



SHOUDU
FAXUE LUNTAN

首都法学论坛

(第13辑)



主编 张世君



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



SHOUDU
FAXUE LUNTAN

首都法学论坛

(第13辑)



主编 张世君



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

首都法学论坛. 第 13 辑 / 张世君主编. —北京: 知识产权出版社, 2016. 8

ISBN 978-7-5130-4408-0

I. ①首… II. ①张… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 201580 号

责任编辑: 彭小华

特约编辑: 郭广通

责任校对: 潘凤越

责任出版: 卢运霞

首都法学论坛 (第 13 辑)

张世君 主编

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号

责编电话: 010-82000860 转 8115

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

印 刷: 北京中献拓方科技发展有限公司

开 本: 787mm × 1092mm 1/16

版 次: 2016 年 8 月第 1 版

字 数: 262 千字

ISBN 978-7-5130-4408-0

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100081

责编邮箱: huapxh@sina.com

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 14.75

印 次: 2016 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

首都法学论坛

第 13 辑

本辑主编：张世君

本辑编委委员：（以姓氏拼音为序）

高桂林 金晓晨 焦志勇 李长城 李晓安 米新丽

王雨本 王德山 谢海霞 喻 中 张世君 周序中

前 言

首都经济贸易大学法学院所主办的学术出版物《首都法学论坛》自2005年出版第一辑以来，至今已十年有余。它伴随着我国法治文明与法治建设的发展而茁壮成长，坚持寻求法学理论与实务前沿的最新探索，一如既往，从未放弃。本辑继续以往的风格，收录了近期学术界和实务界的若干优秀研究成果，期待能为读者带来新的收获。

本辑《首都法学论坛》设置了“法学理论”“专题研究”“司法实务”“特稿专论”“青年学子”等栏目。在“法学理论”部分，汇聚了3篇学者的研究成果，分别研究了法治视角下的北京精神，民主的历史发展，美国酒流通入宪对我国的启示，理论分析缜密，说理论证充分，体现了作者的学术创新性和思考的严肃性。在“专题研究”栏目中，考虑到近几年来，国有企业深化改革方兴未艾，民法典制定的研究工作如火如荼，自贸区法制建设也开始引起学界注意，因此收录了5篇相关研究论文。这些文章分别对我国国有企业内部治理机制的重构、民法中代理制度的完善、保税区的法制建设、破产清算中的国家税收清偿顺位等前沿问题进行了深入探讨，许多见解颇富启迪。“司法实务”栏目针对当今我国司法实践中的几个热点进行讨论，涉及资源保护、司法改革、建设工程施工合同等，这些研究成果一个共同的特点就是采用调查研究的方法，提供了大量一手数据和资料，很有说服力，作者们尝试进行实证研究的努力也值得肯定。“特稿专论”刊发了由全国人大法工委的同志所撰写的对《国家勋章和国家荣誉称号法》的立法背景及主要内容进行解读的文章。“青年学子”栏目秉承

鼓励年轻学子从事学术研究的宗旨，刊发了3篇优秀在校研究生的研究成果。前述稿件，未必尽善尽美，也都是一家之言，供法学界各位同人批评指正。

本辑《首都法学论坛》的出版与发行得到了首都经济贸易大学法学院、知识产权出版社以及各位学者的鼎力支持。最后，请允许我们对所有作者以及帮助本书出版的有关人士表示由衷的感谢，正是由于你们的支持才有了《首都法学论坛》的进步与成长。

《首都法学论坛》编委会

2016年6月

目 录

前言 /

法学理论

法治文化视角的“北京精神”研究 吕廷君 3

民主的历史思考 刘培峰 邵小群 18

美国酒流通的入宪与判例的历史镜鉴 尚 琤 22

专题研究

政府董事：我国国有企业内部治理结构重建的切入点 肖海军 47

论共同代理 汪渊智 赵 博 65

我国私法代理制度重构的理念与原则 段 威 张善古 78

论我国综合保税区管理体制及其完善

——以北京天竺综合保税区为例 李璐玲 94

论破产清算中的国家税收清偿顺位

——基于公共利益的视角 张世君 102

司法实务

鄱阳湖砂石资源的法律保护 王柱国 陈 群 113

司法改革背景下法官自由转院模式之构建 田 源 126

建设工程施工黑白合同问题研究 赵 辉 孙恒恒 140

特稿专论

《国家勋章和国家荣誉称号法》立法背景及内容解读 陈国刚 165

青年学子

量刑证据研究 孙 锐 185

知识产权使用权出资的法律问题分析

——以专利使用权出资为切入点 李宝霞 201

我国股权众筹风险防范及法律问题研究 乔 磊 李文华 211

《首都法学论坛》征稿启事 227

首都法学论坛 (第13辑)

法学理论

.....

法治文化视角的“北京精神”研究

吕廷君*

【摘要】从法律文化到法治文化，符合人类对法文化认识的发展规律，也是法治思维发展的必然结果。法治文化对北京精神的解读是一种动态的、实践性的研究。法治文化视角的“爱国”是奠基于政治认同基础上的公民的国家责任、社会责任和职业责任及其落实；法治文化视角的“创新”是在守成与变革、传统与现代的平衡基础上的发展，既要维护制度的稳定性、连续性，又要创新社会发展的制度机制；法治文化视角的“包容”是一种基于权力与权利平等话语权基础上的对他人自由空间的尊重和行为方式的宽容；法治文化视角的“厚德”是北京精神的价值基础，它要求法治建构和公民行为都要符合德性。北京精神是一种理念，但法治思维的北京精神重在实践。

【关键词】北京精神；法治文化；爱国；创新；包容；厚德

2011年11月2日，北京市公布了“北京精神”——“爱国、创新、包容、厚德”，2016年是北京精神公布的第五个年头。这期间，我国的依法治国创新理论有了突飞猛进的发展，法治思维、法治文化等新概念、新命题在丰富和发展依法治国创新理论的同时，也为我们认识和分析北京问题提供了全新的思维视角和理论工具。

“北京精神”不是暂时性的文化现象，它的生命力在于为北京社会经济发展提供持久的精神动力，是一种常讲常新、与时俱进的文化力量。“文化力就是文化因素对经济发展和社会进步所产生的影响与作用。”^①在一定意义上，文化力就是文化生产力，现代社会发展离不开文化力的推动，“文化

* 吕廷君，中共北京市委党校图书馆馆长，北京市市情研究中心主任，北京市政府法治研究中心副主任，研究员，法学博士，主要研究方向为理论法学。

① 孙是言：《文化力：横店的启示》，人民出版社1995年版，第264页。

实力和竞争力是国家富强、民族振兴的重要标志”^①。依法治国战略背景下,法治文化视角的“北京精神”研究会促使我们思考这样一些问题:法治文化视角的“北京精神”有什么样的全新内涵?或者说法治文化理论会对“北京精神”阐释作出什么贡献?“北京精神”有没有法治意义上的文化力?“爱国”“创新”“包容”“厚德”的法治文化内涵是什么?它们的法治文化力如何表现出来?对以上问题的回答对于深入挖掘“北京精神”内涵,扩大“北京精神”内在的解释张力,使“北京精神”的文化力落地生根具有重要的理论和实践价值。

一、从法律文化到法治文化

法律文化是指人们在长期的社会实践中形成的有关法律及其现象的知识、理论、制度的总和。法律文化包括法律意识、法律知识、法律理论、法律制度和法律实践等综合性要素,是人们从事各种法律实践活动的行为习惯、行为模式和民族的、地域的传统,等等。“法治文化是指包含民主、人权、平等、自由、正义、公平等价值在内的人类优秀法律文化类型。法治文化由表层结构和深层结构组成,前者包括法律规范、法律制度、法律组织机构、法律设施等,后者包括法律心理、法律意识、法律思想体系。”^②从定义上看,法治文化是对法律文化的一种继承和发展。

法律文化与法治文化是既相互联系、又有区别的一对概念。法律文化与法治文化都是法治社会关于法及其现象的文化形态概念。但是,法律文化的定位侧重于传统法律、法制,法治文化则侧重对当下法律实施等法治实践问题的研究;法律文化是平面的、静止的,法治文化是立体的、动态的;法律文化重在形而上研究,法治文化则返回法的形而下,是形而上与形而下的结合。另外,从文化力角度看,法治文化是一种正价值的文化形态,对社会发展起着积极的推动作用,具有较强的文化力;而法律文化则是一种既包含正价值,也包含负价值的文化形态,文化力较弱。

与法律文化相比,法治文化的优势在哪里?概括起来说,作为一种积极

① 胡锦涛:《坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进 为全面建成小康社会而奋斗——在中国共产党第十八次全国代表大会上的报告》,人民出版社2012年版,第33页。

② 刘作翔:“法治文化的几个理论问题”,载《法学论坛》2012年第1期,第10页。

的、实践性的文化形态，法治文化具有自己独特的内在品性，这些品性决定着法治文化的正价值和文化力。

首先，法治文化具有现实性和理想性。人是一种实践的动物，但人又是一种不满足于现状的动物，人总想超越现实、追逐理想。因此，人们会在实践中不断总结经验、提升对实践的认识，这就是理论产生的根源。来自实践的理论既具有现实性，也具有理想性，现实性是因为实践，理想性则因着人们对未来的憧憬和对一些普适性价值（如自由、公正）的敬畏和遵从。法治文化正是人们在社会实践中不断探索和总结，在不断规划自己的理想图景中产生和发展起来的。这与法律文化注重对传统法律意识和制度的描述，注重“是什么”的静态总结具有很大不同，更重要的是，法律文化虽然也包含对法律价值的肯定，但缺少对法律价值的正当性论证以及赋予法律以正当性价值。

其次，法治文化是一种强调法律的道德理性与人文属性的文化。法治文化考量法律的道德理性，只有具有道德理性的法律才是法治文化所认可的法，也就是说，只有良法才是法治文化的法，只有良法之治才是法治文化的“法治”。“法律不仅仅是事实，它也是一种观念或概念，此外，它还是一种价值尺度。它不可避免地具有智识的和道德的方面。”^① 法律的道德理性决定着法律的人文属性。人文属性是人本属性与文化属性的结合，人文属性强调对人性关怀和对人的尊严的维护。具有人文属性的法治文化不仅关注人的自由和权利，而且关注人的自由与权利的实现。因此，我们可以说，法治文化是一种实践着的具有正当性的法律文化。

最后，法治文化是一种强调制度理性的文化。从道德理性与人文属性出发，法治文化的制度理性就得以彰显，制度必须由具有正当性的法律规制，其规则和规则之下的手段与机制必须合乎正当性和人为理性。因而，“法治文化的一个主要特征就在于程序正义和手段正当性优先，手段正当性优先最能体现一个国家或地区的法治文化，也是检验一个国家或地区法治文化程度高低的主要标志”^②。法治文化的制度理性当然地排斥人治，法治文化对“贤人政治”“哲学王之治”抱有足够的警惕，因为法治文化不相信建立在所谓“贤人”“哲学王”的个人良心、能力和智慧基础上的权力运作模式。

① 【美】哈罗德·J. 伯尔曼著：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社1993年，第665页。

② 魏建国：“法治文化：特质、功能及培育机理分析”，载《社会科学战线》2012年第6期，第205页。

人治的主体是人,正如孟德斯鸠所说,一切有权力的人都容易滥用权力;法治的主体是法律,法治是法律统治人,而不是相反。所以,法治文化是一种强调法律制度统治的文化,是一种制度理性的文化。

法治文化这些独特的品性和优势决定着其内在的强大文化力,但是,这种文化力不会自动地在法治社会生成。那么,法治文化的文化力如何变为现实的力量?或者说法治文化的品性和优势在社会实践中如何得到展示?说得更具体一些,法治文化是如何指导社会实践的呢?要回答这个问题,我们需要了解理论的基本内涵。“理论为人们提供时代水平的世界图景,从而规范人们对世界的理解和对世界的改造。理论为人们提供科学的思维方式,从而规范人们的思维逻辑和思维方法。理论为人们提供具有时代内涵的价值规范,从而塑造和引导人们的价值观念和价值追求。”^①从理论的三重内涵出发,我们认为,法治文化对实践的指导意义主要表现为以下三个方面。

一是法治文化能够为我们认识社会提供一种规范性视角。法治文化的法治理想图景其实就是法治生态的基本规划,基于基本共识之上的法治制度、理论、知识和意识为我们认识世界、改造世界提供了基础的规范性依据。

二是法治文化能够为我们提供一种规范性的思维方式,能够提高我们的思维能力。思维能力是一个人、一个群体解决问题的重要素养和能力,人们只有具备法治文化相关理论才能运用法治的思维方式,形成法治的思维习惯。

三是法治文化能够塑造我们的价值观和价值追求。法治文化对价值的认识是一种具有现实性和理想性的思路和方法,自由、平等、公正等法律价值如何排序,如何在具体的法治实践中得以落实,法治文化理论具有重要的指导和引领作用。

所以说,作为一种理论的法治文化不仅具有对实践的解释功能、指导功能,而且对于实践主体的思维能力、批判能力和建构能力的塑造也具有重要价值。基于以上分析,法治文化理论对于我们分析研究“北京精神”,深刻挖掘“爱国、创新、包容、厚德”所蕴含的法治意义,具有重要的理论价值。

① 孙正聿:“理论及其与实践的辩证关系”,载《光明日报》2009年11月24日。

二、法治文化视角的“爱国”

法治文化对人的自然属性和社会属性的认识是：人不仅是自然人，而且是公民，也就是说，人不仅是具有自然本能的动物，而且更是亚里士多德所言——人是天生的政治动物，“人类自然是趋向于城邦生活的动物（人类在本性上，也正是一个政治动物）”^①。

人是政治动物的首要准则就是尊重和关爱自己生活其中的组织，小到家庭，大到国家。因而，自从人类进入国家时代以来，“爱国”是作为政治动物的人——公民的一种高层次法律意识，是一种长期积淀形成的、具有较强文化认同和身份认同的深层次法治文化。

需要强调指出的是，政治文化认同是爱国理念和行为的一个重要基础。哈贝马斯认为，现代社会公民身份的建构，在本质上是一种争取自由和正义的政治性认同，而不是一种基于共同的语言、种族、宗教信仰等因素的政治认同。政治文化应该是一种以公共的善为取向、不能用法律强制来形成的文化，是一种公民在政治活动的参与过程中形成的文化，这种政治文化就是宪法爱国主义。宪法爱国主义可以成为国家和超国家集体认同的基础。^②简单说来，宪法爱国主义是指公民建立在对现代民族国家普遍确立的关于平等、自由权利的宪法原则的认同和忠诚基础上所形成的爱国情感和意识。“作为法律共同体的中华民族的自我认同，即中国认同，是一种以宪法为核心的法律认同，一种宪法爱国主义。”^③

我们暂且不去理会宪法爱国主义理论的正当性，仅就宪法爱国主义在爱国问题上所给予的以宪法为基础的政治认同而言，宪法爱国主义之于北京精神的分析就值得我们去研究和汲取。1997年，我国确立了依法治国战略，法治开始成为党和国家治国理政的基本方式。法治文化理论告诉我们，一个社会的依法治理，首先是所有法治行动者主要运用法治思维和法治方式为具

① 【古希腊】亚里士多德著：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1997年版，第7页。

② 王展鹏：“宪法爱国主义与欧洲认同：欧盟宪法的启示”，载《欧洲研究》2005年第5期，第115~116页。

③ 翟志勇：“中华民族与中国认同——论宪法爱国主义”，载《政法论坛》2012年第2期，第15页。

体行为,并形成社会关系。具体表现为两个方面:一是人们运用法律实现权利、履行义务而形成的私权社会;二是人们基于政治认同基础上形成的公民社会。“公民身份不仅意味着法律上的权利和义务,还意味着公民伦理的建构,这一点对现代民族国家尤为重要。所谓公民伦理,简单来说,就是公民走出自由主义所强调的私人性,投身于公共之善中,表现为对公共自由和公共福祉的追求和维护,对体现公共自由和公共福祉的法律的尊重与捍卫。”^①这种尊重和捍卫公共利益的意识、情怀和行为就是爱国主义在宪法层面上的具体体现。也正是在这个意义上,我国《宪法》第54条规定:“中华人民共和国公民有维护祖国的安全、荣誉和利益的义务,不得有危害祖国的安全、荣誉和利益的行为。”

前文所述,法治文化表现为意识和制度两个层面。爱国的意识层面主要表现为公民在政治认同基础上的热爱祖国、热爱人民的民族自豪感、自尊心和强烈的国家认同感、归属感,也就是我们通常所说的爱国情怀。爱国情怀属于意识形态,在法治文化看来,爱国情怀需要运用共同的价值观进行塑造和培养,而不是通过法律强制力形成。2012年11月,党的十八大报告指出:“倡导富强、民主、文明、和谐,倡导自由、平等、公正、法治,倡导爱国、敬业、诚信、友善,积极培育和践行社会主义核心价值观。”其中,“富强、民主、文明、和谐”是目标价值,“自由、平等、公正、法治”是制度价值,“爱国、敬业、诚信、友善”是行动价值。这十二个社会主义核心价值观成为当下我国社会政治认同的价值基础。目标价值通过制度价值落实为公民的行动价值,因而,制度价值成为核心价值体系的纽带和桥梁。“自由、平等、公正、法治”等制度价值,其实也是多数法治国家的法律价值,我们相信,这种具有普适性和文化力的价值观不仅对于我们凝聚社会力量、形成社会共识和政治认同具有重要意义,而且对于树立公民意识、规范公民行为也具有重要价值。这也正是法治文化制度层面要着力解决的问题。

从法治文化的制度层面看,爱国主要表现为三个维度:

(1) 公民的国家责任:爱国的公民责任首先表现为《宪法》第54条对公民义务的规定:维护祖国的安全、荣誉和利益的义务,不得有危害祖国的安全、荣誉和利益的行为。不仅如此,爱国的国家责任,还包括服兵役的义务、纳税的义务,不玷污国旗、国徽的义务,等等。总之,维护国家形象和民族尊严,维护国家主权、领土完整和民族团结等所有宪法义务都属于公民

^① 翟志勇:“中华民族与中国认同——论宪法爱国主义”,载《政法论坛》2012年第2期,第13页。

的国家责任，宪法责任是公民爱国的最基本责任。

(2) 公民的社会责任：爱国的公民责任还表现为维护公共利益和社会稳定的社会责任。虽然，国家与社会在西方法治经验中是二元对立的，但是，西方法治也强调良好社会秩序达成中的公民责任。在我国，国家主权、政府权威与社会秩序、公民责任是密不可分的，在这个意义上，爱国就可以具象为一种公民的社会责任。

(3) 公民的职业责任：爱国的公民责任还表现为爱岗敬业、忠于职守的职业责任。职业活动是人一生中最主要的社会活动，也是国家为每一位公民所创造的最主要的谋生方式，是公民与国家最直接的联系纽带。因此，在日常工作中，严格规范、兢兢业业工作，履行职业义务、承担工作责任，就是公民爱国的最主要、最具体的行为方式。

当然，爱国也具有一定的历史性和时代性，需要在意识和行为上与时俱进。爱国的时代性具体表现为对“国家利益”的不同理解、不同意识和不同行为等多层次、多方面的内容。当年，孙中山先生曾指出，爱国要爱中华，而不能爱大清国，爱大清国，非爱国也，实害国也。孙中山所说的爱国，爱的是“民有、民治、民享”的“中华国”，在彼时内忧外患、积贫积弱的时代背景下，“爱中华国”不失为一面极具感召力和政治认同感的爱国旗帜。历史发展到今天，中国特色社会主义道路、理论和制度是为近代以来中国历史所反复证明的不二选择，是当代中国最大的国家利益。只有社会主义能够救中国，只有社会主义能够发展中国，已经成为当代中国社会的基本共识。因此，在这个意义上，爱国的当代因素就包含着对中国特色社会主义道路、理论和制度的认同与维护，这不仅对于维护国家主权、民族团结和社会稳定具有重要价值，而且对于实现千百年来中华民族的复兴之梦也具有重要意义。

总之，法治文化视角的“爱国”包括爱国情怀和爱国行为。爱国情怀是一种建立在政治认同基础上的对国家和民族的认同感、自豪感。爱国行为主要表现为：宪法义务为基础的国家责任，维护公共利益和社会秩序为核心的社会责任，爱岗敬业、忠于职守的职业责任。

行文至此，还有一个需要回答的问题：北京精神为什么突出强调爱国精神？或者说爱国精神为什么在北京精神中占有如此重要的地位？这个问题的回答，需要我们回顾历史和分析北京的城市特点、城市定位。首先，北京是一个具有悠久的爱国传统的城市，不夸张地说，爱国已经融入北京的血脉之中。“我们说爱国是北京精神的核心，是因为爱国在北京历史长河中不仅形