



中国行为法学会编辑
编辑委员会主任 刘家琛

The Paper Collection of the First Session of
the China Law Implementation Forum

首届中国法律实施高端论坛 论文集

主 编 田明海
执行主编 宋北平



法律出版社
LAW PRESS • CHINA



中国行为法学会编辑
编辑委员会主任 刘家琛

013041170

D920. 4-53
22
V1

The Paper Collection of the First Session of
the China Law Implementation Forum

首届中国法律实施高端论坛 论文集

主 编 田明海
执行主编 宋北平



D920.4-53



22
V1



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

首届中国法律实施高端论坛论文集 / 田明海主编.
—北京:法律出版社,2012.12
ISBN 978-7-5118-4271-8

I. ①首… II. ①田… III. ①法律—中国—文集
IV. ①D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 274243 号

首届中国法律实施高端论坛论文集
主编 田明海
执行主编 宋北平

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 孙 慧
责任编辑 孙 慧
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 陶 松

开本 787×960 毫米 1/16
印张 35.25
字数 568 千
版本 2012 年 12 月第 1 版
印次 2012 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4271-8

定价:85.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《首届中国法律实施高端论坛论文集》编辑委员会

主 任：刘家琛

副 主 任：江必新 张 穹 姜建初 赵大程

贺 荣 公丕祥 高铭暄

委 员：李 林 何勤华 吴汉东 付子堂

贾 宇 王洪祥 韩大元 王振民

张景荪 胡云腾 卓泽渊 李文燕

田明海 黄 闽 刘贵祥

秘 书 长：宋北平

《首届中国法律实施高端论坛论文集》编辑部

主 编：田明海

执行主编：宋北平

成 员：李 丽 孙 慧 迟秀明

编者的话

法律的生命在于实施。随着中国特色社会主义法律体系宣告形成,法律实施成为全社会共同关注的课题,中国行为法学的研究将走向历史舞台的中心。

在法律体系建设的历史阶段,中国法学主要关注于法律规范本体的研究,是一种静态的审视,是一种定性的研究。这种规范的、静态的、定性的研究方法不可避免地存在一些不足,法行为需要、法行为动机、法行为模式和法行为目标等问题被严重忽视。任何法律关系和法律事实,任何法律的健全和完善,以及法治目标的实现都离不开人的行为,由此也决定了法学的研究必须要全面地、深入地研究人的行为以及与行为相对应的心理现象。因此,后法律体系形成的历史阶段,中国法学的研究方法和研究重点将逐渐发生重大调整,中国行为法学的研究在中国法治建设进程中将逐渐发挥核心作用,行为法学研究将在中国崛起。

鉴于此,中国行为法学会于2011年12月在人民大会堂举办了“首届中国法律实施论坛”。我国法律界的法学泰斗、各个学科的法学名家和知名学者相聚一堂,共同回顾和总结了我国法律建设的历史、发展和成就,论坛内容紧紧围绕主题深入研讨了各学科、各领域法律实施中存在的问题和经验,探讨优

秀的传统法律文化保障问题以及如何科学地促进法律实施等方面的问题。本次论坛受到国家领导和社会各界的高度关注和充分肯定。

为展现论坛的初步成果,故编撰《首届中国法律实施高端论坛论文集》。鉴于时间与水平有限,舛误在所难免。希望大家在原谅本书不足的同时,更要关注于中国法律实施的研究,则中国法治幸甚!

《首届中国法律实施高端论坛论文集》编辑委员会
二〇一二年十月

目 录 / CATALOGUE

宪法与行政法实施

关于宪法和法律实施的若干问题	韩大元 3
行政行为理论和制度在我国发展的回顾与展望	应松年 11
依法行政的重大进展与进一步推进的任务、措施	姜明安 18
行政法律实施的困境与对策	薛刚凌 26
行政指导:新形式下创新行政管理方式的有益探索 ——对转变政府职能的一点思考	张 辉 34
湖南法治政府建设实践的经验启示	贾焕银 42
关于政府绩效管理的思考	鲍朔望 57
中国社会保障法实施研究	黎建飞 62

民商法实施

市场秩序是市场自由的保障	江 平 79
涉外商事海事审判法律适用综述(2001—2011 年)	刘贵祥 83
知识产权制度运作:他国经验分析与中国路径探索	吴汉东 109
《婚姻法》实施成就之评析	巫昌桢 孙艳军 119
关于民商事审判法律效果与社会效果统一问题调研报告	湖北省宜昌市中级人民法院课题组 127

刑法实施

我国刑法实施的回顾与展望	高铭暄	155
关于中国现阶段慎用死刑的思考	赵秉志	168
非法集资刑事案件适用法律疑难问题探析	刘仁文 田 坤	200
当前惩治高官腐败犯罪的若干法理问题思考	赵秉志 彭新林	220
犯罪学研究推动了新中国法制建设	康树华	238
省直管县体制下派驻乡镇检察室海南模式探索与实践	刘 建	249

诉 讼 法

我国刑事诉讼制度的进步与发展 ——2011年《刑事诉讼法修正案(草案)》	樊崇义	261
刑事诉讼中公安机关定位问题之探讨 ——以讨论《刑事诉讼法修正案(草案)》为视角	陈光中	282
“两个证据规定”实施情况调研报告 ——侧重于三项规定的研究	陈卫东等	292
论中国特色社会主义民事程序法律部门的形成 ——过程、经验与展望	杨荣馨 谭秋桂	313
充分发挥审判职能作用 严格实施中国特色社会主义法律体系	胡伟新	323
论我国人民陪审员制度的完善	何家弘	336
论刑事审判公开的程序性救济	叶 青 陈海锋	343
中国法院案例指导制度价值功能之认知	张志铭	369
为有源头活水来 ——以案例指导促进中国特色社会主义法律体系的不断发展	裴 缜	381
辩方违法证据之证据能力	田文昌 陈 虎	391

法律实施基础

加强立法工作 不断完善我国法律体系	李 林	401
中国特色社会主义法律体系的形成和完善	吴高盛	405
如何避免将法治“人治化”	李德顺	415

文化观念与法律实施	崔永东 423
从法律体系到法治社会的距离	
——首届“中国法律实施”高端论坛的感悟与体会	陈惊天 448

法律实施理论

社会管理创新:能动司法的新作为	公丕祥 471
让法律实施更精彩	
——中国特色社会主义法律体系形成后人民法院的新使命	胡云腾 485
强化法律监督 保障法律实施	张智辉 500
行为法学视野下的法律体系与法律实施	付子堂 505
法律实施:法制建设的新篇章	卓泽渊 510
深化法治理念教育 提高法律实施效果	贾 宇 518
中国古代法律体系的形成与对社会的控制	
——以唐初盛世为视角	张晋藩 522
从调研数据看中国法律实施面临的难题	
——以上海法治建设状况满意度调查结果研究素材	
上海社会科学院法学研究所法治市情调研组	525

首届论坛致辞

在中国行为法学会首届中国法律实施高端论坛上的开幕词	刘家琛 543
中国行为法学会首届中国法律实施论坛闭幕词	江必新 547

未入选论文集之论文索引

—— 宪法与行政法实施

关于宪法和法律实施的若干问题

韩大元^{*}

(一) 宪法与社会共识

从辛亥革命到今天已有一百年,从中华人民共和国成立到今天已经六十二年,从新中国第一部宪法制定到今天有五十六年,从1982年宪法颁布实施到现在有二十九年,我们在国家治理上取得的成就是有目共睹的,但新中国成立六十年后我们需要思考,“我们还缺什么”^{〔1〕},前三十年回答的主要问题是“我们是谁”,后三十年我们回答的主要问题是“我们有什么”,那么,六十年后我们提出的问题就是,在迅速发展的经济、日益丰富的物质生活、日益多样化的利益关系中,我们社会为什么仍然处于“严重的信任危机”之中?为什么具有悠久文化传统的古老国家中,人们还在事实与价值的纠结中?为什么我们国家出现那么多的“事故”?为什么在共和国土地上,东西部法治发展如此不平衡,西部人民不能充分享受宪法和法律的阳光?

在这些提问的背后,我们似乎感受到我们缺失的不是物质,也不是法律,也不是制度,真正缺失的是整个社会缺乏真正的“社会共识”,没有形成维护、尊重社会共同体价值观的文

^{*} 韩大元,中国人民大学法学院院长、教授。

〔1〕“从信任出发,凝聚社会共识”,载《新京报》2011年10月1日社论版。

化,也就是缺乏一种“共同的信仰”。如何建立社会共同的价值观?如何重新塑造社会信任?在我看来,就是让全社会认真对待宪法,让宪法中蕴涵的一个国家、一个民族的价值与共识重新回到社会生活,以宪法的力量建立、捍卫并发展社会共识。在某种意义上,通过宪法塑造社会共识是最核心的社会发展课题。没有社会共识的社会是可怕的,也是没有前途的,而宪法实施是实现这一目标的基本途径。

宪法实施是维护社会共同体价值的基础与过程,宪法实施状况的好坏决定了转型时期能否在根本价值层面上维护国家的稳定和社会的良好发展。只有认真贯彻实施宪法,坚持和完善宪法确立的各项制度和体制,才能保证改革开放和社会主义现代化建设不断向前发展,保证最广大人民的根本利益不断得到实现,保证国家统一、民族团结、经济发展、社会进步和长治久安。

胡锦涛总书记曾经就如何完善宪法实施明确提出了几点要求:第一,加强宪法宣传教育,提高全体人民特别是各级领导干部和国家机关工作人员的宪法意识和法制观念;第二,健全宪法保障制度,确保宪法的实施;第三,坚持党的领导,党的各级组织和全体党员都要模范地遵守宪法,严格按照宪法办事。^{〔1〕} 这几点无疑是推动宪法实施的关键,其中尤以执政党模范遵守宪法为重中之重。

(二) 执政党依宪执政是宪法实施的关键

随着依法治国进程的推进,执政党“依宪执政”的观念有了一定提高,依宪执政开始成为执政党的自觉的行动。但由于历史和现实的原因,执政党的宪法意识离执政活动的基本要求相比还有不少差距,有些党组织和党员干部不遵守宪法的现象是比较严重的。近年来,在社会生活中出现的一些违宪现象不仅影响了宪法实施,同时给党的形象带来了损害。因此,在强化依法执政观念时,我们必须高度重视宪法在依法执政中发挥的重要作用,理顺宪法与执政党活动的关系,为宪法实施创造良好的环境与条件。为此,需要从以下几个方面入手:

一是应从建设社会主义法治国家和巩固执政党执政基础的高度重视宪法作用,在全党普及宪法知识;

〔1〕 胡锦涛:“在首都各界纪念现行宪法公布施行20周年纪念大会上的讲话”,新华社2002年12月4日。

二是切实提高运用宪法思考和处理问题的能力；

三是在党内建立法规体系合宪性的审查机制，保证党内法规的统一性与权威性；

四是推进党的决策活动与决策程序的法治化，切实落实“党在宪法和法律范围内活动原则”。

（三）以宪法为基础，继续推动中国特色社会主义法律体系的完善

从立法创制的意义上说，中国特色社会主义法律体系的构建完成了阶段性任务，但是从法律秩序生成的意义上说，法律体系将经历一个长期的、艰巨的发展过程，可能遇到的挑战和课题将会越来越多，技术性与程序性的要求更高。完善中国特色社会主义法律体系，需要持续回应经济全球化、中国社会发展和法治进程的需要，继续强化宪法在法律体系中的基础地位，发挥宪法的协调功能，保障公民权利与法律体系的均衡发展。在此前提下继续推进立法工作，建立灵活、多元的法律运行机制，综合发挥法律制定、修改与解释的整体功能，提高中国特色社会主义法律体系的稳定性、适应性与实效性。

未来法律体系的发展是否顺利，很大程度上取决于宪法功能的发挥程度。2011年1月24日，吴邦国委员长在形成中国特色社会主义法律体系座谈会上的讲话中指出，中国特色社会主义法律体系以宪法为统帅，我们要始终坚持维护宪法作为国家根本法的权威地位。吴邦国委员长首次指出了宪法在法律体系中的统帅地位，宪法不属于某一个具体法律部门，与具体法律部门之间也不是并列关系，而是高于并统领其他所有法律部门，这一论述体现了最高国家权力机关对宪法的国家根本法地位的高度重视。作为统率全局的根本法、最高法，宪法不仅是整个中国特色社会主义法律体系的最高规范，是国家制度合法性的基础，也是一种普世性的价值理念，为国家立法提供统一的规范引导与价值基础。宪法的核心功能是规范和调整国家权力的运行，尊重和保障基本人权。我国宪法中规定的人民主权原则、党的领导原则、基本人权原则和法治原则都已经内化为法治建设的内在精神，它对我们的法治建设发挥着指导作用。新中国成立60余年的经验表明，在社会发展中，一定要充分发挥法治的作用，构建科学合理的社会主义法律体系，而在法律体系的构建与完善中，必须以宪法为依据，维护宪法权威，充分发挥宪法作用。

中国特色社会主义法律体系形成后，立法任务仍然繁重，需要根据社会发展适时制定新法律，而如何使已经制定的法律得到有效实施是法治建设的核

心任务与重大课题。毫无疑问,法律修改能够有效解决法律的稳定性与适应性,其重要性不断凸显。第九届全国人大期间,法律修改的比例占全部立法工作的54%,第十届全国人大期间这一比例是57.5%,第十一届全国人大至今这一比例已达到60%左右。通过修改的方式使法律适应社会变革已经成为中国特色社会主义法律体系发展中的基本途径之一。但过于频繁的法律修改有可能影响法律的稳定性,特别是,有些法律刚颁布不到几年,就着手修改,有可能导致不同规范之间的冲突与不协调。因此,在重视制定法律和修改法律的同时,也要高度重视法律解释在法律体系完善中的作用。中国特色社会主义法律体系形成之后,法治建设将从以制定方式为主转向制定、修改与解释并重,并凸显法律解释重要性的新时期。为此需要进一步提高法律解释在整个立法工作中的作用,高度重视法律解释的技术性与科学性。

在发挥法律解释作用时,全国人大常委会要积极履行宪法解释功能,以更加主动和灵活的方式解决宪法规范与社会现实的不一致。

当前,我国正处于社会转型的特殊关键时期,建立完善的宪法解释制度对于完善宪法实施制度具有不可替代的重要作用。其重要意义在于:有助于保障社会主义法制的统一,协调与平衡多元价值;有助于解决社会生活中可能出现的冲突;有助于形成社会共同体意识,维护社会的核心价值体系;有助于在全社会普及宪法价值,推动宪法规范的社会化;有助于合理地确定个人利益与公共利益的界限等。

(四) 以宪法为根据,维护国家主权与国家统一

实现和维护国家统一是整个社会共同体存在与发展的基础,也是以宪法为基础的整个法律制度存在的基础。

就民族团结而言,宪法规定民族平等原则,完善民族区域自治制度,加强国家共同体意识。我国是多民族的统一国家,民族区域自治制度是我国宪法规定的一项基本政治制度。早在1954年宪法中,民族区域自治制度就写入中国宪法。目前,我国已经建立起以宪法为指导、以民族区域自治法为核心的民族自治地方立法体系。这既是宪法最高性的要求,也是统一的社会主义法律体系的要求。但为什么会出现新疆、西藏事件?在民族区域自治制度的运行中我们过分考虑宪法中规定的自治权的因素,但对其前提——国家意识、国家观念、国家利益等核心价值却没有坚持,没有充分发挥宪法的统一功能。

就国家统一而言,香港、澳门回归后,依据各自的基本法实现了平稳过渡。

而这两部基本法,都是在宪法指引下制定的。在宪法与基本法的关系上,一方面,宪法将“一国两制”的政治构想法律化,确立特别行政区制度为宪法上的国家制度;另一方面,港澳基本法是宪法精神和“一国两制”的体现,是对宪法的具体化,借由宪法协调国家主权与高度自治之间的合理关系。但也有值得反思的问题,如何坚持“一国”的宪法主权?在具体的政策实施层面,我们对“两制”是强调的,但“一国”具有的宪法效力和正当性基础则小心翼翼,在有些问题上失去主动权,宪法管辖权当然适用于整个特别行政区。

在国家统一问题上,台湾问题事关重大,受到世界的关注,也是国家最核心的利益,那么,如何通过宪法维护国家利益?对此要强调的是,我们需要以宪法为根据,消除“法理台独”存在的土壤。宪法序言明确规定:“台湾是中华人民共和国的神圣领土的一部分。完成统一祖国的大业是包括台湾同胞在内的全中国人民的神圣职责。”依据宪法制定的《反分裂国家法》进一步申明:“维护国家主权和领土完整是包括台湾同胞在内的全中国人民的共同义务。”这些规定为我们解决台湾问题提供了根本依据,是对台湾的主权声明。如果其他国家干预台湾问题,那么就是对我国宪法的肆意侵犯,就是对我国内政的侵犯。

(五) 依据宪法规定,稳步推进司法改革

司法领域问题一直受到社会各界的关注。前些年出现的多起冤假错案,严重损害了司法机关的权威。而在实践中,司法权配置和运行体制中的一些问题,也影响了人民群众对司法的信任。比如在司法机关与行政机关的关系上,司法机关在很多时候无法避免受到行政机关的干预。比如,某省国土资源厅以会议决定否定生效的法院判决;陕西省政府致函施压最高法院,称最高法院判决影响稳定;某市政府以纪要形式要求法院停止生效的判决等。

推进司法改革应当以《宪法》为根据,在法治框架内加强和创新社会管理。比如就司法权配置来说,应当依据《宪法》的规定,合理调整法、检、公的关系。我国现行《宪法》第135条规定:“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件,应当分工负责,互相配合,互相制约,以保证准确有效地执行法律。”现行《刑事诉讼法》第7条做了相同规定。《宪法》第135条不仅涉及法院、检察院和公安机关之间的权限界定问题,在实践中,该条的运作状况对公民权利保障产生了实质影响。

“分工负责,互相配合,互相制约”原则是一个完整的逻辑和规范体系,

“分工负责”体现的是它们的宪法地位,表明地位的独立性和权力的有限性;“互相配合”体现的是工作程序上的衔接关系;“互相制约”是三机关相互关系的核心价值要求。“分工负责,互相配合,互相制约”不是一种内部循环结构,也不是三机关权力的平分秋色,而是突出三机关各自职权的独特性,体现出两种服从关系:在价值理念上,效率服从于公平,配合服从于制约;在工作程序上,侦查服从于起诉,起诉服从于审判。

(六) 以宪法理念推进社会管理创新,维护社会稳定

维护社会稳定是当代中国社会的最大的政治要求,也是社会整体发展的核心因素。从国家领导人到一般公众,大家都关注社会稳定,各级政府为维护社会稳定采取了很多措施。似乎大家都有一个基本共识,即中国社会的发展需要稳定的社会环境。国家和地方政府为维护社会稳定而支出的经费压力越来越大。为什么社会转型时期仍然存在各种不稳定因素?为什么维稳的成本越来越高,但不稳定因素仍在增加?在社会管理创新中如何形成稳定的社会环境?这些问题需要我们认真反思传统的维稳思路与措施,在社会管理创新中树立宪法理念下的维稳观,坚持法治的立场与原则。

社会稳定的前提是寻求社会共同体的基本共识,而宪法是社会共同体基本价值的体现,维护宪法就是维护基本的社会共识,建立不同利益主体都能接受的最低限度的政治道德,以凝聚人心、维护国家的核心价值。而现实生活中存在的很多不稳定因素实际上与社会缺乏共识有着密切的关系。宪法作为利益协调的规则体系,为社会提供能够理性对待并妥善化解各种矛盾和冲突的社会,达到使各方利益都得到表达和维护、不同利益主体相互理解和认同的和谐状态,并由此实现利益大体均衡的法治状态。而要实现这种调节和均衡就必须依据宪法,以此作为各种主体表达利益诉求的依据。目前,群众需求千差万别,利益主体日益多元化,利益关系错综复杂,社会问题各式各样,社会诉求机制不畅造成社会协调断裂,社会建设相对滞后造成社会控制整合相对不力。在有的地方,处理社会矛盾、社会问题时,动辄使用警力,这种方式是否必要?对此应当认真衡量,要处理好慎用警力与善用警力的关系,避免激化社会冲突,激化警民关系、官民关系。

理性的社会稳定是基于内在需求而形成的相对平衡的状态,不能依靠人为的、外在压抑的力量;而要达到这种状态,必须尊重公民的权利和自由,积极履行“国家尊重和保障人权”的义务。宪法是公民权利的保障书,宪法是否得