

朝夕问

*Zhaoxi Wenda
Zhu Fazhi*

道
求法治

董伯先 主编

山东大学出版社

朝夕问道求法治

董伯先 主编

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

朝夕问道求法治/董伯先主编. — 济南:
山东大学出版社, 2008. 8
ISBN 978-7-5607-3617-4

I. 朝…

II. 董…

III. 社会主义法制—研究—中国—文集

IV. D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 114892 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

济南景升印业有限公司印刷

850×1168 毫米 1/32 9.5 印张 236 千字

2008 年 8 月第 1 版 2008 年 8 月第 1 次印刷

定价: 20.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

社会主义宪政是法治发展的高级阶段

(序一)

徐显明

社会主义宪政是法治发展的高级阶段。法治,作为百余年来中国人梦寐以求的事业,在建国后经历了五个阶段:第一个阶段为社会主义法制的初步探索、基本制度的奠定期,此阶段自1949年始,止于1956年。第二个阶段为中国法制的破坏期,此阶段始于1957年,止于“文革”结束。此阶段提供的教训已成为中国法制的重要财富。第三个阶段为法制重建期,此阶段始于1978年改革开放,“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”为此阶段的指导方针。第四个阶段为“依法治国”方略确立期,从1997年开始,在党的文件和政府工作报告中正式出现了“依法治国”的措辞,“依法治国,建设社会主义法治国家”这一条款在1999年入宪,使得“依法治国”方略获得了宪典权威。“法治”具有了超越法律工具主义乃至超越“法治”本身的深广意涵。第五个阶段笔者将之概括为宪政建设阶段,这一阶段开始的年份是2004年。2004年举行了人民代表大会制度50周年纪念活动,提出了实现“党的领导,人民当家做主,依法治国”三者的有机统一的主张,提出了科学发展、以人为本、构建和谐社会的新的执政思路,“国家尊重和保障人权”这一纲领

性的人权条款在 2004 年得以入宪,《监督法》在 2006 年完成立法程序,关系国计民生基础的《物权法》在 2007 年高票通过,这一切都说明我们国家的法治发展已经进入到了关键时期,这同时也是我国法治建设的关键期,还可能是一个反复期。中国法治发展的脉动,正促使我们的法治建设要走出分散性的经验摸索阶段,而进入整体性的理性筹划阶段。如果我们将“依法治国”方略的确立视为法治生活方式的选定,那么我们现在就要站在高处思考我们将要把这种生活方式奠立在何种基础之上。笔者认为这一基础不具有可选择性而具有唯一性,那就是社会主义宪政。如果我们将社会主义宪政做一个拟人化处理,市场经济就是宪政的“双脚”,没有市场经济,宪政就没有立足之地;人民代表大会制度是宪政的“心脏”,把党的领导、人民当家做主、依法治国这三者有机统一起来的唯一制度载体是人民代表大会制度,它是宪政的动力装置;自由是宪政的“血液”,它为宪政躯体提供必需的营养;平等是宪政的“眼睛”,它为宪政提供制度观察的视角;人权保障是宪政的“灵魂”,它为宪政提供方向指引;党的领导是社会主义宪政的“大脑”,它为社会主义宪政提供的是政治领导权。除了上面的要素外,宪政躯体各部分一定是各负其责的,所以权力依照宪法实现有效分立就成为宪政的应有之义。另外,宪政躯体还要有自己的解毒、排毒系统,违宪审查制度就成为必要。

我原来工作过的山东大学法学院在建院 25 周年之际,拟将离退休老师们的代表性作品结集出版,嘱我作一序言,盛情难却,就把先前写的一点只言片语拿来,略作调整,借以交差。一个学科学术的发展离不开前人的贡献,一所学院的发展亦离不开前人缔造的传统。尊重前贤,适时总结整理前人的学术科研成果,一向是年轻朝气而快速发展的山大法学院良好的传统。

之一。

祝愿山大法学院离退休老师们健康长寿，生活幸福！祝愿
山大法学院一代年轻学者学术精进，事业辉煌！

2008年6月27日于北京

（本序作者为全国人大常委会委员、中国政法大学校长）

循自由与权利的进路以求民主与法治

(序二)

齐延平

我的老师董伯先先生日前嘱我为他所编的法学院离退休教师学术论文集作一序言,开始我坚辞不就,其原因在于这本文集辑录的是我的老师们的作品,学生作序岂非造次?再者,我一向自认才疏学浅,故不敢露拙。怎奈师命难违,只好硬着头皮就我近期的点滴想法写出来,算作自己的作业,请各位老师批改。之所以选“循自由与权利的进路以求民主与法治”这个题目,一则可以与我的业师徐显明教授前面的序言形成呼应,二则是因为这本文集中收录的文章虽跨法学诸学科,但老师们孜孜以求的一个共同指向是民主与法治。

2008年是改革开放30周年,我国的法治发展进入到了一个新的历史阶段,这一新的历史阶段的理念表达是“以人为本”,价值表达是“公平正义”,制度表达是“国家尊重和保障人权”,政治表达是“权为民所用、情为民所系、利为民所谋”。在这些表达中贯穿着一条红线,那就是肯定每一个人在政治经济共同体中的主体自由与权利平等。“每个人的自由发展是一切人的自由发展的条件。”自由与权利是民主与法治的逻辑起点与动力源泉,唯有循自由与权利的进路,才能生成民主与法治

的“真实”诉求。民主并不必然是法治的前提，法治也并不必然是民主的保障。但自由与权利一定是法治的前提，法治也一定是自由与权利的保障。

民主是一个号召力与诱惑力十分强大的词汇，在需要大规模社会动员的时候和地方总会有民主的呼吁和承诺。但是实践证明，在自由与权利得不到起码肯定、法治未确立的地方，民主要么会成为“多数人的暴政”，要么会呈现空转状态。人类有史以来的政治悲剧和灾难除了由暴君引起的以外，就是由非理性的民主引起的。苏格拉底、耶稣其实都是此种民主的牺牲品，纳粹暴政也是典型的非理性民主的产物。可见，民主并不必然是缔造出理想生活方式的进路，它只能是我们选择的理想生活方式的结果。这种理想生活方式的起点是“每一个人的自由发展”。

自由的先验性是自由的自的性互为决定的。自由是人类在漫漫无际的宇宙中最终的依靠，是人类向上提升的最终动力源泉。自由缔造平等、人权、宪政、民主、法治而不是相反。唯有对自由的不懈追求，才会有平等的不断反思、人权的不断张扬、宪政的不断进取。唯有对自由价值的真正洞察，才会有民主与法治理念的真正升华。阿克顿勋爵曾言：“自由不是为了达到更高政治目的的工具。它本身就是最高的政治目的。”在自由之光照耀的地方，人性才能得以起码的张扬，人权才能得以充分的尊重。在自由理念的指引之下，政治家们才能获得必要的道德勇气和力量，人类才能在黑暗中避开狂信的深渊，绕过盲从的陷阱而前行。

自由面临的危险来自于专制暴政与权力专横。在今天的常规政治生态中，自由面临暴君践踏的危险性大大降低了，更大的危险来自于多数人的暴政或者少数人权力在民主掩护下

的专横行使。只要权力的运用是专横的，那人们就仍然是生活在奴役之中；只要权力专横问题得不到解决，那就不会有自由可言。专制暴政与权力专横均属暴力，暴力的本质是权力的恣意行使，避免暴力的根本手段在于以约束权力来限制恣意，在空间序列上为权力活动构设严整界限，在时间序列上为权力行使制定正当规则。因而，要破除自由面临的危险，只有一种方法较为可靠——分权基础上的法治。任何背离这一铁律的学说，都是经不起推敲的。

分权为自由保障之契约前提。政治共同体的形成需要其成员让渡某些个体利益，自由则是任何条件下都不会被让渡的，实际上自由正是他们意欲达成的根本目的。分权是政治契约的必备条款，否则权力就有专断和压迫的绝对力量，自由就不复存在了。因此，分权是自由与权利发展的要求，在分权未确立的地方没有自由与权利，也就不可能有民主与宪政。一个高度集权的专制社会不可能形成真正合意基础上的政治性、公法性契约。人类社会数千年的历史已经无数次证明这一判断：哪里没有分权，哪里便没有自由；没有合理的分权，便没有自由的存在空间。

法治为自由保障之理性手段。法治规范权力在于克服权力的混沌状态，确立宪法和法律的至上性，保证每一个社会成员获得稳定、公平的利益表达和实现机会。对政治而言，法治具有导向性，法治不是指“政治中有法律”，而是指“政治服从法律”、“政治问题由法律来解决”。法治下的民主不是指“让多数人统治少数人”，更不是指“让人民直接当家做主”，而是指“让每一个人自己能够为自己做主”。我们党的“十七”大报告已作出庄严承诺：依法保证全体社会成员平等参与、平等发展的权利。一个真理性的判断是：哪里没有法治，哪里便没有自由；在

法治未确立的地方，宪政是梦想，民主是儿戏，自由则是空谈。

学术薪火代代相传。本书收录的文章，或有二十年宏文，或为近期新作。这些文章是我的老师辈的人们探究法治之原理的结晶。“独立审判，只服从法律”等论断在今天的中国仍然有振聋发聩之效。重读老师们作品的过程，事实上就是一个聆听老师们再次教诲的过程。老师们的文章中透露出的批判精神和思想力量，将激励我们后学向前不辍。

甘为人梯的前贤巍巍而立，我们当不断追问：今天的我们是否有勇气、有能力、有可能站到前人的肩上？

2008年6月30日于北京

（本序作者为山东大学法学院院长）

前 言

20 世纪 80 年代初,从黑龙江、内蒙、新疆和海南等祖国各地不同岗位上的中年人聚集到位于济南的山东大学,筹建齐鲁大地上首家法学系(院)。创建时的办学条件十分艰难:图书资料匮乏、教学设备简陋,但经过师生数年的共同努力及学校领导的支持,办学条件大为改观,开始迈上正规的办学之路。我们是山大法学院的开创者和早期参加者,除承担着繁重的教学任务外,还利用点滴空余时间从事科研工作,先后编著出版了一批教学用书,如《法律基础知识》、《宪法学基础》、《经济法新论》、《涉外经济法通论》等和《新编法学词典》等工具书。另外还撰写了数百篇具有一定学术水平的论文,为日后法学院的发展打下了一个良好的基础。

时光流逝,岁月不饶人。我们这批“文革”前的毕业生,年满六旬后相继于 20 世纪 90 年代先后离职退休了。但我们与法学院仍休戚相关、心心相印,时刻关注着法学院的发展和变化。我们中间的不少人,在身体条件许可的情况下仍坚持在教学讲台的第一线,对青年教师传帮带,有的在律师事务所兼职。为了适应教学的新需求,我们编写了《外国民商法》、《法医学》、《香港法概论》等教材。有的同志一直没有间断科研,仍在辛勤耕耘,撰写科学论文。本论坛收集数篇近期公开发表的论著,以资勉励。

20世纪90年代中期,年轻一代接班执掌法学院领导工作,他们年轻有为,充满朝气,富有开拓创新精神,把法学院的教学、科研工作搞得有声有色,取得了巨大成绩。教学规模不断扩大,在校学生达到2000多人;教学档次不断提升,1995年取得了宪法学与行政学、法理学、民法学、刑法学等七门专业硕士学位授予权,2000年后又获得理论法学、宪法学与行政法学、民商法学三个博士学位授予权,同时设有法学博士后流动站。在科研方面,也取得了可喜进展,编著多部教材,并多次在国内外著名刊物上发表学术水平颇高的论文。山大法学院今非昔比,已进入全国先进法学院、系之列,这一切变化,令人慰藉。

2008年是我国改革开放30周年,也是山大法学院建院25周年,兴建的法学大楼即将竣工落成。为了表达我们离退人员的祝贺,特将我们公开发表的论文,精选其中的一部分,汇编成册,原定名为《夕阳论坛》。之所以取名“夕阳”,实因我们这批人都已年过古稀,属“夕阳”之辈。我们离退休人员中已有五人离开了人世,成了古人。经齐延平院长建议,改书名为《朝夕问道求法治》,这一名称更贴近我们的心意,故再易其名,正式采用此书名。《朝夕问道求法治》的出版,一是向法学院建院25周年恭庆的贺礼,二是对逝者的深切緬念。

《朝夕问道求法治》一书的出版得到了山东大学法学院、山东大学出版社领导的支持和帮助。应特别提及的是:中国政法大学校长徐显明教授应约在百忙之中抽出时间为本书写了《社会主义宪政是法治发展的高级阶段》的序言,它科学全面地总结了我国社会主义法制建设的历史进程和经验教训,给本书增光添彩。最后他还向我们离退人员发出良好的祝愿。在此,我

● 前 言 ●

们谨向山东大学法学院、山东大学出版社领导和徐显明校长表示衷心的感谢。

由于时间仓促,水平有限,疏漏不当之处,在所难免,竭诚冀望同行专家和读者的批评指正。

编 者

2008年6月

目 录

论社会主义初级阶段的法制建设·····	乔 伟(1)
新时期法制建设的指导方针	
——学习邓小平同志关于法制建设的论述·····	乔 伟(14)
独立审判,只服从法律·····	乔 伟(41)
民事法律关系的系统分析·····	林国民(45)
国家所有权与国有企业经营权的关系·····	林国民(58)
法律意志论和对它的质疑论比较研究·····	陈 楨(69)
生活之树和法学理论	
——法的阶级性及其他·····	陈 楨(84)
落实科学发展观 增强社会经济核心生产力	
——简析《山东省知识产权战略纲要》·····	端木文(110)
关于涉外经济合同的调查·····	端木文(124)
略论新宪法的基本原则·····	卫之骅(132)
论地方国家权力机关的监督权·····	霍玉琛(142)
晋国成文法简论·····	王光荣(146)
简析司马光的法律思想·····	王光荣(155)
国家所有权结构探讨·····	周 力(162)
试论犯罪行为的可认识性·····	周广金(170)
人民检察院参与民事诉讼问题的探讨·····	周广金(181)
限制出口地区条款·····	刘世杰(190)
论市场经济中劳动争议处理特定原则和特殊对象·····	李庚元(199)
1787 年美国宪法评介·····	董伯先(209)

《魏玛宪法》评介·····	白 林(217)
“一国两制”的法律体现	
——纪念香港基本法实施十周年·····	董伯先(225)
关于附带民事诉讼的几个问题·····	谢绍江(234)
加强对违法婚姻的综合治理·····	黄令葆(245)
浅谈离婚的原则界限·····	程 晶(254)
论山东抗日民主政权司法制度的特点·····	刘为民(259)
法律与死亡标准·····	李玉珊(270)
人格障碍者的刑事责任能力·····	李玉珊(278)
附录 我们的山东大学法学院·····	(285)

论社会主义初级阶段的法制建设

乔 伟

从党的十一届三中全会到党的第十三次全国代表大会的九年时间,是我们人民共和国发展史上的一个伟大的历史转折时期。在这期间,我们党和国家坚决抛弃了“以阶级斗争为纲”的错误路线,集中全力率领全国人民进行社会主义现代化建设。这九年,在建国以来社会主义建设取得巨大成就的基础上,开辟了党的历史发展的新阶段,国家面貌发生了深刻的变化。九年的时间在人类历史上只是短暂的一瞬间,但这九年来的变化对我们中华民族的发展前途却有巨大而又深远的影响。作为这九年来发展总结的党的第十三次全国代表大会,必将作为我国社会主义建设史上的一个新的里程碑而载入史册。

十三大提出的社会主义初级阶段的理论是我们一切工作的基本依据和指导方针,也是法制建设的基本依据和指导方针。根据十三大报告的精神,认真研究社会主义初级阶段法制建设的规律和特点,是摆在我们法学界面前的一个重要课题。本文试就初级阶段法制建设的一些基本问题以及法学理论研究如何配合法制建设问题,提出一些不成熟的看法,向同志们请教。

—

我国的法制建设在十一届三中全会以前不仅没有进展,反而

遭到破坏。那一段自法律虚无主义而走上无法无天的历史虽然已经成为过去,但至今回忆起来仍然不能不令人感到非常痛惜。多亏党的十一届三中全会,她不仅拨正了我们国家发展道路上的前进航向,也指明了我国社会主义法制建设的方向。十一届三中全会发出了“必须加强社会主义法制,使民主制度化、法律化”的伟大号召,从而开始了我国社会主义法制建设史上的新时代。自那以后,我们国家的最高权力机关——全国人民代表大会及其常务委员会加快了立法的步伐,在法制建设上取得了前所来有的伟大成就。九年来,社会主义民主与法制逐步发展,以宪法为基础的社会主义法律体系已初步形成。长期存在的“无法可依”的局面已基本结束,我们祖国正以稳健的步伐跨入了“有法可依”的新时期。

回顾过去,展望未来。我们在法制建设上所取得的成就虽然是巨大的,但与改革开放对法制的要求相比还相差甚远。党的十三大报告指出:“我们必须一手抓建设和改革,一手抓法制。法制建设必须贯串于改革的全过程。”今后“国家的政治生活、经济生活和社会生活的各个方面,民主与专政的各个环节,都应当做到有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”。中共中央这些以及其他一些有关法制的论述,是我国社会主义初级阶段法制建设的指导方针,也可以说是我们现阶段依法治国的行动纲领。在这次党的代表大会的政治报告中对社会主义法制建设问题比我们党的任何一次代表大会的报告论述得都广泛,非常充分,非常深刻,非常具体,既明确了法制建设的基本原则,又明确了法制建设的各项任务,这充分说明我们党对社会主义法制的重要作用在认识上又有了一次新的飞跃。

根据十三大报告的精神,社会主义初级阶段的法制建设,应当是在坚持四项基本原则的基础上,把发展社会生产力,促进和保障改革开放,维护安定团结作为自己的指导思想。因为我国社会现阶段所面临的主要社会矛盾,是人民日益增长的物质文化需要同