

贵州法学论坛

第五届论文集

赖梁盟 主编

中国方正出版社

贵州法学论坛

第五届论文集

主 编 赖梁盟

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

贵州法学论坛第五届论文集/赖梁盟等主编. —北京: 中国方正出版社, 2008. 12

ISBN 978 - 7 - 80216 - 436 - 9

I. 贵… II. 赖… III. 法学—中国—文集 IV. D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 197871 号

贵州法学论坛第五届论文集

赖梁盟 主编

责任编辑: 康 弘 安乐明

责任校对: 张 蓉

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560950 门市部: (010) 66562733

编辑部: (010) 59596602 出版部: (010) 66250958

网 址: www.FZPress.com.cn

责编 E-mail: anleming@126.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京民族印务有限责任公司

开 本: 890 毫米 × 1240 毫米 1/32

印 张: 34

字 数: 970 千字

版 次: 2009 年 1 月第 1 版 2009 年 1 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 978 - 7 - 80216 - 436 - 9

定价: 70.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

编 委 会

主 任：姜延虎

副主任：张国新 栗先惠（女） 张卫华 王心海
赖梁盟

编 委：（按姓氏笔画为序）

王心海 刘 鹏 冷传莉（女） 张国新
张卫华 张艾清 赵少群 栗先惠（女）
翦继志（女） 舒葳韧 赖梁盟 潘 弘（女）

序

姜延虎

(贵州省法学会会长)

贵州法学论坛第五届论文集出版了。这是我省“贵州法学论坛”举办以来出版的第五本论文集，它凝聚着我省广大法学工作者、法律工作者的心血和汗水，是我省法学界、法律界繁荣法学研究、推进依法治国理论成果的展示。我由衷地祝贺论文集的出版。

2008年8月5日，由贵州省法学会主办的第五届“贵州法学论坛”在省城贵阳隆重举行，这次法学论坛以邓小平理论、“三个代表”重要思想和科学发展观为指导，组织动员全省广大法学工作者、法律工作者，围绕党和国家工作大局、围绕贵州经济社会发展历史性跨越的伟大实践，紧密联系工作实际中的重要法治问题进行研讨，为贵州改革发展稳定实践提供有力的法学理论支持。经过充分准备，论坛共征集论文205篇，有120名法学界、法律实务部门的代表参加了论坛会议。会上，部分论文作者进行了大会交流发言，表彰了35篇优秀论文作者及5个团体会员。会议期间，学习传达了中国法学会在杭州召开的“传达贯彻全国政法系统领导干部专题研讨班精神会议”的主要内容，省委政法委副书记王海萍同志到会指导并对法学会工作提出了要求。

从我省第五届“贵州法学论坛”的举办及征文的情况可以看出，我省法学会工作及法学理论研究有了长足的进步，这是应当充分肯定的。但从全国法学会工作总的情况看，我省法学会工作在诸多方面还存在着明显的差距，还远远不能适应形势发展的需要，对此，我们一定要有清醒的认识，我们必须下大决心、下苦功夫迎头赶上。在新的征程上，我们要认真做好以下几项工作。

一、要在认真学习中国特色社会主义理论体系上下苦功夫

通过刻苦学习，认真贯彻落实党的十七大对法治建设的战略部署，进一步增强走中国特色社会主义法治道路，全面落实依法治国基本方略，加快建设社会主义法治国家的自觉性和坚定性。紧密联系法学会的实际，把思想统一到中央的精神上来，在重大理论和实践问题上统一思想，统一认识，统一行动，保持理论上的清醒和政治上的坚定。通过刻苦学习，深刻理解全面落实依法治国基本方略，加快建设社会主义法治国家战略部署的重大意义。深刻理解社会主义法治建设的战略思想。深刻理解胡锦涛总书记关于政法工作首要政治任务、政法工作政治方向和政治原则、政法工作根本出发点和落脚点等重要论述。努力做党和人民要求的优秀法学工作者和优秀法律工作者，坚定不移地学习贯彻落实中国特色社会主义理论体系，坚定不移地走中国特色社会主义道路，坚定不移地做中国特色社会主义事业的建设者和捍卫者。

二、要在履行繁荣法学研究、推进依法治国的重要职责上下苦功夫

要按照中央关于“要加强法学教育和研究，充分发挥各级法学会的作用，为实施依法治国基本方略提供强有力的理论支撑”的重要部署，紧紧围绕党和国家工作大局，根据重要战略机遇期对法制保障、法律服务和法学研究提出的新任务、新要求，组织好法学研究工作，充分发挥好广大法学工作者、法律工作者的作用，提高法学研究的水平，推进依法治国方略的实施。要始终坚持法学研究的正确政治方向，牢固树立社会主义法治理念，把社会主义法治理念融汇到法学研究的全过程，落实在法学会工作的各个环节。坚持党的领导、人民当家作主、依法治国的统一，坚持讲法治与讲政治的

统一，坚持走中国特色社会主义道路。要牢牢把握法治领域意识形态斗争的主动权，要坚持用中国特色社会主义理论体系指导法学理论建设，加强马克思主义法学队伍建设，坚决抵制敌对势力对我们社会主义司法制度的攻击，坚决抵制西方错误政治观点的影响。我们要认真履行繁荣法学研究、推进依法治国的重要职责，紧紧围绕党和国家工作大局，加强重点课题研究。要坚持不懈地推进理论创新，在广大法学工作者、法律工作者中培育创新的思维和创新的方法，坚持理论联系实际，深入实施，联系立法、司法、执法、普法的工作实际，密切关注广大人民普遍关心急待解决的现实问题，提供对策建议。

三、要在加强法学会自身建设和组织体系建设上下苦功夫

加强法学会自身建设和组织体系建设是法学会履行好“繁荣法学研究、推进依法治国”重要职责的组织保证。我们要适应新形势新任务的要求，大力加强法学会自身建设和组织体系建设，要下功夫把省、市（州、地）、县法学会建设好，把各学科法学研究会建设好，把法学会机关建设好。通过法学会组织体系的健全和完善，真正把法学会建设成党领导的人民团体、群众团体和学术团体，建设成党和政府联系广大法学工作者、法律工作者的桥梁和纽带，建设成加强社会主义民主法制建设，推进依法治国、建设社会主义法治国家的重要力量。

2008 年 11 月 7 日

目 录

民族地区法治建设

制度的治理:欠发达地区形成长效开发机制的保障·····	(3)
——以西部大开发的深入推进为视角	
试析国家法与民族习惯法的碰撞与调和·····	(15)
西部大开发中环境资源纠纷解决机制的发展与完善·····	(27)
贵州政府采购法律监督机制之重构·····	(39)
建立突发公共事件应急机制的思考·····	(48)
贵州在可持续发展中环境与生态保护的法律问题研究·····	(59)

审判理论与实务

论完善中国特色社会主义司法制度的一些基本问题·····	(71)
试析死刑制度改革的践行与完善·····	(82)
均衡量刑数字化问题初探·····	(93)
试析竞技司法之摒弃·····	(105)
死刑二审案件法律监督情况探究·····	(115)

检察理论与实务

论依法独立行使检察权的实现途径·····	(125)
检察机关科学发展观理论与实践途径·····	(133)

贯彻宽严相济政策的七个有机统一	(142)
检察机关提起参与公益诉讼的探索与实践	(151)
中国检察制度特点的重要性分析	(159)
检察机关参与民事公益诉讼探讨	(169)
论检察机关怎样围绕构建和谐社会的开展作	(179)
我国应建立刑事被害人救助机制	(188)
加强法律监督能力建设的思考	(198)
基层检察院加强监督能力的思考	(207)
试论检察官出席二审法庭	(216)
谈新律师法实施与检察工作转变	(224)

公安理论与实务

公安执法权力的监督与制约	(235)
如何提高公安机关行政执法质量的思考	(244)
谈我国安全保卫工作的对策研究	(251)
交通事故损害赔偿的法律适用	(258)
交通事故损害赔偿主体责任的确认	(267)
公安机关提高行政执法质量研究	(276)
道路交通事故损害赔偿法律问题浅谈	(284)
对道路交通事故损害赔偿法律适用问题的思考	(293)
警察维护公正与和谐社会建设	(303)
贵州省第二代居民身份证工作分析	(311)
新时期社会治安防范的历史选择	(319)
社区警务理论与实践	(329)

宪法法理学

依法治国与法治关系	(341)
非政府组织对国际立法的影响	(351)
论法的可诉性特征与宪法的法律性	(359)

人民调解协议的现实与将来	(369)
——对建立人民调解协议核准机制的构想	
儒家伦理对古代职官管理法的影响	(381)
浅谈我国宪法权威的缺失	(392)
浅论联合国维和行动中的人权问题	(403)
新形势下涉法涉诉信访问题研究	(412)
构建和谐社会的宪政理念	(421)
立法价值取向	(428)
——人本法律观对地方立法的启示	
“绿丝带”活动引发的法律思考	(439)
论如何应对尴尬畸形的涉法涉诉信访现状	(446)
浅谈自由心证制度的思考	(455)
违法性认识和社会危害性在犯罪故意成立中的地位	(464)

经济法

论我国一人公司制度及其完善	(475)
对我国股东代表诉讼制度的理性思考	(486)
处理房地产纠纷应注意的几个问题	(498)
论股份公司控制股东的义务与责任	(506)
——公司法实施中的若干重大理论与实务问题研究	
论破产重整制度的经济法属性	(515)
股东确权纠纷审判实务问题探析	(525)
商标权对消费者的保护	(533)
浅谈我国涉外商事仲裁协议实质效力的法律适用	(541)
近因原则及其在保险实务中的运用	(551)
浅议企业社会责任热点问题	(558)
《国有资产法》相关问题研究	(566)
——破产清算程序开始后待履行合同的思考	
我国遗产税开征正当时	(575)

民商法学与实务

涤除权制度比较研究及借鉴	(587)
试论无意思联络的共同侵权	(598)
集体林权制度改革背景下林权法律制度的完善	(605)
民事强制执行基本结构主体论	(615)
试论医患合同的三要素	(625)
浅析宅基地使用权	(633)
对中国私有财产权的历史反思	(641)
虚拟财产法律问题研究	(651)
论医疗事故损害赔偿赔偿责任	(661)
论人格权的民法保护	(671)
浅谈我国新残疾人保障法	(681)
工伤赔偿相关问题探讨	(689)
论“实际管理机构地”的确定标准	(697)
论人格权与中国民法典的制定	(707)
也论网络隐私权	(717)
——以网络隐私权的类型化为核心	
民事热点案例研讨	(725)
——论同命同价	

刑事法学与实务

缓刑执行的技术分析	(735)
试论无罪推定原则	(745)
贩毒案件取证思考	(755)
对当前我国恐怖犯罪活动的思考	(762)
我国反恐机制的构建	(772)
重特大刑事案件的临场处置	(782)

试论我国刑事和解制度之构建	(791)
——以检察机关工作为视角	
新时期群体性事件的预防与处置	(801)
构建刑事和解制度之理性分析	(812)
论被害人知情权的保障	(821)
当事人和解刑事案件的探索与规范	(830)
诱惑侦查在反商业贿赂中的适用	(840)
浅谈反贪工作中如何贯彻宽严相济刑事政策	(850)
清代死刑司法限制研究	(860)
死刑的价值及其在中国的现状	(869)
论我国死刑制度的发展	(880)
论刑事裁判文书的语言表达	(887)
精神病人犯罪与司法处遇	(898)
对实施宽严相济刑事政策的思考	(905)
审计方法在偷税犯罪案件侦查中的运用	(914)
未成年人案件审查逮捕工作的情况与改革	(920)
未成年人犯罪非刑罚化问题研究	(928)
浅谈我国先刑后民的诉讼原则	(938)
也论刑事赔偿归责原则之完善	(945)
——以存疑不起诉和酌定不起诉为视角	

行政法与实务

行政法因控权而生	(957)
浅谈政府重大行政决策行为的法律咨询论证问题	(966)
政府驱动型法治模式的反思	(976)
浅谈行政复议与行政诉讼的关系	(984)

诉讼法学与实务

论非法证据排除规则的价值基础	(993)
----------------------	-------

我国国际民事诉讼管辖权制度的问题及对策	(1000)
国外刑事证据开示制度的现状及其发展趋势	(1009)
论恶意诉讼的法律遏制	(1019)
试论我国未成年人犯罪案件不起诉制度的科学构建	(1026)
——以修订后的《人民检察院办理未成年人刑事 案件的规定》为视角	
试论我国建立刑事非法证据排除规则的必要性	(1036)
刑事被害人权益保护研究	(1044)
——以刑事和解制度为视角	
宣告死亡制度问题初探	(1052)
宽严相济刑事政策的改革与完善	(1059)

制度的治理：欠发达地区 形成长效开发机制的保障

——以西部大开发的深入推进为视角

吴大华*

内容摘要：古今中外的开发经验及教训证实了法律制度治理模式对开发欠发达地区的重要性和可行性。科学发展观的思路又检验了法律制度治理模式对开发欠发达地区的必要性和效益性。因此为了形成西部地区的长效开发机制，应当尽快从当前的政策主导模式转变为法律主导模式，从而有力地确保西部大开发战略的深入推进。

关键词：西部开发 制度治理 长效机制

Regulating by Institutions is the Guarantee for Constructing Long-term Development Mechanisms in the Undeveloped Regions:

from the Angle of Promoting Western Development

Wu Dahua

Abstract: experiences and lessons of ancient and modern development have confirmed that legal systems of regulation mode are important

* 吴大华：（1963—），男，侗族，湖南新晃人，贵州民族学院院长，教授，法学博士、博士后，经济学博士后，博士生导师。邮编：550025。

and feasible in underdeveloped regions. The scientific concept of development have tested that legal systems of regulation mode are essential and effective in those regions. In order to create long-term development mechanisms of the western region, therefore, we should turn the current policy-driven model into the law-driven model as soon as possible. So we can ensure effectively that Western Development is carried through successfully.

Key words: the western development regulating by institutions
long-term mechanisms

西部大开发战略实施七年多以来,西部地区的发展取得了前所未有的巨大成就。^①然而在肯定成绩的同时,至今仍旧未能形成有力保障西部开发长效机制的事实值得引起高度的重视。正如美国著名法理学家波斯纳所言,经济发展如果离开了法治化的轨道,就会因一时的表面繁荣而走向崩溃的深渊。^②因此,为了确保更有效地深入推进西部大开发战略,实现西部经济又好又快地发展,从而逐步缩小东西部地区的相对差距,最终实现共同富裕,有必要在科学发展观的指导下继续探讨西部大开发的制度治理问题。

一、古今中外开发经验及教训的启示

“前车之鉴,后事之师”。要切实深入推进西部大开发,既不能忽视对西部“部性”的深化认识,也不能忽视对古今中外开发经验及教训的认真吸取,更不能忽视对已有开发政策及措施实施情况的回顾、评价和反思。

从国内情况看,尽管在中华民族的区域发展史上,开发和治理西部的努力绵延不绝,然而直至新中国成立以前,西部的稳定和发展问题并没有获得根本性解决。其中最重要的人为因素是没有采取

① 陈耀:《成果举世瞩目 前景振奋人心——西部大开发战略实施七年情况综述》,《今日中国论坛》,2007年第1期,第18—22页。

② Richard . A. Posner, *A Economic Approach to Law Studies*, 1973, p. 382.

法治的治理模式。^①从1949年到1999年,虽然西部的开发和治理取得了一定的成就,也积累了不少的经验,但是整整50年中西部开发的法律规定比较滞后,法治环境不够健全,支持西部发展的政策始终缺乏相应的法律保障而未能不中断地贯彻。自2000年1月实施西部大开发战略以来,中央的西部政策倒是一直持续未变,不过还是没能形成真正法制化的制度指南。这样,尽管西部的发展已取得相当大的成就,但是与中央的初衷、西部人民的愿望尚有巨大的差距。所以,有学者认为,对当代中国西部大开发制度创新而言,一个非常值得重视的历史教训就是缺乏法律保障,传统西部大开发制度成本高且效率和效益低。^②尽管西部问题并非仅仅是一个法律保障的问题,但此语还是相当中肯地指出了一些不足之处。进而比较考察我国东部地区发展的成功经验,除了优惠的经济政策引导因素之外,另一个促进其经济高速发展的关键因素同样对西部大开发具有深刻的启示——那就是提供了相对较为完备的法律制度保障。^③

从世界范围看,区域经济发展不平衡是一个普遍性现象,几乎所有的国家都面临着不同程度的开发欠发达地区问题。区域经济发展是一个历史进程,源于自然因素、经济因素和社会因素形成区域经济格局和区域经济发展特点(当然就我国而言,还有政治、民族、

① 夏勇:《论西部大开发的法治保障》,乔晓阳主编:《中南海法制讲座十四讲》,中央党校出版社2003年版,第210—211页。

② 余永跃:《当代中国西部大开发的制度创新》,中国社会科学出版社2005年版,第388—389页。

③ 一方面,国家为东部沿海地区的发展制定了不同于内地发展的法律法规,如全国人大常委会1980年制定的《广东省经济特区条例》和1981年通过的《关于授权广东省、福建省人民代表大会及其常委会制定所属经济特区的各项单行经济法规的决议》等;另一方面,东部沿海地区也不失时机地把改革开放的措施上升为地方性法规,从而用法律的力量推动和规范了这些地区经济和社会的发展。参见周珂,陈特:《我国西部开发的法治对策》,载“中国民商法律网”,网址:<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=7648>,2007年11月22日最后访问。