

武汉法学文集 2006年卷

法学 前沿

何家寿 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

构建和谐社会 繁荣法学研究 推进依法治国

武汉法学文集 2006年卷

法学 前沿

何家寿 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学前沿/何家寿主编. —武汉: 武汉大学出版社, 2006. 7

武汉法学文集 2006 年卷

ISBN 978-7-307-05645-9

I. 法… II. 何… III. 法学—研究—中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 080866 号

责任编辑: 郭园园

责任校对: 刘 欣

版式设计: 詹锦玲

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 湖北省通山县九宫印务有限公司

开本: 920×1000 1/16 印张: 29.625 字数: 469 千字 插页: 2

版次: 2007 年 7 月第 1 版 2007 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-05645-9/D·738 定价: 38.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

目 录

第一部分

1. 论“社会主义和谐社会”思想的理论和实践意义 马忠泉/3
2. 推行私法理念, 构建和谐社会 彭俊良、侯宇/18
3. 浅论司法能力与和谐社会的构建 李卫东、李军/33
4. 公共政府、法治政府与和谐社会 潘弘祥/45
5. 构建和谐社会的重要抓手
——新时期增强人民调解制度功能初探 刘惠敏/58
6. 刑事和解
——构建和谐社会的一种有效方式 易珍荣/67
7. 构建“和谐社会”与我国义务教育制度的重构 赵芳春、李平/75

第二部分

1. 立足职能 服务大局 实现办案法律效果与
社会效果的统一 张河洁/91
2. 牢固树立党的领导的理念 坚定政法工作正确
的政治方向 崔正军/98
3. 人本法律观论纲 李龙/104
4. 在社会主义法治理念指导下积极推行法治与民主
交替领行的构想 千朝端、李娜/108
5. 关于维护法制统一的若干思考 萧伯符、余涛/126
6. 司法公正——司法公信力的源泉 罗磊/136

7. 论司法终极性原则

——兼论信访困境的解脱 刘学在/147

8. 论行政垄断的法文化成因及其规制 刘大洪、殷继国/166

9. 传统风俗、道德和习惯与和谐社会法治建设 李卫东/179

第三部分

1. 论我国地方立法的功能 王广辉/197

2. 论地方性法规的质量评价标准及其指标体系 王亚平/208

3. 试析地方立法质量评估的若干问题

..... 潘国祥、程一方、刘义红、戴丰善/216

4. 关于提高地方立法质量的几点思考 陈中泽、郑治帅/226

5. 地方立法中或然性问题及其对策探究 李牧/235

第四部分

1. 论上市公司信息披露与商业秘密保护的冲突 蓝寿荣、丁雪寒/249

2. 试论我国知识产权转化制度的重构 曹新明/257

3. 浅谈精神损害赔偿制度的意义及其适用范围 杨彦浩、余立进/268

4. 网上购物合同格式条款法律问题研究 江华/277

5. 服装市场打折现象之法律规制分析 冯玉/286

6. 行政听证与法治政府建设

——以武汉市的实践为例 刘道筠/294

7. 当前中国城市流动人口治安管理研究 孙天文、魏雄华/301

8. 武汉市社区矫正试点工作若干问题研究 方道茂、田汉国/311

9. 民间组织合法性问题的法律学解析 林莉红/320

10. 论英美法系国家判例法的查明和适用 肖永平/339

11. 宽严相济的刑事政策与刑罚的目的 齐文远、熊伟/354

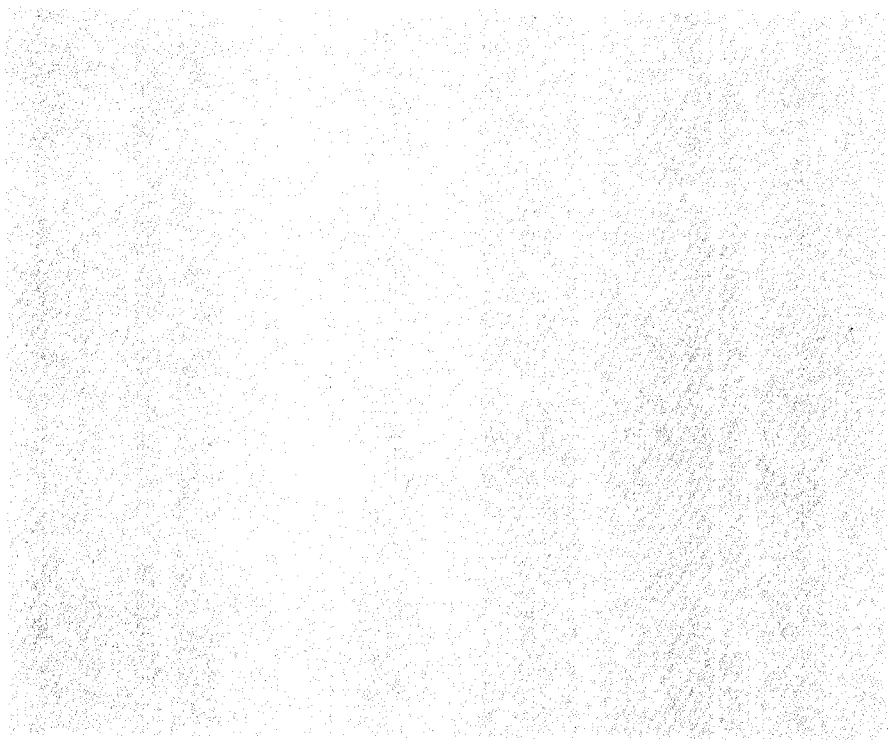
12. 论我国刑事拘留制度之完善 刘泽选/366

13. 论我国“刑讯逼供”的立法缺陷及其完善 李玉萍/373

14. 走向实质解释的刑法学

——刑法方法论的发端、发展与发达	刘艳红/382
15. 我国刑事法官庭审指挥权之探讨	蔡杰、冯亚景/402
16. 法院附设 ADR 之正义价值及其运行模式选择	李军、赵立新/423
17. 金融诈骗罪相关问题探讨	徐正翔、安翔/439
18. 完善检察机关内部监督制约机制之我见	陈正军/451
19. 律师事务所市场定位刍议	雷平、徐绪柏/455
20. 国有资产是如何耗散的	乔新生/466

第一部分



论“社会主义和谐社会”思想的理论和实践意义

◇ 马忠泉*

和谐一词最早写入党的决议见于党的十六大报告。“和谐社会”作为一个完整的概念首次提出，是十六届四中全会《中共中央关于加强党的执政能力建设的决定》。胡锦涛总书记在中共中央举办的省部级主要领导干部专题研讨班上，围绕构建社会主义和谐社会问题发表重要讲话。讲话深刻阐明了构建社会主义和谐社会的重大意义、科学内涵、基本特征、重要原则和主要任务，从而完整地提出和论述了社会主义和谐社会思想。

社会主义和谐社会思想的提出，并不是凭空捏造，有其丰富的经验依据。中国社会科学院研究员李培林先生在其《提出构建社会主义和谐社会的经验依据》一文中将其概括为以下四个方面：我们建国初期发展经验和教训的总结；我们改革开放以来发展经验和教训的总结；发达国家发展经验和教训的总结；新兴工业化国家发展经验和教训的总结。

社会主义和谐社会思想的提出更有其重大的理论和实践意义。在胡锦涛总书记《提高构建社会主义和谐社会能力》的讲话中对和谐社会从国内、国际和我党肩负的使命三个角度对其意义作了解读。从学理的角度分析，我们可以把社会主义和谐社会思想的理论和实践意义概括为以下五个方面：她坚持和发展了马克思主义的科学社会主义理论；她继承和发展了中国传统的“和”文化思想；她借鉴和发展了西方的和谐社会理论；她为解决当代中国的社会危机提出了全面而合理的方案，具有极强的现实意义；她为解决全球危机和国际武力冲突指明了方向，具有深远的全球意义。

* 马忠泉，湖北省警官学院。

一、社会主义和谐社会思想坚持和发展了 马克思主义的科学社会主义理论

在人类社会不断从低级向高级发展的历史进程中,建立自由、平等、互助的和谐社会,一直是人类的美好追求。空想社会主义者给出了他们的构建和谐社会的制度设计。1803年,法国空想社会主义者傅立叶发表《全世界和谐》一文,指出现存资本主义制度是不合理的,必将为“和谐制度”所代替。1824年,英国空想社会主义者欧文在美国印第安纳州进行的共产主义试验,也以“新和谐”命名。1842年,德国空想共产主义者魏特林在《和谐与自由的保证》一书中把社会主义社会称为“和谐与自由”的社会,并指出新社会的“和谐”是“全体和谐”。马克思、恩格斯对空想社会主义者的主张给予了肯定,提出:“提倡社会和谐”是“他们关于未来社会的积极的主张”。

但是,我们也应该看到空想社会主义者的历史局限性和理论缺陷。他们没有认识到资本主义社会的本质矛盾,也没有找到实现社会变革的正确途径,结果只能陷于空想。只有马克思、恩格斯创立了唯物史观和剩余价值学说,提出了无产阶级革命的理论 and 战略策略后,社会主义才由空想变为科学。和谐社会思想才有了科学依据。

马克思、恩格斯的社会主义和谐社会观集中体现在他们在1848年发表的《共产党宣言》中明确提出的如下观点:“代替那存在着阶级和阶级对立的资产阶级旧社会的,将是这样一个联合体,在那里,每个人的自由发展是一切人的自由发展的条件。”这一阐述一方面向我们描述了和谐社会的根本特征——和谐社会是充分自由、充分发展的公民的联合体;另一方面也提出了构建社会主义和谐社会的根本要求——无论是国家、社会还是个人都应当尊重社会个体的自由和发展的权利。

关于社会主义和谐社会,马克思和恩格斯也只为我们描绘了一个远景和社会的终极目标。因此,将理论付诸于实践,找到一条通往社会主义和谐社会的道路就成了马克思和恩格斯之后的每一个共产主义者的艰巨任务。

第一个将社会主义和谐社会思想化为制度,并取得巨大的成功,为人

类社会作出伟大贡献的共产主义者是列宁。他不但建立了世界上第一个社会主义国家，而且提出了到目前为止依然是指导社会主义和谐社会构件的一些基本原则。这些原则包括：社会主义是由人民群众自己创立的；社会主义国家应当消除城乡对立；社会主义必须发扬民主，改革国家机关，精简机构，反对官僚主义；建设社会主义应该最大限度地发挥人民群众的积极性和创造性等。

但在社会主义建设事业中也犯下了重大的错误。

世界进入 20 世纪 90 年代，苏联解体、东欧剧变，世界社会主义事业遇到了巨大的挫折。完善社会主义理论，推动社会主义实践发展的历史任务再次落在了中国共产党人的肩上。

以邓小平为代表的中国共产党第二代领导集体应对国内、国际的新形势提出了以社会主义本质为核心的中国特色的社会主义理论。总结出：“社会主义的本质，是解放生产力，发展生产力，消灭剥削，消灭两极分化，最终达到共同富裕。”并提出了“发展才是硬道理”的执政方针。实际上这一认识已经隐含了社会主义和谐社会的思想，至少阐述了社会主义和谐社会思想的三个核心价值：自由、发展与和谐。

以江泽民同志为核心的党的第三代中央领导集体，根据国内外形势的发展变化，根据我国经济社会发展的新要求和我们党肩负的新任务，进一步丰富和发展了我们党关于社会主义社会建设的理论。得出了发展是党执政兴国的第一要务，要坚持用发展的办法解决前进中的问题；社会主义社会是以经济建设为重点的全面发展、全面进步的社会，要促进社会主义物质文明、政治文明、精神文明协调发展，促进人的全面发展等新的理论认识。

党的十六大以后，以胡锦涛总书记为代表的中国共产党新一代领导集体在中国第一次提出了“社会主义和谐社会”的概念，进而提出和系统地阐述了社会主义和谐社会的思想。

从空想社会主义思想家到马克思、恩格斯再到中国共产党的第三代、新一代领导集体，我们一直在探讨社会主义的本质是什么？也许现在应该有一个阶段性的结论，那就是社会主义就是自由、发展和和谐的社会。自由仅涉及社会个体；发展则既包括社会个体的发展也包括由个体组成的社会的发展；和谐则是个人内在的和谐、人与人之间的社会和谐和人与自然的和谐。

和谐的三位一体的统一体。自由和发展是互为基础和目的的，两者的结合与社会和谐又是互为基础和目的的。

在中华三千年“和”文化的浸润下，秉承中国人特有的综合思维能力，以胡锦涛总书记为代表的中国共产党新一代领导集体提出了完整的社会主义和谐社会思想。相信这一思想会不断地丰富和发展，为人类走向大同社会开启希望之门，而不仅仅是造福于中华民族。

二、社会主义和谐社会思想是对中国传统 “和”文化的回归

“和”是一种哲学理念。最一般的，可以将其描述为：在承认并尊重事物间存在差异的基础上，以平衡为手段达到不同事物间互利共存的目的。具体体现为对人与人之间、人与自然之间、民族与民族之间、国家与国家之间和谐相处的一种追求。

“和”文化是中华民族最具特点的文化特征。热爱和平、祈盼和顺、崇尚和美、追求和谐，是中华传统文化中不可缺少的价值追求。罗素先生曾在其《中国问题》一文中写道：“中国至高无上的伦理品质中的一些东西，现代世界极为需要。这些品质中我认为和气是第一位的。”这种品质“若能够被全世界采纳，地球上肯定比现在有更多的欢乐祥和”。作为局外人，罗素先生也只看到了中国“和”文化其伦理品质的一面。事实上，“和”文化有其更加丰富的内涵。至少可以从以下四个方面来概括：在个体心与身的关系上，“和”文化提倡人之身心和谐，保持平和、恬淡的心态，正确处理理与欲的关系；在人与人的关系上，“和”文化提倡宽和处世，协调人际关系，创造“人和”的人际环境，追求以形成和谐的人际关系为主题的大同社会；在人与自然的关系上，“和”文化提倡天人合一，肯定人与自然界的统一，强调人类应当认识自然，尊重自然，保护自然，而不能破坏自然，反对一味地向自然界索取，反对片面地利用自然与征服自然；在民族与民族、国家与国家的关系上，“和”文化提倡和谐共处，协和万邦。^①

^① 俞祖华：《中国古代的和谐思想》，载《光明日报》2005年2月28日。

“和”文化的现代解读就是和谐社会。在胡锦涛总书记《提高构建社会主义和谐社会能力》的讲话中把和谐社会界定为：“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。”胡锦涛总书记在该讲话中的第二部分也系统地介绍了中国历史上不同时期思想家对“和”文化的阐述。回顾一下“和谐”思想的来源和发展，我们会发现从老子到康有为对其都有阐释，“和谐”的思想可谓源远流长。

道家创始人老子提出：“人法地，地法天，天法道，道法自然。”^①强调人要以尊重自然规律为最高准则，以崇尚自然、效法天地作为人生行为的基本依归。道家的另一代表人物庄子也强调人必须遵循自然规律，顺应自然，与自然和谐，达到“天地与我并生，而万物与我为一”的境界。^②宋代张载在《正蒙》中概括为“天人合一”的思想。儒家的孔子提出了“礼之用，和为贵”及“和而不同”的思想，即“君子和而不同，小人同而不和”。^③又说：“君子矜而不争，群而不党。”孔子还提出“四海之内皆兄弟”，^④又说：“远人不服，则修文德以来之，既来之则安之。”^⑤主张以文德感化外邦，反对轻率地诉诸武力。孟子“老吾老以及人之老，幼吾幼以及人之幼”的主张也为我们描绘了一幅和谐社会的美景。孟子还认为，“天时不如地利，地利不如人和。”^⑥孟子又提出“仁者无敌”，^⑦主张“以德服人”，^⑧提倡王道，反对霸道。以孔孟为代表的儒家还提出了仁、义、礼、恭、宽、信、敏、惠、智、勇、忠、恕、孝等一系列旨在实现“人和”，实现社会和谐的道德原则，提出了建设大同社会的远景理想。正如《礼记·礼运》所云：“故人不独亲其亲，不独子其子。使老有所终，壮有所用，幼用所长，鳏寡孤独废疾者皆有所养。”太平天国运动的领袖洪秀全提出要建立“务使天下共享”，“有田同耕，有

① 《老子》第25章。

② 《庄子·齐物论》。

③ 《论语·子路》。

④ 《论语·颜渊》。

⑤ 《论语·季氏》。

⑥ 《孟子·公孙丑下》。

⑦ 《孟子·梁惠王上》。

⑧ 《孟子·公孙丑上》。

饭同食，有衣同穿，有钱同使，无处不均匀，无人不饱暖”的社会。康有为在《大同书》中提出要建立一个“人人相亲，人人平等，天下为公”的理想社会。

现代中国的一些学者也对和谐思想多有阐述。张岱年先生指出，中国优秀传统文化有两个最主要的基本思想：一是人伦和谐；二是天人协调。人伦和谐是说人与人之间、人与社会之间的关系，天人协调是说人与自然、社会与自然的关系。中国人民大学张立文教授创立的“和合学”，在全面总结、提升古代的和谐思想的基础上，提出了一套化解冲突，实现人与自然、人与社会、人与人、人与文化、人与心灵和谐的战略构想。对中国传统的“和”文化最精辟的阐述是费孝通先生在80寿辰聚会上曾经讲的一句话：“各美其美，美人之美，美美与共，天下大同。”这16个字应该成为当下中国社会学家的理论研究、社会建设的实践，以及人与人之间关系交往的信条。

对中国古代和文化思想的简单回顾告诉我们，围绕着对人与人之间、人与自然之间、民族与民族之间、国家与国家之间和谐相处的一种追求，不同历史时期、不同流派的思想家都有精辟的阐述。值得注意的是，无论是道家的“天人合一”的人与自然的和谐思想，还是儒家的“和而不同”的社会和谐思想，都产生在中国历史上的黄金时代——春秋战国时期，也恰好处于卡尔·雅斯贝斯所说的人类历史的轴心时代。今天，在处于中华民族伟大复兴的历史时期，在全国的政治、思想领域再次掀起和谐思想研究的热潮，也验证了卡尔·雅斯贝斯的论断：“直至今日，人类一直靠轴心期所产生、思考和创造一切生存。每一次新的飞跃都回顾这一时期，并被它重燃火焰。”^①

三、和谐社会思想借鉴和发展了西方的和谐社会理论

不仅中国有着丰富和深刻的“和谐社会”的思想，在西方思想史上，“和谐社会”也是一个永恒的主题。事实上，从空想社会主义者的“和谐

^① [德] 卡尔·雅斯贝斯：《历史的起源与目标》，华夏出版社1989年版，第14页。

社会”思想到科学社会主义理论,也可以看做是整个西方“和谐社会”思想的一部分。当前我们所提出的“和谐社会”思想也借鉴和发展了西方的“和谐社会”理论。

古希腊哲学家毕达哥拉斯的“整个天是一个和谐”的论断可能是对和谐最早的阐释。柏拉图的“理想国”更反映了人们对和谐美好社会的憧憬。在文艺复兴以后,笛卡尔、莱布尼茨、黑格尔等人都把和谐视为重要的哲学范畴。莱布尼茨认为“宇宙是一个由数学和逻辑原则所统率诸和的整体”。^①黑格尔曾就“同一”这一概念给出过辩证的阐述。他把“同一”区分为两种:一种是“抽象的同一”——“排斥一切差别的同一”;另一种是“具体的同一”——“包含差别于自身的同一”。他认为这是在哲学上区别好坏的关键,并且说:“如果思维活动只不过是一种抽象的同一,那么我们就不能不宣称此类思维是最无益最无聊的。”实际上,黑格尔这里所说的“包含差别于自身的同一”,用中国哲学的概念表达,也就近似于“和而不同”。

当然,真正把“和谐社会”提到理论高度的是马克思。关于马克思的和谐社会思想前文已有阐述,此不赘述。

在马克思之后,在西方对和谐社会的论述多见于社会学家的理论。也许他们的理论阐述中并不见和谐一词,但其理论的着眼点却恰恰在于社会的和谐。如:社会均衡论(theory of social equilibrium)、协和社会论(concord society)、社会系统论(society system)。

对“社会均衡”这一概念给以系统阐述的是美国社会学家T·帕森斯。这种理论认为社会生活的现象和结构虽然处在运动之中,但其结构具有相对的稳定性。这种稳定性形成社会中的一种特定现象,从而使社会体系得以均衡发展。这种理论认为社会是一个自我平衡的系统。在社会系统内部有一套维系、保持、调适和修复社会均衡状态的整合机制。一旦社会系统的某些部分遭到外部或外部力量的破坏而产生失调时,其他部分会自动予以调节并纠正失调,从而使社会系统重新回到均衡状态。他们认为:平衡是社会的常态,而变迁是暂时的,变迁最终是为了实现平衡。后来的

① [美]梯利著,葛力译:《西方哲学史》,商务印书馆2001年版,第158页。

“社会均衡”者又把均衡分为稳定的均衡和不稳定的均衡两大基本类型。^①“社会均衡”理论对和谐社会理论最突出的贡献在于他为构建和谐社会指出了制度层面上的惟一的途径——利益的均衡。

协和社会论 (concord society)。由美国人类学家 R·本尼迪克特在 1941 年首次提出, 美国人本主义心理学家 A·马斯洛作了进一步阐述。这种理论认为, 社会应当是为了共同利益而互相合作、协调行动的社会。社会是一个统一的整体, 社会成员之间“协和”的程度是区别不同社会的尺度。并提出了“高协和”社会和“低协和”社会的概念。所谓“高协和”社会, 是指人们和睦相处, 合作共事, 财富的分配大体上是平均的。在“低协和”社会里, 人们动辄争斗, 彼此仇恨, 取得财富的手段是压倒别人, 在财富的分配上往往是两极分化。协和社会论的研究学者实际上早已经意识到了社会的和谐与不和谐问题, 并给予了学理的解释。

社会系统论 (society system) 是系统论被移植到社会学领域后产生的对社会的解释理论。这种理论认为, 人类社会是一个复杂的大系统, 相互交叉, 彼此渗透, 形成错综复杂的网络。该理论中的“ $1+1>2$ ”的理论可以看做是对和谐功能的解释; 而“社会系统的反馈过程”实际上涉及了和谐社会的构建机制问题。

可见, 在西方思想体系中, 无论是对社会给予哲学的解释, 还是对社会给予社会实证分析, 都涉及和谐社会这一命题。早期, 学者们注重抽象的、整体的思辨, 进入近现代后, 更注重于对具体某一个方面的实证分析。但这些思想和理论都还难以称之为科学, 也远未形成体系。当前我们所提出的社会主义和谐社会理论正是在借鉴这些思想和理论的基础上的一种创新和发展。

实践上, 西方社会, 尤其是一些北欧国家的成功经验, 也对我们提出社会主义和谐社会理论给予很大的启示。我们知道“以人为本”、“和谐社会”在北欧国家已不是什么新名词。芬兰诺基亚公司的诺基亚手机的品牌宣言就是“以人为本”。在“和谐社会”方面, 芬兰的人均收入每月在 2 500 欧元 (1 欧元约合 8 元多人民币) 以下的约占 10%, 在 2 500 ~ 7 500 欧元之间的大约占 80%, 在 7 500 欧元以上的占 10% 左右。基尼系

^① T·帕森斯:《社会理论》(Theories of Society), 1961 年版, 第 1 卷第 2 章。

数约在 0.25 ~ 0.3 之间,属于世界上收入差距最小的国家。^①可见芬兰属于当之无愧的和谐社会。

我们注意到,中国(海南)改革发展研究院执行院长迟福林先生于 2003 年 8 月 10 日在海口“北京大学国际关系学院院友会第一届理事会第四次全体会议”上作过一个演讲,题目是《以人为本进一步完善社会主义市场经济体制》,其中以北欧为例。2004 年 8 月,国家发展和改革委员会宏观经济研究院教授、博士生导师常修泽考察北欧国家的和谐社会经验。2004 年,我国政府提出以人为本;2005 年,我国政府又提出和谐社会。可见,宏观经济学家们对北欧国家实践经验的总结对我国政府的宏观政策的制定(包括社会主义和谐社会思想)产生了重要的影响。但是我们也应当认识到,经济学家们只能告诉我们应该建设和谐社会,如何建设和谐社会更应该多听一听社会学家的见解。

四、和谐社会思想为解决当代中国的社会危机提出了全面而合理的方案,具有极强的现实意义

古今中外和谐思想有一个共同的特点就是都是应对当时的社会现实而提出的。以往对社会和谐的关注和思考,通常意味着社会的发展开始出现失衡状况,社会矛盾和不和谐因素逐渐增多并最终失控。在礼乐崩坏、大道不行的春秋时期,孔子提出了仁爱社会的和谐图景,老子则提出了小国寡民的和谐方案。在西方,当古希腊社会开始陷入深重危机的时候,柏拉图提出了全面改造社会的《理想国》;当封建制度开始解体时,莫尔写出《乌托邦》;而在资本主义制度内在矛盾开始全面暴露,由自由竞争向国家垄断过渡的时期,空想社会主义和科学社会主义理论也相继诞生。当今中国提出和谐社会的建设目标,从社会背景看,也是因应当前中国社会一系列不和谐的现象而提出的解决方案。

那么,改革开放 20 多年后的中国到底出现了什么样的不和谐因素呢?可以说,有很多,诸如贫富差距的拉大,资源的浪费,教育的不公平,腐

^① 常修泽:《北欧国家政府做好公共服务建设和谐社会的考察与分析》,载《产权导刊》2005 年第 4 期。