

和谐社会构建中的 法律问题研究

HEXIE SHEHUI GOUJIAN ZHONG DE FALU WENTI YANJIU

◆ 主编 / 杨玉凯 单春晓

吉林人民出版社

和谐社会构建中的 法律问题研究

主 编 杨玉凯 单春晓
副主编 吴 钧 熊跃敏 陶国礼

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

和谐社会构建中的法律问题研究/杨玉凯,单春晓主编.

—长春:吉林人民出版社,2006.6

ISBN 7-206-05048-4

I.和… II.①杨… ②单… III.社会主义法制—研究—中国

IV.D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 065005 号

和谐社会构建中的法律问题研究

主 编:杨玉凯 单春晓

责任编辑:吴兰萍 封面设计:孙 丹

吉林人民出版社出版 发行(长春市人民大街 7548 号 邮政编码:130022)

印 刷:长春市华艺印刷有限公司

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:10 字数:250 千字

标准书号:ISBN 7-206-05048-4

版 次:2006 年 6 月第 1 版 印 次:2006 年 6 月第 1 次印刷

印 数:1-1 000 册 定 价:22.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

序 言

在科学发展观的引领下,在社会主义和谐社会的建构中,沈阳师范大学法学院在原法律系的基础上成立了!

沈阳师范大学法学专业创办于1993年,法律系成立于1995年。十多年来法律系从无到有、从小到大,走过了一个不平凡的发展历程。值此法学院成立之际,有必要对法律系的发展历程作简要的回顾。

沈阳师范大学法学专业是1993年4月经省教育厅批准成立的,这使得我校多年来的政教系改为政法系,并使学士学位由原来的哲学学士学位改为法学学士学位。1993年法学专业当年就实现了本科两类学生的招生:一类是招收法学专业日校本科四年制50名学生;另一类是招收二年制法学本科二学历134名学生。后者二年学制使我校法学专业在1995年就有了法学本科毕业生。因此,也才使我校在1995年就有资格申请了民商法学硕士学位点,并于1996年4月获得国务院学位委员会批准,这是当时全国高校法律专业中的前二十个民商法学硕士学位点;也是全国高等师范法学专业中的第三个法学硕士学位点,亦是全国高等师范院校中惟一的一个部门法学硕士点。

在我校法学专业办学两年后,为了法学专业得以独立快速发展,1995年9月学校决定政法分开,分别成立法律系和政治经济系。

法律系成立以来始终以专业建设为基础,以师资队伍建设和

学科建设为重点,努力形成自己的办学特色。到法学院成立时,已发展成为法学、民商法学两个法学本科专业,法学理论、民商法学、诉讼法学三个法学硕士学位点,日校法学专业本科生 800 多人、日校法学专业研究生 100 多人办学规模。师资队伍建设得到了很大加强,法学专业教师中,博士学位研究生达到教师总数的 32.2%;硕士学位以上的研究生达到教师总数的 89%。形成了法学理论、民商法学、诉讼法学、刑法学、国际法学等五个法学强势学科。构建了一院(法学院)、两系(法学系、民商法学系)、一所(法学研究所)新的法学办学格局。

近年来,法律系始终秉承“强管理、重服务、育队伍、出精品”的科研工作理念,通过强化科研管理,健全科研制度、凝练科研队伍、营造科研氛围、打造科研精品,使教师们的科研积极性空前高涨,取得了丰硕的科研成果。2000 年以来,在人民出版社等国家和省级出版社出版专著 22 部;在法学研究等国家和省级学术刊物上发表论文 187 篇;国家哲学社会科学规划项目等国家和省级科研项目立项 20 多项;国家和省级科研获奖 33 项。

法学院将坚持“博学、厚德、求是、笃行”的院训,实现法学院“十一五”规划的发展目标:即法学院以培养适应社会主义市场经济和法治建设需要的应用型、复合型法律人才为目标,以本科教学为中心,以学科建设与队伍建设为重点,大力发展研究生教育,到 2010 年努力建成专业特色显著,国内知名,省内一流的教学研究型法学院。

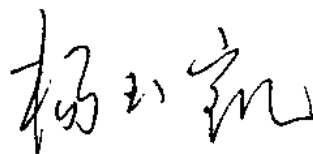
依法治国,建设社会主义法治国家是我国的基本国策。社会主义和谐社会本质上是法治社会。和谐社会要求社会依照既定的规则有序运行。法治社会中最重要规则是法律规则。法律是所有社会规范中最具有明确性、确定性和国家强制性的规范。它为社会提供了基本的行为规则,依照法律规则来治理社会,人们就有章可循,有法可依,社会就有了和谐的基础。因此,法治是社会有

序运转的重要保证,是社会和谐发展的基石,是和谐社会得以建构的手段和途径。

我国社会主义经济是市场经济。市场经济是法治经济。社会主义市场经济的建立需要以社会主义法律来调整,社会主义市场经济的正常运行需要以社会主义法律来规范,社会主义市场经济的健康发展需要以社会主义法律为指导,社会主义市场经济主体的合法权益需要以社会主义法律为保障。

综上所述,无论是市场经济作为法治经济的建设,还是和谐社会作为法治社会的建构,均需要以社会主义法律为重要保证。为此,近年来,法律系教师们紧密围绕社会主义和谐社会构建中的法律问题开展专题研究,并形成了系列的科学研究成果。其主要包括下列六个部分:一是和谐社会的构建与理论法学的完善;二是和谐社会的构建与民商法学的完善;三是和谐社会的构建与诉讼法学的完善;四是和谐社会的构建与国际法学的完善;五是和谐社会的构建与刑法学的完善;六是和谐社会的构建与经济法学的完善。

在沈阳师范大学法学专业创办 13 周年,法律系建系 11 周年,法学院成立之际,我们把教师们关于社会主义和谐社会构建中的法律问题研究的主要研究成果编辑成《和谐社会构建中的法律问题研究》一书出版,以纪念沈阳师范大学法学院正式成立!并为我国社会主义法制的加强,市场经济的发展,和谐社会的构建作出应有的贡献。



沈阳师范大学法学院院长

2006 年 5 月 20 日

目 录

第一单元 和谐社会的构建与理论法学的完善

- 法理学在振兴老工业基地中的地位 and 作用…………… 包玉秋(3)
- 权利冲突的法社会学分析…………… 张乃翼(14)
- 行政责任的法伦理解读
- 以建构和谐社会为背景的考察…………… 王旭伟(28)
- 中国传统社会礼法和谐的开端
- 《春秋决狱》…………… 武航宇(46)
- 构建和谐社会的法治分析…………… 徐海静 郝 鑫(56)

第二单元 和谐社会的构建与民商法学的完善

- 和谐社会构建与民法调整…………… 杨玉凯(67)
- 我国的破产立法应建立自然人破产制度…………… 吴 钧(75)
- 树立民法理念 构建和谐社会…………… 贾海洋(83)
- 劳动契约自由的定位与检讨…………… 杨 彬(94)
- 我国物权立法中应当建立优先权制度…………… 邢宝东(110)
- 从建立和谐社会角度看我国现行的夫妻
- 财产权制度…………… 孟庆欣(119)
- 水权初始分配与和谐社会的构建…………… 郭 平(130)
- 和谐社会中的公私法关系
- 从《物权法草案》所有权编说起…………… 潘 峰(142)
- 企业职工持股法律问题研究…………… 李 伟(151)
- 从民法典草案到物权法草案看预告登记制度在

我国的建立·····	张小琳(160)
------------	----------

第三单元 和谐社会的构建与诉讼法学的完善

探寻与重构

——和谐社会构建中的法院调解制度·····	熊跃敏(175)
构建和谐社会与民事诉讼证明责任分配·····	姜远志(194)
论和谐社会下的刑事再审制度·····	董琳(205)
论和谐社会下的行政法作用·····	杨阳(214)
和谐社会视角下行政诉讼目的评介·····	宋东明 刘莹(225)

第四单元 和谐社会的构建与国际法学的完善

和谐辽宁与 WTO 规则下辽宁老工业基地

振兴法律环境研究·····	陈小云 刘淑琴(233)
与邻为善以邻为伴构建和谐国际社会·····	黄卫东(246)
论和谐社会的人权理念与人权保障制度构建·····	王晓轩(254)

第五单元 和谐社会的构建与刑法学、 经济法学的完善

和谐社会视野下的缓刑制度研究·····	田鹏辉(267)
经济法治与和谐社会的构建·····	王彬(282)
对个人所得税调节收入差距的作用的法律思考·····	杨海瑶(297)

后记·····	(311)
---------	-------

第一单元



和谐社会的构建与理论法学的完善

法理学在振兴老工业 基地中的地位和作用

包玉秋*

一、中国法理学的地位

法理学作为一门独立的学科，是法学发展到近代的产物。随着西方资产阶级革命和法学本身发展的需要，出现研究法律现象共同问题的法的一般理论，在法学分科发展，法学体系逐步形成的过程中，法理学形成并逐步发展起来。

中国现代法理学是在“西学东渐”，西方法学知识传播，特别是现代大学设立法科之后才逐渐形成的，是西方法理学的知识传统和模式在中国引入的结果。20世纪前，中国法学始终被包围在封建主义的哲学、伦理学、政治学之中，独立的法理学无从谈起。但是，中国从法律产生以来，逐步产生对法律进行专门研究和学习的律学，形成了丰富的法律理论和法律思想，其中关于法的宏观认识为法理学的产生提供学术根据和理论基础。

中国法学经历夏商西周时期、春秋战国时期、西汉至清代中期、清末至中华民国时期。其后与四大法域相适应，分别相对独立地发展到现在。夏商周时代，思想家们对法的起源、法的作用等法理学问题进行思考，提出“王权神授”、“代天行罚”的神

* 沈阳师范大学法学院教授，硕士学位，研究方向为法理学。

权法思想,认为法的起源是“天”或天意,法的作用是“行罚”或代天行罚,所谓“夏有乱政,而作禹刑”、“商有乱政,而作汤刑”。春秋战国以后,不同时期的思想家提出不同的法律理论和法律思想:在法律原则上,儒家主张“明德慎刑”、“礼不下庶人,刑不上大夫”,孔子倡行“德主刑辅”、“以德去刑”,^①这些成为正确处理德与法、礼与法关系的指导思想,对于立法、执法、司法、守法具有原则意义;在治国方式上,儒家提出“为政在人”的人治理论,法家则论证了“法治”理论,商鞅主张“垂法而治”或“缘法而治”的“法治”,韩非子主张“不务德而务法”的“法治”;在法的作用上,墨家的墨子以“壹同天下之义”来诠释法律作用;法家的商鞅则认为法的作用在于定分止争,秦始皇将法的作用推至极至,倡导“事皆决于法”、“以法为教”等;在法的起源上,唐代韩愈提出由圣人制定“礼乐刑政”、“法自君出”,柳宗元认为国家与法皆产生于“势”,法律的目的在于“彰善瘅恶”,而“斩杀必当”;在法的制度上,王安石提倡“变风俗,立法度”,“立善法于天下,则天下治”,“有司议罪,惟当守法”,“吏不良,则有法而莫守”,朱熹认为,“法者,天下之理”、“明慎用刑”、“义理决狱”、“经义决狱”,明代顾炎武提出“庶人议政,百官分治”,把“众治”与专制相联系,反对专制而主张“众治”,主张建立“公天下之法”,清代龚自珍提出变法主张:事无不变,而应更法改图,并认为国家、宗法、礼乐起源于“农”。

1840年鸦片战争失败,中国思想家率先觉醒,西方法理学思想的逐渐引入,为中国法理学的产生和发展提供了借鉴。康有为倡导托古改制、变法维新,主张将君主专制改为三权分立的君主立宪制,“立行宪法,大开国会,以庶政与国民共之,行三权

^① 参见《论语》。

鼎立之制，则中国之治强可计日待也。”^①梁启超最早使用“法理”一词，著有《中国法理学发达史》，对中国古代的法理学进行考辨，提出“法者天下之公器也”，“法治”与“人治”均不可偏废。他认为“变法之本，在育人才；人才之兴，在开学校”，将学堂课程设置经学、子学、史学和西学四种。中学与西学的分工为“中学以经义掌故为主，西学以宪法官制为归。”要求学生贯通中西，“必深通六经制作之精意，证以周秦诸子及西人公理公法之书以为经，以求治天下之理；必博观西朝掌故沿革得失，证以泰西希腊罗马诸古史以为之纬，以求古人治天下之法。”^②严复曾在英国学习海军，并阅读了西方法学著作，考察西方的法律现实，介绍西方资产阶级的法律思想，翻译西方法学、政治学、社会学方面的名著，如《法意》^③、《天演论》、《原富》、《群学肄言》、《社会通论》等，在法学方面主要是介绍法理学的著作或思想。后来的法律思想史学家认为，“严复介绍资产阶级法律思想，主要是有关法理的学说。”他在其所翻译的《法意》的按语中阐发了自己的法理学思想，如法的概念、法的作用、法定自由权利、变法及论述理与法的关系等：“孟氏意谓，一切法皆成于自然，独人道有自为之法。然法之立也，必以理为之原，先有是非而后有法，非法立而后以离合见是非也”。他还探讨了法与国家的关系，法的起源，政体与法度的关系等，主张中西国家政制之异在于法制，并从法的来源、法的效力、法所遵循的原则、法的范围、法所奉行的宗旨等方面论证了中西法制的差异。沈家本作为清末最著名的法学家，提出“变

① 康有为：《戊戌变法·请定立宪开国会折》，上海：上海人民出版社1953年版，第12页。

② 梁启超：《中国法理学发达史》，1905年《新民论丛》第4卷，第5—6期。

③ 严复翻译的孟德斯鸠的《法意》，今译为《论法的精神》。

法自强”，在立法、司法的同时，提倡研究法学与培养法学专门人才。在《法学盛衰说》中概括中国几千年的法学盛衰史，举办法律学堂，使“几年内设法律学堂毕业生近千人，一时称盛，补大理卿，旋改法部侍郎，充修律大臣。”^①

新中国法理学独立与曲折发展 50 余年，大体有四个时期：产生和初步发展阶段（1949 - 1956）；受到干扰和在曲折中发展的时期（1957 - 1965）；遭到严重破坏时期（1966 - 1976）；恢复和发展时期（1977 年以后）。^② 建国后相当长的时期，我国照搬前苏联的学科建制模式，苏联版的《国家和法的理论》提出：“法律科学是研究国家和法的科学，……法律科学的使命是科学地解释阶级社会中政治和法律上层建筑中的大量的社会现象。”维辛斯基说：“如果不以政治前提为出发点，就不可能解释法律。其所以不可能，是因为法律本身就是体现政治的形式，法律本身也像全部法一样是实现政治的工具。”^③ 把“国家与法的理论”或“国家与法权的理论”作为理论法学，以国家理论为主导将国家理论与法的理论合而为一，否认法理学是具有自身独特研究对象、发展规律和相对自治的学问，否定法理学作为独立学科存在的地位与价值，使法理学成为意识形态的附庸、阶级斗争的法律哲学或对人民的敌人实行专政的理论工具，这实际上是对法的理论的代替或取消。

1978 年以后，法学界承继 1964 年前后有人提出的把国家与

① 《中国大百科全书·法学》1984 年版，“沈家本”条称，“沈家本从修订法律的需要出发，比较重视研究法理学。”

② 张友渔主编：《中国法学四十年》，上海：上海人民出版社 1989 年版，第 63 页及以下页；王勇飞、张贵成主编：《中国法理学研究综述与评价》，北京：中国政法大学出版社 1992 年版，第 1 - 5 页。

③ 参见【前苏】维辛斯基：《国家和法的理论问题》，北京：法律出版社 1955 年版，第 104 - 105 页。

法分开、分别由政治学与法学研究的主张，正式将国家理论与法的理论分开。北京大学试用教材《法学基础理论》（1981年）和高等学校法学试用教材《法学基础理论》（1982年）相继问世，1983年4月在上海召开的全国第一次法学理论讨论会，以“法学体系”和“法律体系”为讨论主题，对法理学的学科性质和框架作了新的理论化的检讨，1985年6月，中国法学会法学基础理论研究会（现为中国法学会法理学研究会）在庐山成立，法理学从此有了自己独立的学术组织。20世纪80年代中后期讨论诸如“法的本位”（权利本位、义务本位）、“人权与法制”、“法的价值”、“法律文化”、“法的精神”、“法制与法治”等等具有一定学术价值的法学基本问题，法理学的学科及名称取得合法的地位。法理学的独立学科地位的确立，还表现在它有自己的教学科研机构与人员，能独立培养研究生，有自己的学术组织，有自己的学科群，即以法理学为龙头，包括法律社会学、法律政治学、法律经济学、法律文化学、法律解释学、比较法学、行为法学等一系列初具规模或正在形成的交叉学科、边缘学科在内的学科群。

21世纪是一个“学术的时代”，中国的法理学形成愈来愈强劲的发展势头，总是站在法学学科发展的最前沿来追踪、吸纳人文科学、社会科学和自然科学的成就，将各家各派学说融会贯通，反思法的基本问题，同时也从法学的角度对各种人文思潮作出回应，形成独具特色的法律思想，并初步建立学派、创立体系。不仅如此，法理学必须研究部门法学，抽象的理论和庞大的叙事需要研究，但是不能脱离实在法，应当在实在法领域发现自身的发展动力和存在价值。这是因为，法理学作为建立在应用学科或部门法学之上的具有普遍意义、属性和职能的法学学科，是沟通法学各学科的桥梁，它必须在法学体系内与其他法学学科相结合，不断从其他学科中获取理论和方法上的资源，以丰富和完

善法理学自身的理论。可见,法理学应当贴近实在法、贴近法律实践,贴近人类生活本身,只有贴近生活的法理学才具有绵延不绝的生命力。

二、法理学在振兴老工业基地中的作用

党的十六大从全面建设小康社会的全局高度,提出振兴东北地区等老工业基地这一重大战略任务,这对于新世纪新阶段我国改革开放和社会主义现代化事业具有重要的经济意义和政治意义。中央强调,坚持以邓小平理论和“三个代表”重要思想为指导,解放思想、深化改革、扩大开放,着力推进体制创新和机制创新,促进经济结构战略性调整,加快企业技术改造,走出一条老工业基地调整改造和振兴的新路子。在老工业基地振兴中,涉及到方方面面的问题,其中法治建设是不可缺少的重要环节,因而振兴老工业基地,需要以健全而完善的法治为保障。因为,法治建设直接关系到决策的科学化、民主化,关系到人们的法律意识、法律理念,关系到投资环境和对外开放环境,关系到所有制结构调整和体制改革,关系到现代市场体系建设和规范市场经济秩序,关系到经济因素发挥作用的方向和程度,关系到社会稳定和国家长治久安。抓住机遇,振兴老工业基地,是法理学义不容辞的历史责任,法理学应当从立法、执法、司法及法律监督等各个环节,为振兴老工业基地创造一个立法完备、符合国际惯例、公平、规范、科学的良好法治环境。

第一,法理学为振兴老工业基地打造立法环境。

改革开放 20 多年来,我国的立法工作取得了长足的进展,中国特色的社会主义法律体系已经初步形成。但是,随着实践的发展,有些立法已经不能适应客观需要,应当予以修改;有些方面的立法显示出不完善之处,在执法和司法中有时出现无法可依或法规规章相互冲突现象。为振兴老工业基地创造立法环境,应

当以“三个代表”重要思想为指导，按照“加强立法工作，提高立法质量，到2010年形成中国特色社会主义法律体系”的要求，做好立法工作。对事关人民群众利益的重要法规草案，应采取媒体公布、立法听证等方式，广泛征求意见，以利于更好地反映民意，集中民智。以经济建设为中心；以提高城市整体经济实力、提高城市文明程度、提高人民生活水平为出发点；以产业结构调整和技术改造、就业为重点；以深化改革扩大开放、科技创新为动力。这些措施，有利于国民经济持续快速健康发展，有利于促进地区经济协调发展，有利于推进国民经济布局战略性调整和巩固公有制经济主体地位，有利于提高产业和企业的国际竞争力，有利于维护社会稳定和国家安全，具有重要的现实意义和深远的历史意义，符合民心，顺应民意，应当以法的形式固定下来。当然，立法为经济建设服务，围绕老工业基地振兴立法，并不意味着只制定经济方面的立法，也应当包括教育文化等社会事业方面的立法。

立法是运用一定技术进行的活动，要使所立之法有效地发挥作用，必须重视立法技术，提高立法质量。这就要求现代立法者重视立法技术，否则，立法就缺少科学性，就会有许多弊端，立法价值就难以实现。十届全国人大常委会组成后，就提出了争取在本届任期内基本形成中国特色社会主义法律体系的目标，重点是提高立法质量。首先，立法民主化。法治意义上的立法活动，实际上是公意的汇集和提升过程。立法民主化，正是保证立法质量的重要砝码。民主，不仅要实现，更要以人们看得见的方式实现。这就要求立法活动应当最大程度地汲取公意，应当让公众亲眼看到体现自己意志的立法的形成过程，应当公正、公开、公平合理地协调各方利益。马克思认为：法典就是人民自由的圣经，只有使法律成为人民意志的自觉表现，也就是它应该同人民的意志一起产生并由人民的意志所创立。列宁也认为：立法中的民主