

AXUE TANSUO

法学探索

(第一卷)

徐继敏 主编

西南师范大学出版社

法学探索

(第一卷)

主 编 徐继敏

西南师范大学出版社

法学探索(第一卷)

徐继敏 主编

责任编辑:雷雪梅 程 晋

封面设计:谭 玺

出版发行:西南师范大学出版社

(重庆·北碚 邮编 400715)

(网址:<http://www.xscbs.com>)

印刷者:西南政法大学印刷厂

开 本:850mm×1168mm 1/32

印 张:12.875

字 数:323千字

版 次:2005年7月 第1版

印 次:2005年7月 第1次印刷

书 号:ISBN 7-5621-3433-2/D·150

定 价:20.00元

《法学探索》编委会

编委会主任：

罗晓梅 （中共重庆市委党校副校长、教授、重庆市法学会副会长）

编委会成员：（以姓名笔画为序）

熊志海 （重庆邮电学院法学院院长、教授、博士）

徐继敏 （中共重庆市委党校法学部主任、教授）

许崇德 （中国人民大学教授、博士生导师）

张安年 （重庆警官职业学院副院长）

张正德 （中共重庆市委党校教授、重庆市政府法律顾问）

郑传坤 （西南政法大学行政法学院院长、教授）

卷 首 语

经过多年努力,我国法制建设取得较大进步,法律体系不断完善,执法制度不断改进,执法理念日趋合理。尽管这样,有法不依、执法不严、违法不究的现象仍在我国一定范围内存在,各级人民代表大会还未充分发挥作用,政府的权力还未得到有效控制,司法不公和司法腐败仍是人们关心的问题。出现这些问题既有我国法律体系不完善的原因,也有各种体制和制度的原因。我国要建设社会主义法治国家,仍有大量法律问题需要研究。本书取名《法学探索》,旨在对我国法治进程中的一些法学理论与实践问题进行研究,为我国立法、执法和司法制度的完善提供一些思路 and 对策。

研究法律问题不仅是法学教授的职责,也是法律实践部门人员的责任。法学教授的研究往往重视理论问题,对实践问题的关注不够。法律实践部门人员对法律实践接触较多,对法律现实问题有较多认识和思考,但他们往往缺乏与理论研究者沟通的渠道,即使有好的思路 and 想法,也很难与理论工作者交流。理论与实践脱节是我国法学研究领域存在的一个问题。大量理论工作者研究理论问题,由于缺乏实践材料和数据支持,其研究成果往往停留在书本和杂志,在法律实践中难于发挥指导作用。法律实践部门人员与理论工作者之间缺乏沟通 and 交流渠道,他们掌握的材料和数

据无法向理论工作者转移,遇到的法律问题难于找到理论的支撑。因此,我们需要的是,在理论研究者与实践部门人员之间架起一座桥梁,为理论工作者与法律实践部门人员搭建起交流的平台。《法学探索》就是一个很好的平台,它除吸引一部分理论研究者外,还吸收大量有较好法律修养的实践部门人员从事法学研究,将他们对现实法律问题的认识和思考反映出来,提供给理论研究者进一步研究。通过理论与实践的结合,真正探索一些法学问题,并为法律实践服务,这就是《法学探索》的目的。

为了不断研究法律热点问题,《法学探索》确定为连续出版物,每年拟出版一至二卷。《法学探索》的特色在于,除探讨一些热点理论问题外,将重点放在法律实践问题的探索上,放在地方法治问题的探索上。正因为如此,《法学探索》吸引了大量法律实践部门同志的研究文章,反映他们对现实法律问题的思考和研究成果。

2005年2月,在中共中央举办的省部级主要领导干部提高构建社会主义和谐社会能力专题研讨班上,中共中央总书记、国家主席、中央军委主席胡锦涛指出,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。民主法治、公平正义是社会主义和谐社会的重要特征,完善民主法治,实现社会公平正义是构建和谐社会的必由之路。因此,《法学探索》第一卷,也就是创刊号,将研究重点放在了“和谐社会法律问题研究”上,希望通过对此问题的研究,有益于我国社会主义和谐社会的建立。

徐继敏

2005年5月16日

目 录

和谐社会与法学理论篇

和谐社会与程序公正·····	张能全(3)
我国构建和谐社会的平等模式选择·····	徐继敏(13)
社区构建利益表达机制的法律思考·····	刘 云(25)
“公正”是社会和谐之本·····	徐 伟(34)
试论弱势群体的法律保护·····	李 昆(39)
保障农民工权益与构建和谐社会·····	向 荣(45)
构建和谐社会,协调干群关系的法理思考·····	魏祖伟(54)

和谐社会与法治关系篇

加强法制建设是构建和谐社会的必然选择·····	杨清海(63)
论法律在构建和谐社会中的作用·····	段光路(68)
对构建社会主义和谐社会的几点思考·····	李 化(76)
浅议构建社会主义和谐社会的法律机制·····	钟 星(83)

浅谈构建和谐社会中的问题及对策	滕创奎(89)
依法治国、依法行政是构建和谐社会的重要保障	李大诚(94)
构建和谐社会的法律思考	杜 波(100)
和谐社会之法律思考	陈德军(108)
依法执政,构建和谐社会	陈丽珠(115)
民主法治是和谐社会的政治保障	曹建华(121)
大力加强公正执法 努力构建和谐社会	王群英(128)
构建社会主义和谐社会应创造良好的法治环境	易晚波(135)
处理好人民内部矛盾 促进和谐社会建设	张雅君(143)

和谐社会与部门法学篇

论服务型政府的行政法理基础	杨 杰(153)
再论我国辩护律师在刑事诉讼中的作用	谢秋红(164)
加强公安执法工作是构建和谐社会的根本保证	廖真贵(174)
由群体性事件反思法治政府建设	曹玉娟(184)
合理建构我国知识产权保护体系	李爱红(192)
有关合同诈骗罪的几点思考	葛雅兰(200)
论构建和谐社会与司法体制改革	谭光定(208)
关于行政问责制度的几点思考	杨 飞(217)
构建和谐社会的重要支撑点	杨廷林(225)
论我国的科技法律体系及完善	邵 虹(235)
构建和谐社会必须依法行政	陈家波(245)
依法行政 构建社会主义和谐社会	李新明(250)
打击制售假冒伪劣商品违法行为与建设和谐社会	吴 静(255)
建立全国统一的土地房屋权属登记制度是执政为民的体现	王 群(263)
公正司法与和谐社会	任序江(271)

论构建国有资产经营者责任制度·····	万绍军(276)
宪法与政治文明·····	徐琳娜(287)
政府管理制度创新与审批制度改革·····	滕亚为(296)
网络社会个人隐私保护制度模式之比较分析·····	张立平(304)
构建和谐社会的刑法保障·····	熊瑛 张凤彬(313)
关于集体荣誉权的法律思考·····	段先义(322)
构建中国—东盟投资保护法体系研究·····	高晓霞(333)
浅议行政处罚中的“参照执行”问题·····	王 楠(342)

和谐社会与基层法治篇

构建和谐社会必须加强农村基层法律文化建设·····	周成刚(349)
全面推进村民自治是构建和谐新农村的重要途径 ·····	洪 波(356)
试论农村社会和谐的法制保障·····	刘正均(363)
“三农”问题探析·····	樊晓禄(369)
协调发展 建设“和谐城南”·····	谭长军(375)
试论农村民主法制建设与和谐社会之构建·····	王兆卿(383)
乡土社会法治的“瓶颈”及出路·····	陈孝军(389)
关于构建农村和谐社会的思考·····	龙庆明(396)

和谐社会与法学理论篇

和谐社会与程序公正

实现社会和谐,建设美好社会,是人类孜孜以求的崇高理想。中国共产党在新的历史时期提出了建设和谐社会的构想,并指出:“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。”^①我们认为,和谐社会首先是公平正义的法治社会。因为社会和谐的基石在于公平与正义,更在于确保公平与正义实现的法治。英国哲学家、法学家金斯伯格认为,正义指的就是法治或合法性。^②故而我们期盼和谐就必须关注法治,关注公正的实现路径。江泽民同志在党的十六大报告中也指出:“社会主义司法制度必须保障在全社会实现公平和正义。按照公正司法和严格执法的要求,完善司法机关的机构设置、职权划分和管理制度,进一步健全权责明确、相互配合、相互制约、高效运行的司法体制。从制度上保证审判机关和检察机关依法独立公正地行使审判权和检察权。完善诉

① 胡锦涛在省部级主要领导干部提高“构建社会主义和谐社会能力”专题研讨班开班式上的讲话。

② 张文显. 法学基本范畴研究. 北京:中国政法大学出版社, 1993. 269

讼程序,保障公民和法人的合法权益。”而党的十六届四中全会再次强调了“以保证司法公正为目标,逐步推进司法体制改革,形成权责明确、相互配合、相互制约、高效运行的司法体制,为在全社会实现公平和正义提供法制保障”。本文试就和谐社会与程序公正关系问题进行初步分析。

一、和谐社会必然崇尚法治

关于人治与法治的问题,早在古希腊时期人们就对其进行了广泛的探讨。哲学家亚里士多德是全面阐述法治理论的第一人,他对法治作了经典的界定:“法治应当包含两重含义:已成立的法律得到普遍的服从,而大家服从的法律本身又是制定得良好的法律。”^①在他看来,“法治优于一人之治”。亚里士多德的法治理论为后世的众多政治法律思想家继承和发展,尤其当历史进入中世纪“神治”时代后,人们对法治的渴望不断增强并首先在英国得以实践。经历英国资产阶级革命洗礼的思想家洛克明确提出了法治的主张:“处在政府之下的人们的自由,应有长期有效的规则作为生活的准绳,这种规则为社会一切成员所共同遵守,并为社会所建立的立法机关所制定。”^②为此,他阐述了一切服从法律统治,法律面前人人平等的思想。其他同时代或以后的思想家都从不同的角度论证了法治的正当性与合理性,他们认为,人类应当建立这样一种人间秩序:生活其中的人们既能享有自由又能实现群体合作;既能真实地表达民意又能进行有效的政府管理;既能享受增加的效率又能受到公平对待。由于法治代表了人类社会发展的趋势,加

① [古希腊]亚里士多德.政治学.北京:商务印书馆,1983.199

② [英]洛克.政府论(下).叶启芳、瞿菊农译.北京:商务印书馆,1983.16

之随着科学主义倡行,理性主义得势,文化多元导致了价值多元,致使神治失据,德治失灵,人治失信。故而,法治成为西方现代社会的首要选择。

现代意义上的法治是“人们提出的一种应当通过宪政安排使之得以实现的政治理想”^①,这种制度安排能够最大限度地实现个人权利与公共利益、自由与秩序的和谐统一。当今中国顺应世界发展潮流,提出了建设社会主义法治国家与和谐社会的宏伟蓝图。作为一种理想的社会状态,和谐社会包含着丰富的内容,它体现着真正的民主制度的健全和完善,公民个人权利与个体自由全面发展;它体现着个人身心健康和谐,人与人之间和谐相处,人与自然的和谐发展;它体现着国家的稳定、协调发展与社会秩序的井然有序。要实现和谐社会的个人的自由全面发展与社会秩序的井然有序,离不开法治这一人类社会发展的必然选择。因为历史已经证明:只有法治才能最大限度地实现社会公正,只有法治才能平等地对待不同社会主体的利益,通过理性的程序化解各种利益纷争,以实现社会公平与正义,也只有在公平与正义社会的基础上才能实现社会和谐。同时,社会主义法治追求的终极价值目标是和谐。其一,权利与权力统一的基础是和谐。法治起源于对权力的规制,从而保障个人权利和维护社会秩序,二者保持平衡与均势,权利与权力就处于和谐状态。其二,法治的正义原则追求的是和谐。真正的正义是以人的权利及地位平等为前提的。社会主义法治的正义原则要求法治保障个人权利,赋予社会主体平等的法律地位,并平等地加以保护,其目的是为了追求社会主体之间的和谐。其三,法治的自由原则追求的是和谐。自由是人类永恒的追求。但是“任何自由都容易为肆无忌惮的个人和群体所滥用,因此为了社会

① [英]戴雪·米勒等:布莱克维尔政治学百科全书,中译本,北京:中国政法大学出版社,1992.675

福利,自由就必须受到某些限制,而这就是自由社会的经验”^①。法治就是通过对自由的合理限制实现自由的最大化。因而追求的就是实现自由与合理限制的和谐。

二、和谐社会的基本保障是司法公正

和谐社会的核心要素是公平与正义,即社会公正。社会公正是一个社会的最高理念,是得到广泛认同的价值基础,在此基础上,社会才能建立起良好的秩序,人们才能遵循共同的行为准则并对善恶进行区分。社会公正是法治国家的内在逻辑要求,体现了法治国家的公民对各种社会制度和现象的认识和评价,是基于对公正这一价值理念的共同理解和认识,它建立在人们对法律和社会秩序的信仰之中。而社会公平与正义的基本保障在于司法。“正义只有通过良好的法律才能实现”,“正义不仅要得到实现,而且必须以人们能看得见的方式得到实现”。这些古老的法律谚语不但表明法与公平和正义密不可分,法的价值在于实现正义,更表明司法作为法的最为重要的实践环节,以实现正义为根本价值目标,既是法治的内在要求,也是司法公正的终极追求。司法在法治社会中是一个极富实践性的基本环节,是连接国家与社会之间的主要桥梁,是法律制度完备与否的检测站,是实现公平正义的殿堂。司法具有矫正社会不公的功能,是实现社会公正的最后的、最有效的手段,司法公正有利于实现社会公正。在一定程度上,司法公正代表了社会公正。倘若司法公正受到怀疑,社会公正便失去了最后一道屏障。司法公正有助于培养公民对法律的信仰,从而为法治的实现提供基本条件。对广大公民来说,对法律公正最直

^① [美]博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,北京:中国政法大学出版社,2004. 302

观的认识来源于对司法的公正性的认识,相当多的公众甚至把司法公正理解为法律公正的全部。因此,司法公正有助于培养广大公民对法律的信仰。这是建设法治国家、和谐社会的重要条件之一。司法不公正,必然使人们对法律失去信仰,而“法律必须被信仰,否则它将形同虚设”^①。如果没有对法律秩序的普遍正义的信仰,法律规范就不能内在化,进而落实到自发的行动中。在这种情况下,法的效力只有依靠强制命令才能维持,从而导致现代法治的名存实亡。因此,司法公正价值的确立以及实现,在建构和谐社会中具有十分重要的意义。

三、司法公正的实现关键在于程序公正

一般认为,司法公正包括形式公正(程序公正)和实质公正(结果公正)。理想状态的司法公正,应当是形式公正与实质公正的统一,是程序正义与实体正义的一致,即司法活动及其结果,能够符合客观事实和法律规定,能够保护公民权利和社会公共利益,符合社会道德和正义要求。但是,在现实生活中,很难做到二者的统一与一致。当其不能两全时,有的学者认为应当以实质公正为原则,只要结果公正即可。但大多数学者主张,在司法审判中,由于司法主要是一种按照规则和程式独立进行的判断性活动,程序是实现这种判断过程及产生公正结果的充分必要条件,只有程序公正,才能保证司法的公正,也只有程序公正才能作出司法是否公正的评判。所以我们说程序公正是实现司法公正的关键环节。

(一)程序公正是实现司法公正的根本保证

司法程序公正包括诉讼程序的正当性和诉讼权利的平等性等

^① [美]伯尔曼,法律与宗教,北京:三联书店,1991.15~16

基本要求。就司法活动而言,程序公正具有两个基本功能:其一,保护诉讼参与者的平等权利和正当权利;其二,保障在诉讼中实现实体公正^①。程序公正不仅是司法公正的内容,也是司法公正实现的措施和根本保证。具体体现在:程序与实体是事物的两个方面,二者是绝对不可分开的,实体公正的实现离不开程序公正。程序是诉讼活动规律的总结。依照循序渐进的程序进行,才最有可能获得公正的裁判。因为公正的程序通过保障纠纷的利害关系人,富有影响地参加到诉讼程序中来,一方面使当事人充分地陈述主张,积极进行防御,实行有实质性内容的对话,在辩论过程中使纠纷的事实得以充分地展现;另一方面,举证责任的公平分配使得当事人必然会在利益的驱动下积极主张、举证及反驳,这些都有助于事实真相的尽快查明,从而有效地保障实体公正的实现。相反,那些违反程序的做法,如先定后审、上下事先沟通,甚至在刑事案件中刑讯逼供,只能产生大量不公正的现象。关于司法不公的危害,16世纪启蒙思想家培根有一个形象的比喻:“一次不公正的判决较其他多次不公正的行为的祸害尤甚,因为后者污染的是水流,而前者却败坏了水源。”司法机关和司法人员是司法公正的象征,而司法腐败恰恰从根本上破坏与动摇了司法公正的根基,以致使人们失去信心。“程序的实质是管理和决定的非人情化,其一切布置都是为了限制恣意、专断和裁量。”^②公正的程序通过限制司法的恣意、专断和任意的裁量,保障裁判者保持独立和中立的地位,以及诉讼参与人平等地参与诉讼并充分表达其意见,监督裁判者公开审理案件并认真听取当事人的意见,严格依据法律作出裁判。程序公正的功能之一就表现在能严格限制法官的恣意,有效地防止其滥用自由裁量权。因此,严格地遵循公正的程序,是防止

① 何家弘,司法公正论,中国法学,1999(2)

② 季卫东,法律程序的意义,中国社会科学,1993(1)