

# 当代法学

## 理论与实践

主 编 王瑞恒 毛淑玲

副主编 单丽雪 赵 霞



沈阳出版社

# 当代法学理论与实践

主 编 王瑞恒 毛淑玲  
副主编 单丽雪 赵 霞

沈阳出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

当代法学理论与实践/王瑞恒, 毛淑玲主编. —沈阳:  
沈阳出版社, 2006. 12

(学术探索与争鸣)

ISBN 7-5441-2533-5

I. 当… II. ①王…②毛… III. 法学—文集  
IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 148057 号

# 前 言

党的十六届六中全会作出了构建社会主义和谐社会的重大战略决策。全会通过的《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》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。要“加强社会主义民主政治建设，发展社会主义民主，实施依法治国基本方略，建设社会主义法治国家，树立社会主义法治理念，增强全社会法律意识，推进国家经济、政治、文化、社会生活法制化、规范化，逐步形成社会公平保障体系，促进社会公平正义。”可见，把民主法治作为构建和谐社会的基本特征和主要原则，意义十分重大。

目前，我国正处于黄金发展期和重要的战略机遇期。在这个重要的历史时期，由于某些制度和机制的不健全、不完善，加重了一些矛盾和利益冲突，只有从国家发展战略、发展方向、发展模式的高度破题，才能获得根本解决。因此，中央明确指出，构建和谐社会，是“我们党从中国特色社会主义事业的总体布局和全面建设小康社会的全局出发提出的重大战略任务，反映了建设富强、民主、文明、和谐的社会主义现代化国家的内在要求，体现了全党全国各族人民的共同愿望。”与此同时，构建社会主义和谐社会的伟大实践，既为法学的繁荣发展提供了难得的机遇，也对法学理论与实践工作者提出了新的任务和更高的要求。

作为法学、法律工作者，我们必须自觉肩负起时代赋予的神圣职责，切实增强大局意识、政治意识、责任意识、服务意识，与时俱进、开拓创新，紧紧围绕构建社会主义和谐社会对民主法治建设提出的新任务、新要求，坚持社会主义法治理念，坚持正确的法治价值取向，积极投身到繁荣法学研究、推进依法治国的伟大实践中去，努力建设体现时代精神、立足理论前沿、密切联系国情、有力指导法治实践的中国特色社会主义法学理论，不断开创法学研究和法律工作的新局面。

基于以上的认识，我们组织编写了《当代法学理论与实践》一书，该书收集了从事法学教学、法学研究以及法律实务工作从业人员的学术论文，内容涉及法理学、宪法学、行政法学、刑法学、民商法学、经济法学、国际法学、诉讼法学、证据学等诸多学科，内容丰富，论述充分，理论性和现实指导性都比较强，是广大作者集体智慧的结晶。同时，本书的

出版，也为广大法学、法律工作者提供了一个发表理论观点、相互交流探讨的平台，相信论文中提出的观点和经验，对于丰富法学理论，开阔从业者眼界、提高法律业务水平，会起到积极的作用。

需指出的是：该书阐述的观点，有的是学术界正在研究、探讨、争鸣的热点、难点问题，因此，不能认为书中的观点都是成熟的或早有定论的见解。另外，书中有的作者为了证明自己的观点或说明某个问题，借鉴了其他同仁的一些研究成果，在此编者一并表示感谢。

由于水平有限，加之时间紧迫，书中的疏漏甚至错误在所难免，恳请同行和广大读者批评指正。

编 者

2006 年 12 月

# 目 录

## 第一章 法理学理论与实践

### 第一节 法与道德、经济、正义

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 浅论马克思主义法学关于法的本质的观点 ..... | (1) |
| 从法与道德看法治和德治 .....        | (3) |
| 从法律经济学的兴盛看法律与经济的结合 ..... | (5) |
| 论法律与正义 .....             | (7) |
| 论法律职业道德 .....            | (9) |

### 第二节 法制现代化

|                             |      |
|-----------------------------|------|
| 浅析入世对我国法制现代化进程的促进作用 .....   | (11) |
| 试论中国传统法律文化的现代化 .....        | (13) |
| 论社会主义法治进程中的法律移植 .....       | (15) |
| 由戊戌变法与明治维新看中日法文化的几点差异 ..... | (17) |

### 第三节 法的运行

|                         |      |
|-------------------------|------|
| 社会主义法治理念指导下的司法实践 .....  | (19) |
| 由公益诉讼引发对法律意识的思索 .....   | (21) |
| 论法律推理及其在法律实践中的应用 .....  | (23) |
| 判例规则对我国审判制度的潜在性影响 ..... | (24) |
| 农村基层民主法治建设的思考 .....     | (26) |

## 第二章 宪法学理论与实践

|                            |      |
|----------------------------|------|
| 宪法权威之我见 .....              | (29) |
| 评析从“为权利而义务”到“为权利而妥协” ..... | (31) |
| 小议中国的司法独立问题 .....          | (33) |
| 关于乡镇政权体制改革的几点建议 .....      | (34) |
| 党委书记兼职人大主任的可行性研究 .....     | (36) |

## 第三章 行政法学理论与实践

### 第一节 行政法基础理论

|                      |      |
|----------------------|------|
| 论行政法基本范畴及其相互关系 ..... | (39) |
| 论中国行政判例法的构建 .....    | (41) |
| 行政主体与行政组织的关系 .....   | (43) |

|                                 |      |
|---------------------------------|------|
| 论行政法中的人 .....                   | (45) |
| 行政决定转化为行政合同的必要性 .....           | (47) |
| 论行政法治下的公民抵抗权 .....              | (49) |
| 中国经济体制下的迁徙自由及法律思考 .....         | (50) |
| 关于恢复暂住证的法社会学分析 .....            | (53) |
| <b>第二节 行政复议</b>                 |      |
| 浅议行政复议与行政诉讼的关系 .....            | (54) |
| 公安行政复议制度存在问题及原因分析 .....         | (57) |
| <b>第三节 行政执法</b>                 |      |
| 对现实执法中合法性与合理性原则的思考 .....        | (58) |
| 城管行政执法实践中的冲突问题分析 .....          | (60) |
| 行政执法存在的问题及其对策 .....             | (62) |
| 环境行政执法的现存问题及对策建议 .....          | (64) |
| 浅谈行政裁量权及其两重性 .....              | (66) |
| 论国家赔偿范围 .....                   | (68) |
| 对《治安管理处罚法》立法缺憾的理性思考 .....       | (70) |
| <b>第四节 行政行为</b>                 |      |
| 论高校学生管理的法治化 .....               | (72) |
| 完善我国企业法律顾问制度的思考 .....           | (74) |
| 刍议司法考试与法学教育 .....               | (76) |
| 论我国高速公路限速 120 公里/小时的科学合理性 ..... | (79) |

## 第四章 刑法学理论与实践

### 第一节 刑法基础理论

|                        |       |
|------------------------|-------|
| 罪刑相适应原则研究 .....        | (81)  |
| 可罚的违法性理论 .....         | (83)  |
| 试论不能犯 .....            | (85)  |
| 李斯特刑法思想评介 .....        | (87)  |
| 从刑法角度界定生命的开始与终结 .....  | (89)  |
| “宽严相济”刑事政策有关问题研究 ..... | (90)  |
| 论刑法非法占有的主观目的 .....     | (92)  |
| 对我国减刑制度的反思与探讨 .....    | (94)  |
| 浅析片面共犯成立共同犯罪的合理性 ..... | (96)  |
| 论片面共犯的理论基础及其实践意义 ..... | (97)  |
| 论正当防卫的时间条件和限度条件 .....  | (99)  |
| 论自首 .....              | (101) |
| 对我国刑罚结构的思考 .....       | (103) |

|                               |       |
|-------------------------------|-------|
| 简论台湾刑法罪数形态及其修订 .....          | (105) |
| 财产刑适用情况及其对策分析 .....           | (107) |
| 完善我国死刑制度之建议 .....             | (108) |
| 死刑限制适用之调整 .....               | (110) |
| 中日关于死刑存废的文化根源比较研究 .....       | (112) |
| <b>第二节 青少年犯罪</b>              |       |
| 论青少年犯罪的家庭预防 .....             | (114) |
| 浅谈家庭教育与青少年犯罪预防 .....          | (115) |
| 当孟母遭遇古惑仔 .....                | (117) |
| <b>第三节 职务犯罪</b>               |       |
| 浅论职务犯罪的主要成因 .....             | (119) |
| 浅论国家工作人员职务犯罪 .....            | (121) |
| 司法人员职务犯罪情况分析 .....            | (122) |
| 对当前国有企业转制过程中职务犯罪案件情况的调查 ..... | (124) |
| 关于认定贪污罪主体的几个问题 .....          | (125) |
| 论贪污罪主体的法律适用 .....             | (127) |
| <b>第四节 黑社会性质组织犯罪</b>          |       |
| 黑社会性质组织犯罪研究 .....             | (129) |
| 论黑社会性质组织犯罪的认定 .....           | (130) |
| 黑社会性质组织犯罪的法律界定 .....          | (132) |
| <b>第五节 普通刑事犯罪</b>             |       |
| 论危害国家安全罪的立法思想和立法特点 .....      | (134) |
| 浅析不作为故意杀人罪的认定 .....           | (136) |
| 司法实践中盗窃罪若干问题探讨 .....          | (138) |
| 洗钱犯罪的特点及法律对策 .....            | (140) |
| 论信用证诈骗罪 .....                 | (142) |
| 关于中国民营企业“原罪”的探析 .....         | (143) |
| 经济犯罪完成形态的立法完善 .....           | (145) |
| 论经济犯罪的防治战略 .....              | (147) |
| 反洗钱的若干法律思考 .....              | (149) |
| 浅谈网络犯罪对刑事法律体系的挑战 .....        | (152) |
| 试论网络犯罪与我国法律对策 .....           | (154) |

## 第五章 民商法学理论与实践

### 第一节 物权法理论

|                      |       |
|----------------------|-------|
| 浅析物权法所要解决的社会问题 ..... | (157) |
| 试论物权法的基本原则 .....     | (159) |

|                   |       |
|-------------------|-------|
| 物权行为理论浅析 .....    | (160) |
| 论物业经营权的法律性质 ..... | (162) |

## 第二节 侵权行为法

|                         |       |
|-------------------------|-------|
| 职员交通肇事赔偿诉讼研究 .....      | (164) |
| 人身损害赔偿案件中雇佣和承揽的区分 ..... | (167) |
| 论精神损害赔偿的障碍及消除 .....     | (169) |
| 论学校事故的责任认定及预防 .....     | (170) |
| 论加害给付及其救济 .....         | (173) |

## 第三节 婚姻法

|                        |       |
|------------------------|-------|
| 无效婚姻和可撤销婚姻的认定与处理 ..... | (175) |
| 我国夫妻约定财产制度的立法完善 .....  | (177) |

# 第六章 经济法学理论与实践

## 第一节 经济法基础理论

|                              |       |
|------------------------------|-------|
| 试论经济法的社会法性质 .....            | (179) |
| 试论经济转型时期经济法理念的选择 .....       | (181) |
| 转型时期经济法价值定位 .....            | (183) |
| 论经济法责任的独立性 .....             | (185) |
| 加入 WTO 对中国经济法发展的影响 .....     | (187) |
| 反垄断法规制对象的立法模式简析 .....        | (189) |
| 经济学的前提人性的假设 .....            | (191) |
| 论预期违约制度 .....                | (193) |
| 论商业秘密的法律保护 .....             | (195) |
| 经济法与可持续发展关系 .....            | (197) |
| 我国《土地管理法》对耕地保护的不足之处及完善 ..... | (199) |

## 第二节 公司法

|                      |       |
|----------------------|-------|
| 试论一人有限责任公司 .....     | (201) |
| 论设立中公司的法律地位 .....    | (203) |
| 有限责任公司股东退出机制研究 ..... | (205) |
| 关于清算人法律制度的思考 .....   | (207) |
| 股份回购制度的民事责任 .....    | (209) |

## 第三节 合同法

|                            |       |
|----------------------------|-------|
| 房屋买卖合同中债权的成立和物权变动的关系 ..... | (211) |
| 保留所有权买卖合同期待权的性质界定 .....    | (213) |

## 第四节 金融法

|                             |       |
|-----------------------------|-------|
| 我国住房抵押贷款证券化存在的法律问题及对策 ..... | (215) |
| 汽车消费贷款保证保险合同纠纷的若干问题研究 ..... | (217) |

|                               |       |
|-------------------------------|-------|
| 论保证保险与保证的区别 .....             | (219) |
| 完善保荐人制度的几点思考 .....            | (221) |
| <b>第五节 劳动和社会保障法</b>           |       |
| 关于劳动合同中试用期问题的评析 .....         | (223) |
| 论各国社会保障模式的发展趋势及对我国的借鉴意义 ..... | (225) |
| 论社会保障法律制度的完善 .....            | (227) |
| 我国养老保险存在的问题及完善 .....          | (229) |
| 健全农村最低生活保障法律制度 .....          | (231) |
| 我国女性就业歧视法律制度的现状及完善 .....      | (233) |
| <b>第六节 知识产权法</b>              |       |
| 专利权的若干法律问题探析 .....            | (235) |
| 论专利法中的等同原则 .....              | (238) |
| <b>第七节 消费者权益保护法</b>           |       |
| 试论消费者权利保护的法律问题 .....          | (240) |
| 论网上支付中的消费者保护问题 .....          | (242) |

## 第七章 诉讼法学理论与实践

### 第一节 诉讼法基础理论

|                         |       |
|-------------------------|-------|
| 审判程序的缺陷与冲突 .....        | (245) |
| 浅论公益诉讼 .....            | (247) |
| 浅析民间“私了”现象 .....        | (249) |
| 当前涉诉信访问题的特点、成因和对策 ..... | (250) |

### 第二节 刑事诉讼法

|                         |       |
|-------------------------|-------|
| 辩诉交易制度的借鉴意义 .....       | (252) |
| 试论引进辩诉交易的可行性及重要意义 ..... | (254) |
| 关于辩诉交易的评价及在中国的运用 .....  | (256) |
| 浅议我国刑事简易程序 .....        | (258) |
| 侦检一体模式的本土适用问题之探讨 .....  | (260) |
| 自侦案件证据的收集与固定 .....      | (262) |
| 公诉引导自侦案件侦查的探索 .....     | (264) |
| 对侦查羁押制度的反思 .....        | (265) |
| 论刑事侦查中犯罪嫌疑人的人权保障 .....  | (267) |
| 刑事诉讼中的证人制度 .....        | (269) |
| 刑事诉讼中的证人作证问题 .....      | (270) |
| 关于警察出庭作证的探讨 .....       | (272) |
| 被告人庭上翻供现象探析 .....       | (275) |
| 试论我国补充侦查制度的完善 .....     | (277) |

|                                |       |
|--------------------------------|-------|
| 论罚金刑执行之完善 .....                | (279) |
| 浅议沉默权 .....                    | (281) |
| 对职务犯罪立案程序的几点思考 .....           | (283) |
| 侦办涉黑案件 情报信息先行 .....            | (284) |
| 构建和谐社会公安机关应注意把握的几个问题 .....     | (286) |
| 关于劳动教养有关问题的思考 .....            | (288) |
| 对某市检察院开展人民监督员工作的一点思考 .....     | (290) |
| 人民监督员制度研究 .....                | (292) |
| 牢固树立社会主义法治理念是做好监狱劳教工作的基石 ..... | (294) |

### 第三节 民事诉讼法

|                            |       |
|----------------------------|-------|
| 我国民事诉讼中的诚信原则 .....         | (296) |
| 建立和完善民商事简易案件速裁制度 .....     | (297) |
| 浅析督促程序 .....               | (298) |
| 论工程款债权与抵押债权在执行中的受偿顺序 ..... | (300) |
| 知识产权案件确认不侵权之诉的几点思考 .....   | (303) |
| 浅议知识产权民事诉讼证据制度的完善 .....    | (305) |
| 浅议著作权纠纷案件的管辖 .....         | (307) |
| 关于完善申请再审制度的几点思索 .....      | (308) |
| 我国民事审判监督程序存在的问题及建议 .....   | (311) |
| 民事审判中的调解艺术 .....           | (313) |
| 民事举证责任倒置问题研究 .....         | (314) |
| 关于民事诉讼回避制度中两个问题的思考 .....   | (316) |
| 民事诉讼证据规则形成之解读 .....        | (318) |
| 论意思自治在商事仲裁领域限制的必要性 .....   | (320) |
| 中国关于提单仲裁条款的实践及完善 .....     | (322) |

## 第八章 国际法学理论与实践

|                        |       |
|------------------------|-------|
| 浅析国际法渊源与效力的关系 .....    | (324) |
| 论中国外资准入阶段的国民待遇问题 ..... | (326) |
| 北极法律地位研究 .....         | (328) |
| 浅析提单的法律性质 .....        | (329) |
| 浅析统一公法学 .....          | (331) |
| 浅谈间接正犯 .....           | (333) |

# 第一章 法理学理论与实践

## 第一节 法与道德、经济、正义

### 浅论马克思主义法学关于法的本质的观点

彭 亮

马克思主义法学是由马克思、恩格斯创立的。马克思主义法学以辩证唯物主义和历史唯物主义作为世界观和方法论,深刻地分析了社会各个方面的现象,揭露了剥削阶级的偏见,科学地阐述了法的本质及其发展规律,使得法学成为一门真正的科学。

#### 一、剥削阶级法学关于法的本质的错误观点

西方各个历史时期占主导地位的法学和我国历史上的法学,都是剥削阶级的法学。通观剥削阶级的法学,不论是属于神学的、哲学的或政治学的,还是从这些领域中分离出来成为一门独立学科的各派法学,尽管其中都或多或少地包括了对法律现象的某些方面、某些过程的真理性认识,但是由于受到剥削阶级私利、唯心主义世界观和形而上学方法论的多重局限,没有揭示出甚至有意地掩盖了法的本质和法的发展规律,因而从总体上来说是不科学的。<sup>①</sup>剥削阶级法学往往把法的某些现象(如国家强制性、行为规范性、权威性)冒充为法的本质,抹煞了法的本质,制造了种种混乱。“法的本质”与“法的现象”是一对范畴,分别从法的内部依据和法的外部表现两个方面把握法律现象。“法的现象”不同于通常所说的“法律现象”。法律现象是法的本质和现象、静态结构和动态结构的统一体,法的现象则仅指法的外部联系和表面特征,是外露的,多变的,通过经验的、感性的认识就能了解到的,而法的本质则深藏于法的现象背后,是法存在的基础和变化的决定性力量,是深刻的、稳定的,不可能通过感官直接把握,需要通过思维抽象才能把握。剥削阶级法学家或者看不到这一点,习惯于就法论法;或者是到虚无缥缈的“宇宙精神”、“自然命令”或者从抽象的人性中寻找法的本

质,所以,他们从未真正发现法的本质。马克思主义创始人对法学的主要贡献在于依据唯物史观科学地揭示了法的本质及其发展规律。<sup>②</sup>

#### 二、马克思主义法学关于法的本质的科学观点

马克思和恩格斯合著的《德意志意识形态》是马克思主义法学诞生的标志。在这篇奠基性的论著中,马克思和恩格斯揭示了法和法的关系根源于社会物质生活条件(关系),根源于利益的冲突,法随着经济条件的发展而发展等客观规律。在马克思和恩格斯之后,列宁在《新工厂法》、《立宪民主党人的胜利和工人政党的任务》、《杜马的解散和无产阶级的任务》等著作中深化了马克思主义法学关于法的本质、特征、作用、发展规律的基本观点。马克思主义法学关于法的本质原理有三个连贯统一、不可肢解的基本思想。第一,法是国家意志的表现。在阶级社会,“一切共同的规章都是以国家为中介的。”<sup>③</sup>“占统治地位的个人除了必须以国家的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。”<sup>④</sup>任何一种意志只有上升为国家意志才能成为法。第二,国家照例是最强大的,在经济上从而也在政治上占统治地位的阶级的国家。所以,国家意志不过是“取得胜利,掌握国家政权的阶级的意志的表现”,<sup>⑤</sup>法不过是“由社会上一部分人积极地按照自己的意志规定下来并由另一部分人消极地接受下来的秩序。”<sup>⑥</sup>这就是说,法具有鲜明的阶级性,世界上不存在超阶级的国家、平等体现全体社会成员共同意志的法。第三,统治阶级的意志是由其社会物质生活条件决定的。把法的本质首先归于统治阶级的意志,开始触及到法的本

质。但如果认识停留于此,还不是彻底的马克思主义,要真正认识法的本质,认识法产生和发展的规律,还必须深入到那决定着统治阶级的意志的社会物质生活条件之中。马克思深刻地指出:“法的关系正像国家的形式一样,既不能从它们的本身来理解,也不能从所谓人类精神的一般发展来理解,相反,它们根源于物质的生活条件。”<sup>⑦</sup>物质生活条件指人类生存相关的地理环境、人口和物质生活资料的生产方式,其中物质生活资料的生产方式是决定性的内容。生产方式是生产力与生产关系的对立统一,生产力代表人与自然界的关系,生产关系代表生产过程中所发生的人与人之间的关系。马克思和恩格斯的一个伟大功绩,是发现了社会物质生活条件中生产方式因素的决定意义。生产方式之所以是根本因素,是因为一方面正是通过生产力和生产关系使自然界的一部分转化为社会物质生活条件,使生物的人上升为社会成员,创造了社会;另一方面,生产过程发生的人与人之间的关系是根本的社会关系,其他一切关系包括法律关系在内都是从这里派生出来的。地理环境和人口因素也唯有通过生产方式才能作用于法。当然,统治阶级意志的内容由社会物质生活条件决定,这是从最终意义上说的,除了物质生活条件外,政治、思想、道德、文化、历史传统、民族、科技等因素也对统治阶级的意志和法律制度产生不同程度的影响。如果不考虑这些因素,也就不能解释为什么受同样的或相似的社会物质生活条件决定的法律制度之间会有很多差别,也就不能完全解释为什么我国社会主义法会具有中国特色。

### 三、正确理解马克思主义法学关于法的本质的观点

通过以上分析,可以看出,马克思主义法学认为,法的阶级性和社会物质生活条件制约性都属于法的本质范畴,而且是内在地、有机地联系着的。割裂二者之间的联系,否认或歪曲法的阶级性都是对马克思主义法学关于法的本质的观点的错误理解。

法的阶级性与社会物质生活条件制约性是统一的,因为:第一,社会物质生活条件都是由一定的阶级即统治阶级来代表的。第二,社会物质生活条件只有通过统治阶级及其国家的意识和意志这个必不可少的中介才能体现在法律中。第三,马克思主义关于阶级和阶级斗争的学说正是从社会物质生活条件的分析中得出的。<sup>⑧</sup>

法的阶级性与法的社会性也是统一的。在法律领域,根本不存在无社会性的阶级性,也不存在无阶级性的社会性。首先,法是统治阶级意志的体现。所谓统治阶级就是掌握国家政权的阶级,而国家政权是“整个社会的正式代表”。<sup>⑨</sup>其次,“政治统治到处都是以执行某种社会职能为基础,而且政治统治只有在它执行了它的这种社会职能时才能持续下去。”<sup>⑩</sup>再次,统治阶级意志的内容是丰富的,而不能简单地把统治阶级意志归结于阶级斗争意志,更不能把阶级斗争等同于镇压(杀、关、管)。只有那些把法的阶级性歪曲为镇压性的人,才会认为法的阶级性与社会性是不相容的。

不存在无阶级性的法。马克思主义认为,统治阶级意志由统治阶级的根本利益和整体利益所决定的,但其形成和调节也必然受到被统治阶级的制约。统治阶级在制定法律时,不能不考虑到被统治阶级的承受能力、阶级力量对比以及阶级斗争的形势,正如马克思在论及英国工厂法时所指出的:“它们的制定、被正式承认以及由国家予以公布,是长期阶级斗争的结果。”统治阶级意志上升为国家意志、被奉为法律之后,在其实施过程中还会遇到来自被统治阶级的阻力。这种阻力会作为一种反馈信息,促使统治阶级调节其立法政策和法律。在任何情况下,被统治阶级的意志都不能作为独立的意志直接体现在法律里面。被统治阶级的要求只有在不会从根本上损害统治阶级利益的情况下,才会被吸收到统治阶级的国家意志之中,才能反映到法律中。所以,归根到底,法只能是统治阶级意志的体现,其基本的作用是维护统治阶级的利益。

注释:

①②张文显:《法理学》,高等教育出版社2003年版,第27页,第59页。

③④⑨《马克思恩格斯全集》第3卷,第71页,第376页,第438、219页。

⑤《列宁全集》第13卷,第304页。

⑥⑦《马克思恩格斯全集》第2卷,第515页,第82页。

⑧张文显、马新福:《马克思主义法律观的几个问题》,载《吉林大学社会科学学报》。

⑩《马克思恩格斯选集》第23卷,第313页。

作者单位:辽宁大学法学院

# 从法与道德看法治和德治

刘 伟 陈洪顺

法与道德关系的命题,是法学的永恒命题。笔者试通过对此命题的理解,谈谈对法治和德治关系的认识。

## 一、道德与法律的学理含义

### (一) 道德的学理含义

1. 从唯物史观的角度来看,道德根源于一定的物质生活条件。基于不同的物质生活条件的不同社会集团,有着不同的道德观,在阶级社会中的道德具有阶级性。因此,我们可以把道德简单地概括为:道德是生活在一定物质生活条件下的自然人关于善与恶、光荣与耻辱、正义与非正义、公正与偏见、野蛮与谦逊等观念、原则以及规范的总合,或者说是一个矛盾的矛盾统一体系。

2. 道德的特征。(1) 道德是以善恶为评价方式把握现实世界的。马克思说过,在把握世界的过程中,我们通常从科学上把握、道德上把握以及从艺术上把握。在这三种方式中,道德上把握就是识别善恶。(2) 道德不依靠国家强制力来执行、实施,而是依靠人们的观念,社会的舆论和善良风俗来维持。强制力的不同,源于保证其实施的力量相差异。(3) 道德在调节个人与他人、个人与社会集体之间的利益关系的时候,不像其他的社会规范那样强调人们的个人利益,而是强调他人的利益和社会集体的利益。

3. 道德的功能。(1) 道德的调节功能:道德的调节功能是指具有通过评价等方式来指导和纠正人们的行为和活动,以协调人民之间的的能力。(2) 道德的教育功能:道德的教育功能是指道德能通过评价和鼓励等方式,造成社会舆论,形成社会风尚、树立道德观念、塑造理性人格,培养人们的道德品质和道德观念。(3) 道德的认识功能:道德的认识功能是指道德反映在自己的特殊对象——个人同他人、社会的利益关系,反映的结果表现为道德标准,道德理想等。

### (二) 法律的含义

法是由国家制定、认可并由国家保证实施的,反映由特定物质生活条件所决定的统治阶级(或人民)意志,以权利和义务为内容,以确认、保护和发展统治阶级(或人民)所期望的社会关系、社会秩序和

社会发展目标为目的的行为规范体系。法的内容由一定的社会物质生活条件所决定。今天的社会,代表不同利益的统治集团仍然存在,但是他们代表的阶级利益是根本不同或者是对立的。不同的统治集团各有各的阶级利益,以及与其阶级利益相适应的道德。法律在本质上是统治集团的整体意志上升为国家意志。

## 二、法与道德的关系

### (一) 法与道德相区别

1. 法与道德属于上层建筑的不同范畴。前者属于制度的范畴;而道德则属于社会意识形态的范畴。

2. 法与道德的规范内容不尽相同。法律规范的内容主要是权利与义务,强调两者的衡态;道德强调对他人、对社会集体履行义务,承担责任,即应当做什么或者不应当做什么,并不一定要求社会或者他人对其承担等量的义务。

3. 法律规范与道德规范的结构不同。法律规范的结构是假定、处理和制裁或者说是行为模式和法律后果;而道德规范并没有具体的制裁措施或者法律后果。

4. 保证法与道德实施的力量不同。法由国家的强制力保证实施;而道德主要凭借社会舆论、人们的内心观念、宣传教育以及公共谴责等手段。

5. 法与道德的形成条件和表现形式不同。法是按照特定的程序制定的,主要表现为有关国家机关制定的各种规范性文件,或者是特殊判例;而道德通常是潜移默化的。

6. 法与道德的调整范围不同。可以说大多数的社会关系既可以由法和道德共同调整,也可以由它们各自调整;但是也有少数的社会关系只能由道德来调整。

7. 法与道德的发展前途不同。法必然要经历一个从产生到消亡的过程,它最终将被道德所取代,人们将凭借自我道德观念来实施自我行为。

### (二) 法与道德相联系

法与道德有着十分密切的联系。它们的联系首先表现为纵的联系。所谓纵的联系,是指它们和其他社会现象间的共同关系。法和道德都是由社会物质生活条件所决定,都是为经济基础服务的。同时,它们又

都受到一定阶级的政治和社会意识形态的直接影响,并为实现一定阶级的政治和社会意识形态服务。由此,法与统治阶级的道德的纵的联系决定着它们的社会阶级本质和服务方向必然是共同的,因而它们的基本原则和主要内容必然是一致的。

法与道德的联系其次表现为横的联系。所谓横的联系,是指它们之间的相互影响和相互作用。横的联系有三种情况:

1. 互相渗透。法贯穿着道德精神,它的许多内容是根据道德原则或规范制定的。而道德的许多内容又是从法律中汲取的。

2. 互相制约。道德通过对法的某些规定的公正性和公正程度的评价,促使法的改、废、立,使其符合统治阶级(或人民)的利益,保持法的伦理方向。法则通过立法和司法,促使某些道德规定的完善和道德的发展,制约不道德行为不得越出法律许可的范围。

3. 互相保障。既然法和道德的社会本质和服务方向是一致的,那么,凡是法所禁止和制裁的行为,也是(或应该是)道德所禁止和谴责的行为,凡是法所要求和鼓励的行为,也是(或应该是)道德所要培养和赞扬的行为。所以,人们说,法是道德的政治支柱,道德是法的精神支柱。

### 三、法治与德治

#### (一) 德治的概念

人们主要是在两种含义上使用德治这一概念的。一种是弱意义上的德治概念,它所意味的德治主要是相对于法律强制而言的,德治是指以说服、教育的方式而不是以威胁、强制的方式培养人们良好的道德品质,维护社会秩序。另一种是强意义上的德治概念,它侧重于灌输某种道德观念,对手段或方式不作限定,可能兼采说服和强制的手段。这两种概念有着强弱之分。在第一种概念下,德治的实行范围是受到限制的,它并不排除法治作为相对独立的治国方略,并没有取消法律相对于道德的独立性。当然,说它是弱意义上的概念,并不是说德治的效果不会很大,而是说这种概念在治国方略上不具有排他性,不含有道德至上的意味。第二种概念之所以是强意义上的,因为它强调道德至上,强调建立一个道德理想国,而法律不过是纯粹的推行道德的工具。现在人们主要是在第一种含义上使用德治概念的,而第二种德治概念则在中国古代和西方历史上的某些阶段比较流行。

#### (二) 法治和德治的关系

法制和德治都不是万能的,法作为一种社会调控

手段,也有其必然的局限。首先,法律调整的领域是有限的,当一些社会关系的权利义务不能被法律明确界定时,法律便无能为力。其次,社会生活瞬息万变、纷繁复杂,法律既不能概括无遗,又不能随机应变,其稳定性使它在一定时期难免与现实生活相脱节,而这些局限恰恰是德治的优势所在。因此,当代治国必须德、法兼治,实现依法治国和以德治国的互补与协调,单纯依靠任何一种治国方式都是有缺陷的。对于治理国家来讲二者不可或缺。法治与德治关系的一个重要内容是制度建设和道德建设的关系。对这一关系,可以从两个方面来分析。

第一,对于一个健康的民主社会来说,两种建设都是需要的。邓小平说过“法制”和“教育”要两手抓,两手都要硬。特别是他说过:“制度好可以使坏人无法任意横行,制度不好可以使好人无法充分做好事,甚至会走向反面。因此,不能忽视制度建设。”

第二,应当重视道德建设的制度问题。道德建设可以有两种形式,一种是弥散式的或蔓延式的,没有一定的组织和计划。公民自愿性团体和大众媒体可以采取这种形式。因为公民是德治的主体,他们进行舆论监督是一种自发的活动。他们中的某一团体可能是有计划、有组织地进行的,但是从整体看来是弥散的或蔓延的。但是这并不意味着他们的活动可以不遵守法律。另一种形式是制度化的或常规性的。政府机构在自身系统内部或者经过授权在社会进行道德建设,应当以制度化的或常规性的形式进行。在这种情况下,制度便可以规范政府进行道德建设的权力。

我们国家已经确立依法治国、建设社会主义法治国家的治国方略,并且已经把这一方略写进了宪法。我们今天谈德治,是不能因此降低对于法治的重视的,不能因此忽视推进法治。法治就是建立和完善一系列的法律制度,这种制度“不因领导人的改变而改变,不因领导人的看法和注意力的改变而改变”,以制约政府权力,保障公民权利。因此法治以及为推进法治而建立的各种制度不能因此削弱,应当加强实行。

我们今天谈德治,更不能脱离法治,以德治来取消法治,或者把德治看作是法外之治。德治不能突破法治的原则和规范。司法和行政人员更不能以道德规范代替法律规范,把“违法”和“缺德”混为一谈。

总之,法治与德治在各自范围内发挥其功能,必将对建设社会主义和谐社会起到巨大的推动作用。

作者单位: 盘锦市公安局

盘锦市人民检察院

# 从法律经济学的兴盛看法律与经济的结合

王晶晶 张 婷

法律经济学是一门新的法律学科。对此学科的研究已经引起法学界和经济学界的双重重视。人们从经济学角度探索法律的公正、公平、效益、效率等问题,为立法、执法水平的提高提供理论指导,繁荣法学研究。

首先我们来看一个例子:1970年,美国国会决定修改《清洁空气法》以加强对汽车排放废气的控制。这些措施是否值得呢?消除污染带来的利益(有益健康)能否弥补它给汽车制造商造成的直接损失(增加成本)和给消费者造成的间接损失(汽车售价提高)呢?为弄清这些问题,国会要求美国科学院对该法案进行成本与收益分析。显然,清洁空气从来就不是在市场上出售的商品,那么如何才能确定它的供求关系呢?人们注意到,在同等条件下,住户们更愿意为处于空气清新地区的房屋付款。于是,在波士顿和洛杉矶进行了大量细致的调查统计,各种污染物(及其他因素)对房价的影响都被考虑进去,终于得出一个隐形的清洁空气市场的供求曲线。国会据此对《清洁空气法》进行了修改。<sup>①</sup>

这是一个有关“法律经济学”的例子。这门学科在美国兴起之后,迅速被引入法学研究和实际工作中去。本文试从法律经济学的角度来看法律与经济的辩证关系以及其发展状况和对我国法律发展的借鉴。

## 一、法律经济学的概念和本质

法律经济学既是研究法律经济问题的科学,也是用经济方法分析和研究法律问题的一门新的边缘学科。首先需要明确,法律经济学既不是经济学,也不是单纯的法律学;既不是简单地把经济分析方法运用于法律学的研究,也不是单纯地去探讨法律的效益问题。它是法律学与经济学的结合,是通过对法律的经济问题的探讨,从而揭示法律的经济本质的一门综合性的科学。<sup>②</sup>因此,法律经济学是将经济学的一些基本理论与方法引进到法学研究领域中来,以便对法律的若干理论与实践问题能从经济的角度予以重新认识,从而进一步理解法律作为社会治理工具存在的合理性和积极性的意义。法律经济学的研究,为我们重新认识和评价法律的功能提供了新的思维方式。

法律经济学作为一门综合性的科学,它集中反映

了人类社会两种基本状态的要求:一方面是无时不在、无处不有的最活跃的经济因素,一方面是起规范、保护作用的制度因素,因此,把法律经济学视为制度经济学并不为过。当然,该学科的重点并不在于如何用制度规范经济,而是在于用研究经济的方法分析法律问题,是从经济角度认识法律本质,并用经济学的观点研究法律的形成,分析如何提高法律在调整社会关系方面的积极作用,揭示法律与经济的相互联系和促进的内在原因。我们会在逐步分析的过程中,越来越发觉法律制度上与经济运行规律存在着客观联系,经济学基本观点已经客观地存在于法律学研究之中。

由于法律与经济存在着割不断的千丝万缕的联系,因此,用经济学的观点和方法研究法律问题,其最基本的目的就是要探索法律存在于社会之中所具有的经济原因及其法律作用于社会运行机制的最为合理的价值条件,揭示法律规范、法律制定及其实施过程的经济性,以便提高法律的效益,增强法律的适应性。

## 二、法律和经济学的辩证关系

法律作为一种行为规范,不仅是社会现象的产物,而且也是经济现象的产物。马克思在《哲学的贫困》一书中写到,“无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已。”<sup>③</sup>因此,法律现象是经济关系、经济现象在法律上的反映,法律同经济的这种联系,正是法律最具有现实性、实用性的体现。在这个意义上,利益规律是法律的基础,法律制度实质上是一种利益制度。

美国著名法学家庞德认为,“法律的功能在于调节、调和与调解各种错杂和冲突的利益……以便使各种利益中大部分或我们文化中最重要利益得到满足,而使其他的利益最少地牺牲。”法律是适应利益调节的需要而产生的,法律的变化和发展根源于利益关系的变化和发展,归根到底根源于人们利益要求的变化和发展,“抽象的利益并不构成法律。构成法律的是要求,即真正施加的社会力量。”<sup>④</sup>法律并不创造或发明利益,而只是对社会中的利益关系加以选择,对特定的利益予以承认或者予以拒绝。

法律经济学的兴盛的理论依据便是法律和经济的辩证关系。法律是上层建筑的重要组成部分。与宗教、哲学、文化等上层建筑一样,既受制于一定的经济基础,又要反映和服务于一定的经济基础。相对而言,法律更直接一些。法律规则虽然也反映了宗教、文化、政治等方面的要求,但仍然是由经济基础决定和所要求的。追溯社会发展的历史轨迹我们可以看到,与奴隶制经济基础相适应的奴隶制法,体现了奴隶主的利益要求,形成了以奴隶制为中心的法律制度;在现代资本主义国家,法律制度是以资产阶级民主为基础的,反映了资本主义经济特点;而在以公有制为基础的社会主义社会,法律反映更多的是社会经济管理职能。

在世界经济发展到今天之时,法律更多地作用于经济领域,经济法的诞生和发展,正是这种世界经济潮流的结果。利益主体多元化,主体利益观念的增强,促使立法机关要更多地考虑个体的利益,反映个体的要求。越来越多地重视绝大多数人的需求。现代立法技术的重大变化就是全民讨论法案,正是这一历史趋势的必然结果。法律和经济关系的相互融通,是经济分析方法运用于法律学研究的前提。法律越是有效率,越能维护经济关系,越能促进经济的发展,越能满足社会的需要。现代经济是国际化的经济,国际市场一体化打破了各国的封闭状态,推动世界经济的发展。任何国家都不可能把自己关在世界市场范围之外,也没有任何一国经济不与世界经济相沟通。现代科技把各国紧密联系在一起,成为世界经济不可分割的一部分。正是这种经济的大融合,要求市场交换的规则必须国际化、统一化和明晰化。打开国门和打出国门,都对本国经济产生深远影响,都需要有法律导向。因此,立法国际化倾向越来越普遍。一个国家的立法必须参照他国立法,参照国际条约和惯例,以充分满足本国经济走上国际经济大舞台的要求。

在这种形势面前,法律不仅要符合现实,而且要更具效率。一个法律规范如何更有效地作用于社会,达到调整社会关系、维护统治阶级利益,是立法者首先要考虑的问题。在实践中,法律规范既可能促进经济的发展,也可能阻滞经济发展;既可能维持社会的稳定,也可能引起社会动荡不安;既可能提高资源的利用率,也可能破坏有限的社会资源。立法者的任务就是趋利避害,最有效、最便利地运用法律,完成立法意图。因此,既定法,特别是若干年实践经验基础上综合分析制定的法,往往会成为各国立法的范本。

例如,法国1804年制定的拿破仑法典,成为世界民事立法的范本,各国都参照、临摹。无论是法国、意大利等西欧国家,还是日本等东方国家,都或多或少地参照和引用了该法。我国清末的沈家本主持的立法活动,也曾经以此为蓝本制定了一部大清民律。参照他国立法是为了保证本国法更能发挥作用,避免走弯路。

### 三、法律经济学对我国司法建设的借鉴意义

随着我国市场经济体制的建立和健全,以法律手段调节社会经济生活的比重将不断上升,司法机关受理的案件尤其是经济案件数量及其复杂性将日益增加。法院的判决将日益显露出对资源配置和使用效益的影响。因此,实践要求司法人员不仅要学好法、用好法,而且要具有一定的经济分析法学理论知识和对法律进行经济分析的能力,从而正确地理解法律的精神,更准确地适用法律,提高办案的效率,促进社会财富的增值。

具体来说,在司法过程中,要把法律对个别主体行为的评价视角从行为主体延展至社会,换言之,将个别主体行为置于社会整体利益之中加以认识。在计划经济,以保护财富为宗旨的条件下,法律较少考虑个别主体行为的外部性,也不理会个别主体的明显损害资源的行为。然而,在市场经济条件下,根据保证资源优化使用 and 配置的目标,法律对个别主体的行为应当有新的评价角度。在这种视角中,不存在绝对与社会不发生联系的个别主体的法律行为,个人对财产使用的同时,也是全社会资源使用和配置的有机组成部分。而一切不符合全社会资源优化使用和配置的个别主体行为,在司法过程中应给予否定评价,并受到相应限制。

注释:

①平迪克、罗宾菲尔德:《微观经济学》,麦克米兰出版社1989年版,第111—113页。

②孙林:《法律经济学研究若干问题述要》,载《经济法制》1995年第6期,第2—3页。

③《马恩列斯论法》,法律出版社1996年版,第17页。

④弗里德曼(美):《法律制度》,中国政法大学出版社1994年版,第359页。

作者单位:辽宁大学法学院