



法 治 论 衡

——上海社会科学院法学研究所论文精选

上海社会科学院法学研究所·编



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

法治论衡：上海社会科学院法学研究所论文精选 / 上海社会科学院法学研究所编. —上海：上海社会科学院出版社, 2008

ISBN 978 - 7 - 80745 - 222 - 5

I. 法... II. 上... III. 社会主义法制—中国—文集
IV. D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据该字(2008)第 060411 号

法 治 论 衡

——上海社会科学院法学研究所论文精选

编 者：上海社会科学院法学研究所

责任编辑：杨 国

封面设计：王斯佳

出版发行：上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.com> E-mail: sassp@sass.org.cn

经 销：新华书店

印 刷：上海长阳印刷厂

开 本：787 × 1092 毫米 1/16 开

印 张：52.5

插 页：2

字 数：920 千字

版 次：2008 年 7 月第 1 版 2008 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 80745 - 222 - 5/D · 037

定价：98.00 元

版权所有 翻印必究

总 序

王崇善

上海社会科学院创建于1958年,迄今整整五十年。在半个世纪不寻常的岁月中,我院经历了三个历史阶段:第一阶段,从1958年建院到1968年建制撤销,是草创和早期发展阶段;第二阶段,从1968年建制撤销到1978年恢复建院,我院科研和建设被迫停滞和中断;第三阶段,从1978年恢复建院至今,是我院持续发展、昌盛繁荣阶段。

我院创设之初,原是研究与教学并重的机构,设有政治法律系、工业经济系、贸易经济系、财政信贷系、会计系、统计系、业余大学和经济研究所,隶属上海市委教育卫生工作部领导。1959年起改为比较纯粹的社会科学研究机构,不再招收本科生。同年,中国科学院上海历史研究所并入,并相继设立哲学研究所、政治法律研究所和国际问题研究所,以及学术情报研究室和毛泽东思想研究室。

1966年“文化大革命”开始后,我院的科研工作被迫中断,许多领导干部、知识分子和工作人员遭到残酷打击和迫害,科研和建设遭受严重的挫折和损失。至1968年底,全院除部分工作人员调市有关部门工作外,其余人员均到奉贤县“市直五七干校”参加学习、劳动,被编入“市直五七干校六兵团”,我院建制被撤销。即使在这样的背景下,仍有部分科研人员割舍不下对学术研究的独钟情愫,冒着被批判的风险,白天参加运动、劳作,晚上阅读、思索,以萤火烛光探照民族苦难的由来和前去的道路。

1978年,我院恢复建制,和共和国一道步入崭新的历史时期。此后,在中共上海市委的领导下,我院因时、因地制宜,广纳贤才,复所建所,一方面完成经济研究所、历史研究所、哲学研究所和法学研究所的恢复重建,另一方面根据时代的要求和社会发展的需要,陆续建立部门经济研究所、世界经济研究所、情报研究所(1992年更名为信息研究所)、文学研究所、社会学研究所、宗教研究所、苏联东欧研究所(1992年更名为东欧中亚研究所,简称欧亚所)、青少年研究所、新闻研究所、人口与发展研究所、亚洲太平洋研究所等一批新的研究所。2003年,为整合研究资

源、加强学术交流,我院先后成立了两个跨所联合的研究院,即世界经济与政治研究院和社会发展研究院。前者由世界经济研究所、东欧中亚研究所、亚洲太平洋研究所、上海国际问题研究中心等四个研究机构组成,以世界经济和国际关系为研究重点;后者由社会学研究所、宗教研究所、青少年研究所、人口与发展研究所四个研究所组合而成,集中研究当前中国社会发展和生活中的重大理论问题和实际问题。此外,为了培植新的学科增长点,我院大力推进跨所、跨学科的院直属研究中心的建设。截至2007年底,我院先后设立了邓小平理论与“三个代表”重要思想研究中心、城市与区域研究中心、长三角联合研究中心、当代中国政治研究中心等约20个院直属研究中心。这些研究中心广结学缘,开展富有特色的学术活动,成为我院学科建设和学术发展的重要组成部分。至此,我院拥有2个研究院、15个研究所和约20个院直属研究中心,学科门类齐全,机构布局合理,研究实力雄厚。到2007年底,全院在职工作人员810人,其中专业技术人员640人,包括高级专业技术人员294人。

学术研究是我院中心工作,而学术的发展总是依托学科的发展。在过去五十年中,我院历届领导都十分重视学科建设,进入21世纪以来,我院更把健全和完善学科体系视为我院科研工作的重心。目前我院已形成了马克思主义理论,政治经济学,中国近现代经济史,产业经济学,世界经济,经济刑法,国际关系,上海城市史研究,传统中国的社会文化研究,社会转型与社会发展,城市文化,思想文化等12个重点学科,以及劳动就业与社会保障,文化创意产业,家庭学,租界、租界地等特殊地区研究,犹太学研究,上海合作组织研究,西方文学文化批评思潮研究,近代中国社会研究,经济伦理学,中西哲学比较研究,中国学术思潮史,科学哲学研究,信息资源管理,城市化研究等14个特色学科。这些重点学科和特色学科集中体现了我院的研究特色、实力和优势,在海内外学术界具有较大的影响。

回首五十年风雨历程,我们有理由感到欣慰。尽管有过曲折和坎坷,但总的来说,我们坚持以学术为立院之本、以学术为育人之魂、以学术为强院之路,坚持厚德笃学、求真务实、勇于创新的治学精神,坚持理论联系实际,走基础研究与应用研究并重的发展之路,在不断强化人文社会科学基础理论研究的同时,大力推进人文社会科学研究成果的社会化和社会主义新智库建设,自觉地为党和政府建言献策,以学者的智慧积极回应改革开放时代的问题与挑战,在认识世界、传承文明、创新理论、资政育人、服务社会的过程中累积起可观的思想资源和学术资源,也在这个过程中累积了一定的地位和声誉,我院因此而成为备受海内外学术界瞩目的人文社会科学研究重镇,成为党和政府充分信赖的思想库、智囊团。

这套丛书以所为单位,每所一本,辑录各所在各个时期比较有代表性的论文。汇编成册,既是为了纪念我院五十周年华诞,也是为了集中展示我院过去五十年的科研成就。这套丛书比较完整地记录了我院科研人员在过去半个世纪所走过的曲折而又辉煌的学术之路,凝结着我院全体科研人员在时代风雨洗礼下的智慧和良知。

“路漫漫其修远兮,吾将上下而求索”。过去的五十年我们在艰难的求索中取得了令人瞩目的成就,积淀了丰厚的底蕴,形成了自己的传统。这些成就、底蕴和传统已成为弥足珍贵的精神财富,并将转化为我院全面构建“国内一流、国际知名的社会主义新智库”的强大动力。我们有理由相信,在未来的五十年中,我院将更加英姿勃发,灿烂辉煌!

2008年6月

(作者系上海社会科学院党委书记、院长)

序 言

中国共产党十一届三中全会,不仅拨正了中国前进的历史航向,而且是中国特色社会主义法律体系形成的新起点。自那以后 30 年来,在党的领导下,在邓小平理论、“三个代表”重要思想和科学发展观的指引下,经过全国人民的不懈努力,以党的十七大为标志,中国特色社会主义法律体系基本形成。这本集子所收入的 106 篇论文,就是我所理论研究在这一伟大历史进程中所留下的印记,体现了法学理论工作者对这一伟大历史进程所作的贡献。需要说明的是,论文作者发表该篇论文时都在我所工作,是我院我所编制内的人员。

上海社会科学院法学研究所

2008 年 3 月 5 日

CONTENTS

目
录

序 言 / 1

法理·宪法·行政法·法制史

建立强有力的政府工作系统和业务指挥系统

——学习《邓小平文选》关于首长负责制的论述 / 杨海坤 / 3

中国历代基层政权组织略考 / 程辑雍 / 16

加强行政程序立法刍议 / 李宗兴 / 21

我国行政法学研究中若干问题的讨论情况 / 杨海坤 / 28

试论应劭的法律思想及其影响 / 华友根 / 39

“权利本位说”质疑

——兼评“社会主义法是新型的权利本位法” / 封曰贤 / 47

深化对权利义务的研究

——民主法制权利义务研讨会综述 / 林 喆 李中圣 / 56

权利本位:市场经济发展的必然要求 / 林 喆 / 61

权力的交换与交换中的权力

——市场经济中权力现象剖析 / 林 喆 / 73

对“市场经济是法制经济”的一点质疑 / 林 喆 / 84

权力腐败的根源与根源性的反腐败 / 林 黉 / 85

权力、资源与分配

——平等分配问题的法哲学思考 / 林 喆 / 96

权利补偿:现代法治社会的基本要求

——析再就业工程中的权利救济现象 / 林 喆 / 108

论法律的起源 / 倪正茂 / 121

代表机构对行政机关的监督 / 刘传琛 / 131

要重视保护农村老人的合法权益 / 丁伯俨 / 139

关于完善我国宪法保障制度的构想 / 柳岚生 / 143

政治体制改革与民主的制度化、法律化 / 齐乃宽 / 146

论社会主义初级阶段的法制建设 / 魏海波 / 152

中美宪法之比较观 / 浦增元 / 158

台湾地区法律 40 年发展趋势剖析 / 赵炳霖 / 167

“一国两制”和双语法律实践 / 韩建军 / 175

论反腐败与渐进式改革 / 沈国明 / 181

国际人权公约与统一战线工作 / 尤俊意 / 189

对城市房屋拆迁的法治思考 / 王叔良 / 201

论中国传统财产继承制度的固有矛盾 / 程维荣 / 206

建立法与“活法”的连续体 / 邓少岭 / 216

刑法·刑事诉讼法

论缓刑 / 金子桐 / 233

刑事诉讼中间接证据的作用和特征 / 黄 道 / 242

论走私罪 / 金子桐 / 251

也谈刑法中的因果关系 / 顾肖荣 / 258

试论结果加重犯 / 顾肖荣 / 267

试论伪造、变造公文、证件、印章罪的侵犯客体 / 顾肖荣 / 273

我国律师辩护制度的改革刍议 / 汪纲翔 / 278

也谈赃物和窝赃、销赃罪 / 顾肖荣 / 283

试析刑法第 64 条及其适用 / 柯葛壮 / 290

也论抢劫中故意杀人的定罪问题 / 萧开权 / 295

过失犯罪理论的比较研究 / 顾肖荣 / 299

关于企业法人犯罪问题的调查报告 / 顾肖荣 林建华 / 307

论经济犯罪的概念和范围 / 顾肖荣 / 318

- 我国刑事责任年龄不同时期的划分 / 萧开权 / 323
- “知情证券交易”与经济犯罪 / 顾肖荣 / 330
- 危险性的判断与不能犯、未遂犯 / 顾肖荣 / 337
- 票据犯罪若干问题研究 / 刘 华 / 349
- 论犯罪构成要件类别的界定 / 肖中华 / 372
- 犯罪构成要件及相关范畴辨析 / 肖中华 / 388
- 经济犯罪的规范解释 / 肖中华 / 398
- 论我国刑事证据中的证明 / 汪纲翔 / 418
- 如何认定“情节特别严重”的拐卖人口罪 / 吴妙华 / 428
- 论刑事责任 / 林荫茂 / 432
- 预防国有企业经理职务犯罪的对策 / 黄来纪 / 443
- 计算机信息犯罪研究 / 徐澜波 / 449
- 单位人格在单位犯罪中的定罪和处刑功能研究 / 杜文俊 / 459
- 上海市民安全感与外来人口二代犯罪问题研究 / 裴 斐 / 468
- 单位人格刑事责任论纲 / 杜文俊 / 477
- 如何认定虚开增值税专用发票罪中的善意受票人 / 王佩芬 / 488
- 非法委托理财的涉罪问题研究
- 以非法吸收公众存款罪的认定为中心 / 涂龙科 胡健涛 / 497

民商法·经济法·民事诉讼法

- 关于上海城市集体工业企业所有权和自主权问题的调查 / 黄卓著 李勇极
蒋 济 李铸国 / 507
- 正确认识专利制度 / 董立坤 / 512
- 略论专利制度的利与弊 / 吕润程 / 522
- 附带民事诉讼试探 / 汪纲翔 / 527
- 略论国有自然资源的法律保护 / 吕润程 / 532
- 略论民事执行问题 / 黄双全 / 539
- 我国专利法的几个理论问题 / 董立坤 / 547
- 关于合营企业与合资法的调查研究报告 / 郑衍钧 / 556
- 略论对外国法院判决的承认与执行
- 兼析我国民事诉讼法中的有关规定 / 董立坤 / 566

- 要正确领会关于离婚问题的法律规定 / 黄双全 / 583
- 论中外合作经营企业中外合作者回收资金的法律性质 / 郑衍杓 / 589
- 全民企业经营权性质浅探 / 李铸国 / 595
- 建立强制拍卖制度刍议 / 徐开墅 吕国强 / 599
- 论债权的保全制度 / 徐开墅 张国炎 / 605
- 论投资基金的法律机制 / 徐开墅 郑孝平 / 614
- 生命法学理论研讨会综述 / 唐小波 / 624
- 论企业性公司的法律特征 / 胡坤礼 / 630
- 试论我国经济法的体系 / 徐晓青 / 638
- 湛江市利用外资的现状和存在的问题 / 侯 放 / 643
- 从产权经济学到产权法律学
- 中国国有企业改革拓展的一个理论视角 / 刘学灵 / 650
- 环保产业化与环境法律制度创新 / 何卫东 / 659
- 我国一人公司的立法设计 / 刘迎霜 / 666
- 论无效法律行为的补正和转换 / 陈历幸 / 672
- 新合作主义能否整合中国的劳资关系
- 以上海市的实践为例 / 杨鹏飞 / 681
- 完善反垄断立法中并购申报制度的一点思考 / 史建三 / 693
- 论我国民事诉讼法应当设立恶意诉讼损害赔偿制度 / 黄双全 / 700
- 论国际商事规范与我国当今商事规范整合 / 张国炎 / 709
- 日本“旧民法”和明治民法 / 孟祥沛 / 716
- 夫妻生育权若干法律问题探讨 / 李小年 / 727

国际法

- 《中华人民共和国国籍法》浅论 / 张汇文 卢莹辉 / 741
- 关于海洋法的几个问题 / 卢绳祖 / 747
- 论国际私法的范围 / 董立坤 / 758
- 国际私法中的婚姻法律冲突 / 董立坤 / 766
- 论海洋环境保护法 / 马骧聪 陈振国 / 777
- 国际贸易法的发展及其法律性质研究 / 韩小鹰 / 785
- 世界环境问题和发挥联合国环境规划署的作用 / 侯 放 / 790

加入世贸组织与中国金融体制改革的法律规制 / 顾经仪(金 义) / 795

国际海底资源开发制度研究 / 金永明 / 802

论国际经济合作领域中的“软法”现象 / 王海峰 / 815

法理 · 宪法 · 行政法 · 法制史



建立强有力的政府工作系统和 业务指挥系统

——学习《邓小平文选》关于首长负责制的论述

杨海坤

为了完成社会主义现代化建设这一根本任务,迫切需要建立一个适合我国国情的强有力的效率行政管理系统。在同“四人帮”针锋相对斗争、克服十年动乱而造成的巨大困难的过程中,特别是近几年来,在直接指导全党实现伟大的历史性转变,全面开创社会主义现代化建设新局面的过程中,邓小平同志根据马克思列宁主义、毛泽东思想的基本观点,总结我国的历史经验,明确地提出了在国家行政机关和企事业业务指挥部门,进一步推行在党的集体领导与人民群众民主管理相结合的首长负责制的思想,丰富和发展了马克思列宁主义、毛泽东思想。1975年邓小平同志就提出,要克服当时的混乱局面,就必须“恢复和健全规章制度,关键是建立责任制”^①。1977年他指出:“科学研究机构已经确定实行党委领导下的所长负责制……这是很大的决策”^②。1978年他又提出:“我们的企业要实行党委领导下的厂长或经理负责制,要建立强有力的生产指挥系统”^③。1980年邓小平同志在《党和国家领导制度的改革》的重要讲话中强调要“真正建立从国务院到地方各级政府从上到下的强有力的工作系统”^④。全党和全国人民从总结历史教训和现代化建设的经验中深切地感受到克服官僚主义、提高国家行政工作效率和企事业工作效率的迫切性,因此邓小平同志关于恢复和加强首长负责制的思想很快为全党和全国人民所掌握,并且在党和国家的重要文献中得到体现。1982年颁布的《中华人民共和国宪法》第一次明文规定国务院实行总理负责制,各部、各委员会实行部长、主任负责制,中央军事委员会实行主席负责制,地方各级政府分别实行省长、市长、县长、区长、乡长、镇长负责制。《国营工厂厂长工作暂行条例》等文件明确规定工厂实行党委领导下与群众参加管理相结合的厂长负责制。毫无疑问,

^{①②③④} 《邓小平文选》,第30、67、127、299页。

这些关于行政领导体制改革的重要规定,具有十分深远的意义,对社会主义现代化建设必将起巨大的促进作用。

一、批判借鉴资本主义的行政管理经验,在实践中形成马克思列宁主义的首长负责制思想

按照行政学的解释,所谓行政,就是执行事务。行政组织可分为两种,一种是广义的行政组织,包括政府行政组织、企事业行政组织等;一种是狭义的行政组织,仅指政府行政组织。政府行政组织和企事业行政组织都有对人、财、物、事进行有效管理,达到权责分明、分工合作、上下沟通、指挥自如的目的,因此,我们可以把政府行政组织同企事业行政组织联系起来加以研究。

行政组织用不同标准划分可分各种类型,其中首长制和委员制是最基本的类型。所谓首长制,即行政机关的法定最高决策权力掌握在一人手中,一切行政措施最后决定权赋予行政首长,同时行政首长负有整个机关的行政责任,故又称独任制。所谓委员制,即行政机关的最高决策权在于二人以上,一切行政措施的决定权付与委员们合议,并按少数服从多数方式作出决定,行政责任由委员们共同负担,故又称合议制。典型的首长制和委员制在运用中各有利弊。首长制的特点是权力集中、责任明确、行动迅速、效率显著。但缺点是首长权力过大,一人决定问题的周密性有限,容易失误。委员制则由于多头领导,往往互相推诿,办事效率不高,“共同负责”往往是无人负责,尤其不能适应紧急事变。因此,凡属讨论性、政策性、设计性、顾问性、协调性一类事务的办理,宜采用委员制;凡属行动性、执行性、技术性、军事性、速决性一类事务的办理,宜采用首长制。行政机关强调以执行为最主要职能,要求有敏捷的判断、简明的目标、果断的行动,有时还需要保守行动机密。所以人们很早就认为行政宜于一人负责。中国明代政治改革家张居正就认为:“天下之事,虑之贵详,行之贵力,谋在于众,断在于独。”^①18世纪法国启蒙运动思想家孟德斯鸠也说过:“因为政府的这一部门几乎时时需亦急速的行动,所以由一个人管理比几个人管理好些;反之,属于立法权力的事项由许多人处理则比一个人处理要好些。”^②在行政实践中,纯粹的首长制与委员制并不多见,往往多以首长制为基础吸取委员制某些长处,达到两代相兼,相得益彰的目的。首长负责制就是指

① 《陈之事疏》。

② 孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),1961年版,第160页。

行政机关中行政首长一人居于主导地位的领导体制,它又吸取了委员制的长处作为行政决策的必要环节。首长负责制中,行政首长根据一定的法律、法规程序产生,他应有很高的决策能力和管理水平,并有一定的任期限制。他的全部活动必须对选举或任命他的权力机构或组织负责,建立严格的工作责任制。他有“组阁”之权,以协调整个行政机关活动。行政首长有权召集有关人员就重大问题决策讨论,在充分讨论基础上行政首长有权作出最后决定。

首长负责制是近代社会化大生产的产物,是资本主义经过简单协作、工场手工业进入大机器生产阶段过程中的产物。资本主义生产的专业化、机械化、协作化和自动化程度越来越高,数以千计的工人共同劳动,为了保证大工业生产有秩序、有节奏地进行,必须有统一、集中、迅速的管理,首长负责制应运而生。在现代资本主义企业中广泛采用厂长(经理)负责制,例如日本称为首脑负责制,企业首脑在公司董事会领导下工作,企业经营大致方针由董事会讨论决定,日常生产指挥由企业首脑负责,董事会不加干预,这种首脑负责制能很好地执行垄断财团的意志,使企业有较高生产效率,成为垄断资本家榨取高额利润巧妙而有力的工具。

资产阶级政府行政管理制度是资本主义经济基础在上层建筑领域中的反映。资产阶级在夺取政权后,努力寻找最合适的政府形式来巩固统治,并以资产阶级的民主和法治原则来组织行政组织,其最高行政组织出现了总统制(以美国为典型)、委员制(以瑞士为典型)和内阁制(以英国为典型)等形式。美国总统制是美国资产阶级革命的产物,它改变了过去独断专制的殖民统治,又防止出现一个松散软弱的政府。这是一种首长负责制,对于维护美国垄断资本的利益十分有利。西方各国内阁制多以首长制为基础,吸收委员制的长处,并受议会的牵制和监督,不少学者认为这是首长制和委员制的混合,实质上这也是一种首长负责制。

社会主义行政管理体制同资本主义行政管理体制在本质上根本不同,它是建立在生产资料公有制基础上的,是社会主义民主制度的一部分,它是为最广大人民谋利益的。马克思说:“资本家的管理不仅是一种由社会劳动过程的性质产生并属于社会劳动过程的特殊职能,它同时也是剥削社会劳动过程的职能,因而也是由剥削者和他所剥削的原料之间不可避免的对抗决定的。”^①资本全义管理有其两重性,即既反映了生产力性质,也反映了生产关系性质,所以,对于资产阶级行政管理经验,马克思主义并不采取完全排斥的态度。对于其根植于先进生产力基础上形

^① 马克思:《资本论》第1卷(上册),第368页。

成伪首长负责制中某些合理的成分,我们应该批判地借鉴。马克思在《资本论》中曾运用历史唯物主义剖析了资本主义生产过程,提出任何社会化大生产都需要有严格统一的指挥和纪律,被指挥者在生产中要服从指挥者,互相配合,各负其责以及指挥劳动也是生产劳动等思想。他说:“凡是有许多个人进行协作的劳动过程的联系和统一都必然要表现在一个指挥的意志上,表现在各种与局部劳动无关而与工场全部活动有关的职能上,就像一个乐队有一个指挥一样。这是一种生产劳动,是每一种结合的生产方式中必须进行的劳动。”^①恩格斯在著名的《论权威》一文中指出,一切联合劳动要很好地组织起来必须有权威,在生产资料公有制条件下工人“个别人的意志总是要服从”权威的领导,他说:“想消灭大工业中的权威,就等于想消灭大工业本身”。他卓有远见地指出,将来国家的政治性质消灭了,“变为维护社会利益的简单的管理职能”还将自然地存在,权威“只会改变自己的形式”,而不会消失。

马克思、恩格斯的预见在十月革命后的苏联得到了证实。列宁、斯大林在领导世界上第一个社会主义国家的实践中,继承和发展了马克思恩格斯的思想,比较系统地提出了社会主义条件下行政管理中的首长负责制思想。特别是列宁,在如何管理国家,管理企业等方面作出了独特的巨大的贡献。十月革命胜利后不久,列宁曾设想用“所有的人将轮流来管理”来代替资本家的管理,但很快发现集体行政管理制度缺乏统一意志,往往无休止地开会争论不休,议而不决,决而不行,行政效率很低。加上阶级敌人疯狂破坏等多方面原因,当时许多行政部门和业务指挥部门出现了瘫痪现象,甚至严重威胁苏维埃政权的生存。列宁及时地提出了用“一长制”来代替集体管理制,他说:“我们应该说,任何大机器工业——即社会主义的物质的、生产的泉源和基础——都要求无条件的和最严格的统一意志,以指导几百人、几千人以至几万人的共同工作。”^②“集体领导应限于在最小的委员会内最简短地讨论最重要的问题,而实际处理机关、企业的事情和任务的责任,则应委托一个素以坚强果敢见称、善于处理实际问题并享有最大信任的同志去担负。”^③列宁认为“一长制”并不违背民主集中制原则,而是民主集中制在行政管理中的运用,他说:“所以苏维埃的(即社会主义的)民主制与实行个人独裁制(即一长负责制——引者注)之间,绝无任何原则上的矛盾。”^④“一方面经常开群众大会讨论工作条

① 马克思:《资本论》第3卷,第431页。

②④ 《列宁全集》第3卷,第520页。

③ 同上第29卷,第398页。