

第一卷

HUA DONG
ZHENG FA XUE YUAN
FA XUE
SHUO SHI
LUN WEN JI

华东政法学院
法学硕士

论文集

中国民主法制出版社

ZHONG GUO MIN ZHU FA ZHI CHU BAN SHE

华东政法学院 法学硕士论文集

第一卷

《首届法学专业硕士学位研究生毕业论文集》

编委会 编

中国民主法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

华东政法学院法学硕士论文集/《首届法学专业硕士学位研究生毕业论文集》编委会编. —北京: 中国民主法制出版社, 2000. 8

ISBN 7-80078-484-3

I. 华… II. 华… III. 法律-研究-文集 N.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 63330 号

书名/华东政法学院法学硕士论文集

作者/《首届法学专业硕士学位
研究生毕业论文集》编委会 编

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号 (100054)

电话/63292534 (发行部) 63056977 (编辑部)

传真/63056975 63056983

经销/新华书店

开本/32 开 850×1168 毫米

印张/24.5 字数/631 千字

版本/2000 年 10 月第 1 版 2000 年 10 月第 1 次印刷

印刷/河北省保定市印刷厂

书号/ISBN 7-80078-484-3/D·377

定价/50.00 元

出版声明/版本所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

序

这是一本由我院首届法律硕士专业学位研究生的毕业论文辑录汇编而成的论文集。

为适应法律实务的专业化、复杂化和国际化的要求，培养和造就大批高层次、应用型法律实务人才，同时，借鉴西方国家法律学位教育制度的成功经验，经国务院学位委员会批准，我国于1996年起设置并试办法律硕士专业学位教育。作为全国首批8所试点院校之一，华东政法学院名列其间。

于是，一批具有法律职业背景的法官、检察官、律师、政府管理人员以及法学教学人员，作为首届学子，进入了华东政法学院的校园。在学业上，他们所具有的优势，或者说所具有的特点是很明显的。他们在长期的法律实务中所积累的较为扎实的法律知识和娴熟的运作能力，以及他们对于法律和社会问题的深刻洞悉，是不具有职业背景的研究生所不能比拟的。特别是他们心中所蓄积的“重入校园，再回课堂”的渴望，以及在完成学业过程中所表现出来的刻苦治学精神令人敬佩。

三年学习时间是很快的，如今，细读这一篇篇我院首届法律硕士专业学位研究生的毕业论文，仍然可以感受到浓烈的实践色彩和激越的时代脉搏。许多论文直面我国司法实际所面临的各种理论和实践难题，从理论和实践结合的角度，提出了不少的真知灼见。当然，或许是由于兼读的原因，或许是学员自身条件的局限，他们的论文仍有一些欠缺和粗糙之处，我相信，随着时间的推移，这些论文会得到不断的充实。

可以预想，随着我国法律硕士专业学位制度的不断完善，我国司法、执法干部队伍的素质将会有大幅度的提高，他们所具有的司法、执法水平将与他们所承担的社会正义的使命相匹配。惟此，我国实行依法治国方略也就有了坚实的人才基础。

曹建明

1999. 5. 16

目 录

序.....	曹建明(1)
试论依法治国与法律监督.....	莫负春(1)
中共中央三代领导集体法制思想研究.....	沈志先(16)
司法独立原则评析:兼论我国司法改革的方向.....	方立新(33)
论社会主义市场经济条件下建立公民立法参 与制度的必要性和可能性.....	朱久伟(49)
论司法公正的制度保证.....	李永红(65)
试论司法公正的冲突及其解决理念.....	吴金水(82)
论司法解释的对象.....	苏晓宏(94)
论主任法官负责制.....	崔剑平(110)
民事诉讼审前准备模式探讨.....	宋向今(123)
行政处罚听证程序运作过程中 若干问题的研究.....	沈顺辉(139)
加强法制建设 规范市场运作 ——从上海现状看建筑业管理的完善.....	齐 越(152)
现行文化市场法律规范的缺陷及完善.....	杨叶海(170)
道路交通事故损害赔偿若干问题理论探究.....	张维民(177)
论医疗事故及其法律责任.....	朱 祺(193)
刑法价值形式系统论.....	石 红(216)
论罪刑均衡的根据.....	莫舟强(232)
我国刑法修订前后总则中若干法律问题 的比较研究.....	陈 雷(249)
新类型诈骗罪与传统型诈骗罪的比较研究.....	刘玉奇(261)

试论经济诈骗犯罪案件的侦察·····	邹剑锋(275)
试论惩治内幕交易罪的法律机制及其完善·····	征伟杰(289)
贪污贿赂罪刑罚的有效性思考·····	林庆坚(302)
试论“贿赂”的法律含义及其立法完善·····	陈良华(320)
论计算机犯罪的若干问题·····	康 强(334)
世纪之交上海市未成年人违法犯罪	
的新特点及防治对策·····	马春雷(353)
侦查主体研究·····	周国强(370)
女性毒品问题及对策研究·····	黄淑华(389)
恐怖行为特点与处置问题的研究·····	杨正鸣(406)
论基于法律行为之不动产权变动·····	唐安祥(417)
法院改革之展望·····	齐 奇(435)
试论无效保证合同的认定及保证人的责任·····	顾建新(453)
担保法律制度若干问题研究·····	李玉珍(473)
抵押关系若干疑难问题研究·····	费锦红(489)
论我国商业贷款风险的法律防范·····	俞秋玮(502)
商品房包销行为之研究·····	陈福民(518)
知识产权权利冲突及司法裁量·····	陈子龙(537)
论我国软件著作权保护法规的修改·····	汪 彤(551)
商业秘密侵权若干法律实务探析·····	王 睿(565)
我国仲裁裁决承认与执行制度探微·····	王观宝(577)
关于我国企业合并中反垄断问题的法律思考·····	孙 颖(594)
上市公司关联交易的法律规制·····	戎 颖(611)
股东平等权与少数股东之保护	
——兼谈我国相关公司立法的完善·····	李向农(626)
论重整公司的营业保护制度·····	王周欢(646)
论公司董事经理的义务和责任·····	陆卫民(663)
股份有限公司股东权利保护若干问题探讨·····	殷珏娟(679)
WTO 的国民待遇规则与我国	

贸易投资法律制度的转型·····	陈明聪(691)
我国引渡立法若干问题研究·····	钟国定(711)
中外合作有限责任公司制度之比较研究·····	陈筱洁(728)
外资并购中国企业及其法律环境研究·····	杨志宏(743)
论犯罪构成运用中的证据问题·····	林东品(757)
后 记·····	(774)

试论依法治国与法律监督

莫负春*

所谓法律监督，是指以法律作为监督的依据和手段。概言之，就是“以法监督”。

英国历史学家约翰·阿克顿告诉我们：“一切权力必然导致腐败，绝对权力必然导致绝对腐败。”换言之，任何权力概莫能外地必须受到监督和制约，权力和监督须臾不可分离，否则，权力就可能滑向腐败的深渊。因此，监督以及如何有效实现监督，就成为自古迄今追求政府廉洁和政治文明的人们所关注的一个理论和实践上的难题。

现代意义的法治（rule of law），作为控权之法，从其诞生之日起，就成为权力滥用和腐败的克星和天敌。中共十五大报告提出“依法治国，建设社会主义法治国家”的方略，并且具体提出了“完善监督法制，建立健全依法行使权力的制约机制”的要求。王家福教授在中共中央举办的第三次法制讲座《关于依法治国，建设社会主义法治国家的理论和实践问题》中，把“健全的民主制度和监督制度”作为建设社会主义法治国家的五个基本条件之一。因此，在依法治国的前提条件下，法律成为监督的重要依据和有效方式，已经成为人们的共识。

* 作者单位：华东政法学院。

一、完善法律监督是依法治国的重要环节

(一)社会主义法治的核心是人民依法拥有和行使管理国家事务的权力，包括人民依法行使监督国家权力运行的权力

依法治国方略的确立，充分体现了社会主义制度下人民民主的本质，表明人民当家作主，管理国家和社会事务，已被进一步纳入了法制化的轨道。人民是国家的主人，国家的一切权力属于人民，这是我国宪法的核心内容，也是政权建设的根本原则。实行依法治国，就有效地解决了人民实现当家作主的途径和保障问题。依法治国的核心是人民依法拥有和行使管理国家事务的权力。

(二)完善法律监督是人民行使监督权力，维护人民利益的前提条件

我们现在实行的民主，无论是党内民主还是人民民主，都是代议民主制。列宁说过，如果没有代议机构，那就很难想象什么是民主，即使是无产阶级民主。我们的代议民主，就是广大党员和人民群众，经过法定程序，逐步将管理党和国家事务的权力委托给各级领导机构和领导干部。这不是权力的让渡，而是权力的委托。为了保证权力委托者对权力的正确行使，即使之符合权力委托者的利益和意志，广大党员和人民群众就必然要对他们的“公仆”，即权力的受托者进行监督。监督是权力委托的继续和延伸，是代议民主的必然产物，也是维护人民利益的前提条件。

(三)具有完善的法律监督是实现依法治国的主要标志

法学界一般都将法律监督作为依法治国的基本条件之一，认为真正的法治国家，人民有对立法机关、行政机关和司法机关依照法定程序进行监督的权力。“我国当前应加强人民代表大会的监督、司法监督、行政监督和人民的监督（包括舆论监督）。如果没有有效的监督机制，就很难说是社会主义法治国家，也很难实现人民当家作主和参政、议政的权利。”^①

二、法律监督的一般原理

（一）监督的行为学和政治学分析

以行为科学的理论分析，行为存在偏差具有必然性。就发生行为偏差的特定条件而言，其前提是行为准则的确立者和执行者相分离。由于客观或主观原因，执行者认知和接受最高行为准则的能力总是有限的。因此，在决策和执行之间就必须存在一种控制执行行为按照决策意图行事的机制，这种机制便是监督。监督就是校正执行行为与既定目标之间的差距，保证执行行为最终实现既定目标的专有手段。

从政治学的角度来看，国家权力具有强制他人服从的特性。因此，在权力运用的具体过程中，极易对权力主体产生腐蚀作用，存在滥用权力和官员腐败的可能性。为了保证国家权力在法律规范内正确行使，就必须对权力主体实行一定的制约措施，监督便是最有效的措施之一。

（二）监督的法哲学分析

对于人性自我控制能力的怀疑，是法律监督的一个理论前提。马基亚维里、霍布斯、休谟等人是性恶论的代表。他们认为，人都是不可信的，人的本质是自私的，人总是自然地追求金钱、地位和权利。他们认为，在政治生活中，人类不受权力的诱惑，不专权、不擅权的能力很差。在这方面，任何自我控制的“德性”和“理性”都是不可靠的。因此，任何权力都必须受到法律的监督和控制，使各个国家权力机关都无法超越自己法定权限的范围。

社会契约论也是国家法律监督的一块理论基石。社会契约论的基本观点是，人类在进入政治社会以前，生活在“自然状态”之中，享有自然权利，并且受自然法的支配。为了保卫自己的利益，人们根据本性的要求，订立契约，把自己的一部分权力托付给社会统治者，从而开始了国家生活。因此，国家权力的行使，必须

受到人民的监督。如果国家权力损害了人民的天赋人权，破坏了和人民所签订的协议，人民就有权监督国家权力的行使，直至享有革命的权利——推翻现有的国家，订立新的契约，建立新的国家。

（三）监督的经济学分析

市场主体的自由和平等是法律监督的前提条件，用政治和经济发展相联系的观点来看，历史上任何一种民主形态的产生，都和商品经济的发展具有内在的联系，平等和自由是民主政治与商品经济共有的本质特征。市场主体平等和自由既是民主的基础，也是监督的前提。如果主体之间没有平等和自由，监督者受制于或依附于被监督者，也就不可能产生现代民主意义上的监督。

在计划经济体制之下，各种生产组织和其他社会组织，基本上都是行政权的附属物。在这种情况下，国家权力的运用就难以受到真正的监督。在市场经济条件下，由于社会成员平等主体地位的确立，基于利益推动，社会成员不仅具有参加政治活动的愿望，也更具有参与法律监督的动力。

三、权力监督

（一）权力监督的概念和形式

考察监督活动的力量来源，我们不难发现，所有的监督力量不外乎来自于权力监督和权利监督两个方面。即国家权力体内的不同权力主体之间的互相监督和国家权力体之外的公民权利的监督。换言之，权力监督是国家权力的自力监督。权利监督是公民权利的外力监督。权力监督，按其主体可分为权力机关的监督、行政机关的监督和司法机关的监督。权利监督，按其主体可分为公民监督、政党监督和舆论监督等。

1. 权力机关的监督。国家权力机关的监督，是指国家权力机关通过立法、审议工作报告、作出决定、质询、任免等形式，监

查和督促国家行政、审判、检察机关及其工作人员的一种领导管理活动。权力机关的监督是最高监督。按照我国宪法设计，全国人民代表大会是我国人民行使国家权力的机关。国家的行政权、审判权、检察权等一切权力皆由它派生，受其监督。

2. 行政机关的监督。行政监督是对行政机关的活动所进行的监督。行政机关是独立的政府，是掌握行政权的国家机构。行政监督主要是由设在行政机关内部的监察部门承担。行政监督的指向主要是国家行政机关的公务人员以及由它任命的或直接管理的企事业单位的领导人员，以纠正其违反政纪的行为。

3. 司法机关的监督。司法监督就是对司法机关的审判和检察活动的监督。司法机关一般是指法院和检察机关。在我国，司法机关是指审判机关（法院）和检察机关（检察院），以及公安、安全、司法等司法行政机关。它们的任务是行使审判权、检察权（法律监督权）、公安管理权以及其他司法行政权。司法机关独立行使职权，不受任何集团和个人的干扰，并且具有独立的组织系统。但是司法独立并不对抗法律监督。

（二）权力监督的特性。

1. 民主性。我国是以工人阶级领导的，以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。各级人民代表大会都由民主选举产生，对人民负责，受人民监督。所有的国家权力皆来自于人民的民主权利，也受制于人民民主权利。马克思主义认为，权力是权利的聚合，其力量强于权利，但其合理性来源于权利。没有权利的驱动和指引，权力会在其运行中蜕化变质。归根结蒂，国家权力的监督就是人民的监督，就是对人民负责。人民永远是行使监督权的终极主体。

2. 权威性（或法定权威性）。国家的权力监督，是国家法律赋予特定机关的法定职权。因此，具有法定性和权威性。一方面，我国宪法按照“议行合一”的原则，确认全国以及地方各级人民代表大会对其他国家机关的监督权，具有至上的权威性，它是以人

民意志和国家强制力为后盾的最高层次的监督。另一方面，行政机关、审判机关和检察机关也是依法实现自我监督和相互监督。

3. 强制性。权力机关、行政机关、审判机关、检察机关的监督权，都是由宪法和法律所赋予、确认的职权和职责，具有法定的强制性。所以放弃监督和拒绝监督都是属于违法的，都要承担相应的法律后果。

四、权利监督

（一）权利监督的概念和形式

权利监督又可称之为民主监督。权利监督就是通过公民权利而实现的监督。权利监督按其主体主要可分为公民监督、政党监督和舆论监督。

1. 公民监督。公民监督就是公民个人运用宪法和法律所赋予的权利而实施的监督行为。我国宪法赋予公民监督权，具体包含批评权、建议权、申诉权、控告权、检举权和取得赔偿权等。

2. 政党监督。政党监督，在中国主要是指中国共产党的内部监督和民主党派的互相监督。中国共产党的内部监督，就是执政党的内部监督。所谓党内监督，就是指党内对党员和党组织的行为，依据一定的规范，进行督促、约束和控制的活动。民主党派的监督是政党监督的重要内容，是各民主党派就国家事务向国家领导提意见，作批评。

3. 舆论监督。舆论监督是指人民群众通过新闻媒介，对党务、政务活动和党政工作人员所实施的民主监督。新闻舆论监督，虽然不具有法律和纪律上的强制力，不能直接产生法律和行政后果。但是它能从思想上、精神上和心理上给人以影响，具有强大的精神压力。舆论监督所表达的公众舆论，只有为国家权力机关所采纳，并以国家权力机关的名义干预和处理，才具有法律或行政上的强制力。

（二）权利监督的特性。

1. 终极性。公民的权利是国家权力的终极来源。因此，公民的监督权利对于国家权力的监督具有终极性。孙中山先生在《中华民国建设之基础》一书中曾经说道：“政治主权在于人民，或直接行使之，或间接行使之。其在间接行使之时，为人民之代表，或者受人民之委托者，只尽其能，不窃其权，予夺之自由仍在人民。”中共十五大报告第六部分“完善民主监督制度”中指出：“我们的权力是人民赋予的，一切干部都是人民的公仆，必须受到人民和法律的监督。”因此，从根本上说，在社会主义国家，人民权利是国家权力的最终来源，所有权力主体掌握的权力，都是人民委托的。根据这种关系，权力主体如果滥用权力，那么，就是对人民的不负责任，就是对于民主权利的亵渎，人民当然有权利对滥用权力者实施监督，直至收回人民的委托。

2. 广泛性。公民权利具有广泛性：一是权利主体的广泛性。所有公民都有依照宪法和法律规定，对国家机关及其工作人员行使监督权利。二是监督方式和渠道的广泛性。宪法所赋予公民的批评权、建议权、控告权和检举权，既是公民监督权利的内容，也是公民行使和体现监督权利的主要形式。三是监督对象的广泛性。公民监督的对象并不囿于特定的对象和范围，对于任何国家机关和所有的国家工作人员，公民皆可以行使监督权利，任何监督对象不能有所例外。

3. 间接性。公民行使监督权利并不能直接发生监督作用，即直接变更和纠正国家机关和国家工作人员的行为。公民监督权利往往通过形成强大的精神性、社会性压力，迫使国家机关和国家工作人员变更或纠正自己的行为，或者依托于国家的强制力，实现自己的监督权利。因此，公民的监督权利，必须具有法律上的规定性和保障性。否则，任何所谓的公民权利只是一纸空文。

五、权力监督的一般原则

（一）权力分解原则

权力分解就是对权力进行科学和合理的配置，以保证权力的强度控制在合理的和可控制的范围之内，避免因为权力的过分集中和过于强大而达到难以控制和监督的程度。实际上，正是集权体制为掌权人提供了擅权的可能，而且使纠正权力腐败的代价大为提高。

（二）权力制约原则

权力制约是权力监督的一种模式。它特指将国家权力分之为若干系统，由不同的人员和机关掌握，使之相互独立、互相牵制和互相平衡。监督与制约有所不同，监督是外力的推动，制约是内部的限权，但制约在本质上也是一种监督，在实际效果上也更能起到监督的作用。

（三）相对独立监督原则

监督的相对独立性原则，是指监督主体能够按照法律规定独立行使职权，不受任何行政机关、社会团体和个人的非法干涉，确保监督主体享有独立的人格和意志，以对抗被监督者的干扰和压力。

（四）权力和责任相一致原则

在权力的社会运行过程中，权力人受自利的影响，权力随时都可能蜕变为私人工具。因此，在赋予权力人权力的同时，必须附加相应的责任，对权力人加以规范和约束，这就好比为权力套上一条枷锁，以形成一种与权力行使始终相伴随的监督制约机制。这种责任大致可以分为两类：一是不行使权力的责任；二是不正当行使权力（又称滥用权力）的责任。

六、权利监督的一般原则

（一）公开原则

公开性原则是指国家的所有政治事务和政治活动必须依据一定的法律和程序在一定的范围内加以公开。公开性是民主监督的前提条件。没有公开性，也就无所谓民主性，而没有民主性也就无所谓监督。

法律赋予公民享有知情权，是民主监督的公开性原则得以体现和保障。知情权作为一项新兴的公民权利，正在日益受到重视。我国宪法和法律虽然没有有关知情权的直接规定，但是中共十五大报告中所提出的“坚持公平、公正、公开原则，直接涉及群众利益的部门要实行公开办事制度”等，实际上就是对公民知情权的肯定。

（二）权利的培育和法制化原则

民主是制约和监督权力的良药，民主的要义在于广泛分配权力和权利，并且用权利制约权力，用公民权利监督公共权力。如果我们注重把权利充分运作起来，就可以动员最广泛的社会力量，来防范和克服政府和官员腐败现象的滋生。但是，权利没有以法律形式固定化和普遍化，不可能得到有效的保障。权利在未被法律明示的情况下，往往只是一种习惯权利和道德权利。因此，在现代社会，强化权利培育，并且加以法律化和固定化是必须的，否则，以权利监督和反控权力的目标就缺乏现实的保障。

（三）权利与权力相平衡原则

为了保证公民权利对国家权力的监督，就必须在总体上保持公民权利与国家权力的平衡。在社会权利结构中，若国家权力比重过小，公民权利比重过大，就会导致政府失能的种种不良后果。而若公民的权利比重太小，国家权力比重太大，则会导致公民权利无法有效监督国家权力的后果。