

法苑漫步

中央纪委监委机关青年干部法学论文集



中国方正出版社

D649-51

法苑漫步

——中央纪委监察部机关青年干部法学论文集



中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法苑漫步: 中央纪委监察部机关青年干部法学论文集/北京: 中国方正出版社, 2005.1

ISBN 7-80107-708-3

I. 法… II. … III. 法学探讨—中国—青年干部论文集
IV. D649-51

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 070812 号

法苑漫步

——中央纪委监察部机关青年干部法学论文集

责任编辑: 邹楠

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560950 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 66169429 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 航远印刷有限公司

开 本: 890 毫米×1240 毫米 1/32

印 张: 17.625

字 数: 370 千字

版 次: 2005 年 1 月第 1 版 2005 年 1 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-708-3

定价: 35.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

目 录

我国宪法司法化问题的若干思考	吕奎龙(1)
浅析正当防卫制度及无限防卫权	赵 锋(10)
自然人受贿犯罪的共同犯罪问题研讨	刘华斌(17)
浅谈国家工作人员与其家属共同受贿的认定	陈艳红(24)
贿赂犯罪完善立法之我见	刘志忠(28)
受贿罪的立法完善	
——论“为他人谋取利益”	崔 巍(34)
巨额财产来源不明罪若干问题探研	孙维国(43)
票据诈骗罪构成之研究	王九成(51)
浅议无权处分	王深远(60)
善意取得制度的构成要件初论	邢 波(69)
物权请求权性质的价值分析	李慧海(76)
浅论撤销权	朱 震(80)
略论缔约过失责任	王 晗(88)
关于侵权行为法中惩罚性赔偿规则之思考	张其国(96)
加强诚实信用建设 发展社会主义市场经济	王海峰(101)
论国有资产权利主体及其	
对我国国企改革的影响	李江玲(108)
试论关联交易与公司法规制	黄晓峰(116)

论电子商务对传统法律的挑战和

我国立法模式之选择..... 谢忠晟(124)

简论政策性银行的法律地位..... 梁 丹(131)

论我国《商业秘密保护法》之专门立法

——反不正当竞争理论和产权理论的

比较分析..... 张 新(139)

论构建我国现代经济法基础理论的

几个基本问题..... 孙 彤(147)

简论我国未注册商标的法律保护

——以《商标法》为出发点..... 何 辉(155)

浅谈特许经营的知识产权保护..... 马寅明(161)

商品房预售合同刍议..... 逢 波(169)

清算中公司的法律地位..... 李秋昌(178)

试论最密切联系原则..... 曲 直(185)

浅论 WTO 规则与中国经济法..... 郭惠芳(192)

浅谈反致制度在中国的有限适用..... 原晓红(199)

行政法中的比例原则..... 雷 勤(207)

试论我国依法行政面临的困难和对策..... 刘熙颖(214)

论行政许可的监督..... 牟震华(220)

对行政处罚自由裁量权的法律控制..... 聂新鑫(229)

给付行政若干原则刍议..... 秦 黎(234)

浅论行政机关违法许可应承担的法律责任..... 段春曦(244)

论我国行政处罚法的基本原则..... 周天翔(249)

行政相对人“知情权”的概述与构建..... 马 威(256)

浅论无罪推定与我国刑事诉讼	杨朝晖(262)
建立和完善侦查程序中的权利保障机制	段立东(270)
论沉默权	胡今扬(277)
浅议“沉默权”	火照辉(285)
沉默权在中国应尽早确立	张瑞君(293)
辩护权的定位分析	张建军 成文斌 张 翼(301)
辩诉交易与我国刑事诉讼程序若干制度之完善	白 丹(311)
留置盘问应纳入刑事诉讼强制措施	李政国(319)
关于判决理由的思考	李 国(326)
浅论完善我国刑事诉讼的证据种类	林则勇(333)
简论刑事诉讼的证明标准	张 程(339)
建立受贿犯罪特殊证据规则的思考	徐良仙(346)
论民事诉讼中的举证责任	孙宝祝(352)
我国民事诉讼中的陪审制度	邱丽娜(360)
浅谈民事证人出庭作证制度的完善	李佰平(368)
从“利害关系”入手正确认定	
行政诉讼原告资格	刘 磊(375)
论司法审查中的原告起诉资格	韩 智(382)
浅论行政诉讼法中的举证责任制度	徐 标(390)
行政裁定制度浅论	宋晓岚(398)
秦朝法家化政治司法制度评析	宋民宝(404)
试论汉代司法制度的儒家化	史文杰(413)
浅评清末预备立宪	唐 军(419)
古典自然法思想再认识	刘 锦(427)

试论依法治国与实事求是·····	权五奎(436)
法治和德治并举 从源头上治理腐败·····	陈江华(442)
权力制衡与法治和民主的关系刍议·····	罗礼平(448)
论权力授予、配置、运行和监督制约中	
存在的问题·····	赵 晖(457)
浅谈美国地方自治的监督·····	郭 振(463)
论法律监督的权利与权力·····	吴泽刚(469)
纪检监察查办案件中电子证据使用初探·····	刘 斌(477)
浅析党纪政纪案件的证明标准·····	高玉洁(482)
解读“涉法上访”·····	唐学智(489)
纪检监察机关处理违纪所得利益工作	
有关问题浅析·····	刘汝鹏(497)
中国内地与香港、澳门构建自由贸易区初探 ·····	孙润国(505)
《中国共产党纪律处分条例》溯及力问题初探·····	赵 煜(512)
略论扶贫工作的法制建设·····	李迎春(521)
关于法律全球化的几点思考·····	林家柏(529)
对《联合国反腐败公约》的初步探讨·····	何 平(535)
浅论新闻舆论监督与政治公开、司法公正 ·····	曹亚军(543)
试论司法公正的实现途径·····	玄洪云(550)

我国宪法司法化问题的若干思考

吕奎龙

宪法的司法化是指宪法在司法领域内被普遍尊重,并经由法院加以适用的过程^①。自美国以马伯里诉麦迪逊案建立违宪审查制度,开创宪法司法审查制度的先河以来,宪法司法化的观念已经逐步为世界各国所接受,绝大多数国家的宪法进入了诉讼程序。宪法的司法适用,已经成为当代宪法发展的重要趋势之一。与此形成反差的是,我国的宪法还只是停留在纲领性文件的意义上,没有得到应有的司法适用。宪法是国家的根本大法,它不能司法适用与我国建立一个法治国家的要求是不相适应的。

一、我国宪法司法化的障碍

从世界范围来看,宪法司法化已经成为各国实行宪政的基本理念,宪法进入诉讼已是非常普遍的司法实践。然而在我国,宪法至今几乎被排除在司法领域之外,这不能不说是我国法治建设进程中一个很大的障碍。究其根源,妨碍我国宪法司法化的因素主要有以下一些:

1. 传统的宪法观念

我国传统的宪法观念只是片面的从宪法的政治属性来理解其

^① 谢维雁:《论宪法的司法化》,载《西南民族学院学报(哲学社会科学版)》,2000年第12期。

地位和作用，只强调其政治性，只将宪法看作是根本法，即规定了国家的根本制度和根本任务，看作是“治国安邦的总章程”，是一种政治宣言，而忽略了宪法作为“法”的根本属性——法律性。因此，传统法学往往否定宪法的规范性，认为宪法只是一般的纲领性、原则性的文件，不能像普通法律那样为人民法院审理案件所直接引用，而只有通过一般法律才能实现。这种传统的宪法观念“离开宪法的法律性来谈宪法是根本法，就必然会使宪法成为空中楼阁，远离人们的生活，原理法院的审判工作，不可能使宪法得到司法化”^①。

2. 宪法本身的缺陷

首先，宪法中没有关于宪法司法化的规定。迄今为止，我国先后制订的四部宪法都没有明确规定法院可以而且应当适用宪法。现行宪法仅限于立法方面通过“依据中华人民共和国宪法……制定本法”所表现出来的对法律的适用性，没有规定其直接适用性。这使得人民法院在实践中没有依据引用宪法条款或运用宪法原则去审查法律法规等规范性文件的合宪性，也不能受理和审理当事人以宪法为依据提起的宪法诉讼案件。

其次，宪法条文缺乏可操作性。主要表现在两个方面：一是宪法中关于经济、社会、文化政策的规定占了很大篇幅，宪法内容的政策化，使宪法条文太过原则，很难适用；二是宪法规范的结构不完备。法律规范应包括假定条件、行为模式和法律后果三个部分。但我国宪法只规定了权力机关、行政机关、司法机关的职权，却没规定不依宪执行职权的责任，没有规定违宪构成和违宪责任，没有将违宪行为作为法律责任予以追究的规定，使人们养成“不怕违宪、只怕违法”的潜在意识。

^① 王磊著：《宪法的司法化》，中国政法大学出版社2000年版，第2页。

3. 宪法适用机关的问题

我国宪法规定,全国人大及其常委会负责监督宪法的实施。但对于宪法司法化来讲,存在四个问题:一是全国人大及其常委会不是专业的司法机关,其进行的违宪审查活动难以纳入宪法的司法化范畴;二是制度上的不合理性,全国人大是宪法的制定机关,全国人大常委会是全国人大的常设机构,由它来负责对自己制订的宪法进行违宪审查,违反了“不得作为自己案件法官”的基本法治原则。三是在程序上,全国人大及其常委会没有设立专门承担宪法监督的日常工作机构,没有宪法监督的程序规定。四是在实践的可能性上,违宪审查专业性强,工作量大,全国人大常委会担负着立法及其他众多职能,没有更多的精力对所有法律法规进行合宪审查,更不可能受理具体的违宪诉讼。这也是我国迄今没有进行过违宪审查的原因之一。

4. 早期宪法实践的不利影响

1955年7月30日最高人民法院在(研)字第11298号《最高人民法院关于在刑事判决中不宜援引宪法作论罪科刑的依据的复函》中认为,宪法在刑事方面并不规定如何论罪科刑的问题,因此在刑事判决中宪法不宜引为论罪科刑的依据。这是新中国关于宪法是否可以进入诉讼的最早的一个探讨,遗憾的是它以高法批复的形式否定了宪法进入诉讼。1986年10月,最高人民法院给江苏省高级法院“关于制作法律文书应如何引用法律规范性文件的批复”(法(研)复〔1986〕31号)则更明确,无论刑事、民事判决,宪法均被排除在引用的范围外。这两起关于宪法是否进入诉讼的司法解释阻断了对我国宪法法律性认识和实践的道路,对宪法司法化实践产生了非常不利的影响。

二、我国宪法司法化的必然性

1. 宪法司法化是宪法本身的要求

首先，它由宪法作为国家的根本大法的地位决定的。宪法的性质决定了需要由专门的司法机关来判定国家机关、政党、其他社会组织及个人是否违宪，法律、行政法规、地方性法规、行政规章是否与宪法相抵触。这是现代国家推行宪政的一般手段。其次，它是宪法法律性的必然要求。宪法作为法，与其他法律一样都有一个共同的属性，就是法律性，包括规范性、可操作性、强制性、普遍性、可诉性等。因此，宪法的司法适用性是宪法法律性的本质要求和体现，宪法的司法化是宪法获得实在法性质的根本标志和途径。再次，它是树立宪法权威的需要。目前我国公民的宪法意识普遍较低，这与宪法距离普通公民远，不能帮助普通公民解决一些具体问题，因而感受不到宪法的价值和作用有关。只有当宪法像普通法律一样，当普通公民的基本权利受到侵犯时可以被用来保护自己，可以被法院和律师引用到诉讼中来，真正成为公民捍卫自己合法利益的法律武器，这样的宪法才具有生命力，才能成为每个公民生命的一部分，最终在公民中树立起真正的权威。

2. 宪法司法化是实现法治的要求

法治意味着法律（当然包括宪法）的普遍适用和至高无上；法律平等地约束社会一切成员的法治原则必须经由公正的司法活动来贯彻实施^①。所有法律包括宪法都具有可诉性，是法治社会的基本特征。宪法司法化在实现法治上有以下作用：第一，宪法规范因其作为根本法的特殊性，比较原则、抽象，其适用性表现在两个方面，一是制定其他法律法规的依据，二是宪法规范在有

^① 王利明：《也谈依法治国》，载《法学评论》1999年第2期。

具体内容(比如公民权利)时,可以成为司法适用的依据,没有具体内容时,其原则精神也可以指导司法实践,成为判案的依据。第二,宪法实行最终裁决权。宪法至上是法治的第一要义,但这并不是仅仅表现在它规定了国家根本制度和公民的基本权利义务,更重要的是宪法是一切行为的最终裁判的依据。第三,有助于解决法律冲突、弥补法律漏洞,促进法制统一。我们应看到,我国的法律体系还很不健全,很多方面还只有宪法的原则性规定而没有普通法律加以保障,这种情况下,如果仅仅依靠部门法等普通法律来保障宪法实施,显然是不够的。为保障宪法的全面实施,人民法院可以通过适用宪法,运用宪法条文的概括性和原则性来弥补普通法律的漏洞。

3. 宪法司法化是保障公民基本权利的需要

保障公民的基本权利是宪法最基本最核心的价值所在,公民所享有的各项权利和自由都是宪法所赋予的,必然要有相应的保障机制。列宁曾指出,宪法是一张写着人民权利的纸。宪法赋予公民一系列基本权利的同时,也赋予其相应的诉权,即当其权利受到侵犯时获得国家公权力救济的手段。如果公民不能依据宪法提起诉讼,法院不能依据宪法判定公民的基本权利是否被侵犯,那么,处于优势的国家机关可能因缺乏国家强制力的威慑而违法行使职权,宪法对公民的基本权利的保障也只是一纸空文。

我国宪法广泛规定了公民的基本权利,但在保障公民的基本权利和自由方面却不尽如人意。典型的表现就是社会上存在大量侵犯公民宪法权利的现象,而宪法却不能给予最终的救济。如2003年8月份北京各报刊报道的一大学毕业生因长相丑陋而被拒绝录用工作的事件,完全侵犯了该大学生劳动的权利。前几年的浙江医科大学不招收吸烟学生的决定,侵犯了吸烟学生的受教育权。类似这样的问题很多,但都没有在普通法律中加以规定,

无法进行保护。这些权利又都是宪法赋予公民的基本权利，如果宪法不进入诉讼，人民法院将没有依据对这些案件作出公正、合理的处理。

三、我国宪法司法化的探索

虽然我国传统的学术界和司法界普遍认为我国的宪法不具有司法适用性，但宪法司法化的呼声已越来越高，而且，在司法实践上已经有所萌芽，走到了理论的前面。目前我国各级人民法院使用宪法作为案件审理依据的司法实践已有多例。比如，1988年10月，最高人民法院根据天津市高级人民法院〔1987〕第60号就张连起、张国莉诉张学珍损害赔偿纠纷案的请示报告，作出了《最高人民法院关于雇工合同“工伤概不负责”是否有效的批复》，批复称：“对劳动者实行劳动保护，在我国宪法中已有明文规定，这是劳动者所享有的权利。张学珍、徐广秋身为雇主，对雇员理应依法给予劳动保护，但他们却在招供登记表中注明‘工伤概不负责’。这种行为既不符合宪法和有关法律的规定，也严重违反了社会主义公德，应属于无效的民事行为”^①。这一批复中所指的“我国宪法中已有明文规定”，实际就是《宪法》第42条“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。国家通过各种途径，创造劳动就业条件，加强劳动保护，改善劳动条件，并在发展生产的基础上，提高劳动报酬和福利待遇”。这是我国司法实践中第一次引用宪法条文作为判决案件的依据，表明我国宪法条款可以作为人民法院判案的依据，开创了我国宪法司法适用性的先河。

此外，在已有的判例中，还有一些适用了宪法的条文。王玉

^① 孙宪钟、邹恩同主编：《中华人民共和国司法解释全集》，中国法律年鉴出版社1997年版，第1406页。

伦、李尔嫔诉蔬菜村村民委员会侵权纠纷案^①引用了《宪法》第48条关于“男女平等”的宪法原则；王发英诉刘真及《女子文学》等四家杂志社侵害名誉权纠纷案和钱某诉屈臣氏日用品有限公司侵犯人格尊严和名誉权案，都引用了《宪法》第38条关于“中华人民共和国的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害”的条款。

以上的这些案件都不同程度地适用了宪法，是我国宪法司法化的有益的尝试。但是，又都有明显的局限性，比如，都仅涉及公民的基本权利问题；多数不直接引用宪法条文，而是笼统的“根据宪法的精神”；作出判决时往往不是仅依据宪法而是找一个具体法律一并进行。因此，这些案件并不代表真正意义上的宪法司法化，真正使宪法司法化，还需要从根本上解决问题。

四、我国宪法司法化需要解决的问题

1. 树立新的宪法观念

宪法司法化包括两个基本前提：一是宪法是可诉的，即宪法能够直接用于审理和解决具体的宪法争议纠纷；二是宪法具有最高的法律效力，即其他的一切规范性文件和行为都不得与宪法相抵触。这两个前提说明了违宪存在的可能性和解决违宪案件的法律依据和法律适用。由此可见，与宪法司法化相适应的宪法观念应该是宪法首先是真正的法，其次才是根本法。宪法的可诉性和违宪案件存在的可能性就是宪法司法化的最根本的理由。

鉴于我国传统的宪法观念只片面地认识宪法，从而导致在思想认识上否定宪法司法化的观念，以至宪法至今没有得到司法化。所以确立这种正确的与宪法司法化相适应的宪法观念对我国

^① 喻敏：《论男女平等的宪法原则在“民事领域”内的直接效力》，载《中国法学》1995年第6期。

宪法司法化来说是相当关键的。这可以使我们首先在思想认识上接受宪法司法化的观念。因此,确立正确的、与宪法司法化相适应的宪法观念是我国宪法实现司法化的前提条件。

2. 修订胜任诉讼的宪法文本

宪法进入诉讼,从理论上讲需要具备规范性、控权性、可操作性、强制性等几个基本条件。我国传统的宪法,包括现行宪法,都带有强烈的政治色彩,包含了大量关于政治制度、经济制度甚至精神文明建设这种属于道德领域的规定,而且这些规定都是做了宣言性的规定,讲了应当做什么,而没有像法律规范一样存在假设、行为、后果这样严谨的结构,严重削弱了宪法的法律性,使我国宪法更多的像一部政治宣言而非国家根本法。因此,必须对现行宪法加以必要的修订:

(1) 减少带有政治宣言性质的内容,突出宪法的规范性。可将必要的宣言性内容放到序言中去,在正文中充实宪法规范。

(2) 大量增加权力行使及权力牵制规则。现行宪法只进行了权力的分配和宣告,而对权力如何行使,如何限制权力滥用,如何建立权力的制约机制,都缺乏规定。因此需要在修订宪法过程中建立和完善权力运行程序的规范。

(3) 增加公民基本权利保障的规定。我国现行宪法宣告了我国公民享有广泛的自由和权利,但是宪法规范中缺乏如何保障公民这些权利的规定。没有保障机制,公民的基本权利就无法实现。

3. 建立合理的宪法司法机构

实现宪法司法化,必须要有专门的宪法司法机构和相应的程序规则。虽然我国宪法规定,我国的全国人民代表大会和全国人大常委会是监督宪法实施的机构,但这种监督属于立法权上的监督权,一般不涉及个案,不是应用宪法处理具体案件的专门活

动,不是解决特定的人或事的具体纠纷的,因此不属于宪法上的适用。

宪法司法化,真正进入诉讼,必须解决以下问题:有关违宪审查应如何启动、谁可以针对宪法争议提起审查、应按照什么程序、应以什么方式提起审查、应向哪个机构提起审查等。但在我国的宪法实践中,这些问题都还没有涉及,因此要实行我国的宪法司法化,必须建立名副其实的宪法司法机构和设置一套科学的程序。

关于建立什么样的宪法司法机构,学术界有各种主张,有的主张设立独立的宪法法院,有的主张由最高法院来行使违宪审查权,有的主张设立宪法委员会与最高人民法院违宪审查厅并行的复合审查制度。结合我国国情,个人认为,建立独立的宪法法院是比较切实可行的。

(作者单位:中央纪委监察部第五纪检监察室)

浅析正当防卫制度及无限防卫权

赵 锋

1997年《刑法》第20条规定：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。”

正当防卫明显超过必要限度，造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。

对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。”

一、正当防卫

该条第1款规定了什么是正当防卫以及正当防卫不负刑事责任的规定，根据这款规定，实行正当防卫应具备以下三个条件：

(1) 实施防卫行为的目的必须是出于使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受不法侵害的正当动机。(2) 防卫行为所针对的不法侵害必须是正在进行的，对尚未开始实施或者已经停止或结束不法侵害的不法侵害人不能采取正当防卫行为。(3) 实行正当防卫行为的直接目的是制止不法侵害，因此正当防卫行为应当是制止不法侵害的行为。即实行防卫以制止住不法侵害行为为限，不法侵害的行为被制止后，不能继续采取防卫行为。根据正当防卫实施的条件，我们应怎样理解、适用第