

法治

问题

研究

主编 / 马长生 汪祥欣

法治问题研究

◎ 本书为论文集。
所选论文从多角度、
多层次、多学科探
讨了实行依法治国、
加强民主与法制建
设及法学学术方面
的许多理论问题和
实际问题。

法律出版社

法

法律出版社

法治

问题

研究

主编 /
马长生 汪祥欣

图书在版编目 (CIP) 数据

法治问题研究/马长生, 汪祥欣主编. —北京: 法律出版社,
1998. 3
ISBN 7-5036-2382-9

I. 法… I. ①马…②汪… III. 法学-文集 N. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 05106 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/中国人民解放军第一二〇二工厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/25.625 字数/595 千

版本/1998 年 6 月第 1 版 1998 年 6 月第 1 次印刷

印数/0,001—5,500

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所 (100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号; ISBN 7-5036-2382-9/D · 2000

定价: 35.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

前 言

具有划时代意义的中国共产党第十五次全国代表大会，提出了建设社会主义法治国家的伟大目标。江泽民总书记在十五大的报告中对依法治国的历史作用和重大意义作了高度概括：“依法治国，是党领导人民治理国家的基本方略，是发展社会主义市场经济的客观需要，是社会文明进步的重要标志，是国家长治久安的重要保障。”可以说，依法治国方略的提出，是党中央对邓小平理论的重大发展，是中国共产党人在民主法制建设史上树起的一座里程碑。

依法治国，就是广大人民群众在党的领导下，依照宪法和法律规定，通过各种途径和形式管理国家事务，管理经济文化事务，管理社会事务，保证国家各项工作都依法进行，逐步实现社会主义民主的制度化、法律化。也就是说，依法治国，就是按照法律规定的权利义务来行使国家权力，保障国家权力的行使规范化、合理化、公正化、公开化、经常化，避免主观性和任意性，防止党和国家权力的滥用，防止和清除腐败。实现依法治国的伟大目标，无疑是一个宏大的系统工程，也是一个历史过程。为此，需要全社会共同进行长期坚持不懈的努力，而绝不只是哪一个机关、哪一个部门的事情，也不是在短时期内就能毕其功于一役的事情。对于法学理论工作者来说，研究依法治国的方略，宣传依法治国的方略，推进依法治国方略的贯

彻实施，当然是责无旁贷的事情。基于此，我们从《法学学刊》编辑部征集的来自全国各地的论文中，精选了一批有关法治问题和多种法律学科学术研究的论文，编成了这本《法治问题研究》。这些论文，既有法学界名流大家的力作，也有青年法学研究人员的优秀论文。这些论文从多角度、多层面、多学科探讨了实行依法治国、加强民主和法制建设以及法学学术方面的许多理论问题和实际问题，对于推进依法治国方略的贯彻实施，对于繁荣法学研究，无疑都是具有积极意义的。

本书由马长生、汪祥欣主编，万可佳、成凤明、邱玉梅、张明乃、高合明、唐世月、谢国保、蔡雪冰副主编（以姓氏笔划为序）。全书首先由各位副主编分别审阅，最后由中国法学会理事、湖南省法学会副会长、湖南省政法管理干部学院副院长、《法学学刊》主编马长生副研究员统改审定。

本书由马长生、万可佳、刘富元、刘道龙、成凤明、杨介生、吴成志、陈刚武、邱玉梅、汪祥欣、张明乃、余宏荣、赵秉志、赵福元、罗安荣、饶景辉、高合明、唐世月、黄昌祥、谢邦宇、谢国保、谢家友、蒋华贵、蔡雪冰（以姓氏笔划为序）等组成编委会。著名法学家、中国行为法学会会长、中央党校教授谢邦宇先生，“全国十名杰出青年法学家”、中国人民大学法学院副院长、博士生导师、全国人大内务司法委员会青少年专门小组成员赵秉志教授应邀担任了本书编委会主任，对本书的编辑工作提出了许多宝贵意见，并亲自审阅了部分稿件。法律出版社大力支持本书的出版。对此我们一并表示衷心的感谢。

马长生 汪祥欣

1998年1月13日于北京

目 录

第一编 依法治国问题研究	(1)
• 论领导与法治的有机结合	谢邦宇 (3)
• 论行政公开与反腐倡廉.....	皮纯协 (20)
• 也谈提高领导干部法律素质.....	汪祥欣 (31)
• 论建设社会主义法治国家的途径.....	张明乃 (36)
• 论邓小平的法治思想.....	陈 立 (46)
• 社会主义市场经济只有依靠法制才能建立	
.....	石柏林 (60)
• 论市场经济、行政法、法治的相互作用.....	姜明安 (71)
• 论法治文明.....	文正邦 (92)
• 努力健全经济法制, 积极推进依法治国 ...	谢国保 (117)
• 从亚里士多德的法治观看法治的基本标志	
.....	李卫红 (125)
• 依法治国应从“法”入手	郭振兰 (132)
• 法治意识浅论	姜素红 (140)
第二编 人权问题与宪法学研究	(149)
• 论中国公民的工作权	李步云 (151)

2 法治问题研究

- 试论新刑法对人权保障的强化 吴真文 (163)
- 论《香港特别行政区基本法》在世界
法制史上的地位 胡发明 (172)
- 浅论我国宪法诉讼制度 唐映红 (181)

第三编 经济法学与民法学研究 (193)

- 论市场的国家干预 龙燕燕 于庆斌 (195)
- 论人民银行向执法者角色的转换 陈云良 (206)
- 论商业银行不良贷款的法律控制 刘素芝 (215)
- 市场经济体制下的金融宏观调控与金融法
..... 刘定华 唐铁建 (225)
- 改革和重构我国市场主体立法的基本思路
..... 戴中平 (238)
- 国有企业股份合作制改革的法律思考 余宏荣 (247)
- 浅论国有企业股份制改造的时序性特征 刘凤岐 (253)
- 论告诉董事制度 杨介生 龚乐凡 (261)
- 试论股份有限公司股东大会的地位及股东
大会制度的完善 陈宝刚 (267)
- 论破产债权人合法权益的法律保护 李慧珍 (274)
- 关于完善我国破产立法的几点思考 樊 舸 (283)
- 浅论跨国公司及其破产制度 刘湘平 (290)
- 从合营企业的清算看利用外资中的有
关法律问题 唐澍敏 (297)
- 论计算机软件的法律保护 邓辉辉 (305)
- 试论提存的效力及性质 崔令之 (310)
- 试论票据抗辩的限制 谭涌涛 谭 宏 (318)
- 论票据背书的连续 谢石松 (328)

· 合理扩张意思自治 迅速繁荣市场经济 …	黄谷秀 (338)
· 论非法传销 ……………	万可佳 (349)
· 法律行为理论初探 ……………	姜淑明 (359)
· 论复代理的适用范围及法律效力 ……………	杨年合 (367)
· 浅论合同解除权的行使与限制 ……………	陈旭初 (374)
· 浅析离婚时的财产分割 ……………	郭志军 (381)
第四编 刑法学与犯罪学研究……………	(391)
· 论刑法的基本原则 ……………	赵秉志 肖中华 (393)
· 海峡两岸犯罪主体构成要件的比较研究 ……………	…………… 赵秉志 赵明军 (418)
· 海峡两岸紧急避险的比较研究 ……	杜 澎 王秀梅 (440)
· 试论新刑法对七九年刑法中减刑、假释制度的发展 ……………	丁金花 (470)
· 关于现行刑法对正当防卫修改的几点思考 ……………	…………… 张 敏 (478)
· 新刑法罪名类型初探 ……………	付旭明 罗利华 (485)
· 破坏社会主义市场经济秩序罪若干问题探讨 ……………	刘仁文 刘 森 (505)
· 论操纵证券交易价格罪 ……………	蒋兰香 (522)
· 洗钱罪立法疏漏探析 ……………	荣晓红 (531)
· 计算机及信息网的法律规范问题 ……………	…………… 庞向阳 何莉萍 (540)
· 从心理学看强奸罪的本质特征 ……………	马长生 (549)
· 我国青少年犯罪的特点、背景与预防 ……	郭 翔 (559)
· 试论实施全民禁毒教育计划的紧迫性及若干思路 ……………	张藩仕 (580)

- 论领导干部腐败犯罪的几个问题 蔡雪冰 (593)

第五编 诉讼法学研究..... (611)

- 建立并完善错案责任追究制度, 确保
司法公正 汪祥欣 陈立 (613)
- 刑事诉讼行为引论 谢家友 邓云 (622)
- 论刑事诉讼代理人 张应华 (634)
- 贪污案件中原始凭证的鉴定技巧 陈蓉 (643)
- 浅谈我国新刑事诉讼法对被害人保护的
加强 肖晗 (650)
- 新《刑事诉讼法》存在的几个主要问题 ... 梁天宁 (660)
- 依法治理民事、经济诉讼伪证行为研究 ... 高合明 (669)
- 论简易程序的适用范围 向忠诚 (677)
- 对行政诉讼受案范围立法完善的思考
..... 彭江红 石佑启 (683)
- 检察建议前置构想 冯伟 (692)
- 市场经济条件下执法难的理论思考
..... 祝珍明 吴望清 (699)
- 正确认识律师与被追诉者的关系保障律师的
诉讼权利 周国均 (712)
- 建议建立我国律师宣誓制度 沈红卫 (730)
- 刑事诉讼中律师调查取证权若干问题
探讨 沈亚川 (734)
- 浅谈辩护论点的组织 彭星东 (742)

第六编 法学其他问题研究..... (751)

- 对外国人待遇问题的反思

——兼论最低国际标准与国民待遇原则	
..... 张惠芳 杨泽伟	(753)
• 论图书馆立法与依法治馆	王 英 (764)
• 中国古代生命立法述评	倪正茂 (773)
• 古典儒家的民本思想及其在东方国家 的影响	李启欣 马占福 (783)
• 唐律“一准乎礼”是封建立法的必然	邱玉梅 蒋能胜 (798)
• 论法学学报栏目设立的基本原则	成凤明 (805)

第一编

依法治国问题研究

论领导与法治的有机结合

谢邦宇*

八届全国人大四次会议以来,“依法治国”以其初步实践敞开了我国通向“法制”社会的大门,举国上下群情振奋,整个神州大地又增添了几分盎然生机。然而,这项治国方略何以持久贯彻,奋斗目标又何以化为全国人民的自觉行动,这里涉及许许多多的理论价值、观念意识和实际努力,更牵动着国家由“人治”向“法治”的战略转变问题,无疑是需要认真研究甚至深探力取的。我认为,只有在我国规模达成基本共识,才能励精更始,不至于嬗变成权宜之计。

一、迈向全球化时代的必然选择

早在500年前,哥伦布发现新大陆,实现了东西两半球的会合,就预示着世界已开始面向全球化时代。殊不知历史给人类带来的主要是灾难和摩擦。直到本世纪80年代末,由于东欧国家巨变和苏联解体,原东西方经济关系中相对隔绝和对峙的状态随着冷战结束而渐渐消失,这时人们看到的则是另一番景

* 中共中央党校教授。

象，即市场经济作为主导型经济模式已开始席卷全球，一种超越国家和国界的力量正在起作用，全球性问题诸如机器人、自动化、新工业革命以及人口爆炸、跨国经济、跨国生态等比比皆然，一致与冲突并存，人们明显觉察到世界已真正进入了全球化时代。

我国的改革开放，就是在这样一个时代背景下进行的。如何认识“依法治国，建设社会主义法制国家”的问题，必须立足全球化的时代，坚持邓小平建设有中国特色社会主义的理论和实践，深刻理解改革是中国的第二次革命，正确把握和平与发展是当今时代的两大主题。这样，从纯法学观点提出问题和认识问题，我以为至少可得出以下两点结论性的看法。

（一）实现民主与法治是当代重建人类文明的唯一答案。

市场经济和信息传播的全球化，是进入全球化时代的两个重要标志。法学面对走向 21 世纪的新现实是，一方面许多全球化的法律和社会问题不是靠哪个国家就能解决好或解决得了的。它迫切要求各个国家在更广阔的范围内加强合作，甚至对国家内部作出法制决策时也尽可能在某些方面采取全球性行动；另一方面，市场经济正以旺盛的伟力与活力遍及整个世界，各国受本国经济利益的驱动，都在进一步扩大开放，加深相互间的往来与依赖，寻求生产要素在世界范围的最佳配置，莫不以积极姿态参加国际经济舞台的竞争，推动本国法律制度与国际间的通行准则接轨，实际上就无异于加快了本国法制现代化的客观进程。国际法律界之间的协调与合作，各国法制现代化进程的加快，都是全球化时代的特有现象，只是由于各个国家和民族的法文化传统不同，完成由传统社会向现代社会转型期任务的时序有别，进入更高的转型期即由工业化时代进入信息化时代的起点殊异，各自对这种现象的感应程度有所差别。但

各国寻求答案的努力是一致的，都希望围绕和平与发展两大主题来谋求合作，建立新的法律秩序和理论准则，最终重建人类文明。值得庆幸的是，全球化的进程正在加快，市场经济作为人类走向工业化时代和信息化时代的根本动力，不论其怎样引起了整个时代“文明的冲突”的负效应，但它毕竟是一种法治经济，给我们的努力提供了机会，展示出全球化时代的唯一答案就是真正实现民主与法治。

（二）实行法治是尊重市场经济的必然选择。

90年代初期，以邓小平同志南巡谈话和党的十四大为标志，不仅意味着我们党指导现代化建设的经济理论已具体化为深化改革和促进发展的行动纲领，而且意味着指导法制工作的理论方针也将具体化为推进民主与法治进程的治国方略。社会主义市场经济的思想理论和改革目标模式的确立，经济运行方式的根本性转变，以及民主与法制的理论升华，既是对我国改革成就的高度概括和科学总结，也是近百年来我国艰苦探索现代化道路得出的历史结论和必然结果。我们发现了市场经济，同时也发现了市场经济的法治选择。

其一，市场经济运行的准则要求是法治，没有利益机制和法治原则的确立，就不可能形成市场活动的利益动机和市场秩序的规则制度，实现依法约束和保障市场主体达成经济目标的方式的自由选择。通观各国历史经验，任何一个国家要实现经济现代化，除必须要有一个在国家宏观调控下对资源配置起基础性作用的经济体制和一个属于现代意识并致力于实现现代化的政府系统外，还必须要有一个足以保障经济正常运行和社会政治稳定的法治环境。这就是历史的轨迹，我们也离不开这个轨迹。

其二，市场经济是商品经济充分化的必然结果，它们是相

互联系的概念和经济形式，各自从不同角度来界定同一种经济类型，但在本质上都是法治经济，都要求用法律形式全面规范社会经济活动主体的权利义务和行为规则，全面规范政府的行为。市场经济要为自身发展开辟道路，必须通过经济关系法律化的途径获得法原则确认和保障，这种法原则又必须反映经济运动的发展方向和内在要求。

其三，发展市场经济需要有领导有秩序地进行，而市场经济秩序在本质上是一种法律秩序，根本区别于依靠行政权力协调的计划经济秩序。由计划体制向市场体制转变，实际上是由计划经济秩序向市场经济秩序转变，由市场协调取代行政协调的过程。市场经济秩序的一般规范不但要求一般市场主体遵守，而且要求政府职能服从法治普遍原则。

其四，经济运动的目的是寻求建立对资源配置起基础性作用的市场经济体制，但为市场运行的特点所决定，只有运用法律手段解决好经济行为契约化、企业经营自主化、资源配置市场化、市场选择自由化、投资主体多元化、市场管理秩序化和政府调控间接化等一系列问题，才能真正建立起市场所需要的信息机制、价格动力机制和利益激励机制，将资源配置效益与生产经营者微观运作效益统一起来。

其五，我国市场经济体制形成与发展的过程有别于世界市场经济制度，它主要是靠改革开放、政策演变和商品理论突破而逐渐形成的，实际上是一个由传统计划经济体制向现代市场经济体制“人为”转变的过程。为这一过程的特殊本质所规定，我们要在很短的时间里走完发达国家花了将近 300 年才走完的路，当然主要不能靠经验，机遇更不允许我们“而今迈步从头越”，第一位重要的就是选择“法治”，靠法律来“指明道路”。

以上主要说明，市场经济内含法治选择，搞“人治”而不

搞“法治”，是建立不了市场经济体制的。何况我们现在“有法可依”，多年来已积累了较多的依法办事的经验，经过法制宣传教育和全民普法已使全社会的法律素质有所提高，尤其是领导干部带头学法用法，我们也具备了选择法治道路的有利条件。

以上两点认识，主要是从全球化时代及其根本动力即市场经济来看依法治国的问題，只不过涉及时代特征法学思考问题的两个方面，而无丝毫以一概全之意。其实，提出依法治国并非今日始。继1979年中央在《关于切实保证刑法、刑事诉讼法的贯彻实施的指示》中提出“实行社会主义法治”的口号后，同年6月叶剑英委员长接见全国检察会议代表时就表示“主张实行以法治国”；同年9月彭真副委员长在中央党校的一次讲话中首次强调要“依法治国”。进入80年代，五届全国人大三次会议通过的《政府工作报告》中提出要“真正做到以法治国”；1987年4月乔石同志在全国政府法制工作会议上的讲话中转引过邓小平同志关于“要通过改革，在中国处理好法治和人治”、“解决好党和政府的关系”的指示^①；1989年9月，江泽民同志在和中央政治局常委举行的中外记者招待会上重申，“我们绝不能以党代政，也绝不能以党代法”，“我们一定要遵循法治的方针”^②。由此可见，改革开放以来我们党十分重视民主与法制建设，中央领导同志将法治同民主政治、经济建设联系起来考察，尽管在不同时期或不同场合强调的侧重点不同，在提法上也不完全一样，也没有明确指出它是商品经济的必然产物，但在本质上都没有离开如何处理好“人治和法治”的关系问题。现在讲的法治就不同了，把“依法治国”同“建设社会主义法制国家”联系在一起，实现了治国方略与法治目标的有机结合与统一，因而是党的法治思想理论的升华，是社会主义法治方针的完善化、科学化。