国政法大学法学院 编辑

编辑组人员：刘大伟 杨学志 江水长 刘 辉

知识产权出版社

责任编辑：牛洁颖

责任出版：杨宝林

装帧设计：SUN 工作室

图书在版编目 (CIP) 数据

行进在中国法治道路上的探索：中国政法大学法学博士论文集/刘大伟等编.
北京：知识产权出版社，2008.1

ISBN 978 - 7 - 80247 - 036 - 1

I. 行… II. 刘… III. 社会主义法制 - 中国 - 文集 IV. D920.0 - 53
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 006020 号

行进在中国法治道路上的探索

——中国政法大学法学博士论文集

中国政法大学法学院 编辑

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址：<http://www.ipph.cn>

发行电话：010 - 82000893 82000860 转 8101

责编电话：010 - 82000860 转 8109

印 刷：知识产权出版社电子制印中心

开 本：880mm × 1230mm 1/32

版 次：2008 年 1 月第 1 版

字 数：500 千字

ISBN 978 - 7 - 80247 - 036 - 1/D · 585

邮 编：100088

邮 箱：bjb@cnipr.com

传 真：010 - 82000893

责编邮箱：niujieying@cnipr.com

经 销：新华书店及相关销售网点

印 张：17.15

印 次：2008 年 1 月第 1 次印刷

定 价：68.00 元

版权所有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

序

寒来暑往，春种秋收，中国政法大学法学院在职法学博士研究生班的学子顺利完成了学业。在此收获之际，我们以这本论文集来记录他们在法大的求学之路。中国政法大学法学院在职法学博士研究生班的举办主要是为了提高公、检、法、司、政府部门及企事业单位从事法制工作的领导干部的理论和学术水平，满足社会对高层法律专业人才的需要，提高在职人员法律专业水平和业务素质，为我国社会主义现代化建设培养德智体全面发展，在本门学科上掌握坚实宽广的基础理论和系统深入的专门知识，具有独立从事科学研究工作的能力和政法实际工作的能力，在科学和专门技术上作出创造性成果的高级专门人才。

莘莘学子，寒窗苦读，厚德明法，格物致公。“博”者，博览群书，博大精深也；“士”者，士别三日，当刮目相看。曾几何时，这些学员克服种种困难，从繁忙的工作中抽出时间来参加集中学习，政法大学的教学楼、图书馆都曾留下他们匆匆的身影。这本论文集虽然算不上鸿篇巨制，甚至某种程度上还显得不够成熟，但它确实凝聚了博士班各位同学辛勤耕耘、潜心研究的点点心血，闻道得道，汇聚成篇。学，然后知不足。博士班同学的刻苦求学精神在法大得到了彰显，而法大也因他们的出色表现和自学毅力而更显魅力。从这本集子里，我们看到了这些在职学员在努力地思考着他们工作中遇到的法律问题，也看到了他们在学习过程中对这些问题的理论思考与探索。虽然哲人们说人类一思考，上帝就发笑，但我们的理论与我们的生活，正是在上帝的不停微笑中不断前进的。此本论集，作者们撷英咀华，求真求实，从静态的宪法到动态的宪法

司法化，从检察制度到司法改革，每篇论文都努力做到紧紧把握时代脉搏，为弘扬“依法治国，建设社会主义法治国家”的现代法理念、为中国法治鼓与呼。思考稚嫩仍在，然勇气正为转型社会中社会建构所需。

这些论文能够及时结集出版，一方面在于博士班学子的不畏困苦，勤于笔耕，另一方面也得益于中国政法大学法学院的各位导师的辛勤培育和教导。前者谓之“修行在个人”，而后者却是不可或缺的“师傅领进门”，两者兼备，潜心修炼之下，才能终成正果。当然，这本集子的出版，即是这些学员一个过程的圆满结束，更是追求另一个更大目标的开始。我们希望并祝福他们，运用在中国政法大学的所学，致力于各自工作岗位的法治实践，为中国法治进程贡献应有的一份力量。

感谢出版社同志为该论文集的出版所作的努力。

愿这本论文集的出版能为中国法治建设的前行作出一份贡献。

是为序。

编者

丁亥年九月于北京蓟门桥畔

目 录

法治背景下的我国道德建设研究 /	1
广东省广州市天河区纪委 郭峪萍	
初探当下未成年人暴力犯罪的现状成因及对策	
——兼谈对未成年人权利保护的法理学思考 /	10
中国青年报 李 玲	
法律秩序的几个基本问题略论 /	35
广东省广州市人民检察院 李学东	
法律的原则与原则的法律意涵 /	46
广东省广州市城市规划局黄埔区分局 梁子雄	
试论当代中国法律体系应有的特征 /	55
广东省广州市质量技术监督局 林歌士	
加入《国际航班过境协定》对我国现行	
双边航权管理法律体系的影响 /	64
民航新疆管理局 罗 旭	
论企业的法治理念 /	81
中国航天科工集团公司 王耀国	
试论民主与腐败的关系兼论民主	
反腐败的路径 /	102
广东省广州市白云区金沙街办事处 詹进锋	



行进在中国法治道路上的探索

试论中西传统诉讼文化之差异 /	111
广东省广州市质量技术监督局 周国富	
中国传统调解制度的历史沿革和价值基础 /	118
陕西省合阳县人民法院 周 稷	
试析宪法及其与社会主义市场经济的关系 /	131
广东省广州市南沙区横沥镇人民政府 单锦辉	
浅谈宪法中人权保障与依法行政 /	143
人民日报大地月刊 董阁礼	
中国法律现代化进程中的曲折	
——也谈传统法律文化之影响 /	164
山东平正大律师事务所 韩 萌	
我国宪法司法化可行性之再思考 /	172
山东众成仁和律师事务所 董一鸣	
宪法司法适用问题刍议 /	187
新疆维吾尔自治区高级人民法院 高华东	
从美国宪政演进探究大国崛起的终极原因 /	198
浙江省台州市发展与改革委员会 金 凯	
私有财产权的宪法保障 /	231
广东省广州市对外经济贸易合作局 梁德华	
宪政民主的基石	
——私有财产权 /	240
山东济宁如意科技集团有限公司 梁小平	
浅谈人权入宪的正当性意义 /	256
江苏省南通市崇川区人民法院 邱建国	
公民的权利保护 /	266
上海起成投资咨询有限公司 吴天祐	

浅论中国宪法的司法适用 /	294
山东省公安厅出入境管理局 朱清彬	
浅析具体行政行为的合法要件 /	305
广东省广州市特种设备监察检验所 陈 扬	
浅谈城市规划行政执法行为的有效要件 /	314
广东省广州市天河区城市规划局 关瑞华	
浅谈行政许可法的意义和影响 /	320
广东省广州市政协教科文卫体委办公室 梁敬军	
论司法对行政行为的合理性审查	
——以陆某不服房屋拆迁诉上海市松江区房屋土地管理局案为例分析 /	325
广东省广州市人民检察院 廖荣辉	
论行政复议适用调解 /	337
广西壮族自治区人民政府法制办公室 林日华	
论行政执法能力建设中的问题及对策	
——以基层税务行政机关落实执法管理科学化、精细化为例 /	352
广东省广州市花都区人事局 全泰源	
试析行政程序中材料接收机制的建立 /	368
中国政法大学 江水长	
广东省广州市司法局 程秀忠	
浅析行政相对人的抵抗权 /	378
河南省安阳县人民法院 田志方	
对城市房屋强制拆迁有关问题的思考 /	390
广东省广州市司法局 岳向阳	



行进在中国法治道路上的探索

司法赔偿程序化研究 / 399

四川省高级人民法院 赵 骏

论刑事和解制度的价值构造及在我国的构建

——以审查起诉阶段为视角 / 416

黑龙江省人民检察院 芦葆霖

简论交通肇事后逃逸 / 432

北京市房山区人民检察院 周海洋 马 忠

论美国的辩诉交易及我国的借鉴 / 443

广东省广州市中级人民法院 张春和

司法如何关注民生 审判怎样贴近百姓

——对《诉讼费用交纳办法》的再思考 / 460

最高人民法院 曹 巍

论死亡补偿费与赔偿金之界定

——兼评法释[2003]20号第29条 / 470

湖北省汉江市中级人民法院 陈志伟

浅论国家执行威慑机制 / 482

最高人民法院 黄 年

我国的检察教育培训问题分析与对策研究

——系统论的视角 / 497

广东省广州市人民检察院 蒋丽萍

浅论高校学生的法治化管理 / 506

中国政法大学 陈维厚

试论非诉行政执行制度的完善 / 529

北京市平谷区人民法院 胡兰芳

法治背景下的我国道德建设研究

广东省广州市天河区纪委

郭峪萍

摘 要：道德是法律的基础，依法治国应建立在道德的基础上，才会有人民幸福和社会和谐。道德在现代社会、转型国家中仍起着举足轻重的作用。我国建设法治国家和道德建设不可偏废。就道德建设而言，应注重传统文化资源、西方文明借鉴，我国经济社会现状和前景，以及根据道德规范自身特性的多元途径而建设发展。

关键词：道德 和谐社会 法治

人类每次面临的严峻社会问题，背后都潜伏着道德危机。所谓“礼崩乐坏”总是先于政治危机和社会危机而发生，作为先兆。东西方历史教训，使得古往今来的法学家、哲学家们不断反思，呼唤道德。

我国党和政府一直高度重视道德在社会主义法治国家建设和构建社会主义和谐社会中的作用。新中国建立伊始，就把道德建设放在重要位置。现行《宪法》更是在 24 条中明确规定：“国家通过普及理想教育、道德教育、文化教育、纪律和法制教育，通过在城乡不同范围的群众中制定和执行各种守则、公约，加强社会主义精神文明的建设。国家提倡爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义的公德，在人民中进行爱国主义、集体主义和国际主义、共产主义的教育，进行辩证唯物主义和历史唯物主义的教育，反对资本主义的、封建主义的和其他的腐朽思想。”胡锦涛同志在 2006 年



提出要引导广大干部群众树立“八荣八耻”的社会主义荣辱观。^①道德之重要已为各界所形成共识，现代国家和社会背景下如何定位道德，如何确定其内涵，如何建设道德，均有待进一步探讨和论证。

一、道德与法律：“通过道德的法律”与“引道入法”

法律的制定和执行处处都受到公认的社会道德和广泛的道德理想二者的影响。“或者是通过立法突然和公开地进入法律，或者是通过司法程序悄悄地进入法律。”^②“引道入法”的现象时时处处都在发生。“通过道德”建构法律制度在世界各国和各历史时期也屡见不鲜。如在美国法律效力的最后准则中明确包括了若干道德价值，法律反映道德的方式也数不胜数。^③法律的效果也跟道德有密切关联，法律的稳定性有赖于与道德的一致性。

布莱克斯通将道德规范与自然法一视同仁，认为自然法是法律约束力的最终标尺，法律规范必须接受自然法的检验，并从自然法中汲取自身全部的力量和权威。^④因此道德对于法律具有举足轻重的意义。从某种程度上可以认为，道德是法治建设的前提，以道德为灵魂的法律，才有生命力。从历史视角，使法律和道德趋同的努力，特别是使既存规范符合一个合理的道德体系的要求，造就了近代法。^⑤

道德建设有利于提高民众素质，进而促进法律的良好运行和实

^① 新华社北京3月4日电：“胡锦涛等领导人分别看望政协委员并参加讨论提出关于‘八个为荣、八个为耻’的重要论述”，载《人民日报》2006年3月5日，第1版。

^{②③} （英）哈特著，张文显等译，《法律的概念》，中国大百科全书出版社1996年版，第199页。

^④ 参见（美）罗斯科·庞德著，陈林林译，《法律与道德》，中国政法大学出版社2003年版，第1~2页。

^⑤ 同上书，第45页。

施，达致促进社会和谐稳定与保障国家长治久安。我国思想家自古就认为仅仅依靠法律并不能够建设出理想的社会，必须依靠道德的教化。孔子说：“导之以政，齐之以刑，民免而无耻；导之以德，齐之以礼，有耻且格。”^①因此单靠法律仅能使民众避免犯罪，但并不知道犯罪的可耻；同时一旦有机会则违反法律，破坏秩序。孔子又认为：“名不正，则言不顺；言不顺，则事不成；事不成，则礼乐不兴；礼乐不兴，则刑罚不中；刑罚不中，则民无所措手足。”^②因此法律只是一种促成名正言顺、事成功就的手段。起着道德教化作用的“礼乐”则是法律发挥作用的前提性条件，如果缺乏道德建设和民众的道德意识，则法律很难发挥其应有的功能，即所谓“礼乐不兴，则刑罚不中”；即便法律一时被统治者强行推行实施，也缺乏民众的理解、支持，很容易被违反破坏。正如司马迁对秦朝的评价，“故秦之盛也，繁法严刑而天下振；及其衰也，百姓怨望而海内畔矣”。^③

道德和礼教不但可以统一人们的言行，而且可以使百姓有知耻之心，因而自觉地不去犯罪，即“有耻且格”。道德和礼教的深入人心，使得人们由被动的、出于恐惧的守法升华为自觉地、自愿地守法，使人们对法的理解由仅知其然即仅仅知道法律规定和所禁止行为，而进入知其所以然，进而参与性守法、合作性守法，实现国家社会秩序的普遍化和长久化。正如孔子在两千年前的意思：德礼之治优于刑罚之治，以理服人的“王道”优于以力服人的“霸道”。这在现代社会体现为通过“软法的治理”，“合作性治理”。^④

道德不仅是制定法律的重要依据，而且是执行法律和约束政府官员的重要规范。“法律不会自动地得到实施。必须由单个的人来

① 《论语·为政》。

② 《论语·卫君》。

③ 《史记·陈涉世家》。

④ 参见罗豪才、毕洪海：“通过软法的治理”，载《法学家》2006年第1期，第1~11页。



启动、维持、指导法律装置的运转；必须用比法律规范的抽象内容更全面的事物，来激励这些人采取行动，并确定自己的行动方向。”^① 执法者自身的道德品行和执法中道德因素的考量，影响法律实施的成本、效果甚巨。执法者较高的道德水准有利于增强民众对于法制的信任，减少不必要的纠纷和冲突。不仅使当事人心服口服，而且能起到教育一方民众的作用。所谓清末法学家沈家本名言“有其法者尤贵有其人”者。

二、道德建设对社会和谐与发展的促进功能

关于和谐社会建设的目标，胡锦涛同志于2005年2月指出：“我们所要建设的社会主义和谐社会，应该是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。”^② 从中我们可以看出，道德标准是和谐社会目标的重要组成部分。相当的道德水平是和谐社会的标准之一，道德建设对于和谐社会建设也具有很强的促进功能。

(1) 道德是经济社会中不可分割的、水乳交融的组成部分，道德意识不仅有助于协助法律维护社会秩序，而且推动社会整体的反思、和谐。道德不仅是人们行为的一种法律之外的重要规范系统，而且具有批判与重建社会的力量，促进经济社会和谐与良性运行、政治相对稳定，推动社会的积极改革。

胡锦涛同志高度重视道德对于社会和谐的重要功能，指出：“一个社会是否和谐，一个国家能否实现长治久安，很大程度上取决于全体社会成员的思想道德素质。没有共同的理想信念，没有良

^① (美) 罗斯科·庞德著，陈林林译：《法律与道德》，中国政法大学出版社2003年版，第162页。

^② 胡锦涛：“在省部级主要领导干部提高构建社会主义和谐社会能力专题研讨班上的讲话”，载《人民日报》2005年6月27日，第1版。

好的道德规范，是无法实现社会和谐的。”^①

(2) 道德规范对于市场经济和商业活动的促进作用。道德与法制是市场经济体制完善的两个基本点。市场经济并不是不讲“道德”的经济模式，恰恰相反，在市场经济的形成和发展中，道德起着举足轻重的作用。在现代市场经济中，道德也起着降低交易成本，促进市场主体之间信任、减少争议纠纷等作用。

韦伯曾提出：伦理道德对一个社会的经济发展起着重要作用。从历史看，新教徒的伦理道德观念，即基督教禁欲道德观念对于资本主义的形成、发展功不可没。^②其结果是西方资本主义的兴起和繁荣。就我国市场经济和商业活动的发展而言，已经取得了巨大成绩。但不可避免地也暴露了不少缺陷和消极面，特别由于法制还不够健全，以及对于传统价值观和道德的漠视，一些企业和个人滥用权利、为富不仁，却逍遥法外，不但给国家、社会带来很大危害，而且形成恶劣的示范效应，破坏了市场秩序，造成信任危机，影响社会稳定。一方面使得完善市场经济法制体系迫在眉睫，另一方面使政府、民众形成共识，呼唤道德回归。理论和实践两方面都表明，道德对于市场经济和商业活动的基础性和重要性。

(3) 政府治理中的道德。治理国家需要法律，也需要道德。国家工作人员的道德提升更具有特别的意义。国外有学者认为政者不正，政者缺德，必然导致政治的腐败。在封建王朝和资本主义社会，统治集团的道德风尚主导整个社会的大道德风尚，其道德的衰败必然导致社会道德风尚的衰败。从底线层面讲，通过道德水平提高，增强国家工作人员的内心约束力量，有利于端正认识，预防和减少贪污受贿等国家工作人员违法犯罪。从政府治理的水平角度

^① 胡锦涛：“在省部级主要领导干部提高构建社会主义和谐社会能力专题研讨班上的讲话”，载《人民日报》2005年6月27日，第1版。

^② 参见（德）马克斯·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，三联书店1987年版，第141页。



看，道德建设有利于国家工作人员责任心和为人民服务意识的增强，进而改善治理。政府由个人组成，政府各种公务活动也均由具体个人实施。因此国家工作人员的观念、习惯、做法等直接关系到政府的效率和有效性。其中国家工作人员道德水平起着关键作用。与公务员法律制度相配合，建构公务员道德伦理体系，对于提升政府治理和服务质量具有深远意义。

三、法治国家背景下的道德建设思考

我国在向现代社会发展、现代国家转型中，提出了依法治国的基本方略，并载入我国根本大法《宪法》中。但我国并未在引入西方法治理念和制度时一并引入西方的伦理道德体系——这也是难以引入的。但这样存在两大问题：首先法治建构缺乏国家与市民社会的伦理道德基础，导致法治根基不深，难以取得民众、政府官员对于法治的信仰，而仅仅是经济社会建设的工具，这对于法治在我国生根发展不力；其次，我国法治国家建设并不能解决社会、国家、伦理等各方面的问題，只能是“依规则之治”和“良法之治”，最多也只能解答道德最低限度的问题，整个国家在道德、伦理方面一片茫然。

（一）道德建设的传统文化资源

《论语·为政》云：“为政以德，譬如北辰，居其所而众星共之。”《论语·子路》云：“其身正，不令而行；其身不正，虽令不从。”

《论语·里仁》记载，曾子曰“夫子之道，忠恕而已矣。”《论语·雍也》中孔子又说，“己欲立而立人，己欲达而达人”。《论语·颜渊》中孔子进一步说，“己所不欲，勿施于人”。这些传统文化资源中充分包含、体现了与人为善、善解人意的伦理道德，这与我们现代社会的和谐精神、共享理念是一致的。

（二）经济社会资源

我国改革开放以来取得了巨大成绩，使得多数人丰衣足食，并

初步建立起社会保障体系。“仓廩实而知礼节”，整个社会都在呼唤新的道德意识和体系的建立。新的社会发展阶段，新的社会组织和社会结构体系，以及新的意识和观念是道德重建的根源所在，否则个别领导和学者脱离实际的口号提倡，难免会导致道德建设流于形式、流于空谈。

（三）道德在国家和社会中的适当定位

我国传统社会一直把道德放在相当高的位置。对于道德标准要求过高，对于道德建设的效果也认识过高，存在某种程度上的简单化，忽略了其他社会控制、建构机制的设置和作用发挥。到了近代以后作为对传统意识的反动，不少社会精英过度拔高器物建设、制度建设的功能、意义，导致道德在一定程度上被忽视。现在已是经济、制度、精神道德三者进行重估和重建的时候。

1. 法治建设与道德定位

基于百年来历史经验教训特别是近30年的曲折发展，我国对于建设法治国家已形成深刻共识。法治建设并不仅仅是法律的制定与修改、依法行政和独立司法，同样重要的是，建设与法治文明相适应的道德标准，建设大致符合道德的法律制度体系。正如庞德所说的法律既不能远离伦理习俗，也不能落后太多。^①诸如诚实信用、社会公共利益等既是道德的要求，也是法律中的基本原则。道德和法治具有诸多共性。现代法治呼唤现代道德伦理，我国道德建设必须进行适当定位，让法治与道德各得其应得。

2. 和谐社会建设的影响

我党基于对我国历史背景、社会发展阶段与趋势的科学认识和判断提出构建社会主义和谐社会的重大战略，这对我国道德影响深远。我国道德建设应与构建和谐社会相配合。道德的标准和要求设置应以社会和谐为目标。

①（美）罗斯科·庞德著，陈林林译，《法律与道德》，中国政法大学出版社2003年版，第162页。



(四) 道德建设之路径

中国自清末以来,对传统法文化矫枉过正,使得近百年来法制变革缺乏传统资源与文化的支持,这也是近代以来中国法的变革举步维艰的重要原因。珍惜和发掘传统不仅是为了过去,更是为了面向现实与未来。^① 特别对于建构我国社会主义法律文化,构建社会主义和谐社会具有深远的意义。道德建设为一系统、复杂之工程,从时间上非一日之功,内容上包含方方面面,在目标上也不尽明确。因此,道德建设的路径确定尤为重要,我们得通过公认、合理的路径,在国民上下的努力下,整合传统与现代、东方与西方的资源,最终实现我国的新道德,这种新道德应根植于中国传统文化和实践,同时超越具体和当下问题。

(1) 重估传统文化道德,坚持继承中华民族的优良文化和道德精神。我国传统文化源远流长,中华道德精神有很丰富的积淀,这是被实践和历史都证明了的具有广泛物质基础和深厚民众心理基础的精神力量。^②

(2) 建立道德行为回报机制。善有善报,恶有恶报,有善必赏,有恶必罚,千百年来已成为老百姓心中道德精神的重要组成部分。但这些报应认识如果说在传统社会可以依赖人们的朴素的善恶情感而被相信和认同的话,那么在现代社会,信息高度流通发达,特别是网络技术的普遍应用,关于善行和恶行的回报的信息将迅速传开,如大部分讲奉献的人都得不到好报甚至尽遭打击报复的话这一信念认识将迅速垮台。我们又知道,事实上道德行为回报机制并不依赖于社会意识,而取决于社会结构和相应制度建设。因此,我们应尽快建立完善对于道德行为的激励机制、责任保险机制,避免让道德行为者“流血又流泪”,保证非道德行为得到充分谴责和唾

① 马小红:《礼与法——法的历史连接》,北京大学出版社2004年版,“自序”。

② 关于我国传统精神、文化的积淀学说,可参见李泽厚:《实用理性和乐感文化》,三联书店2005年版,第55~72页。