

法学新问题研究

Faxue Xinwenti Yanjiu

华东政法学院
法律系 编

SHANGHAI
SHEHUI
KEXUEYUAN
CHUBANSHE

上海社会科学院出版社

• 法学新问题探索系列丛书之二

法学新问题研究

华东政法学院法律系编

上海社会科学院出版社

责任编辑 周 河

封面设计 闵 敏

法学新问题研究

华东政法学院法律系编

上海社会科学院出版社出版

(上海淮海中路 622 弄 7 号)

新华书店上海发行所发行 上海社会科学院印刷厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 12.5 字数 305000

1998 年 9 月第 1 版 1998 年 9 月第 1 次印刷

印数 1—1200

ISBN 7-80618-471-6/D·176

定价:28.00 元

序

去年,我系教师撰写的“法学新问题探索系列丛书之一”的《法学新问题探索》一书正式出版发行。大家都以能用集体力量来共同完成这本学术著作而感到高兴,因为这在我系的历史上还是第一次,来之不易。

党的十五大召开,开创了我国历史的新局面。十五大报告中提出的依法治国的方略和把我国建设成为社会主义法治国家的宏大目标,给人以极大鼓舞。这不仅大大地促进我国的社会主义民主与法制建设,而且还将把我国的社会主义建设带入一个新的时期。法的修改又是我国法制建设中的一件大事。然而,法治的道路并不平坦,许多问题需要研究和解决。为此,我们应该把法学理论与法治实践结合起来,重视探索和研究一些我国法治及其相关的问题,为不断完善我国的社会主义法治献计献策。眼前的这本学术著作正是一年来这种探索和研究的成果。

此书以马列主义、毛泽东思想和邓小平理论为指导,用法学理论从不同角度论述了一些法学问题,既有一定的理论深度,亦具较高的学术价值。它集中反映了自去年以来我系科研发展的一个侧面。

本书的出版又一次得到了院领导的大力支持。在论文的审定和编辑工作中,我系的胡士贵、陈鹏生、何勤华、俞子清、苏惠渔、彭万林、胡锡庆、金友成等教授提出了宝贵的意见和建议。我系的刘星老师又一次为本书的出版提供了很大帮助。上海社会科学院出版社的周河先生再一次为本书的出版全力以赴。在此,对他们一并

表示衷心的感谢。

书中的文章都是作者在教学和实践过程中对法学领域中的新情况、新问题作自己的探索和研究,其中的观点、看法,只反映自己的见解,如与现有法律规定和政策有不一致之处,应以现行法律和政策为准。

由于撰稿比较仓促,书中难免有不妥不周之处,还望各位同仁、专家赐教匡正。

华东政法学院法律系

1998年4月

目 录

序.....	(1)
--------	-----

一、社会主义法制与宪政问题探索

• “一国两制”方针下社会主义法制建设的新发展.....	(1)
• 论法的实现	(12)
• 论邓小平的宪政思想.....	(31)
• 宪治与法治	(46)
• 私法文化论略	(58)

二、刑事法律问题探索

• 论刑事法律关系	(73)
• 经济犯罪:特点、成因与对策研究	(91)
• 新刑法中的民事优先原则.....	(102)
• 防治跨境、跨国犯罪的对策	(114)

三、金融法制问题探索

• 票据权利取得的限制.....	(127)
• 最高额抵押制度探讨.....	(144)
• 中国证券市场禁入制度的若干法律问题.....	(161)

四、审判方式改革问题探索

• 民事审判方式改革发展前景探析.....	(173)
-----------------------	-------

- 现行刑事第二审程序的特点和立法完善…………… (191)
- 庭审方式转型后影响律师辩护职能发挥若干问题 ……
…………… (206)
- 律师拒绝辩护或代理的法律思考…………… (223)
- 民事代理理论的几个问题…………… (238)

五、婚姻家庭法律问题探索

- 我国婚姻无效制度的立法依据和构想…………… (259)
- 完善我国夫妻财产制的几点思考…………… (273)
- 人口老龄化的法律对策与思考…………… (287)

六、法制史问题探索

- 魏晋南北朝“准五服制罪”原则之确立与
 家族主义法研究(二)…………… (299)
- 启蒙思想的历程——明末清初的启蒙法律思想综述 ……
…………… (313)
- 北洋政府时期资产阶级和小资产阶级法律
 思想的比较和分析…………… (331)
- 西方货币债务保值条款的演变…………… (346)
- 日本民事诉讼法律制度的历史沿革及最新发展…… (361)
- 中世纪英国的著名法学家…………… (377)
- 附:华东政法学院法律系学术研讨会情况介绍 …… (387)

一、社会主义法制与宪法问题探索

“一国两制”方针下社会主义 法制建设的新发展

刘正浩

邓小平理论的一个重要内容,就是在祖国统一的问题上提出了“一国两制”的创造性构想。所谓“一国两制”,按照邓小平同志的概括,就是实行“一个国家,两种制度”。具体说,就是在一个中国的前提下,中华人民共和国的主体坚持社会主义制度,香港、澳门、台湾保持原有的资本主义制度长期不变。“一国两制”构想,也是中国共产党和中国政府为合理解决香港、澳门和台湾问题,促进完成祖国和平统一大业所提出的基本战略方针。

这一科学构想是对马克思主义的重大发展,它丰富了邓小平理论的思想宝库,为和平统一祖国、振兴中华民族、推动整个中华民族的繁荣和发展,奠定了思想理论基础,对于新形势下我国社会主义法制建设具有重要的意义。

一、“一国两制”构想的中国特色

关于在中国实行“一国两制”的构想,不是主观臆想的产物,而是从实际出发,根据实事求是的原则提出的,主要是在党的十一届三中全会以后逐步形成发展的。

(一)“一国两制”构想的思想理论基础

解放思想,实事求是,是我们党的思想路线,也是邓小平理论的精髓。党的十一届三中全会恢复和发展了毛泽东同志倡导的“实事求是,一切从实际出发”的马克思主义思想路线,重新确定了党的思想路线,有力推动和保证了拨乱反正和全面改革的进行,解决了关系党和国家前途命运的一系列重大课题。在此后的改革开放和现代化建设全过程中,邓小平同志始终高瞻远瞩,经常提醒全党、全国人民,要坚定不移地坚持解放思想,实事求是。邓小平首先特别强调解放思想。因为长期以来教条主义和“左”的错误,造成了许多人思想僵化或半僵化,不打破思想僵化,就会裹足不前,实现四个现代化就没有希望。他提出:“一个党,一个国家,一个民族,如果一切从本本出发,思想僵化,迷信盛行,那它就不能前进,它的生机就停止了,就要亡党亡国。”然而,解放思想与实事求是统一的。邓小平又指出:“我们讲解放思想,是指在马克思主义指导下打破习惯势力和主观偏见的束缚,研究新情况,解决新问题。”“解放思想,就是使思想和实际相符合,使主观和客观相符合,就是实事求是。”这就是说,只有解放思想,才能达到实事求是;只有实事求是,才是真正的解放思想。如何在社会主义现代化建设中坚持解放思想和实事求是的统一,邓小平倡导全党:第一,要善于从实际出发,具体情况具体分析。要弄清楚我们的国情、国力,我们所处的发展阶段和国际环境,要始终注意在了解实际情况的基础上求得对事物的正确认识,因时因地制宜制定正确的政策和策略;第二,要坚持理论与实践的统一,用正确的态度对待马克思主义,坚持用辩证唯物主义和历史唯物主义的世界观、方法论去分析和解决问题,使思想适应发展变化的新形势;第三,要提倡勇于探索、勇于创新的精神,用创造性的工作去开创社会主义现代化建设的新局面。正是基于这样的理论思维,邓小平以其丰富的政治经验和超人的智慧、胆略,提出从中国实际出发,实事求是实现祖国和平统一的“一国两制”伟大构想。

(二)“一国两制”构想的国内和国际条件

党的十一届三中全会以后,我国的国内形势和国际环境发生重大变化。全会制定了把党和国家的工作重心转移到以经济建设为中心的社会主义建设上来的战略决策。要集中力量搞社会主义现代化建设,需要有稳定的国内环境,也需要有和平的国际环境。十一届三中全会以前,我们一直强调战争的危险,认为新的世界大战不可避免。在这种估计中,较多地看到了超级大国的相互对峙,而较少地注意到维护和要求和平的因素。实际上制约战争的力量和因素不仅广泛存在,而且迅速发展,世界和平力量的增长超过了战争力量的增长。尤其在80年代初以后,世界由两极对抗向多极发展分化,由冷战对峙向共存对话转化,更加缩小了大战发生的可能性。相反,世界各国都日益认识到,国家能否在世界上立足,民族能否兴盛,归根到底要取决于经济的发展。基于对当今世界时代特征的正确认识,邓小平以实事求是的创造精神和高度的理论勇气,提出了和平与发展是当今世界发展两大主题的论断,确定了争取中国社会主义现代化建设的和平国际环境的可能性。据此,党中央提出了实现社会主义现代化、完成祖国统一和维护世界和平三大任务。

“一国两制”构想就是邓小平着眼于中国发展战略需要和稳定国际局势的战略需要,面对现实,为维护世界和平的发展,为建设有中国特色的社会主义而提出的一种全新的战略思想。这一构想既体现了坚持祖国统一、维护国家主权的原则性,又体现了照顾历史实际和现实可能的灵活性。原则性指的是,坚持整个国家的主体是社会主义,在中国共产党领导的社会主义制度下完成祖国统一大业,实现中华民族的根本利益;灵活性则是在中国的主体大陆实行社会主义的前提下,在一些特殊地区容许资本主义存在,正因为我们搞的是中国特色的社会主义,所以才可能允许两种制度并存,从而更有利于社会主义的发展。这种最切合实际、用“一国两制”方

针统一祖国的方式,符合中国的国情,符合中华民族的民心民意,也符合当代国际社会和平与发展的历史趋势。

(三)“一国两制”构想的特定含义和内容

“一国两制”科学构想是在特定的历史条件下形成的,某种意义上也可以说,是建国以来中国对香港政策在新的历史条件下的继续和重大发展,因而有着特定的含义和内容。对此,邓小平曾经多次作过解释,指出实行“一个国家,两种制度”的构想,是我们从中国自己的情况出发提出来的,不是别的国家提出来的,它具有鲜明的中国特色。讲“一国两制”要讲两个方面,一方面是在社会主义国家里允许一些特殊地区搞资本主义,不是指一段时间,而是几十年、成百年不变;另一方面,也要确定整个国家的主体是社会主义。

讲“一国两制”,首先是“一国”,是解决国家的主权和统一问题。如果离开了祖国的统一,离开了我国对香港恢复行使主权,一切问题都无从谈起,这是前提。其次是“两制”问题,是在中华人民共和国的主权范围内,社会主义和资本主义两种制度并存。“两制”并不是平行的两种社会制度,也不是相互对立、排斥的政治实体,而是以大陆的社会主义制度为主体,以中华人民共和国的宪法为保证,社会主义和资本主义两种制度相互促进,共同发展。这不仅在中国历史上,就是在世界历史上,也是绝无仅有的。

二、实现“一国两制”方针的具有开创意义的第一部法律—— 香港特别行政区基本法

1990年4月4日第七届全国人民代表大会第三次会议正式通过并颁布了《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(简称基本法)。基本法是全国人大根据中华人民共和国宪法制定的,它以国家法律的形式,将“一国两制”构想全面、准确地体现出来,是“一国两制”创造性构想的具体化和法律化。

(一)基本法以“一国两制”方针为指导思想,体现了原则性和灵活性的高度结合

“一国两制”是在新形势下解决祖国统一问题唯一可行的方式,香港问题的解决证明了这一构想的科学性和可行性。“一国两制”在香港问题上的具体化,就是设立香港特别行政区。香港特别行政区基本法担负着以法律形式设计和规范“一国两制”下香港特别行政区的基本模式与制度的任务,从其制定过程到内容的始终,都贯串了“一国两制”的思想,体现了原则性与灵活性的高度结合。

首先,基本法体现了维护国家主权统一与保障香港地区高度自治的结合。国家主权即一个国家在其所有领土范围内的最高统治权和对外事务不受干涉权,维护国家领土完整和主权统一是我们的最高原则。但在现阶段这一特定的历史条件下,要完成香港回归祖国,首先就必须尊重香港的历史与现状。因此,只有求同存异,承认差别,保障香港地区的高度自治权,保留其现行的资本主义制度在一定时期内不变,保障香港地区的稳定与繁荣,才能合理而顺利地完 成祖国统一大业,达到国家主权的统一,才符合全民族的根本愿望和利益。基本法通过总则、政治体制、经济与社会制度等一系列具体制度的规定,一方面确认香港特别行政区是单一制国家结构形式下的一个地方行政区域,直辖于中央人民政府,从而维护了国家主权的统一;另一方面又确认香港特别行政区是单一制国家结构形式下的一个享有高度自治权的地方行政区域,并赋予香港特别行政区高度自治的权力,实行不同于我国其他行政区域的社会政治、经济、文化、法律制度,表现出了原则性下的高度灵活性。

其次,基本法体现了国家法制统一与多法域并存的结合。国家主权的统一还表现为法制的统一。基本法明确规定,该法以中华人民共和国宪法为依据,隶属于以宪法为核心的我国社会主义法律体系。这说明,就其性质而言,基本法是中华人民共和国关于香港

特别行政区的特别授权法,在我国法律体系中属于基本法律的范畴,只能由最高国家权力机关制定,属于国家法律,而不是地方性法规;还规定,基本法的修改、解释和实施监督权也属于全国人大及其常委会,香港特别行政区立法机关制定的法律及香港原有法律受全国人大常委会违宪审查权的约束。同时,基本法又确认香港原有的法律,即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法,除与基本法相抵触者外均予以采用,从而承认了在国家法制统一的前提下,内地与香港地区不同法域并存的合法性。这种社会主义法律与资本主义法律并存,后者的存在与作用服从于国家法制统一的现象,是维护国家主权统一与保障香港高度自治的需要,是“一国两制”构想在法律制度上的体现,也表现出原则性与灵活性的高度结合。

(二)基本法具有深远的历史、现实意义和国际意义

香港基本法的制定实现了中华民族的百年宿愿。鸦片战争以后,香港被英国占领,中国开始沦为半殖民地半封建社会。1984年中英联合声明的签订,1985年成立香港特别行政区基本法起草委员会。1990年第七届全国人大第三次会议通过和颁布基本法,从法律上洗雪了一百多年来中华民族所蒙受的耻辱。这一法律的制定和颁布,本身就具有重大的历史意义。

基本法维护香港的稳定繁荣,促进祖国统一,有利于我国的改革开放和社会主义现代化建设,具有重要的现实意义。基本法是一个具有开创性的杰作,把“一国两制”构想用法律形式固定下来,使“一国两制”方针变为现实。它规定了香港特别行政区的基本制度和基本政策,勾画了未来香港的蓝图,把“一国两制”构想变为可以操作的具体法律条文,是“一国两制”必将取得成功的法律保障。基本法颁布以来,日益显示出其强大的生命力和对香港稳定繁荣的重要作用。虽然基本法是关于香港特别行政区的法律,但同时也是一部全国性的法律,不仅香港特别行政区要遵守,中央及各省、自

治区、直辖市同样必须遵守；不仅香港居民要遵守，内地居民也要遵守。在1997年7月1日我国恢复对香港行使主权以后，基本法对保持和发展香港的长期繁荣和稳定，必将发挥其重大的作用；对进一步完成祖国统一大业，促进改革开放和现代化建设事业，也必将产生深远的影响。

基本法的颁布和实施还具有重要的国际意义。当今世界上一些国家之间还存在若干历史遗留问题和争端，都面临着用和平方式还是非和平方式解决的问题。基本法为此也提供了一种全新的思路和启示：只要本着实事求是的精神和真诚的态度，许多问题和争端是可以通过和平方式解决的。这样的方式有利于维护世界和平，不仅对第三世界，而且对全人类都具有深远的意义。

三、“一国两制”方针下中国法制建设的创新和发展

按照传统的理论和模式，在一个社会主义国家里，只能允许一种制度的存在和发展，而绝不允许同时有另一种与之对立的资本主义制度的存在和发展。在宪法理论上，现代国家结构形式中的单一制，是指由若干地方行政区域构成单一主权国家的结构形式。在单一制形式下，全国只能有一个统一的立法机关，一部宪法，一个中央政府，统一的国籍。在国家内部，各行政区域的地方政府均受中央政府的统一领导；在对外关系中，中央政府是国际法的主体。而实行“一国两制”后，不仅突破了“一国一制”的固有模式，形成了在一个社会主义国家里，社会主义和资本主义两种制度相互促进、共同发展的新格局；还成立了一个直辖于中央人民政府、除外交、国防由中央人民政府管理外，在基本制度和自治权范围方面，不同于我国现有的任何普通地方行政区域和民族自治地方，享有高度自治权，即享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权的特殊的地方行政区域——香港特别行政区。这不能不说是20世纪90年代出现的一大奇迹，必将对我国社会主义法制建设的创

新和发展产生重大影响。

(一)“一国两制”方针下我国法律体系的新特点

法律体系是指在一国范围内,将其全部现行的法律规范,根据一定的标准和原则划分为各个法律部门。这些不同的法律部门彼此相互联系,内在协调一致,构成一个有机的统一整体。“一国两制”方针的贯彻实施,会给我国目前的法律体系带来重大变化,呈现新的特点。

首先,实行“一国两制”,将突破我国原有的单一的法律体系,而形成在一国范围内两种法律体系并存的局面。一般情况下,在单一制国家里只存在一个统一的法律体系,这不仅由于在单一制国家里只存在一个最高的立法机关,一部具有最高法律效力的宪法,同时还由于在法律体系中所包含的各个部门法、各种法律规范,都统一奠基在共同的社会经济基础之上,具有共同的本质和共同的指导原则。实行“一国两制”后,在香港设立特别行政区,香港原有的法律将基本保留。香港特别行政区还享有立法权,可根据香港的经济、政治、文化发展的需要制定法律。这些原有的法律和香港特别行政区立法机关制定的法律,都是适应于香港资本主义社会制度并为其服务的,就其性质而言,属于资本主义法律体系范畴。这样,在我国一国范围内就会出现社会主义和资本主义两种性质不同的法律体系并存的局面。当然,这种在一国范围内社会主义法律体系与资本主义法律体系的并存,绝非“并列”或“并重”,而是在社会主义法律体系为主体的前提下的并存,是以社会主义法律体系为主体的两种法律体系并存的新格局。

其次,实行“一国两制”后,我国的法律体系就其法律传统或所属的法律来看,将呈现出多样化的特点,即出现属于几种不同法系的法律。近年一些学者提出当今世界存在着三大法系,其中包括十月革命后发展起来的社会主义法系,以及具有世界性影响的资产阶级两大法系——大陆法系和普通法系。根据这个观点,我国法律

所属的法系当然是社会主义法系,同时带有大陆法系模式的某些特点,但主要具有中国社会主义的特色。实行“一国两制”后,在我国法律体系中,就不仅只存在着单一的社会主义法系,而且还包括普通法系和大陆法系的法律。例如,在香港特别行政区允许保留的原有法律,就是属于普通法系的。如果将来澳门成立特别行政区,也允许基本保留原有法律,而这些法律按其法律传统均属大陆法系。这样,在我国的法律体系中,就不仅存在两种法律体系或法律制度,而且还存在着三种法系。这种“一国两制三大法系”的新格局,也将成为我国法律体系的一大特色。

再次,实行“一国两制”后,我国法律体系的内部结构也将呈现出更为复杂的层次性。目前就内地而言,我国法律体系除分为不同的、独立的法律部门外,在每一个法律部门中又分为不同的层次。如在宪法这一法律部门中,除了占主导地位的宪法外,还包括第二层次的法,如国家机关的组织法、选举法、民族区域自治法等。其中第二层次的法某些还可包括第三个层次,如全国人大常委会会议事规则。实行“一国两制”后,就香港特别行政区实施的法律来说,除香港特别行政区基本法属于我国的基本法律外,被保留下来的香港原有法律和香港特别行政区立法机关制定的法律,将作为特别行政区一级的法律自成一个体系而存在。它的内部又可分为不同的部门法,如刑法、合同法、民事侵权行为法、诉讼法、婚姻家庭法与继承法、劳工法、环境保护法等等。这些不同的部门法与香港特别行政区基本法又结为不同的层次,都从属于更高层次的基本法。这样,从我国法律体系内部结构看,将呈现更为复杂的多层次性。

(二)“一国两制”方针成功解决了不同法律体系的矛盾和冲突问题

在香港特别行政区基本保持原有的法律,在内地实行社会主义法律,这就产生了如何将这不同法律体系的矛盾求得妥善解决的问题。“一国两制”方针对不同法律体系矛盾和冲突问题的解

决,在理论和实践的结合上提供了一个新的范例和方式,把这些矛盾和冲突成功地统一在一部法律——《香港特别行政区基本法》之中。这不仅完成了一个艰巨的课题,也是法学上的一个创举。

基本法附件三所载明的六个全国性法律,必须适用于香港特别行政区,这有利于维护国家的统一和主权。但是考虑到两种不同的法律体系,在遇到两种法律所规定的内容不一致时,又尽可能地采用原在香港实行的法律的一些内容,使之能在基本法的条文中统一起来。对基本法解释权的解决即为一例。基本法第158条,首先规定基本法的解释权属于全国人大常委会;然后再规定香港特别行政区法院在审理案件时对基本法关于香港特别行政区自治范围内的条款自行解释;最后规定法院在审理案件时如需对基本法关于中央人民政府管理的事务或中央和特别行政区关系的条款进行解释,在一定条件下要提请全国人大常委会作出解释。这样既坚持了宪法规定的全国人大有权解释法律的规定,又保留了香港原有法律的一些规定;既不妨碍少数全国性法律在香港特别行政区的适用,又照顾到香港原有法律的实际情况,较好地解决了两种不同法律体系的矛盾和冲突问题。

(三)“一国两制”方针对我国宪法制度和宪法理论的创造性发展

在邓小平“一国两制”伟大构想指导下,用“一国两制”方针解决香港问题,设立香港特别行政区,制定、颁布和实施香港特别行政区基本法,这一系列举措不但发展了我国现有宪法制度,对现有宪法理论和宪法观念也是一种更新与发展。

首先,创立了一种新的自治形式,发展了国家结构形式的制度和理论。在传统宪法理论和宪政制度中,国家结构形式主要分为单一制、联邦制和邦联。单一制形式下又可存在小范围的自治区域,我国民族区域自治制度即为典型一例。基本法在“一国两制”方针指导下,根据香港特别行政区的实际情况,创立单一制下特别行政