

法律与司法之参悟

——
周晖国法学文集

周晖国 著



法律与司法之参悟

——周晖国法学文集

周晖国
著

D920.0-53/17

2007


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律与司法之参悟:周晖国法学文集/周晖国著.
-北京:法律出版社,2007.5 (2007.8重印)
ISBN 978-7-5036-4814-4

I. 法… II. 周… III. 法学-中国-文集
IV. D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 055649 号

©法律出版社·中国

责任编辑/李 群

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法规出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/13.5 字数/360 千

版本/2007 年 5 月第 1 版

印次/2007 年 8 月第 2 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 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-4814-4 定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

我 20 世纪 60 年代初期出生于江苏如皋。我的成长经历了国家动乱、经济不振、法制荒废到拨乱反正、经济社会发展、恢复和建立法制的时代。对于法律在建立秩序、维护稳定、保障权利、促进发展、保持和谐中的不可或缺和替代的作用,我有着切身的感受,因而,为我国法治事业的发展做出奉献一直是我的追求。

1985 年我从南京大学法律系毕业后,分配到江苏省高级人民法院工作,从事光荣的审判事业。此后一直从事司法实务工作,曾先后担任过江苏省泰州市中级人民法院院长、无锡市中级人民法院院长兼无锡市委政法委副书记,现任江苏省高级人民法院副院长。形势的发展和法治建设的不断加强,对司法人员特别是司法领导干部的政治、业务素质的要求越来越高,因而在工作中我仍然坚持不断学习。1991 年取得南京大学法学硕士学位,2005 年又师从南京大学范健教授攻读商法专业博士学位。

对法学理论和司法业务的学习、研究,一直是我的兴趣所在,也取得了不少自己的心得和体会。在南京大学法律系本科学习期间,就已尝试写作并在比较权威的学术专业刊物上发表过一些法学论文。从事司法实务工作以后,也在工作之余结合司法实践做一些学习和研究,断断续续发表一些文章。不过由于实际工作任务繁重,特别是担任法院领导工作以后,有相当一段时间的研究就比较少了。尽管如此,多年来,在法学理论和司法实务的学习、研究上还是取得

了一些成果,有些观点也取得了学术上的进步。比如,对于刑法理论中的罚金刑、过失犯罪心理等问题的研究,在学术和法律实践上取得了比较好的效果,在犯罪过失的判断上提出的“对危害结果之注意的缺乏为过失犯罪心理的本质特征”的观点以及一般注意能力和特殊注意能力之标准的学说,早已被不少刑法教科书普遍采用;在企业法有关问题的研究上,较早提出了适应全民所有制企业所有权和经营权的分离、建立“国有资产投资经营公司”的观点,在后来的经济体制改革中得到了验证;在经济法、知识产权法、司法工作等方面若干问题的研究上也提出了若干自己的观点和见解,在理论上和实务工作中产生了较好的影响。这些成果当然不能说学术上有多少成就,但也算是有一些收获吧。

多年来,我发表了各类法学文章 80 多篇,主编、合著、参著出版了各类法学著作 10 多部。为了回顾和总结自己的研究心得和成果,反思自己的研究经历和得失,以便适应形势发展的需要进一步修正和加强自己的学习、研究,最近对 1985 年以来发表的文章进行了收集,从中选编了 40 篇,予以出版,与各位同仁进行交流。在这些论文中,有的是根据当时的法律、政策和形势进行的研究,现存情况已经发生了很大的变化;有的观点是适应当时政治和社会经济发展的需要,在那个阶段是有益的 and 进步的,但按照现在的认识已经不具有新颖性;还有的观点可能是不正确或者不完全正确的。为了反映原貌和尊重历史,在编集时文字内容上未作修改。这些论文均是个人的认识和见解,由于自己理论基础和研究能力有限,不足之处很多,请各位同仁多予指正。

在本文集的编辑、出版过程中,法律出版社的王晓增付出了辛勤的汗水,给予了热忱的关心和有力的帮助,在此谨表诚挚的感谢!

周晖国

2007 年 2 月 28 日

目 录

第一部分

论法律的阶级性和社会性之争·····	3
西方经济分析法学思想评析·····	18
执法为民是社会主义法治的本质要求·····	25

第二部分

对罪刑相适应原则的再认识·····	53
过失犯罪心理初探·····	61
论牵连犯·····	67
正当防卫适用刍议·····	73
论罚金刑·····	83
我国罚金刑适用范围管见·····	93
关于缓刑适用的几个具体问题·····	99

第三部分

商法市场本位论	
——兼论商法的独立性·····	109
中国经济审判的回顾与展望·····	124
经济审判基本原则刍议·····	141
经济审判中的地方保护主义探析·····	153
横向经济联合合同探讨·····	163
企业承包经营的几个法律问题探讨·····	173

企业决策制度的法律探讨·····	187
试论非公有制经济发展的法律保障·····	195
我国农村土地制度改革的法律探讨·····	201
加强知识产权法治 激发自主创新活力 ·····	214
论知识产权法治的正当性·····	221
知识产权法律国际化与国家利益保护·····	229
知识产权的民事司法保护·····	239
知识产权民事审判工作的形势和任务·····	255
论我国计算机软件法律保护的路径和定位·····	264
审理权利冲突案件之我见·····	280
知识产权法定赔偿的司法适用·····	283
论民事再审制度改革的价值转变·····	304
民事再审改革的理论分析与制度架构·····	317

第四部分

创新是法院实践“三个代表”的不竭动力 ·····	337
入世后人民法院面临的挑战与应对·····	345
试论审判管理模式的转变与重构·····	359
责任重于泰山	
——关于院长、副院长引咎辞职规定的体会与思考 ·····	366
创新队伍建设思路 努力实现“四个转变” ·····	369
关于现任法官职业化的几点思考·····	378
造就学习型、研究型、创新型的现代化法官·····	388
考察德国法院制度的几点思考·····	391

第五部分

论对罪犯的“开放式”改造 ·····	407
审判方式改革与律师工作的完善·····	415
大力加强司法调研工作·····	421

Part 1

第一部分

论法律的阶级性 和社会性之争^{*}

法律的本质究竟是什么？对这一问题的研究，我们必须以马克思主义的基本理论为指导，运用辩证唯物主义普遍联系的、矛盾的观点来进行分析，而不能局限于法律现象和法律的一般特征进行孤立的、片面的研究。辩证唯物主义告诉我们，事物的本质，是事物内部的必然联系，是事物的内在规定性，是事物内部矛盾运动所决定的根本性质。法律本身所包含的矛盾虽然是多种多样的，但决定法律本质的特殊矛盾或者说主要矛盾是阶级矛盾。在法律所调整的各种社会矛盾中，最主要的是解决阶级矛盾，即统治阶级与被统治阶级之间的矛盾。这种矛盾是根本对立的矛盾。因此，法律的本质只能是它的阶级性，它是阶级统治的工具，马克思主义关于法律阶级本质的观点是对法律本质的科学揭示。

近年来，法学界对法律的本质问题进行了广泛的探讨，主要集中在对法律的本质是阶级性还是社会性的问题展开争鸣，与此紧密相关，必然涉及对法律的起源与消亡问题、客观性是否是法律的本质属性等问题进行探讨。不少同志提出的见解是有益的，促进了对法律本质及其他法学基本理论的深入研究，但也有一些观点是值得商榷

^{*} 本文发表于《南京大学学报（哲学社会科学版）》1990年第4期。

的。为了更好地认识和理解法律本质,本文拟就这几个争论问题,谈谈自己的思考与看法,与大家一起共同讨论。

—

法律起源于何时以及法律是否会消亡,是在法律的本质问题讨论中所涉及的一个重要问题。有的同志提出,法律不是阶级社会的特有现象,早在没有阶级、没有阶级斗争、没有国家的原始氏族社会里,法律这种东西就出现了。在将来的共产主义社会里,法律也不会消亡,法律与人类社会共始终。并据此得出结论,法律既然不是阶级社会的特有现象,其本质自然就不是它的阶级属性了。

主张原始社会有法律的同志认为,原始社会的氏族制度和习惯具有法律的性质。主要依据是恩格斯在《家族、私有制和国家的起源》一书中,在论述古代原始社会时多次提到“法则”、“法”、“法律”、“诉讼”、“审判”、“法庭”等概念。比如,恩格斯在谈到澳大利亚人的级别群婚制时说:“在欧洲人视为不道德和无法纪的地方,事实上都盛行着一种严格的法则。……把他们彼此结合起来的那个道德法则,同时又用剥夺权利的惩罚方法,禁止相互所属的通婚级别以外的任何性交关系。甚至在经常抢劫妇女的地方(某些地方还把这当作通例),也很慎重地遵守级别的法则。”^{〔1〕}他在谈到现代文明对古代社会关系的破坏时说:“它把一切变成了商品,从而消灭了过去留传下来的一切古老的关系,它用买卖、‘自由’契约代替了世代相因的习俗、历史的法。”^{〔2〕}他说,罗马氏族社会的“元老院……有权预先讨论比较重要的事情,尤其是新法律……库里亚大会通过或否决一切法律……并以最高法院资格,在一切事关判处罗马公民死刑的场合,根据各方的上诉作最后的决定……还有勒克斯……同样也是

〔1〕《马克思恩格斯选集》(第4卷),第40页。

〔2〕《马克思恩格斯选集》(第4卷),第75页。

军事首长、最高祭司和某些法庭的审判长”。^{〔1〕}“人民大会同时也是审判法庭；各种控诉都向它提出，并由它作出判决，死刑也在这里宣判。……在氏族和其他分支中，也是由以氏族酋长为主席的全体大会进行宣判；像德意志人的一切最早的法庭上一样，氏族酋长只能是诉讼的领导者 and 审问者。”^{〔2〕}马克思在《摩尔根〈古代社会〉一书摘要》中也提到法律的概念，他援引摩尔根的话说：“葛拉德斯吞先生曾把英雄时代的希腊酋长当作国王和诸侯介绍给读者……而且还给他们加上绅士（贵族——地主）的资格，但他本人不得不承认，‘总的说来，我们在他们中发现的长子继承习惯或法律，看来是完备的，但他表现得不十分清楚’。”^{〔3〕}

上述这些革命导师的论述是不是说明在原始社会就有法律呢？在这里，我们必须采取科学的态度，进行全面、具体的分析。笔者认为，革命导师的这些论述并不说明原始社会有法律。对此，可以从以下两个方面进行分析。

首先，对待革命导师的基本理论和思想，我们必须进行全面的认识，把握马克思主义法学理论的本质和精髓，而不能断章取义，进行片面的理解。法律是阶级矛盾和阶级斗争的必然产物，是阶级社会的特有现象，这是马克思主义法律学说的基本观点。关于国家和法律的产生，恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》一书中是这样分析的，氏族制度在野蛮时代的高级阶段开始解体，逐步向国家过渡。这一过渡阶段是同私有制和阶级逐步产生的阶段相适应的，也是同国家的逐步形成相适应的。当时由子女继承财产的父权制的发展，世袭显族和王权的最初萌芽的形成，由把俘虏做奴隶而发展到奴役同氏族的人以及以抢劫财富为正常的营生等等，这些相继发展起来的获得财产的新形式，加速了个人财富的积累，必然要求有一个机关

〔1〕《马克思恩格斯选集》（第4卷），第123页。

〔2〕《马克思恩格斯选集》（第4卷），第140页。

〔3〕《摩尔根〈古代社会〉一书摘要》，人民出版社1965年版，第178页。

来保障这些财富,这个机关,“它不仅可以使正在开始的社会划分为阶级的现象永久化,而且可以使有产阶级剥削无产者的权利以及前者对后者的统治永久化。”^{〔1〕}这种机关就是包括军队、警察、法庭、监狱在内的国家机器。与此同时,“占统治地位的个人除了必须以国家形式组织自己的力量外,他们还必须给予他们自己的由这些特定关系所决定的意志以国家意志即法律的一般表现形式”。^{〔2〕}由此可见,原始社会没有法律是革命导师的基本思想。因此恩格斯说:“……这种十分单纯质朴的氏族制度是一种多么美妙的制度啊!没有军队、宪兵和警察,没有贵族、国王、总督、地方官和法官,没有监狱,没有诉讼,而一切都是有条有理的。”^{〔3〕}

其次,对革命导师在论述原始社会时提到的“法则”、“法”、“法律”、“诉讼”、“审判”、“法庭”等词语应做怎样的理解?大家都承认,从原始社会到阶级社会是逐步过渡而成的,因为私有制是一种从氏族内部零星的个人财产所有逐步发展为占统治地位的经济制度;阶级分化是由个别氏族成员的穷富差别逐步发展到普遍性的两极分化;国家机器是从氏族管理机关经过量变、部分质变最后发展到完全质变,是随着阶级对抗的加剧而不断完备起来的暴力机关。与此相适应,法律也是从原始社会的氏族制度和习惯逐步赋予其阶级性而发展起来,最终为国家所确认而产生的。因此,法律的最早形式大部分是以原始社会的氏族制度和习惯为基础的,不难看出,从原始社会的氏族制度和习惯到法律的产生有一个较长的演变过程。马克思、恩格斯在谈到原始社会时所提到的“法则”、“法”、“法律”等,是指比较完备、成形的原始社会制度和习惯,实际上就是从原始社会制度和习惯向法律演变的较长过程中的社会行为规则。这种行为规则,既不同于初始意义上的氏族制度和习惯,因为那时社会成员已经有

〔1〕《马克思恩格斯选集》(第4卷),第104页。

〔2〕《马克思恩格斯全集》(第3卷),第378页。

〔3〕《马克思恩格斯选集》(第4卷),第92页。

了穷富差别和地位差别,这些制度和习惯已经开始减少单纯、质朴和纯社会意义的属性;又不同于后来意义上的法律,因为它还不是阶级意志的反映,因为国家没有产生,还不能上升为国家意志。在这里,“法则”、“法”、“法律”等只是这种行为规则的代名词。就像恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》中用了“母权制”这一名称一样,紧接着,他就指出:“为了简便起见,我仍然保留了这一名称;不过它是不大恰当的,因为在社会发展的这一阶段上,还谈不到法律意义上的权利。”^{〔1〕}同样,恩格斯在论述原始社会时所提到的“诉讼”、“审判”、“法庭”等,也不是法律意义上的诉讼、审判和法庭。在原始社会有纠纷和争端,自然也需要有解决纠纷和争端的办法,这种解决纠纷和争端的办法,恩格斯借称为“诉讼”和“审判”。实际上,这与后来法律意义上的诉讼和审判的性质是完全不同的。原始社会没有国家,没有军队、警察和监狱,就谈不上国家强制,那时所谓的“法庭”,只不过是“氏族议事会”或者“人民大会”。马克思在谈到古代马尔克时,把阶级出现和国家产生前后的“法庭”是区分得很清楚的:在古代“司法”权力是由全部落的民众大会掌握的,主席只能提出问题,“判决”由到会的全体社员决定;而国家产生以后,情况则截然不同。

在这一问题的讨论中,有人提出,原始社会有法律与原始社会没有法律这两种观点之间其实没有根本的分歧,实际上只是对法律定义的方法不同而导致的争议。如果把原始社会的制度和习惯定义为“法律”,原始社会就有法律;如果把体现统治阶级意志并上升为国家意志的行为规则定义为“法律”,则法律就是阶级社会的特有现象,原始社会就没有法律。这种看法是不妥当的。问题也不是这样简单。认为原始社会有法律,无论怎样进行定义,都从根本上抽掉了法律的阶级属性,把法律混同于一般的社会行为规则,模糊了法律的阶级本质,这才是问题的实质。这样做,不仅是不科学的,在实践中

〔1〕《马克思恩格斯选集》(第4卷),第37页。

也是非常有害的。因此,对原始社会有法律的观点必须加以彻底否定。

与法律的起源相对应的问题是法律的消亡。主张原始社会有法律的同志同时也主张在将来的共产主义社会必然有法律。他们认为,在共产主义社会仍然需要调整人与人之间、组织与组织之间、个人与组织之间以及人与自然之间关系的行为规则,处理社会矛盾和纠纷的准则,甚至处罚一些人的刑事规范,法律不可能没有。他们还援引毛泽东同志的话为佐证:“法庭一万年都要,因为在阶级消灭以后,还会有先进和落后的矛盾,人们之间还会有斗争,还会有打架的,还可能出各种乱子,你不设一个法庭怎么得了呀!”^{〔1〕}对这个问题,我们只要思考一下就不难得出结论,共产主义社会没有国家和阶级,就谈不上行为规范的阶级意志和国家意志,就不能形成法律,因为我们所说的法律只能是体现统治阶级意志,并将这种意志上升为国家意志,由国家强制力保证实施的行为规范。当然,在共产主义社会仍然需要行为规范,仍然需要处理社会矛盾和纠纷的机构,但这些规则和机构已完全不是现在意义上的法律和法庭。毛泽东同志所说的“法庭”就是指这种解决社会矛盾和纠纷的机构。我们对待毛泽东同志的话,也同样不能断章取义,他在说了上述那段话以后,明确指出:“不过斗争改变了性质,它不同于阶级斗争了。法庭也改变了性质。”^{〔2〕}可见,毛泽东同志的本意绝不是说共产主义社会仍然有和现在意义一样的法律和法庭。

二

法律的社会性,是在法律本质问题讨论中的一个中心问题。一些同志主张法律的本质是社会性或者把社会性作为法律的本质属性之一,试图用法律的社会性取代或者抵销法律的阶级性,这是不正

〔1〕《毛泽东选集》(第5卷),第319页。

〔2〕《毛泽东选集》(第5卷),第319页。

确的。

第一种观点认为,法律的本质只能是社会性,而不是阶级性。法律是社会需要的产物,国家和法律是从原始社会以来就一直存在并发挥社会事务管理作用的,人类社会需要公共权力,需要管理公共事务的机关,需要调节人们相互关系的共同的、强制性的行为规则。只是到了阶级社会,这种公共权力才是以歪曲的形式出现的,国家和法主要成了阶级压迫的工具,然而国家管理公共事务的职能和法律的社会性是依然存在的。到了无阶级社会,人们克服了这种歪曲,国家和法律的阶级性不复存在,其社会性得到恢复并占据了应有的地位。这种观点实际上是主张法律是人类社会的普遍现象,社会性是法律的本质属性,只是在阶级社会法律才具有阶级性,而这种阶级性是法律外在的、歪曲的属性。

关于法律是不是人类社会的普遍现象的问题,本文在前面已经作了论述,这里不再重复。需要指出的是,首先,主张法律的本质是社会性的同志,主要是从法律的作用和职能上来阐述的。认为人类社会的存在需要一定的秩序,这就需要调节人们相互关系的共同的、强制性的行为规则,而这种行为规则就是法律,只是在阶级社会,法律由于有了阶级统治的职能,其管理社会的职能才降到了从属的地位。这种观点的本意是说法律本来就是管理社会的工具,只是到了阶级社会才变异为阶级压迫的工具。按照这个逻辑,与其说阶级社会里法律的阶级压迫职能是社会管理职能的变异,还不如直截了当地说统治阶级对被统治阶级的压迫也是一种社会管理,因为人们分裂为阶级是社会发展的客观规律,在阶级社会也需要一定的社会秩序,被统治阶级对统治阶级的反抗就会造成社会不安定,所以统治阶级要进行压迫。况且法律作为一种社会行为规则,对于统治阶级和被统治阶级来说都要遵守,即使是统治阶级内部的成员违犯法律,也要受到制裁。这种对法律本质的理解显然是站不住脚的,其根本的错误就在于以对法律的作用和职能的分析来代替对法律本质的揭示,必然会被表面现象所迷惑,忽视这种作用和职能背后的阶级因

素,从而导出不正确的结论。其次,把无阶级社会的公共权力机关与阶级社会的国家以及把法律这种特殊的社会规范与一般的社会规范混为一谈,是不符合科学的。持法律的本质是社会性观点的同志认为,国家就是“管理公共事务的机关”,法律就是“调节人们相互关系的强制性的共同行为规范”。到了阶级社会这种“公共权力”和“规范”才以“歪曲的形式”出现了,并自诩“只有这种解释才是符合马克思主义的”。其实马克思主义从来也没有把一切社会权力和一切社会规范都认为是国家权力和法律规范。恩格斯说:“由于国家是从控制阶级对立的需要中产生的,同时又是在这些阶级的冲突中产生的,所以,它照例是最强大的、在经济上占统治地位的阶级的国家,这个阶级借助于国家而在政治上也成为占统治地位的阶级,因而获得了镇压和剥削被压迫阶级的新手段。”^{〔1〕}列宁也指出:“谈到国家问题的时候,首先要知道,国家不是从来就有的,有一个时候是没有国家的,国家是在社会分成阶级的时候,在剥削者和被剥削者出现的时候才出现的,在第一个剥削人的形式、第一次阶级区分(奴隶主和奴隶)尚未出现以前,……那时还没有国家,没有一贯使用暴力和压迫人们服从暴力的特殊机关。”^{〔2〕}可见,马克思主义对无阶级社会的公共权力和阶级社会的国家权力是有严格的区分的。与此相适应,法律只能是阶级社会的产物,没有国家就没有法律,这才是马克思主义的基本理论。把一切社会权力混同于国家权力,把一切社会规范混同于法律规范,是不符合马克思主义的。而且这种理论掩盖了国家和法律的阶级本质,否定了国家和法律的内在的质的规定性,必然会给人们的思想造成混乱。

主张法律的本质是社会性的同志还提出,有些法律并不只反映统治阶级的意志,也反映被统治阶级的意志,如奴隶制法律不准随便杀死奴隶而给予他们一定的生存权利;资本主义法律也规定改善工

〔1〕《马克思恩格斯全集》(第21卷),第196页。

〔2〕《列宁全集》(第29卷),第431页。