

三晋法学

第五辑

主编 王继军
主办 山西大学法学院

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



湖南大学图书馆ZS0804468

三晋法学

第五辑

主编 王继军
主办 山西大学法学院



090-55
9-5

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

三晋法学. 第5辑/王继军主编. —北京:中国法制出版社,
2010. 12

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2515 - 5

I. ①三… II. ①王… III. ①法学 - 文集 IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 255961 号

策划编辑 周琼妮

封面设计 李宁

三晋法学(第五辑)

SAN JIN FAXUE DI WU JI

主编/王继军

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787×960 毫米 16

版次/2010 年 12 月第 1 版

印张/24.25 字数/303 千

2010 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2515 - 5

定价:59.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址:<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话:66033393

传真:66031119

编辑部电话:66067023

邮购部电话:66033288

目 录

名家讲演

实践是法律与法学进步的不竭动力

——对沈四宝老师“法律的真谛是实践”的诠释 王继军 (3)

专题评论

矿产资源开发生态补偿的法制逻辑

——以山西为例 董玉明 (21)

中外学者关于行政事实行为的“含义”论释

与“效果”热议 陈晋胜 (30)

我国地方立法回顾与展望 马春生 (39)

法学各科专论

宪政视野下的土地承包经营权研究 何建华 郜郑兵 (75)

论我国土地征收公益控制失范的规制路径 汪厚冬 (92)

我国志愿服务统一立法刍议 彭云业 李清 (110)

中国古代的土地法令与户的产权 周子良 (121)

论孙中山的党治思想 史永丽 徐德峰 (136)

论法律行为形式的演变过程

——从罗马法谈起 武继华 (148)

论民事主体制度的历史演进 李永格 (160)

论植物人的非财产损害赔偿 刘春梅 (171)

宅基地及其上房屋产权法律关系分析

——以宅基地使用权的流转为背景 宋菰 (183)

试论华沙体系中人身损害赔偿的责任期间 徐金桂 (196)

目 录

我国在线消费者法律保护制度的困境与选择

——从 QQ 和 360 的“桌面战争”说开去 郝思洋 (206)

我国食品安全风险评估机制的问题探析 曾娜 (219)

经济全球化下我国外商投资法和公司法关系 李晓燕 (229)

论中国大陆金融综合经营法制化与金融监管机构一

元化之必要性

——以台湾经验为借镜 梁怀信 (236)

俄罗斯能源民族主义的国际法路径及其启示 吕江 (256)

黑社会性质有组织犯罪综合预防和控制研究 宋凯利 (266)

当前我国刑事辩护存在的六大不平衡及完善 张向东 (277)

课题成果

多哈地理标志延伸保护议题谈判进展及中国的选

择 赵小平 田莹 (291)

论 WTO 体制下公共道德的界定

——以美国赌博案为例 温树英 王利东 (299)

从美国“把湖当作湖来利用”到中国环境资源法的

观念变革 李冰强 (311)

论生态主义演进与法律生态化 焦艳鹏 (317)

判解研究

加班工资纠纷若干疑难案例判解研究 陈文军 陈海挑 (331)

法学教育

孙晓楼法律教育思想述论 李麒 (347)

目 录

法律硕士专业教育的特色与建设	史凤林 王继军 王淑娟 (357)
----------------------	-------------------

域外法规

1993 年英国商事代理条例.....	刘月译 汪渊智校 (367)
---------------------	----------------

书评

探求行政法的实践理性

——评陈晋胜教授新作《行政事实行为研究》	李 麒 (379)
----------------------------	-----------

实践是法律与法学进步的不竭动力

——对沈四宝老师“法律的真谛是实践”的诠释

实践是法律与法学进步的不竭动力

——对沈四宝老师“法律的真谛是实践”的诠释

王继军*

不知不觉间，我的恩师，我国著名法学家、法学教育家、法律社会活动家沈四宝^①先生从事法律实务、法律教学、科研已经四十多年了，他将自己四十年从事法律实务、教学研究实践活动的心得体会，用“法律的真谛是实践”短短八字进行了言简意赅的总结概括，这一命题，深刻地揭示了法律与实践的辩证关系，尤其突出了实践在法律认识活动中的根本地位。结合自己的人生经历，我对沈老师的这一切身体会深以为然。我从1970年参加工作（下乡插队）以来，有三十八年的人生经历与法律相关。从1972年担任户籍民警对法律的粗浅认识开始，到1976年去吉林大学法律系求学奠定了法律知识基础，再到1980年以来在山西大学法学院任教并从事律师工作，在自己法学教育、法学研究、法律社会服务的过程中，深切感受到法律实践在法律认识活动中的重要性。尤其是从2003年开始，我经过不懈努力终于成为沈老师的博士生，有幸接受了沈老师的亲身点拨，更是茅塞顿开，对法律的认识和感悟明显的“更上一层楼”，对沈老师一直倡导的“法律的真谛是实践”的真知灼见更是用心体会，不断实

* 山西大学法学院教授、博士生导师，系沈四宝先生2003级博士生，2006年获得法学博士学位。

① 沈四宝教授，1946年出生，上海人，对外经贸大学法学院教授，博士生导师，全国十大名师，教育部学部委员，曾长期担任对外经贸大学法学院院长，现受聘于上海大学法学院任院长。

践于自己的法学教育、学术研究和社会服务活动中。近年来,在教书育人、著书立说、服务社会方面又取得了巨大的人生进步,这一切成绩的取得都是与沈老师教给我的“法律的真谛是实践”的真理息息相关的,我由衷地感谢沈老师对我的教诲,今天更觉得有必要把我对“法律的真谛是实践”的体会向沈老师及同仁、同学总结汇报。

“法律的真谛是实践”,当写下这几个字的时候,我已明白其实再进行任何注解诠释已经多余,其诞生本身就是沈老师四十多年法律体味的结晶,已是不证自明的真理。我不揣冒昧地谈论这一命题只是表达我的一些感悟而已。结合自己的人生经历及近十年来研习马克思主义法学思想的体会,现将我对这一命题的理解作如下阐述。

一、“法律的真谛是实践”这一命题科学地揭示了法律与实践的辩证关系,明确指出了实践在法律认识活动中的根本地位

在《西方哲学史》这一名著中,罗素将马克思主义哲学定位为实践哲学的典范,这一评价不仅无损马克思主义哲学的历史地位,而且一定程度上反映了马克思主义哲学的实践性价值。毛泽东同志在其著作《实践论》中进一步深刻地对马克思主义的实践观点进行了阐释,强调认识与实践的辩证关系,他指出,实践是人类认识的基本来源、认识发展的动力,一切真知都来源于直接的实践经验,认识的过程是在实践的基础上由感性认识到理性认识,再由理性认识回到实践的发展过程,通过实践而发现真理,又通过实践而证实真理和发展真理,“实践、认识、再实践、再认识,这种形式循环往复以至无穷,而实践和认识之每一循环的内容,都比较地进到了高一级的程度。这就是辩证唯物论的全部认识论,这就是辩证唯物论的知行统一观。”^①

——法律作为认识的一种具体的形式,与实践之间也存在上述的辩证关系,具体而言即是:

① 《毛泽东选集》第1卷,人民出版社1991年版,第296-297页。

（一）实践是法律产生的根据

在以国家产生为前提的正式法律制度诞生之前，与法律相关的实践活动早已存在。马克思主义关于法律起源的观点最能说明这一问题。在《论离婚法草案》中，马克思提出了法律发现论的观点，他说：“立法者应该把自己看作一个自然科学家。他不是在创造法律，不是在发明法律，而仅仅是在表述法律，他用意识的实在法把精神关系的内在规律表现出来。如果一个立法者用自己的臆想来代替事物的本质，那么人们就应该责备他的极端任性。同样，当私人想违反事物的本质恣意妄为时，立法者也有权利把这种情况看作是极端任性。”^①这里，马克思的法律发现是在精神领域的发现，还没有认识到社会物质生产、生活本身与法律产生的相互关系。马克思在他撰写的第一部正式著作《黑格尔法哲学批判》中，第一次提出不是法决定市民社会，而是市民社会决定法的结论，把被黑格尔完全颠倒了的法与社会存在的关系重新颠倒过来，从而使自己的法律观发生了根本的转变，从唯心主义走向唯物主义。马克思、恩格斯在他们共同撰写的《德意志意识形态》著作中，进一步指出，法是“从人们的物质关系以及人们由此产生的相互斗争中产生”^②的。马克思、恩格斯批判了施蒂纳把法律等同于统治者意志的看法，认为不是统治者一时的灵感可以决定法律，而是在生产方式和交往方式中占统治地位的阶级，“由他们的共同利益所决定的这种意志的表现，就是法律”^③。在《哲学的贫困》中，马克思指出：“无论是政治的立法或市民的立法，都只是表明和记载经济关系的要求而已。”^④深刻地阐明法律只是反映和记载经济关系的要求，它不能创造和废除经济的客观规律。尽管马克思认为在不发达的状态中，习惯和传统起着非常重要的作用，而法律就是它们的明文化和神圣化。那么习惯和传统又是怎样形成的呢？其过程是：现有的关系的不断再生产，这种生产方式持续一段时间，就会产生与之相应的规则和秩序。规则和秩序是必不可少的要素，因为它们的形成使生产方式摆脱

① 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1995年版，第347页。

② 《马克思恩格斯全集》第3卷，人民出版社1960年版，第363页。

③ 《马克思恩格斯全集》第3卷，人民出版社1960年版，第378页。

④ 《马克思恩格斯全集》第4卷，人民出版社1958年版，第121页。

了单纯的偶然性和单纯的任意性，从而成为社会的固定的形式，取得了社会的固定性和独立性。这样的反复再生产，就会成为习惯和传统。最后，习惯和传统被社会上占统治地位的那部分人作为法律加以神圣化，并且把它们对现状造成的各种限制，用法律固定下来^①。恩格斯在1873年写了《论住宅问题》，其中对于法律的起源作了如下论述：“在社会发展的某个很早的阶段，产生了一种需要：把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来，设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯，后来便成了法律。随着法律的产生，就必然产生出以维护法律为职责的机关——公共权力，即国家。”^②马克思在稍后的《路易斯·亨·摩尔根〈古代社会〉摘要》中，充分肯定了财产在人类法律起源过程中的作用。马克思赞同摩尔根的下述观点：“无论怎样高度估计财产对人类文明的影响，都不为甚。财产曾经是把雅利安人和闪米特人从野蛮时代带进文明时代的力量。管理机关和法律建立起来，主要就是为了创造、保护和享有财产。”^③马克思还肯定了摩尔根的下述思想：“希腊人、罗马人、希伯来人最初的法律——在文明时代开始以后——主要只是把他们前代体现在习惯和习俗中的经验的成果变为法律条文。”^④摩尔根得出了从氏族习惯到法权习惯到成文法的发展规律，马克思表示赞同。直至后来，在《家庭、私有制和国家的起源》中，恩格斯对于法律起源作了实证性的考察，他认为，人类历史上第一次出现法是在经历了三次社会大分工以后。当奴隶主阶级建立自己的国家政权后，以国家暴力机器为后盾，把本阶级意志上升为整个社会的行为规则，于是产生了法律。国家产生，必然就产生法律。

从马克思恩格斯对法律起源的论述认识过程来看，我们可以很清晰地看到法律的产生并非简单的国家产生之后，就一夜之间产生的。而是在习惯和传统先对现有生产方式和生产关系进行表达之后，通过上升为国家意志，以正式的成文法表达出来的。法律制定方法包括制定和认可，制定的依据来自法律实践

① 《马克思恩格斯全集》第25卷，人民出版社1974年版，第893-894页。

② 《马克思恩格斯全集》第18卷，人民出版社1964年版，第309页。

③ 《马克思恩格斯全集》第45卷，人民出版社1985年版，第377页。

④ 《马克思恩格斯全集》第45卷，人民出版社1985年版，第389-390页。

活动，认可更是将习惯上升为法律的形式。因此，与法律相关的生产实践活动规则是先于法律而产生的，我们可以毫不夸张地说实践是法律产生的先声，实践是法律产生的根据。

（二）实践是法律发展进步的不竭动力

实践是认识发展的动力，实践的每一次发展变化都会引起认识向更高层次的发展变化。法律的发展进步同样是在实践发展变化的推动下完成的，法律的每一次变革无不是因为实践的变革而来。我们承认法律对实践的指导作用，但我们更得承认实践在引起法律发展变革上的主动地位。法律的产生是实践的需要，法律的发展变革同样是实践的需要。在伯尔曼的名著《法律与革命》一书中，论述了西方法律从中世纪以来近千年的变革历程，但这些变革无不是崭新的实践推动的结果。由自由资本主义向垄断资本主义的过渡，使近代民法向现代民法发展演变，所有权绝对、契约自由、过失责任的三大原则修改为所有权受限、契约自由受限和无过失责任。在这一过程中，国家由自由资本主义时期消极“守夜人”的角色转而开始对经济生活进行干预和控制，现代经济法由此而诞生。同样因为国际贸易的广泛发展，才引起国际经济法、国际商法的不断发展进步。从清末修律至国民党政府的六法全书，再到新中国的法制建设，无不是因为实践的巨大变化而发生的。中国改革开放的伟大实践，更是引起了我国法律的不断健全与完善。中国加入 WTO 后，国内法的较大程度修改就是为了适应加入 WTO 后国际法国内化的要求而进行的。现实中，每一个有重大影响的典型案例的出现，总能引起法律制度的相应调整完善，但仔细思考，典型案例的背后还是实践的巨大力量在起作用。实践的每次发展总会冲击法律的薄弱环节，或空白处，或不足处，实践犹如汹涌的洪水不断冲击着法律之堤，使其不断加固提高完善。实践永无止境的发展，法律的进步也永无止境的进行，因此，实践是法律发展进步的不竭动力。

（三）实践性是法律的根本属性，实践是检验法律合适与否的唯一标准，实践对法律最有发言权

实践性是法律的根本属性。法律出现的目的不是要束之高阁，而是要不断地在实践之中运用，如果不符合实践的发展需要，最终将会被淘汰或进行变革。

适者生存,不适者必须进行变革,如不变革则必将被淘汰。落后的法制被先进的法制所取代,同样是实践所选择的结果。实践选择法律,法律只能适应实践的选择。古罗马法即是典型一例。在简单商品经济发达的基础上,古罗马法诞生,在简单商品经济衰退时,古罗马法也随之消亡。在近代资本主义革命时期,古罗马法复兴,但这种复兴是学者们对古罗马法律进行很大改造提升的基础上才出现的复兴,这种改造的标准就是适应资本主义经济的发展现实。奴隶制、封建制的法律被淘汰的根本原因就是其赖以存在的实践基础丧失了。资本主义法制,社会主义法制的不断调整变化,也都是其正在进行的实践选择检验的结果。因此实践是检验法律合适与否的唯一标准,实践对法律最有发言权,实践是法律生命力的源泉,适应实践情况的法律具有强大的生命力。

在这一部分论述的最后,我引用吴邦国委员长在参加十届全国人大常委会第十一次会议分组审议传染病防治法修订草案时对法律与实践关系的精辟阐述作为结语。他指出,传染病防治法的制定和修改,再次给我们一个重要启示:实践是法律的母亲,是我们制定和修改法律的基础。^①离开了实践,法律就会成为无源之水,无本之木。在总结实践经验基础上制定和修改的法律,才更有针对性和可操作性,才具有强大生命力。

二、法律实践制约着法律意识的形成,

法律意识影响着法律实践的发展

在开始论述之前,我先讲最近发生的一个事件,即近来披露的被媒体称之为“打错门”的事件^②:在湖北省委大门前,六位“信访专班”警察将一位到省委机关办事的妇女殴打16分钟。“误会,纯属误会,没想到打了这个大领导的夫人。”这是打人者的领导前往医院看望被打者的“道歉”。据查,被打者是湖北省委政法委综治办一位副主任的妻子。这一“道歉”,引起了网民更加愤怒的质问:打“大领导的夫人”错了,难道打老百姓就对吗?这简单的一事体

^① 吴邦国:“实践是制定修改法律的基础”,<http://www.sina.com.cn>。

^② 《瞭望》文章:“刺痛社会法治神经的讯号”,<http://www.sina.com.cn>。

现了我国公民的法律意识的淡薄,权大于法的思想还很盛行,徒法不足以自行,必须有公民较高的法律意识进行保障。

法律意识是人们对于法律和有关法律的现象的观点、知识和心理态度的总称。法律意识是一种观念的法律文化,它表现为探索法律现象的各种法律学说,对现行法律的评价和解释,人们的法律要求,对自己权利、义务的认识,对法、法律制度、法律知识了解、掌握、运用的程度,以及对行为是否合法的评价等。法律实践发展的程度制约着公民法律意识的形成,公民法律意识影响着法律实践的发展。

(一) 法律实践制约法律意识

人们的法律意识状态是受其物质生活条件和其他社会意识制约和影响的,马克思在《哥达纲领批判》中指出:“权利永远不能超出社会的经济结构以及经济所制约的社会的文化发展。”^① 社会实践的变化必然引起法律意识的变化。目前,我国正处在一个大变革大发展的时期,人们的法律意识错综复杂,人们的法律意识水平参差不齐。因此,我们必须从我国现阶段的法律实践出发,深入到社会之中,调查、了解、把握不同阶层、群体和个体法律意识的状况,分析总结其中具有规律性的东西,以形成各种有益的主张,这对于培养和提高公民的法律意识、推进我国民主和法制建设都具有重要的现实意义。

认识来源于实践,实践制约着认识的发展变化。社会上日常的具体的法律实践活动对公民法律意识的形成和提高具有巨大的、现实的影响制约作用。如果立法机关能够认真履行立法职责,不断总结法律实践经验,制定出符合我国现阶段国情的具有强大生命力的法律,不断增强法律的稳定性和可靠性,如果行政机关、司法机关都能依法行政,依法办案,真正显示并不断树立社会主义法制的权威,增强我国法制的严肃性和规范性,那么人们一定会自觉遵守法律,法律也一定会被他们所信任,形成稳定的法律信仰,法律意识才会不断提高。

(二) 法律意识影响法律实践

在阶级社会中,法律意识具有强烈的阶级性,没有全社会统一的法律意识,不同阶级的法律意识各不相同,统治阶级的法律意识在社会上居于统治地位,

^① 《马克思恩格斯全集》第3卷,人民出版社1977年版,第12页。

起着支配作用。各阶级法律意识的内容，归根结底由该阶级的物质生活条件所决定。在《共产党宣言》中马克思、恩格斯指出：“你们（指资产阶级）的法不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志一样，而这种意志的内容是你们这个阶级的物质生活条件来决定的（本文作者注：利益分析的方法）。"^① 这段名言实际上给法下了一个本质的定义，从而在根本上划清了马克思主义法学与一切剥削阶级法学的界限。统治阶级的法律意识直接指导法的制定、执行和遵守。司法人员在应用法律规范时，他们的法律意识对实施法律规范和维护统治阶级利益具有重要作用。法律主体法律意识的增强，有助于他们依法捍卫自己的权利，履行自己的义务，而且对法制的健全也具有重要意义。法律意识是守法和执法的思想保证，普法教育活动的目的就是要普遍增强公民的法律意识。

社会主义法律意识发达与否，与法学教育、法学研究是否繁荣有直接的关系。法学教育是培养法律人才的重要途径，而法律人才又是宣传、传播、深化法律意识的使者，法学研究是培养健全的法律意识的重要条件。^② 社会在不断发展，法律也需要发展，人们在运用法律来改造社会的过程中，仍有许多未知的领域。在法律实践中，一些新经验、新思想也需要及时总结、推广，这些都离不开法学研究。而研究的成果，又通过法学教育使一部分人先行接受，然后又通过这些受教育者用各种方式向社会传播、推广并付诸实践，从而推动整个社会法律意识的不断更新和提高。

三、法律实践决定法学教育的目的、内容、方法， 法学教育者应具有良好的实践性教学素质，法学教育培 养的产品需要经得起法律实践的检验，法学教育 的成败对法律实践影响深远

在这一部分中我主要归纳了沈老师的法学教育思想，对沈老师的教育教学

^① 《马克思恩格斯选集》第1卷，人民出版社1995年版，第289页。

^② 申亚东：“中国法治进程中公民法律意识的若干问题”，载《广西社会科学》2002年第3期。

观点做了大量的引用，沈老师的法学教育思想是对马克思主义法学教育思想的科学总结，值得我们不断深入研究，学习应用。

（一）法律实践决定法学教育的目的、内容、方法

法学教育的目的是为了法律实践，而非为教育而教育。法律实践的目的在于加强学生对国情、民情以及社会政治经济、文化生活，尤其是对我国司法实践的了解；培养和训练学生认识、观察社会的能力以及运用法学理论和法律知识分析问题、解决问题的基本能力。实践性强的法学教育方法对培养学生的法律实践能力至关重要。法律实践可采取司法实践、模拟法庭、法律咨询、专题辩论、社会调查、到司法机关或律师（法律）事务所实习等形式。实践性法律教育的真谛在于“从实践经验中学习”或“学习如何从实践中学习”。^① 法学以法律为学问对象，法律的特性决定着法学的特性。法律是为调控社会而存在，解决现实问题是法律存在的使命。法律的工具性、世俗性（当然并不否定法律的独立价值）决定了法学教育是要培养一大批运用法律知识去解决社会问题的专业人士，这也是人们投身法学专业的基本愿望，法学的实践性奠定了法学教育的基调。

法学教育的内容由法律实践的需要决定。沈老师说过，对外经贸大学法学院，在做好一般性的法律基础教学的同时，始终注意形成自己独特的教学体系和教学风格。在教学目标上，我们强调为社会主义市场经济培养三会人才：即培养懂法律，懂经贸，且精通专业外语的法律工作者，使我们的学生能真正地把三种知识融会贯通，在市场经济中，尤其在外经贸法律工作中，得心应手地综合应用这些知识。经过几代人的努力，二十余载的摸索，我们在“国际商法”这面旗帜下，已经培养了大批受外经贸界欢迎的这类人才。为使我们的工作更上一层楼，在教材编写和教学方法上，我们进一步提倡在主要专业课程中实行案例教学法。实践证明，案例教学对于培养学生的综合分析问题的能力，处理问题时分清主次和真伪的能力，在实践中运用法律的能力，都起着直接的促进作用。^② 我想对现在在北大法律系学习的同学们提两点建议：第一，坚持

① 王晨光、陈建民：“实践性法律教学与法学教育改革”，载《法学》2001年第7期。

② 沈四宝：《法律的真谛是实践》，法律出版社2008年版，第13-14页。