

法学新问题探索

FA XUE XIN WEN TI TAN SUO

华东政法学院

法律系组织编写

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一

法 学 新 问 题 探 索

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 邹越非

法学新问题探索

华东政法学院法律系组织编写

上海社会科学院出版社出版发行

(上海淮海中路 622 弄 7 号)

上海社科院印刷厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 10.5 字数 263000

1997 年 6 月第 1 版 1997 年 6 月第 1 次印刷

印数 1—1200

ISBN 7-80618-356-6/D·160

定价:25.00 元

序

改革开放以来,我国的政治、经济、文化等各个方面都迅速发展。尤其是法制建设,近几年来步伐不断加快,其成就令世人瞩目。法制的发展向法学提出了挑战,要求法学不断研究新情况,解决新问题,以促进法制的进一步发展与完善。法学应担当起这样的任务,发挥其应有的作用。

我系自 1985 年建立以来,发展很快,综合实力已十分强大,现有教职工 100 余人,其中教师 80 余人,正、副教授近 40 人;教研室 9 个,分别是法学基础理论学、法制史学、宪法学、刑法学、民商法学、行政法学、刑事诉讼学、民事诉讼法和法律文书学等教研室;另有 5 个研究所,它们是:立法学研究所、法律文化研究所、港澳台法学研究所大陆法系研究所和律师事务研究所;拥有我院 9 个硕士研究生培养点中的 5 个,即法制史学、宪法学、刑法学、民法学和刑事诉讼学等硕士研究生培养点。近 3 年来,我系还先后承担了国家、司法部和上海市的重点科研项目 8 项,出版了各种著作近 50 本,论文近千篇。我系的教师还积极参与上海市的重要立法、司法活动,有 10 余人被聘为上海市和其他省市的立法研究和咨询专家,3 人被聘为全国各地仲裁委员会仲裁员,10 余人被聘为上海市各区的政府和司法机关的咨询专家和顾问等。我系有能力也应该为繁荣和健全我国的社会主义法制作出应有的贡献。

我系的广大教师在完成教学任务的同时,还努力从事科学研究,以科研促进教学,以科研繁荣法学。为了综合我系教师近年来的部分科研成果,集中反映我系近年来的科研的新发展,特推出这

本集子。所载文章均首次正式发表。撰写文章的作者多为我系教师,亦有个别司法实践部门的专家。

此论文集的出版得到了院领导的大力支持。在论文的审定和编辑过程中,本系的何勤华、陈鹏生、陆世友、胡士贵、胡锡庆等教授提出了宝贵的意见。本系的刘星老师为本书的出版提供了很大帮助。在此一并表示衷心感谢。

需要提及的是,本书中的一些文章系作者在教学和实践过程中对法学领域中的新情况、新问题作出自己的探索和研究,文中的观点、看法,仅反映个人见解。此中,如有与现有法律规定或政策有不合之处,当以现行法律与政策为准。

由于撰写出版比较仓促,书中不妥之处在所难免,还望各位专家、同仁不吝教正。

华东政法学院 法律系
1996年11月

目 录

序.....	1
--------	---

一、法理学与宪法学问题探索

• 社会主义精神文明与法制建设.....	1
• 侵权行为法的经济学分析	16
• 违宪责任	31

二、民商法学问题探索

• 票据权利内容及其行使	42
• 票据设质要件和质权行使	58

三、刑诉法学问题探索

• 我国应该采用非法证据排除法则	70
• 控辩式庭审法律适用及负面效应预防	83
• 审判新模式中的举证责任定位	98
• 刑事诉讼中的法律障碍与对策.....	112
• 刑事诉讼中的法律监督新举措.....	125

四、刑法学问题探索

• 犯罪客体的重新认识.....	138
• 刑罚有效性内涵及其运作.....	156
• 侵犯知识产权犯罪的范围和处理.....	169

- 评析《关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》…… 177

五、中国法制史问题探索

- 《唐律疏议》的灵魂——儒家思想…… 185
- 《唐律》的减刑条款及其适用…… 201
- 明朝中后期的反传统思潮…… 214
- 《名公书判清明集》版本流传考略…… 227
- 宗桃继承源流及其性质…… 239

六、国外法制问题探索

- 日本近代法学奠基人述略…… 254
- 中德竞争法律制度比较…… 268
- 日本的社会保障法…… 281
- 评析西方主要国家人权的现状和理论…… 297

七、司法文书探索

- 司法文书教育与研究…… 314

一、法理学与宪法学问题探索

社会主义精神文明与法制建设

1995 年新春伊始,江泽民同志在中共中央举办的法制讲座会上,发表了关于领导干部要带头学法、守法的重要讲话。他指出,为了适应社会主义市场经济发展和社会全面进步的要求,我国法制建设的进程正在不断加快,提高领导干部的法律素质已成为一项紧迫要求。搞好法制教育,提高法律意识,增强法制观念,也是加强社会主义精神文明所必需的。1996 年新春伊始,江泽民同志又在中共中央举办的法制讲座会上发表了关于依法治国的重要讲话。他指出,所谓依法治国,就是广大人民群众在党的领导下,依照宪法和法律的规定,通过各种途径和形式参与管理国家、管理经济文化事业、管理社会事务。

社会主义精神文明建设,包括教育科学文化事业建设和思想道德建设两大部分。江泽民同志的两次重要讲话,既提出了搞好法制教育、提高法律意识和增强法制观念的问题,又论述了要依法管理文化事业和社会事务的问题,这就把社会主义精神文明建设的两大内容都与法制建设紧密结合了起来。这是在发展社会主义市场经济的新形势下搞好精神文明建设的新思路、新举措,是今日精神文明建设不同于过去的重要之处。

（一）社会主义精神文明建设与法制建设相结合的必要性

关于社会主义精神文明建设为什么要与法制建设相结合，有些同志至今还存有歧义。因此有必要对两者结合的必要性加以探讨。

1. 精神文明建设和法制建设相结合，是邓小平同志有中国特色的社会主义理论的重要组成部分。1985年10月，邓小平同志在会见美国时代公司总编辑格隆瓦尔德时，后者提出：“中国共产党一直教育人民要大公无私，为人民服务。现在经济改革，你们教育人民要致富，出现了少数贪污腐化和滥用权力的现象，你们准备采取什么办法解决这些问题？”对此，邓小平同志明确地答道：“我们主要通过两个手段来解决，一个是教育，一个是法律。”（《邓小平文选》第3卷第148页）1986年3月，邓小平同志在会见新西兰总理朗伊时说道：“我们现在搞两个文明建设，一是物质文明，一是精神文明。实行开放政策必然会带来一些坏的东西，影响我们的人民。要说有风险，这是最大的风险。我们用法律和教育这两个手段来解决这个问题。”（《邓小平文选》第3卷第156页）1986年6月，邓小平同志在中央政治局常委会上的讲话中指出：“法制观念与人们的文化素质有关。……所以，加强法制重要的是要进行教育，根本问题是教育人。法制教育要从娃娃开始，小学、中学都要进行这个教育，社会上也要进行这个教育。纠正不正之风中属于法律范围、社会范围的问题，应当靠加强法制和社会教育来解决。”（《邓小平文选》第3卷第163页）由此可见，用法律手段来推动精神文明建设，是邓小平同志一手抓建设、一手抓法制思想的一个重要内容。这种推动作用表现为：社会主义法制一方面通过自己的调整职能和保护职能，为社会主义精神文明建设创造必要的社会条件和物质基础；另一方面社会主义法制也通过自己的各项职能及其思想教育，直接提高人的素质，推动社会主义精神文明建设。

2. 由于市场经济带来的社会利益主体多元化和资源配置市场化这一新情况,使得过去建立在计划经济体制基础上的以道德约束为主的社会管理方式,必然地转变为以法律约束为主的社会管理方式。或者说,要从过去的由单纯的思想教育、自我约束入手来提高社会精神文明水平的方式,转变为一靠教育,二靠法制来提高社会精神文明。

在自然经济占主导地位的古代社会,资源的配置方式是根据人的身份地位来设定的,人(或社会组织)对一定资源的享有,只能表现为一定身份的拥有。调整社会关系的措施,主要是确认人们在社会关系中的不同身份。与此相应的行为规范,就是要求人们顺应和服从社会固有的身份等级关系(如“三纲五常”)。同时,由于自然经济的自给自足性,“鸡犬之声相闻,民至老死不相往来”,决定了该社会的控制手段主要是道德以及世代相传的习惯,而不是稳定、统一和具有社会普遍效力的法律。

在计划经济年代,政府是基本的、直接的资源配置者,其实质是一种行政经济体制。社会控制手段主要是行政命令和行政动员,而不是法律;与之相应的精神文明建设,主要是靠思想政治工作和模范人物的榜样力量,提高人们的道德觉悟。

在市场经济年代,人们的衣、食、住、行不再像计划经济年代那样完全依赖于政府的统筹安排,出现了利益主体多元化、资源配置市场化的新情况。由于利益主体的多元化,使得人们的价值观念出现了某种程度的多元化;由于资源配置的市场化,行政控制的作用较前减弱。市场经济在激发人的原创力的同时,也引发了人的各种私欲,从而使道德约束力度减弱。而当人的私欲可能淹没人的良知时,各种各样的恶行就会因缺乏约束力而呈现无限蔓延之势。在这种情况下,一些最起码的道德准则就难以得到遵守,如果不采取强制性的法律手段来保证这些准则的贯彻,整个社会就会混乱不堪。只有强化法律的控制、约束作用,运用国家强制力才能保证不同利

益主体的行为不至失序和越轨,即使是发生了失序和越轨的情况,也可以将其纠正。而道德却没有这个力量。因此,通过法律控制和纠正不同利益主体的行为,进而提高人们的道德觉悟,是非常必要的。

3. 精神文明建设 with 法制建设相结合,是精神文明重在建设的需要。党的十四大提出“精神文明重在建设”,语重心长,寓意深刻。中国古代的儒家追求一种“内圣外王”的境界。所谓“内圣”,即搞好个人的修身(“格物、致知、诚心、正意、修身、齐家”);所谓“外王”,即在搞好个人修身的前提下,为人民和国家建功立业(“治国、平天下”)。但由于儒家过度重视道德、轻视法律,因而找不到一条切实可行的“外王”之路,长期停留在泛道德主义的老路上,“内圣”开不出“外王”,终以“内方外圆”告归。今天我们进行社会主义精神文明建设,决不能坐而论道,而应该“重在建设”,而法制建设则是精神文明建设的一个很好的抓手。

1986年中共中央《关于社会主义精神文明建设指导方针的决议》指出:“道德是经济基础的反映,而不是脱离历史发展的抽象观念。我国还处在社会主义的初级阶段,不但必须实行按劳分配,发展社会主义的商品经济和竞争,而且在相当长历史时期内,还要在公有制为主体的前提下发展多种经济成份,在共同富裕的目标下鼓励一部分人先富裕起来。在这样的历史条件下,全民范围的道德建设,就应当肯定由此而来的人们在分配方面的合理差别,同时鼓励人们发扬国家利益、集体利益、个人利益相结合的社会主义集体主义精神。”这就告诉我们,现阶段道德建设的中心问题是要处理好个人、集体和国家三者之间的利益关系。而法律正是由此出发,设定了人们的权利、义务关系。

邓小平同志指出:“在社会主义制度下,个人利益要服从集体利益,局部利益要服从整体利益,暂时利益要服从长远利益,……权利和义务的关系,归根到底,就是以上所说的各种利益的相互关

系在政治上和法律上的表现。”(《邓小平文选》第2卷第175页、176页)权利和义务实质上是对个人、集体和国家三者利益关系的合理界定,因此“人人有依法规定的平等权利和义务,谁也不能占便宜,谁也不能犯法。”(《邓小平文选》第2卷第332页)

道德规范一般是不成文的,而法律则是成文的,通过确立法定权利、义务规范,合理划分国家、集体和个人三者之间的利益关系,培育人们的权利义务意识,正是把思想道德建设落在实处的一大举措,完全符合“精神文明重在建设”的原则要求。

4. 中外精神文明建设的经验表明,精神文明建设与厉行法治是密不可分的。被誉为“欧洲花园”之国的瑞士,公共环境整洁干净,社会秩序井然有序,这主要来源于瑞士人强烈的公德意识。而其公德意识所以能够形成,一是靠法律,二是靠教育,瑞士政府严格地用法律来管理社会。例如,在倒垃圾这件小事上,瑞士的法律规定就很多:首先,各种杂物必须装入黑色塑料垃圾袋,并要放到指定垃圾站;旧玻璃瓶要按白色、棕色、绿色分别投入指定的垃圾箱;塑料瓶要专门投入另一垃圾箱,旧家具和旧报纸杂志每月定期放在指定地点……,尽管规定如此繁琐,市民均能照章办事。这种强烈的法律意识又源于教育。一位资深瑞士教师强调指出,儿童、少年时代的教育使之从小养成遵守法律的习惯,社会也就自然形成一种良好的社会风气。

新加坡是亚洲精神文明建设搞得比较好的国家。李光耀提出,有严密的法律才能产生井然的社会秩序。任何法律制度的严峻考验,在于是否能够在人与人之间以及人与国家之间产生社会秩序和精神意义,能否适应社会环境的需求。在稳定的社会环境中,法律是秩序的先锋,有了好的法律才有良好的秩序。法律严密,秩序井然,是颠扑不破的规律。如果在动乱的环境中,则没有秩序,法律便不可能运作。因此有必要制定严厉的法律法规以维持秩序,使法律能有效治理人际关系,否则混乱和无政府主义就会取代秩序。新

加坡政府正是按照上述对秩序与法制的关系的认识,运用法制建立良好的社会秩序。

张家港是我国社会主义精神文明建设搞得比较好的城市。他们的做法主要是:第一,教育、引导先行。他们先后组织十万市民开展了“我为港城添光彩”和“文明市民形象”的大讨论,制定了《文明市民守则》,对每个市民提出“六要”、“十个不准”的行为规范,要求“人人都成为良好的投资环境,个个都树立港城的美好形象”。对16个行业提出了明确的职业道德规范,全市开设了上百所文明市民学校,发放《文明市民读本》十余万册。通过教育,市民的文明水准有了较大提高。第二,管得严,罚得重。张家港制定了垃圾袋装化,不准随地吐痰,不准乱抛纸屑,不准在人行道上随便停放自行车,店前店外不准设摊,路边店不准有招手女郎,不准在街头巷尾乱贴广告纸和乱写广告语等规定以及执行这些规定的配套措施。在此基础上,加大执法力度,建立了城管、卫生、绿化、环保、工商、物价、交通、治安等12支管理队伍。还成立了100多人的巡警监察大队,日夜进行巡逻纠察。对违反规定的,不管是谁,一律照章处理,有的被罚款,有的要穿上黄马甲义务值勤,罚款一般都较重。此外,张家港还建立了一套精神文明建设活动的管理制度,使活动逐步走上制度化轨道;采取严格的管理措施,把营造文明的社会环境与提高市民的文明素质相结合;健全有效的运行机制,使群众性精神文明建设活动始终保持旺盛的生命力。这一切都是显示了法律、法规对精神文明建设的巨大促进作用。

综观中外精神文明建设的经验,便可以看出,要想让精神文明建设深入、持久、有效地进行下去,就必须与厉行法治相结合。精神文明和精神文明建设是两个概念。前者是指精神财富本身,后者是指创造和发展精神财富所采取的措施;前者是包括知识分子在内的劳动人民直接创造的,后者则主要是政府的一种行为,按照依法治国原则的要求,政府的一切工作都必须“有法可依,有法必依,执

法必严,违法必究”,所以精神文明建设必须与法制相结合。为什么过去在精神文明建设问题上,曾经出现过“一手硬,一手软”的情况?一个重要原因就在于个别领导人忽而重视,忽而轻视。邓小平同志在总结改革开放以前党和国家各项工作中的经验教训时指出:“我们过去发生的各种错误,固然与某些领导人的思想、作风有关,但是组织制度、工作制度方面的问题更重要。这些方面的制度好可以使坏人无法任意横行,制度不好可以使好人无法充分做好事,甚至会走向反面。”(《邓小平文选》1975—1982年》第293页)精神文明建设同样要制度化,尤其是要法治化,只有这样才能克服和预防在这一问题上的人治现象。

5. 道德和法律相辅相成,缺一不可。在阶级社会,统治阶级的道德和法律本质上是一致的。从根源与目的方面来说,两者都是由经济基础决定的上层建筑现象,都是为了维护统治阶级的社会制度和社会秩序,都是调整社会关系的手段;从内容上来说,法律以道德为基础,法律规范来源于道德规范;从作用上来说,两者相互促进。道德对法律的促进作用有两方面:一是道德确立的基本价值为立法指明了方向;二是道德为执法、守法奠定社会心理基础。法律对道德的促进作用亦有两方面:一是通过立法可以选择并进而推动一定的道德的普及;二是严格的执法可以弘扬一定的道德精神。

不仅如此,道德的长处恰巧是法律的短处,而法律的长处又是道德的短处,两者可以取长补短,相得益彰。第一,道德具有自发性,法律具有人为性。前者的长处是直接源自人的内心、习惯,易为人们接受、遵守,短处是因其自发性而具有多元性;后者的长处是经过严格选择,使得法律规范源于道德规范但又高于道德规范,更能适合统治者的需要,并由于其国家意志性而具有一元性,但短处是不像道德规范那样深入人心。第二,道德的强制手段是柔性的,而法律则是刚性的。前者是通过社会舆论褒贬以及个人内心信念

的自我约束而得到遵守与发扬,后者则是通过国家强制力保证实现。因此,前者的长处是覆盖面广,而且不需要国家大量投资,但短处是强制力有限。后者的长处是强制力较大,但短处是覆盖面不如前者广。所以,道德和法律唇齿相依,是治理国家的两把利剑。

正如邓小平同志所指出的那样:“旧中国留给我们的,封建专制传统比较多,民主法制传统很少。”因此,在道德和法律的关系问题上,一些同志还存在一定的重道德、轻法律,或把法律与道德截然对立的倾向。

第一,一些同志简单地认为法律只管人的行为而不管内心。其实,这一看法似是而非。因为法律并非不考虑人的内心世界。例如,刑法明确区分故意和过失犯罪,把主观动机作为犯罪的四大构成要件之一;民法把过错责任、意思自治、诚实信用列为它的基本原则。可以说,很少有法律不涉及人的心理倾向的。因此,法律和道德一样,都插足于人的内心世界,都负有培育健康心灵的使命。唯一的区别就在于法律主要是通过管束人的行为而提高人的内心境界,道德主要是通过呼唤人的自我反省而端正人的行为。

第二,一些同志简单地认为法律职司“惩罚”,道德职掌“教育”,似乎法律缺乏教育功能。这实际上是一种误解。大体而言,法律具有调控、指引、预测、评价、教育、强制六大功能,强制(即“惩罚”)只是其中之一。所谓调控功能,是指法律通过界定人们不同的主体资格和权利义务关系,将社会各种关系调控在一定秩序范围之内。所谓指引功能,是法律通过设立权利性规范,保护和鼓励人们从事法律所允许的行为;通过设立义务性规范,告诫人们应该必须这样行为或者禁止这样行为;通过设立职权性规范,要求国家机关和公务员维护国家和社会利益,全心全意为人民服务。所谓预测功能,是指法律使人们事前可以预计到本人或他人的行为合法与否的标准以及会带来何种法律后果等等,进而使人们感到自己的合法行为和合法权益有一种安全感。所谓评价功能,是指法律给人

们提供了一种评价人们行为善、恶与否的标准。所谓教育功能,是指法律在调整人们的行为时,同时又以一种精神力量直接或间接地影响着人们的政治、法律、道德、文化等观念。法的这种教育功能,主要是从法本身的内容规定,如从伸张正义、鼓励进步、表彰合法、惩治犯罪等扶正压邪的内容显示出来,同时又通过法的实施过程体现出来。

即便是法的强制功能,亦含有教育意义。邓小平同志在 1986 年 1 月 17 日的中央政治局常委会有篇讲话,说道:“判死刑也是一种必不可少的教育手段。”陈云同志插话道:“杀一儆百,杀一些可以挽救一大批干部。”(《邓小平文选》第 3 卷第 152 页)死刑之外的刑罚不管是对罪犯本人,还是其他人,都是一种最严厉的教育。因此,法的强制功能亦具有教化职能。这是毋庸置疑的。

上述两种错误认识的要害是只看到法律和道德的差别,并且把这种差别绝对化。其实,相当多的法律规范原本属于道德规范中最重要的部分,唯其重要,统治者才把它从道德规范中提炼出来,赋予法律形式,由国家利用暴力强制执行。因此,法律与道德是有其内在统一性的。运用法治推进精神文明建设是切实可行的。

(二)社会主义精神文明法律体系

社会主义精神文明是社会主义制度的重要特征,是社会主义制度优越于资本主义制度的一大表现。因此,建国以来,党和国家非常重视社会主义精神文明的建设。《中国人民政治协商会议共同纲领》首次规定了国家“提倡爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱护公共财物”的国民公德,表明了国家对文化建设和思想建设的关注。1954 年宪法、1975 年宪法和 1978 年宪法也程度不同地规定了某些属于精神文明建设的条款,而现行宪法(1982 年)无论在内容范围方面还是在文字表述方面,都对社会主义精神文明建设作出了完整而明确的规定。现行宪法从第 19 条到第 22 条规定了精神

文明建设所包含的第一个层面,即教育科学文化建设;宪法第 24 条规定了精神文明建设所包含的第二个层面,即思想道德建设。社会主义精神文明建设的根本任务,是适应社会主义现代化建设的需要,培养有理想、有道德、有文化、有纪律的社会主义公民,提高整个中华民族的思想道德素质和科学文化素质。因此,教育科学文化建设是社会主义精神文明建设的重要的物质条件,思想道德建设是社会主义精神文明建设的核心。

在世界宪法史上,我国宪法系统地规定社会主义精神文明建设,是一个创举。早期的欧美资产阶级宪法着重规定国家政权组织及公民的政治权利,而对文化教育方面的内容很少涉及。后来在 1918 年苏俄宪法的影响下,欧美一些国家的宪法才开始规定公民在文化教育方面的权利,但对公民的思想道德方面的问题仍未涉及。

宪法是我国的根本大法,它关于社会主义精神文明建设的规定,奠定了社会主义精神文明法律体系的基础。近年来,在宪法的指导下,我国立法部门制定了许多社会主义精神文明建设的法律法规,已初步形成了以宪法为核心的社会主义精神文明法律体系。

1. 教育科学文化方面的法制建设。把教育科学文化建设纳入法治轨道,是国际潮流的大趋势所决定的。1474 年威尼斯共和国公布的专利法开创了法律保护技术发明之先河;19 世纪末,工业发达国家进一步认识到法律在保护和促进科学发展中的作用,于是开始构建以科技活动为专门调整对象的科技法律部门的框架,其后又在实践中不断扩展和丰富科技立法的范围;进入 20 世纪,特别是二战以后,科技法在量与质两方面都有飞跃性的发展,许多国家不仅把有关科技的问题载入宪法,同时还制定了关于科技发展的基本法。最近,日本国会正在热烈讨论制定《科学技术基本法》,要求重建科研体制,防止“产业空洞化”和“技术空洞化”现象蔓延,这说明日本适应科技立国国策需要的科技法已发展到一个