

孙江主编

二十一世纪 法律热点问题 研究

ERSHUYISHIJI FALU
REDIAN WENTI
YANJIU



中国检察出版社

二十一世纪 法律热点问题研究

主 编 孙 江

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

二十一世纪法律热点问题研究/孙江编. —北京: 中国检察出版社, 2001.10

ISBN 7-80086-849-4

I. 二… II. 孙… III. 法律-研究-文集 IV. D911.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 048066 号

二十一世纪法律热点问题研究

孙江 主编

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

电子邮箱: zgjcbs@263.net

电 话: (010)68630385(编辑) 68650025(出版) 68650016(发行)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂

开 本: 850mm×1168mm 32 开

印 张: 13.125 印张

字 数: 334 千字

版 次: 2001 年 10 月第一版 2002 年 2 月第二次印刷

印 数: 1—2000 册

书 号: ISBN 7-80086-849-4/D·850

定 价: 25.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

二十一世纪法律热点问题研究

主 编	孙 江		
副主编	丁曼丽	宋庆维	梁荣茂
编 委	董志厚	刘继英	刘 蓓
	吉剑虎	廖 娟	曲林豹
	刘 炜		

前 言

现代科技的迅猛发展，使人类社会发生了巨大的变化，作为规范各种社会关系的法律本身也会随之而发展，法学热点在不断涌现。

21 世纪的中国经济发展迅速，同时又面临着西部大开发和即将“入世”，社会生活的方方面面都发生着变化，其间的法学热点深受人们的关注。如何应对经济全球化带来的挑战与难题？如何解决网络迅猛发展给现存法律造成的冲击？如何使国内的知识产权保护与国际社会接轨？如何认识加快教育投资立法对发展我国教育事业的意义等诸多法律热点问题亟需人们研究探讨。

本书内容涉及了法学基础理论、刑法、民法、经济法、国际法以及诉讼法等领域的法学热点问题。

由于时间仓促，水平有限，有些热点问题没有涉及到，有些观点也仅是作者一己之见。疏漏之处还请读者批评指正。

本书由孙江主编，丁曼丽、宋庆维、梁荣茂副主编。编委成员有董志厚、刘继英、刘蓓、吉剑虎、廖娟、曲林豹、刘炜。

本书在编写、出版过程中，得到了中国检察出版社第一书编室主任安斌同志的大力支持和热情帮助，本书责任编辑庞建兵同志为成书付出了辛勤劳动。在此，特向上述诸位同志和朋友表示衷心感谢。

孙江

2001 年 7 月于北京

目 录

实 体 法

从城市特许状看中世纪城市法的宪法特征	(1)
我国教育投资立法研究	(6)
秦朝民族区域自治法初探	(24)
论行政立法的性质和边界	(28)
论我国行政立法起草过程中的普遍参与制	(36)
略论行政公开原则	(42)
政府参与公益事业建设分析及法律适用	(51)
试论行政机关实施公益项目的行为方式、 性质及其法律适用	(57)
试析行政执法中存在的问题及对策	(63)
论最终行政裁决的司法审查	(69)
“限制活动范围”之我见	(75)
由我国民商事法律关系理论反思我国国企之发展	(83)
论他物权的新理念	(91)
试论物权行为的无因性原则	(97)
浅析安乐死行为及民事法律后果	(103)
完善政策法规 遏制家庭暴力行为	(108)
违约责任与侵权责任竞合法律制度本旨论	(114)

21 世纪专利制度的发展趋势与我国

专利法律制度的完善	(122)
刍议网上数字作品的著作权保护	(130)
专利制度的发展与中国专利立法	(136)
专利制度的发展趋势与我国《专利法》的修改	(146)
浅析“许诺销售”	(154)
现代专利制度的特点与我国的专利法律制度	(161)
关于国有企业公司化改造的产权分析	(167)
从限制经营到自由经营的转变	(176)
从正义角度解析公司法人格否认制度	(184)
略论一人公司	(189)
试论建立我国的小股东保护机制	(195)
关于董事义务的立法思考	(205)
试论我国公司法中监事会制度的完善	(211)
入世前国有独资商业银行亟须思考的几个问题	(217)
电子商务税收的必然性与可能性	(223)
试论新形势下对消费者权益的保护	(230)
会计监督权若干问题研究	(237)
论环境侵权行为的违法性	(244)
论中国古代自然资源保护法的演进	(251)
我国劳动合同制度之不足及其完善	(259)
国家主权原则与世贸组织 DSB 之协调	(264)
论完善中国的法律投资环境	(270)
试论国际投资法体系建立的法理学基础	(276)
简论航次租船合同项下的提单	(284)
多边条约缔结中议定约文的程序规则探讨	(289)
《中华人民共和国刑法》与《唐律疏议》	
惩贪立法相似性探析	(295)
“分治格局”的剖析与救治	(300)

试论刑法适用解释·····	(307)
论我国新刑法中的转化犯·····	(314)
论危害结果在犯罪构成中的作用·····	(322)
谈法人犯罪的两罚制·····	(328)
试论中国当代禁毒工作的难点与问题·····	(332)
金融诈骗罪立法模式评析·····	(339)
试论侵占罪·····	(344)
论非法所得罪的法律完善·····	(352)

程 序 篇

浅议行政行为说明理由制度·····	(356)
刑事行为和行政行为的界定·····	(363)
提起公益诉讼的必要性分析·····	(368)
论强制执行标的·····	(374)
中美民事诉讼诉答法律制度若干问题比较研究·····	(381)
最密切联系原则弊端浅析·····	(390)
罪犯权利的限制与保护·····	(396)
浅析刑讯逼供的原因及对策·····	(400)

从城市特许状看中世纪城市法的宪法特征

律 璞

一、特许状对城市自治权的确认和保护

中世纪欧洲城市在产生过程中大多依特许状获得自治权，特许状是城市独立发展的宪法依据。建立在特许状基础上的城市自治权主要表现为城市拥有独立的立法权、司法权和行政权。自治权的获得，使欧洲中世纪的城市有别于古典的城邦国家，也不同于中国古代的城市。

在城市产生过程中有大量的特许状授予城市立法权。英王亨利二世给予林肯城的特许状规定“并使彼等得知予已将林肯城人民在英王爱德华、威廉与亨利时代所享有的自由、习惯与法律赠予彼等。”^① 这一规定实际上授予林肯城独立的立法权。1127年，威廉·克里托伯爵授予圣奥梅尔的特许状规定：“根据市民们（自由民）的恳求，威廉确认圣奥梅尔的法律和习惯以及市民们所宣誓效忠的公社的独立性。”^② 在英格兰，几乎所有的政府组织都具有各自不同的政府组织形式及法律制度，依据不同的城市特许

① 《世界通史资料选辑》（中古部分），商务印书馆，1981年版，第134页。

② 伯尔曼著：《法律与革命》，中国大百科全书出版社，1993年版，第449页。

状建立。正如汤普逊所言：“市民能深思熟虑……他们制定自己的法律并服从这些法律。”^①所有这些说明，城市获得自治后享有独立的立法权。

城市还享有独立的行政权，正如汤普逊所言：“城市应有它的行政官、它的团体印章、它的市政厅、它的钟楼，这一些都是它独立的象征。”^②城市的行政权往往通过特许状得到确认。在拉昂，每个地方的行政机关都是由市民贤达提名并通过全体民众选举产生的人形成的小团体组成。十二世纪，法国南部比较富庶的城市，往往用金钱向领主购买自治权，获得特许状，并因此有了自治的市议会，选举管理人，组成自己的政府形式。在德国，每一个获得自治的城市都有自己的行政机关来管理必要的公共防御和公共秩序。

中世纪的城市还享有独立的司法权。各城市都有自己的城市法院，其职权是审理城市内的诉讼案件，城市法院所作的判决是终审判决。城市的司法权大多通过特许状得以确认。1182年，腓力·奥古斯都授予博韦城的特许状规定：“我们（国王）赞同并确认公社同等者所持的正义，所作出的裁判。”^③这一内容肯定了城市的司法独立权。英王亨利二世给予林肯城的特许状确认林肯城享有独立的司法权。

中世纪，欧洲的大多数城市通过特许状获得独立的立法权、行政权和司法权。特许状对中世纪欧洲城市自治权的确认和保护，为自治城市、半自治城市和城市共和国制定自己的法律提供

① 汤普逊著：《中世纪经济社会史》（下册），商务印书馆，1963年版，第427页。

② 汤普逊著：《中世纪经济社会史》（下册），商务印书馆，1963年版，第425页。

③ 伯尔曼著：《法律与革命》，中国大百科全书出版社，1993年版，第444页。

了依据。由特许状所代表的城市法的宪法特征因此表现出来，如同我们今天的一切法律都依据宪法制定一样。

二、特许状对市民权利的确认和保护

城市特许状在确认城市自治权的同时对市民权利进行广泛的确认和保护，使市民获得市民权。市民权的获得标志着市民阶级作为一个独立的阶级，得到法律的确认。“自治市取得自治及独立的地位之后，于是全欧洲各地市民之地位，亦渐趋平等。当时有一种极普通之现象，即一般皆力求将贵族与骑士等阶级，排除于城市之外，又使半自由之技工劳动者或工奴成为完全自由人之地位。”^① 城市特许状是城市法律规定市民权利的重要依据，因而有着鲜明的宪法特征。

特许状首先确认了市民的政治权利也即选举权与被选举权。诺曼征服后，威廉发给伦敦城的一份特许状规定从前由国王任命的掌握政权的两名“城镇长官”从市民中选举产生。亨利一世于1129年授予伦敦城的特许状规定：“市民们……应从他们当中选择任何人任命为法官来受理王室诉讼和所发生的与他们相关的诉讼。”^② 1200年，国王约翰颁发给伊普斯威奇城的特许状规定：“市民们应当通过公众会议选出两位恪守法律、谨慎持重的本城人，并把他们荐举给财政署的首席法官，他们应当完满而忠实地恪守前述伊普斯威奇城的督察官员职位。经该城公众会议，将选举四名恪守法律、谨慎持重的市民掌握王室诉讼以及其他与王室有涉的事务。并监督城市长官，使之公正地合法地对待穷人和富

① 蒙罗斯密著：《欧陆法律发达史》，台湾商务印书馆，1974年版，第177页。

② 伯尔曼著：《法律与革命》，中国大百科全书出版社，1993年版，第463页。

人。”^①

特许状在规定市民政治权利的同时还用大量条款规定公民的人身权利。自从获得城市宪章“城市公民就成为自由民了”。^②在英格兰：“从亨利一世时代起……市民权还仅仅是一种土地所有权……它是一种市民身份和法律身份。”^③路易六世在赐予洛里斯的特许状中规定：“任何人只要在城里平安生活一年零一天。便可获得自由，以前的主人不得对他提出任何权利主张。”^④特许状对市民资格的确认具有十分重要的意义，逃入城市的农奴获得市民资格，有助于减轻农奴的人身依附，使他们在法律上成为一个真正的自由人。在确认市民资格的同时，中世纪城市特许状还十分重视保护市民的人身权利。1182年，腓力·奥古斯都授予博城的特许状规定：“若任何宣誓效忠公社者的权利遭受侵犯，并向公社的同等者提出权利主张，那么，除非侵权者遵循判决、提供补赎，公社同等者就应对侵犯者的人身或财产作出处理。若侵权者逃匿，公社同等者应从他的财产，他的人身或从他所逃往的人那里获得赔偿。”^⑤该规定在保护市民财产权的同时规定了对市民人身权的保护。中世纪，还有许多城市特许状规定市民未经法律程序不受逮捕和监禁，禁止用人身拘禁来抵偿债务，穷人和富人受同样的审判等。

① 伯尔曼著：《法律与革命》，中国大百科全书出版社，1993年版，第464页。

② 汤普逊著：《中世纪经济社会史》（下册），商务印书馆，1963年版，第420页。

③ 伯尔曼著：《法律与革命》，中国大百科全书出版社，1993年版，第461页。

④ 伯尔曼著：《法律与革命》，中国大百科全书出版社，1993年版，第446页。

⑤ 伯尔曼著：《法律与革命》，中国大百科全书出版社，1993年版，第443页。

特许状十分重视保护市民的经济权利。主要是对市民财产所有权进行法律保护。1120年,察灵根的康拉德公爵公弗赖堡颁发的特许状规定:“每一个市民必须有一块宽50英尺长100英尺的土地,他们只须为此每年付一先令租金。他们应享有牧场、森林、河流的使用。”^① 特许状还规定市民享有免税权。1200年,国王约翰颁发的伊普斯威奇城特许状授权免除伊普斯威奇市民的通行税、摆摊税、度量税、桥梁税以及整个陆地和海港的所有其他关税。路易六世授予洛里斯的特许状明确了房屋和土地租金的最高限度,免除土地税和各种其他税收。限制通行税、关税和其他应付款项。亨利二世于1100年—1135年授予维尔纳叶的特许状规定:“市民在头三年内不负担所有的进口关税,并且永远不负担诸如满足个人生活需要的食品、衣物等的关税。”^②

特许状通过规定市民的政治权利、人身权利和经济权利,使市民获得广泛的自由。市民的自由身份又为城市注入活力,极大地促进了城市经济的发展。

总之,城市特许状是最早的近代成文宪法。其宪法特征通过对城市自治权的确认和对市民权利的保护表现出来。依特许状建立的城市的组织体系在某些方面与当代宪法体系相似。行政、立法、司法三机关互不隶属,相互制约为后世“三权分立”的宪政体制奠定了基础。规定市民权利的特许状,包含着市民的参政权和其他权利具有宪法性法律的特征。特许状由于具备宪法特征因而相对于其他法律如城市刑法、工商管理法而言则具有“母法”的特征。

(作者单位:西北政法学院)

① 伯尔曼著:《法律与革命》,中国大百科全书出版社,1993年版,第454页。

② 伯尔曼著:《法律与革命》,中国大百科全书出版社,1993年版,第448页。

我国教育投资立法研究

孙 江

1995年9月1日,《中华人民共和国教育法》(以下简称《教育法》)实施,标志着我国进入全面依法治教的新时期。

《教育法》是我国教育事业的基本法,就教育的根本性、全局性的重大问题作出了基本规范。但是纵览《教育法》全文,“关于教育投入与条件保障”这样重要的部分,却仅做了原则性的规范。这是远远不能适应我国国情的。我国是个“穷国”却办了世界上最大规模的教育,解决好教育发展与经费不足问题变得尤为重要,否则,不仅会制约我国教育的发展,甚至会影响整个经济发展和社会进步。最终用法律手段规范我国的教育投资,成为当务之急。

一、加强教育投资立法的必要性和可行性

教育投资立法是我国社会主义教育立法体系中不可缺少的重要组成部分。教育投资良好的运行环境和运行态势是教育事业健康发展的根本保障。为此,加强教育投资立法有着深刻的社会背景,反映了现代社会的基本特征,也是教育发展的客观要求。

(一) 教育投资立法的必要性

1. 加强教育投资立法是我国教育投资适应教育发展状况的需要。

“八五、九五”期间,我国教育经费投入虽然有了持续、稳

定、快速增长,但从实现保障教育经费足额供给方面看,还存在值得注意和深思的问题:

(1) 政府的教育投入与《中国教育改革和发展纲要》、《中共中央、国务院关于深化教育改革全面推进素质教育的决定》中提出的目标相比尚有相当差距。

(2) 教育经费短缺状况没有缓解,部分地区财政拨款及城乡教育费附加的欠拨和挪用,更加剧了经费短缺的矛盾。

(3) 地区间教育投入差距进一步拉大。

2. 加强教育投资立法,运用法律规范教育投资是依法治国、依法治教大形势的要求。

法制建设是国家现代化建设的重要组成部分,是实现现代化的必要保证。随着社会主义市场经济体制的建立,社会主义民主法制的逐步推开,运用法律规范社会各个领域的行为,成为必然。实行和坚持依法治国,就是使国家各项工作逐步走上法制化和规范化。运用立法手段规范教育投资,保障教育事业的发展,是依法治教的必然要求,是实现依法治国,推动经济持续、快速、健康发展和社会全面进步的要求。

3. 现实中的投资主体和投资行为迫切需要适应形势的教育投资法的出台。

随着社会主义市场经济的发展,教育投资渠道也发生了重大变化,社会向教育投资的方式趋于多元化。但与此同时,也不同程度地出现了投资行为不规范,甚至投资行为混乱的现象。例如,以营利为目的的投资,导致了乱收费、高收费;由于投资主体的权益得不到保障,致使其积极性受到严重挫折;由于投资主体的权利义务不明确,致使其与有关单位发生纠纷,甚至对簿公堂,等等。究其根源,都是因为教育投资问题尚未纳入国家法律规范的轨道。要解决这些问题,就必须加快教育投资立法的进程,这是我国教育投资现实的迫切需求。

4. 运用立法手段规范教育投资是国际惯例。

为了确保教育经费,世界许多国家都在教育立法中做了规定,特别是一些发达国家都根据本国教育发展的需要,制定了教育经费法。从立法形式上看,大致包括:美式的宪法性教育经费法、日本式的教育基本法、英国式的教育经费改革法以及法国式的教育经费专项法。从立法主要内容看,主要包括:教育经费原则、教育经费的来源、教育经费的分配和使用、教育经费的管理和审计以及教育经费的改革等内容。

(二) 教育投资立法的可行性

1. 教育投资立法的社会基础已经具备。在激烈的国际竞争中,一个国家的经济实力起着决定性的作用,而经济竞争的实质是科学教育的竞争。在重视“科教兴国”的世界性潮流中,各国都在着眼于立国之本的教育。这是由于无论从保持国家的尊严与安全来看,还是从确保一个国家在国际上的经济竞争力来看,教育的发展都是不可缺少的,这已成为共识。我们的党和国家也越来越重视教育的发展,越来越重视教育投资的问题。十四届五中全会提出了“科教兴国”的战略。为了确保教育投入持续、快速、稳定增长,《中国教育改革和发展纲要》及其《实施意见》、《教育法》和《中华人民共和国国民经济和社会发展“九五”计划和2010年远景目标纲要》都对教育发展目标和教育投资做了相关规定,从中央到社会各界都越来越关注教育及教育投资问题。通过立法解决教育投资问题,已经有了很好的社会基础。

2. 教育投资立法的法律基础已经成熟。我国宪法和《教育法》已确立了保障教育事业优先发展、保证公民平等受教育权、鼓励各方面依法办学等基本原则,同时从总体上就教育投入的基本规则做了规范,为教育投资立法提供了法律基础。

3. 教育投资立法的经济基础已经具备。“九五”期间,国民经济保持稳定而又较快的发展。国家经济实力增强,加大教育投资量的经济基础已经具备。

4. 关于教育经费投资立法的理论基础日趋成熟。我国对外

开放以来,加强了与发达国家的交流,吸取了国外先进的教育投资立法经验,同时,国内教育领域和法学领域的专家、学者也越来越注重教育投资立法理论方面的研究,为教育投资立法做了较好的理论准备。

二、教育投资法的特征与作用

(一) 教育投资法的特征

教育投资法就其所规定的内容和调整关系的范围而言,是属于行政法性质的法律,也是实体性质的法律,因此,它具有法律的基本特征。

1. 是由国家制定或认可的,具有国家意志性,是统治阶级意志的体现。

法是由国家制定或认可并以国家强制力保证其实施的行为规范的总和。法律在本质上是统治阶级意志的表现。由立法机关制定,和立法机关对早已存在的行为规范赋予法律效力,是法律产生的两种途径。这集中说明法律是以国家意志的形式出现的,国家意志性是法律的基本特征之一。而统治阶级意志的其他表现形式,如通过道德、宗教、文学艺术等许多表现形式,但这些表现形式都不具有国家意志的属性。

教育投资法就是由国家制定的调整我国教育投资活动中各种关系的规范性文件的总和。不是由国家制定或认可的有关教育投资行为规范,如学校内部的财务制度等都不是教育投资法。

2. 是一种社会规范。规范即模式、规则之意。日常生活中有各种各样的规范,教育投资法律规范也是社会规范的一种,它是统治阶级从自己的整体利益出发,通过国家调整人们社会关系的比较定型和基本的行为规则,具有规范性、概括性和可预测性的特殊的社会规范。

3. 教育投资法是规定人们权利义务的行为规范。教育投资