

李建华 著



法律前沿

李建华法学文论

□ 和谐社会的法治构想

□ 行政许可法实施的实务研究

□ 高技术时代法理学的新课题

□ 完善我国反商业贿赂法律环境的对策



李建华 著



法律前沿

李建华法学文论



深圳报业集团出版社
SHENZHEN NEWS GROUP PUBLISHING HOUSE

编 审：刘 明
责任编辑：李彦姝
装帧设计：任 敏

图书在版编目 (CIP) 数据

法律前沿：李建华法律文论 / 李建华著. —深圳：深圳报业集团出版社，2007.3

ISBN 978-7-80709-125-7

I . 法… II . 李… III . 法律—中国—文集
IV . D92-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 018203 号

法律前沿

李建华 著

深圳报业集团出版社出版发行

(518009 深圳市深南大道 6008 号)

深圳彩帝印刷有限公司印制 新华书店经销

2007 年 3 月第 1 版 2007 年 3 月第 1 次印刷

开本：889mm×1194mm 1/32 印张：9

字数：230 千字 印数：1-3000 册

ISBN 978-7-80709-125-7 定价：28.00 元 36.00 元 (精装)

深报版图书版权所有，侵权必究。

深报版图书凡是有印装质量问题，请随时向承印厂调换。

在实践中找寻法的真谛

(代序)

伟大的实践需要伟大的理论，而伟大的理论恰恰又是根植于社会实践，离开丰富生动的社会实践，企图从现有理论中抽象地演绎理论，从来不是理论研究的正确方法。其他学科如此，法学更是如此。

社会主义市场经济的实践是一场前无古人的事业。围绕着社会主义市场经济所开展的立法、司法和法学研究当然也没有一个现成的一成不变的模式。尽管我们可以从数百年来资本主义法制的典藏中汲取精华，从罗马法、法国民法典、德国民法典及许多法学大师的著作中汲取有益的东西，尽管我们可以从我们中华民族的历代法典中得到启发，我们还可以向当今世界一切法律文明获取教益，但不容否认的是，任何可资借鉴的理论和制度都不可能为今天十三亿人口的中国政治、经济、社会、文化提供完备的法制范本，都不可能为我们所面临着并亟待解决的法律难题提供标准答案。这源于如下最基本的判断：一方面，许多立法问题在国外来说虽已有先例，但

对我们来说完全是新的，其产生和解决又必须依循中国的国情，这些问题如：反垄断立法、全民的劳动和社会保障立法、国有资产安全立法、物权保护立法、电子商务立法等等；另一方面，有些法律规范我们虽已确立，但由于这些规范产生于计划经济年代，这些规范已既不适应社会主义市场经济的形势，也不符合我国加入世贸、融入新的国际经济秩序之后新的国际发展环境及国内环境，必须进行坚决而系统的改革，这些问题如：民营企业 and 国企、外资企业的差别待遇问题；现行的知识产权保护制度与国际体系的接轨问题；期货、证券等资本市场的规范化、国际化问题；司法公正与社会和谐发展问题；法官职业化与司法体制改革问题；法律制度设计的人性化问题等等。很显然，要解决前述两类问题，最重要的途径便是走到实践中去，占有真实、丰富、客观、完整的社会生活资料，了解法制制度与社会发展互动过程中产生的现象、问题，进而加以梳理、对比、分析和论证，才有可能得到合乎实际情况的结论，才能找到解决这些问题的立法和法制改革的方案。法律学人应该眼睛向下，这里的“下”当然指的是实践，包括社会实践、司法实践。

80年代中期，李建华在北大念书的时候，他是我诸多学生中十分优秀的一个。他学习刻苦，品德端正，理论思维敏捷，科研能力很强。更为可贵的是，他在当时的研究生学习阶段，就能积极践行理论联系实际的原则，主动带着问题到实践中探索和研究，比如到中关村科学园区调研，到外地的高新技术企业调研等。那几年，他已经结合这些调研写出了不少颇有学术水平的论文，有一些还在《中国法学》等刊物上公开发表，获得广泛好评。到深圳工作之后，由于深圳经济特区接近香港，在全国经济体制改革中具有“试验田”的地利之便，加之建华同学先后做过记者和律师，有工作职业之便，他便开始认真关注特区乃至全国立法、司法中的诸多重大问题，有步骤、分阶段地对这些问题进行调查研究 and 收集资料。到北京出差时，也还总会和我谈到他的一些课题。我注意到了，其创新

意识大大增强，并十分诚挚地关注着国家的改革开放大业，他的不少研究成果都富有新意，其中一些作品还通过他所参加的中国民主建国会上升为深圳市、广东省和全国人大、政协的议案、提案，也有一些通过民建中央报送中央有关部委参考，为国家的立法及相关政策出台做出了积极的贡献。今天展现在我们面前的这本文集便是他的研究成果的集中展示。尽管现在读来，这本集子中的一些文章立论还显单薄，有的论文的观点也有待商榷，但他注重在实践中提炼法律理论，挖掘法的精神，寻找破题之道的办法，则是十分值得称道的。

还要提到的，建华同学是一个很有爱心的人，毕业后一直关注北大法学院的建设。2003年以来，出资在北大深圳研究生院设立了“建华学术奖励基金”，这项基金同样是为鼓励他的师弟、师妹们能面向社会实践、理论联系实际进行法学研究，出好成果。北大为有这样的弟子感到骄傲。

是为序。

赵震江

二〇〇七年一月于北京燕园

目录

在实践中找寻法的真谛(代序) 赵震江

第一章 专论

- 2 和谐社会的法治构想
- 17 高科技立法展望
- 28 高技术时代法理学的新课题
- 31 完善我国反商业贿赂法律环境的对策
- 51 从民营企业新型纠纷看法律与政策变革
- 62 我国知识产权保护面临的问题及对策
- 71 行政许可法实施的实务研究
- 86 优化法制环境,再造一个“香港”
- 90 九十年代科技立法的新领域
- 96 完善科技立法 推动科技进步
- 102 律师的诚信
- 116 比较法学成因及年代考
- 130 比较法学的概念和特征
- 134 加快期货市场 立法势在必行
——深圳有色金属交易所调查与思考

第二章 对话大师

- 142 市场经济:一项复杂的系统工程
——对话著名经济学家陈岱孙教授

- 145 | 为市场经济护航
——对话著名法学家刘升平教授
- 149 | 市场经济的定位
——对话著名经济学家厉以宁教授
- 152 | 法、法治和法律文化
——对话著名法学家龚祥瑞教授
- 161 | 市场经济条件下国际私法的重建
——对话著名学者韩德培教授
- 163 | 立法取向必须更新
——对话著名国际法学家李双元教授
- 166 | 市场经济与民主法治
——对话著名政治学家高放教授

第三章 法律时评

- 172 | 救救我们的菜篮子
- 174 | 风必纠 行必果
- 176 | 维权，得靠法制
- 178 | 遏制国土流失 必须厉行法制
- 184 | 为能上能下叫好
- 186 | 要为经纪人立法
- 188 | 侵权：现象与对策
- 191 | 民企的公平待遇
- 193 | 民企诉讼法律环境亟待改善
- 197 | 向台湾律师学些什么
- 204 | 律师事务所的品牌建设
- 208 | 高技术立法：体系和原则
- 211 | 官办协会如何走出法律困境
- 215 | 法有上下之分

217	防范的意义
220	震惊与思考
224	一女二嫁的代价
227	不该发生的性病官司
238	游戏要有规则
240	刑满释放人员重新作案透视
245	债务型人质现象评析
249	民间纠纷激化的深层思考
253	“替罪羊”的意义
255	客户资金被冒领谁之过
259	“国务机要费案”的另类观察
264	金丸信受贿案的启示
268	从克林顿竞选看美国传统文化
271	科洛尔弹劾案的看点
275	后 记

专 论

和谐社会的法治构想

内容提要：古有“君子和而不同，小人同而不和”的传统，在建设社会主义和谐社会的今天，法律公正在社会和谐发展发挥着重要作用，法治不仅是和谐社会的内在要求更是构建和谐社会的基本途径。本文作者在全面考察法律公正与和谐社会两者的关系后，提出了通过加强立法、完善司法制度推进社会和谐发展的构想，在具体制度上也提出建议，如：立法公开，公众能直接参与立法，立法回避和立法听证，加强司法机关建设和监督机制建设，改善司法的大环境等。

千百年来，人们赋予了“和谐社会”丰富多彩的历史特征：孔子说过“以和为贵”；墨子提出了“兼爱”；孟子憧憬着“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼”，等等。今天，在社会主义市场经济条件下，我们又提出了建立民主、文明、法制架构下的“和谐社会”，很显然，“和谐社会”又被赋予了新的内涵。社会主义和谐社会是一个政治文明、物质文明和精神文明协调发展的整体文明的社会。如果说物质文明建设体现了人们对客观物质世界的不懈追求，精神文明建设体现了人们对主观精神世界的追求的话，政治文明建设则体现了人们对和谐的社会关系、理想的社会制度的追求。三者相互联系，互为条件，共同推动着中国特色社会主义文明的全面发展和进步。法治则是社会主义政治文明的核心内容。正如有的学者指出的那样：文明的最主要标志是社会法治化。其中所有的人都能有尊严地进行生活和交往，尊重人、爱护人和无差别地对待人的观念和行为成为社会主流道德，这种文明依赖于法治状态下的制度设计和保障。人类政治发展的历史表明，法令行则国治，法令弛则国乱。没有法治，就不可能有文明的政治，也不可能有社会的和谐。

法律公正与和谐社会

古往今来，法律、道德、伦理、宗教等都是调整社会的重要手段，但一个社会要达到和谐的状态，法律便突显出举足轻重的地位。社会的发展需要法律作为保障，同时要求社会能公平正义、诚信友爱，法律的作用更是不容忽视。

首先，法治是构建社会主义和谐社会的内在要求。

和谐是一种有序的状态，和谐社会必定是运行有序的社会，社会运行有序体现在经济、政治、思想、文化、社会生活等各个方面都有章可循，社会纠偏机制能够及时发挥作用。一个社会安定有序，本身就是不同利益群体各得其所，而又和谐相处的表现。因此，秩序构成了人类理想的要素和社会活动的基本目标，它的存在是人

类一切活动的前提，是和谐社会的基本标志。法治作为维持社会秩序的重要手段，它的主要功能和使命之一就是通过有效地解决纠纷、防止纠纷来形成和维持秩序。

第一，法治能有效地预防纠纷的发生。社会和谐与社会稳定密切相关，一个充满纠纷和混乱的社会当然不是和谐社会。法律尽管不是万能的，法治也不可能涉及到社会的方方面面，但是它可以降低纠纷发生的概率，从而使实际发生的纠纷在总量和冲突烈度上控制在社会可以承受的范围之内。在我国目前这样一个社会转型阶段，各种社会矛盾激增，法治以其强制力和威慑力预防和消除各种不安定因素的产生和发展，缓和矛盾增长趋势，防止纠纷发生，保证社会各种活动正常有序地进行，为构建社会主义和谐社会提供秩序保障。

第二，法治能有效地解决纠纷。仅仅有对纠纷的预防当然是不够的，在社会生活中，不同的群体有不同的利益追求，这种差异在丰富社会生活内容的同时，也容易造成人们之间的冲突和混乱，如果有大量的社会冲突不能得到有效解决，社会秩序无法形成，更谈不上社会和谐。法治为控制无序与混乱不仅提供了一系列的法律规范来协调、支配和控制人们的行为；还设定了独立的司法机构、仲裁机构，由其运用特定的法律规则解决纠纷，并且裁判的效力是由国家强制力作保障的。

其次，法治是构建社会主义和谐社会的基本途径，社会的和谐可以通过法律自身相关环节的协同演进加以推进。

第一，完善立法制度，改进立法工作，并通过立法的改革建立人民大众渴求的社会行为准则。民主立法是实现现代法治的前提和基础，立法价值的善恶、状况的好坏、质量的高低，都对构建社会主义和谐社会产生极大影响作用。我们要根据新形势新任务的要求，在坚持和完善人民代表大会制度前提下，加强立法理论研究，更新立法观念，注重立法实效，提高立法质量，从法律上体现科学

发展观要求,制定和完善发展社会主义民主、保障公民权利、促进社会全面进步、规范社会建设管理、维护社会安定的法律。

第二,全面推进依法行政,建设法治政府,并通过法治政府、诚信政府的建设,达至政府与人民的和谐。依法行政是落实依法行政要求的重要环节,是依法执政在政府管理领域的经常化和具体化。政府是社会秩序、社会和谐和社会公正的守护者。政府行政权力涉及经济、政治、文化和其他社会生活的各个领域。依法行政能否以公平正义为价值尺度,调整社会关系,平衡社会利益,整合社会资源,维护社会秩序,达到建设和谐社会的目标,直接关系到构建和谐社会的成败。在当前法治建设中,围绕着政府执法已出台了一大批法律法规,如《行政许可法》、《行政处罚法》、《行政诉讼法》等,必须坚持严格执法、公正执法、文明执法,建设法治和诚信政府,建立有权必有责、用权受监督、违法要追究的监督机制。全面提高行政理念、施政目标、制度规则、组织运作、技术措施等方面的法治化水平。

第三,通过司法的改革,体现司法为民要求,维护司法公正。司法公正是构建和谐社会的基础性保障,是维护社会公正与社会和谐的制度保障底线。确立依法维护公平、伸张正义,进而实现社会和谐与社会安定的司法理念,充分发挥司法机关维护社会公平和正义的作用,促进在全社会实现公平和正义。尊重司法规律,以解决制约司法公正和人民群众反映强烈的问题为重点推进司法体制改革。强化基层司法机关建设,切实推进执法规范化,同时采取措施缓解基层司法机关人员、经费紧张状态,真正将基层司法机关建设作为整个司法系统建设的重中之重。

最后,完备的法治本身也是社会主义和谐社会的蓝图理想。党的十六届四中全会以来,根据马克思主义基本原理和我国社会主义建设的实践经验,根据新世纪新阶段我国经济社会发展的新要求和我国社会出现的新趋势新特点,胡锦涛同志明确指出:“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。”和谐社会以“民主法治、公平正义”为主旨，从中我们不难看出，法治本身就是社会主义和谐社会的一个基本特征和要素，我们要构建社会主义和谐社会最终就是要在全社会形成一种法治的秩序，使整个社会的运转服从于法治的权威，从而使依法治国基本方略得到切实落实。

既然法治对于社会和谐如此重要，我们就理当高扬法律旗帜，对一些错误观点不能妥协，如有人认为和谐社会可以不要法治，和谐社会是毫无原则的“和稀泥”，还有人认为，“稳定压倒一切”，人民群众过度行使权利，难免造成社会冲突和更多纠纷。比如造成诉讼增多，群众上访增多，因而主张和谐社会是“无诉”、“少诉”，社会大众对不合理、不合法的现象也只能忍气吞声。在工作实践中，往往把阻止群众上访、排查投诉举报者作为政府的主要工作之一。

这种观点貌似维护社会稳定，其实是在践踏法治。上访、投诉、诉讼是法律赋予公民、当事人的合法权益，只有有怨情的群众的上访得到重视，人民群众关注的社会问题得到解决，当事人的权益通过诉讼得到维护，社会才能真正和谐运转。立法者、执法者只有依法高效解决群众上诉、投诉和诉讼的问题，社会才能有高质量的真正的“和谐”。反之，以建立社会“和谐”为借口，堵塞人民群众维权的“言路”和诉讼途径，对上访举报者采取非法措施，即使达到社会表面的“和谐”，最终也会因社会矛盾急剧堆积导致真正的危机形成，引发真正的社会混乱。以限制人民法定权利为前提无法建立真正的社会和谐，以非法手段压制人民正常行使权利的行为应受到制裁。

法律、法治对社会和谐、社会公正如此重要，同样，社会和谐、社会公正对于法律、法治同样重要。甚至可以讲不管东方还是西方，公正之于法律就像灵魂对于人那样。在数千年的历史长河中，

公正一直是人类在社会生活中执着追求的目标之一，而法律则是这种追求的重要载体。以中文典籍为例，《说文解字》把“法”字解释为“平之如水”和“触不直者去之”。《史记·孝文本纪》中说：“法者，治之正也。”唐代刘禹锡在《天论上》中则说：“法大行，则是为公是，非为公非。”这些话语都从不同的角度揭示了法的“公正”精神，说明古人把“平之如水”视为法的基本价值标准。在西方国家的语言文字中，“法”的辞源也包含有类似的含义，例如，拉丁语中的法学（Jurisprudentia），法语中的法（Droit），德语中的法（Recht），英语中的法（Law）和衡平法（Equity）等词就都包含有公平正义的内涵。

在法律著述中，从古希腊法律思想家到近代自然法学派，再到现代新自然法学派，留给人类最重要的精神食粮之一就是将与公正、公平、正义紧密相连，将法置于邪恶、专制、暴政的对立面。例如，古希腊的自然法学派认为：“法”是“人类与生俱来的”，具有自然属性和无上权威，其基本精神就是公平和正义，而人类制定的各种法律都应该体现“法”的这种精神。该学派的代表人物之一克里西波斯指出：“我们个人的本性都是普遍本性的一部分”，因此人应该“以一种顺从自然的方式生活”，既要“顺从一个人自己的本性”，也要“顺从普遍的本性”，不做“人类的共同法律惯常禁止的事情”，而“法律也就是区别公正与不公正的标准”。古希腊伟大的思想家柏拉图在西方历史上第一部法学专著——《法律》一书中阐述了法的“公正”（或“正义”）理论。他认为，“公正”是至高无上的，“公正”的原则就是“国家的基本法”，而法律只是“维护公正的手段”。古罗马著名法学家乌尔比安有一句名言，即法学是“正与不正的学问”。另一位古罗马学者塞尔苏斯则指出：“法律是善良公正之术。”这些都说明了公正是法的基本精神。类似的论述在孟德斯鸠的《论法的精神》、洛克的《政府论》等不朽经典中更是俯拾皆是。

公正之于法律，是灵魂、是精神；而法治之于社会和谐，是基础，是保障，由此类推，实施依法治国，创建和谐社会，法律公正的重要意义自然可见一斑——和谐社会的构建必须依赖于公正的法律制度的推动，必须借助于法治公正的践行。

然而，我们面临的问题是：新中国建立几十年来，我们的法学理论依附于前苏联的阶级斗争哲学，自始至终将法视为统治阶级的意志，宣称“阶级性”是法的惟一属性。刻意回避，极力抹煞并大力批判法律超越“阶级”、“阶级斗争”之外所包含的“公正”、“公平”、“正义”的特质，甚至法学理论长期不承认法律在管理社会事务中的社会属性。这种状况如不改变，立法者和执法者仍执迷于法律的“斗争”和“残酷”的本质，法律适用的结果当然也是助长社会的分化和对立，对建立和谐社会有百害而无一利。

和谐社会中的立法改革

如前所述，立法促进和谐社会的建立，必须实现自身的改革，达至立法公正。立法公正既包括实体公正，又包括程序公正，就目前我国立法状态而言，作者认为，立法必须进行如下改革：

一、立法的主题必须反映构建和谐社会的要求

当前，许多关系国计民生的且能影响社会和谐的立法，应速出台。这些法律制度如：（一）保障人民基本的政治和社会权利立法，如关于信访的立法，如关于保障人民民主权利，扩大人民群众参与国家政治事务，改善人民代表大会工作的立法，如关于加强人大对政府活动监督的立法；（二）保障人民基本民事权利的立法，如物权法；（三）保障正常的社会经济秩序的立法，如反垄断法；（四）建立法治化政府的立法，如地方政府文件是否违宪、违法的审查权的立法等；（五）围绕着和谐社会的建立，对现有的立法及时进行修改。

二、立法的内容必须充分反映社会和谐、公正的要求