



安徽法学文库

第一辑

# 法治热点 透视

安徽省法学会 编

- ◇ 马钢股份制改造给我们带来什么样的思考
- ◇ 安徽省监狱企业改制工作的调查与研究
- ◇ 私营企业劳动用工法律问题研究
- ◇ 关于省级以下检察机关实行直接领导的可行性探讨
- ◇ 实施社区警务战略是公安工作的里程碑

安徽人民出版社



安徽法学文库·第一辑

# 法治热点透视

F A Z H I R E D I A N T O U S H I

◇安徽省法学会 编

安徽人民出版社

责任编辑:杜国新

装帧设计:李 军

图书在版编目(CIP)数据

安徽法学文库 / 安徽省法学会编. —合肥:安徽人民出版社,2005

ISBN 7-212-02640-9

I. 安... II. 安... III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 085211 号

安徽法学文库(第一辑)

——法治热点透视

安徽省法学会 编

---

出版发行:安徽人民出版社

地 址:合肥市金寨路 381 号九州大厦 邮编:230063

发 行 部:0551-2833066 0551-2833099(传真)

经 销:新华书店

制 版:安徽石油勘探开发公司印刷厂

印 刷:安徽石油勘探开发公司印刷厂

开 本:787×1092 1/16 印张:20.5 字数:320 千

版 次:2005 年 8 月第 1 版 2005 年 8 月第 1 次印刷

标准书号:ISBN 7-212-02640-9/D·409

定 价:39.80 元

印 数:00001-01500

---

本版图书凡印刷、装订错误可及时向承印厂调换

## 序

安徽省司法厅党委书记、厅长

孙建新

二十一世纪的头二十年,是我国全面建设小康社会、加快推进社会主义现代化的重要战略机遇期,也是推进依法治国、建设社会主义政治文明的重要战略机遇期。党的十六届四中全会作出加强党的执政能力建设的决定,提出了坚持党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一,不断提高发展社会主义民主政治能力的重大命题,为加速依法治国进程、推动国家政治文明进步开辟了更加广阔的前景。在依法治国、建设社会主义法治国家的历史进程中,法学理论始终是其主要的智力支持和精神动力之一。在社会快速转型时期,法学理论对于社会变革的引导和推动作用尤其明显。



实践基础上的理论创新是社会变革和发展的先导。我国正处于全面建设小康社会、加快推进社会主义现代化、努力构建社会主义和谐社会的新的发展阶段,社会变革的范围之广、程度之深,都是前所未有的。急剧变化的社会现实迫切需要理论做出新的概括和回应,法学研究同样面临着创新与发展的迫切要求。为此,新时期的法学研究工作必须在牢牢把握正确的政治方向的前提下,努力营造民主、和谐、平等、宽松的学术氛围,尊重广大法学、法律工作者的主体意识和个性意识,尊重他们对于当代中国法治变革与发展的独立思考,倡导学术民主和学术自由,培育创新思维和求真务实精神,最大限度地调动法学和法律职业群体的积极性和创造性,通过法学理论创新推动法律制度创新和法治实践创新。这是推进社会主义法治的内在要求,也是繁荣社会主义法学研究的必由

安徽省法学会自1979年成立以来,团结组织全省广大法学法律工作者,在开展法学研究、推进法律实践、活跃学术交流、培养法学法律人才、参与国家和地方立法、宣传普及法律知识等方面,做了大量工作,成为社会主义民主法制建设中的一支重要力量。《法治热点透视》一书由安徽省法学会主编,研究和讨论的对象涉及到近年来我国、我省经济社会发展、民主法制建设中的若干重大问题;科研项目的主持者和论文作者既有省内知名法学家、法律家,也有法学法律界的学术新锐;所收录的研究成果具有比较强的思辨性、前瞻性和针对性,体现了研究者扎实的学术理论功底、对重大社会问题的敏锐观察力和强烈的社会责任感。这些研究成果一方面可以为有关领导决策提供参考,一方面可以为促进法学理论研究和法治实践的创新与发展提供新的视角,与此同时,也将在研究方法上为理论和实务工作者带来一些启迪。相信该书的编辑出版,对于推进我省法学研究工作是一件很有意义的事情。

当前,随着中央加快中部崛起的政策逐步明晰,我省加快发展面临着更加有利的宏观环境。如何坚持用科学发展观统领经济社会发展全局,实现“抢抓机遇、乘势而上、奋力崛起”的战略目标,是摆在我们面前的一个重大课题。全省法学法律工作者要充分认识自己所肩负的历史使命,坚持以人为本和全面、协调、可持续的科学发展观,坚持解放思想、实事求是,把握时代脉搏,立足理论前沿,以全面建设小康社会进程中的重大现实问题为主攻方向,致力于破解法学领域和法律实践中战略性、前瞻性的重大课题,不断推动社会主义法律理论创新、法律制度创新和法律文化创新,为实践依法治国方略、加速依法治省进程,推进社会主义政治文明建设,构建社会主义和谐社会做出新贡献。

二〇〇五年六月二十四日

# 目 录

## CONTENTS

### 第一编 法理学、法史学

|                                |                |
|--------------------------------|----------------|
| 论中国传统法律文化在构建当代中国法治社会中的意义 ..... | 蒋传光 / 3        |
| 论法治与德治的功能整合 .....              | 肖方扬 / 12       |
| 社会转型与法学研究意识的更新 .....           | 强昌文 / 21       |
| 依法治省的重要基础 .....                |                |
| ——安徽省农村普法和依法治理社会调查 .....       | 安徽省法学会课题组 / 33 |
| 中国古代县治与官箴思想 .....              |                |
| ——以《钦颁州县事宜》为例 .....            | 周少元 韩秀桃 / 41   |

### 第二编 宪法学、行政法学

|                              |                  |
|------------------------------|------------------|
| 析立法法对地方立法规定的不足 .....         | 纪荣荣 / 57         |
| 关于地方立法规划和立法计划的几点思考 .....     |                  |
| .....                        | 吕振凡 纪荣荣 / 61     |
| 关于省级以下检察机关实行直接领导的可行性探讨 ..... |                  |
| .....                        | 安徽省人民检察院课题组 / 68 |



|                             |          |
|-----------------------------|----------|
| ◎ 实施社区警务战略是公安工作的里程碑 .....   | 崔亚东 / 80 |
| 法理 理念 程序——劳动教养立法的必解之结 ..... | 李小群 / 88 |

### 第三编 民商法学

|                                                                        |           |
|------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 马钢股份制改造给我们带来什么样的思考<br>——兼论新一轮企业改革中的若干法律问题<br>..... 安徽省法学会《公司法》课题组 / 99 |           |
| 安徽省监狱企业改制工作的调查与研究<br>..... 安徽省法学会《公司法》课题组 / 105                        |           |
| 国有控股公司实践中的问题及法律对策研究<br>..... 安徽省法学会课题组 / 114                           |           |
| 版权理论中的创作概念 .....                                                       | 曹世华 / 126 |
| 对中国现行继承法遗嘱自由过度的反思 .....                                                | 章礼强 / 137 |
| 债权人撤销权的性质与行使方法 .....                                                   | 汪 晖 / 146 |
| 对债权凭证制度的探讨 .....                                                       | 赵 新 / 153 |
| 论产品责任法中的产品 .....                                                       | 李胜利 / 159 |

### 第四编 经济法学

|                                                   |                       |
|---------------------------------------------------|-----------------------|
| 关于安徽省债转股情况的调查报告<br>..... 安徽省法学会民商经济法学研究会 / 173    |                       |
| 债转股的若干法律分析 .....                                  | 安徽省法学会民商经济法学研究会 / 184 |
| 关于促进民营经济发展的法律思考 .....                             | 安徽省法学会课题组 / 194       |
| 中国金融控股公司立法若干问题研究<br>..... 《中国金融控股公司立法研究》课题组 / 212 |                       |
| 环境权论纲 .....                                       | 钟 娟 / 232             |



## 第五编 刑法学

- 对我国刑罚目的之理性审视 ..... 韩 轶 / 245
- 论行刑个别化原则之确立 ..... 孙 雯 / 255
- 金融系统职务犯罪的刑事法律思考  
——安徽金融系统职务犯罪的调查  
..... 安徽省法学会刑法学研究会课题组 / 262
- 贪污罪立法缺陷探微 ..... 张庆旭 / 270
- 我国刑事司法解释的功能、缺陷及其完善 ..... 石德和 / 278

## 第六编 社会法学

- 城市中弱势群体的法律保护 ..... 汪芳泉 李坤刚 / 291
- 私营企业劳动用工法律问题研究  
..... 安徽省法学会劳动法学研究会 / 295

## 第七编 诉讼法学

- 遏制刑讯逼供的立法思考 ..... 庞 梅 李令新 / 303
- 应慎重对待诉辩交易制度的移植 ..... 周阿红 / 312
- 后记 ..... / 318







第一编  
法理学  
法史学





## 论中国传统法律文化

### 在构建当代中国法治社会中的意义<sup>\*</sup>

蒋传光

依法治国,建设社会主义法治国家已从人们的理念转化为治国的实践,并被写入国家的根本大法,上升为国家意志。但中国的法治之路如何走,与法治国家相适应的政治运行机制及一些具体的制度如何设计,尤其是如何处理好学习、借鉴和移植国外先进法律制度及立法经验与立足中国国情、充分利用本国法律文化资源的关系,这都是摆在人们面前亟待解决的课题。笔者拟在建设中国的法治社会时,如何看待中国的法律文化传统,谈一点看法。

建设社会主义法治国家,必须学习、借鉴甚至移植国外先进的法律制度和法治经验,这已是共识。因为中国的法律制度同世界一些发达国家的法律制度,虽然产生的历史条件和文化背景不同,但作为法律制度,总有一些共同之处。这就如同当代美国法律哲学家埃德加·博登海默所说的:“我以为,任何值得被称之为法律制度的制度,必须关注某些超越特定社会结构和经济结构相对性的基本价值。在这些价值中,较为重要的有自由、安全和平等。”<sup>①</sup>“尽管社会秩序会因社会和经济制度的特定性质不同而呈现出不同的表现形式,我却依然相信,一种完全无视或根本忽视上述基本价值中任何一个价值或多个

<sup>\*</sup> 该文载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2001年第3期,《高校文科学报文摘》2001年第5期摘编。获安徽省法学会1997—2004年法学研究优秀成果三等奖。在收入本书时,又作了一些修改。

价值的社会秩序,不能被认为是一种真正的法律秩序。”<sup>①</sup>但如何学习、借鉴外国的尤其是西方国家的先进经验,在具体运作中如何操作,值得认真地研究。

安徽法学文库

我们知道,现代市场经济是已为世界各国所认同,最具效益和活力的经济运行载体,现今除极个别国家外,世界各国和地区都纷纷走上了市场经济的道路。但具体到不同的国家,市场经济的模式却有多种多样。<sup>②</sup>在治国方式的选择上也是同样。法治被认为是迄今为止已被证明的最佳治国方法,并为人们所推崇。但不同的国家,由于其法律文化传统、国情不同,其模式也不应是单一的。事实也是如此。以法律文化传统来划分,目前世界上就有民法系和普通法法系等不同模式。在同一法系内部,各国又有很大差异。<sup>③</sup>据此,我们建设社会主义法治国家,向西方学习,不一定重复西方的老路,就如同市场经济的模式具有多样性一样,法治的模式也应是多样的。我们学习、借鉴西方国家的法治经验,一定要根据我国的客观现实,考虑到社会制度、意识形态和其赖以存在的社会基础及法律文化传统、道德观、价值观等方面的差异,兼容并蓄,博采百家之长,不能局限于某一种模式;更加注重对国外先进立法精神和法律价值观念的学习、借鉴,防止片面强调制度引进的倾向;在法治模式上,根据中国的国情进行创造性的建构,设计具有中国特色的法治模式。何谓中国特色,其表现是多方面的,如坚持社会主义,不照搬西方的政治模式等等,但其中一个重要方面就是正确对待中国的法律文化传统,重视本国法律文化资源的利用。

在探索建设有中国特色社会主义的过程中,如何处理学习、借鉴和立足本国实际及本国特点之间的关系,是邓小平反复阐述的一个主要观点,也是邓小平理论的一个重要内容。邓小平在不同的时间和场合曾多次说过,建设有中国特色社会主义,解决中国的问题,“必须继续坚持学习资本主义国家一切

① [美]埃德加·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第V—VI页。

② 世界经济合作与发展组织在1991年《转换到市场经济》的研究报告中提出了成功的市场经济的三种主要模式:美国的消费者导向型市场经济模式;法国、日本国的行政管理导向型市场经济模式;德国和北欧一些国家的社会主义市场经济模式。参见马洪主编:《什么是社会主义市场经济》,中国发展出版社1993年版,第284页。

③ 以英国法和美国法为例。英国法和美国法都属普通法法系,美国法是在英国法的基础上发展起来的,所以两国法的基本方面是相同或相似的。但由于各自的社会条件不同,两国的法律也存在许多区别。



对我国有用的东西。”<sup>①</sup>“西方好的东西，应该借鉴、学习。”<sup>②</sup>但他同时也指出，“其实有些事情，在某些国家能实行的，不一定在其他国家也能实行。我们一定要切合实际，要根据自己的特点，来决定自己的制度和管理方式。”<sup>③</sup>“中国有自己的特点，所以我们只能按中国的实际办事，别人的经验可以借鉴，但不能照搬”。<sup>④</sup>这些论述，是我们今天建设社会主义法治国家仍然必然遵循的指导思想。

构建当代中国的法治社会，如何对待中国的法律文化传统是一个不能回避的问题。以邓小平理论为指导，建设社会主义法治国家，只能按中国的实际办事，要根据中国的特点来决定自己的制度和管理方式。因此。在学习、借鉴西方先进法律文化的同时，要重视本土法律文化资源的利用，即中国的法治社会要立足于中国的法律文化传统基础之上。这就要求在设计中国法治社会的模式，思考中国的法治之路时，必须正确认识和处理以下几个问题。

### 一、中西法律文化的交融与冲突问题

前已述及，建设社会主义法治国家，必须向西方学习、借鉴甚至移植他们先进的制度和立法经验，这是不容置疑的。因为不同的文化是可以互相交融的，就法律文化而言，其相互交融是通过继受、移植和借鉴实现的。但法制的现代化并非是一个简单的向欧美国家的某些方面作出认同的过程，其间还蕴含着每个国家在各自的文化视野中对现代化的不同价值取向和模式选择，还必须对自己的传统有一个正确的定位和处理，即如何对待自己本土的法律文化传统。

一个民族就意味着一种文化。法律作为调整社会关系规范人类社会生活的手段，是一个民族文化的重要部分。由于不同民族的法律文化产生的社会环境和历史条件不同，价值取向不同，因而不同法律文化间的差异是客观存在的。这种差异的存在，在交流中必然会带来法律文化间的冲突。这在中国法律近代化的过程中得到了充分的反映。中国法律近代化的过程，实际上就是



①②③④ 《邓小平文选》第3卷，人民出版社1993年版，第328、211、211、229页。

向西方学习的过程。从近代中国对西方法律文化的接受来看,主要是对形式结构和某些制度原则的接受,所完成或实现了的接受基本上是产生于商品经济社会的那部分西方法律文化,贯穿于民族历史传统、反映民族精神的思想观念使中国法律文化至今仍保留着明显有别于西方法律文化的特征。即使在香港和澳门,虽然由于殖民统治的历史原因而使这两个地区的法律制度完全表现为宗主国的法律制度,但事实上很多行为规范仍然是中国法律文化的体现。例如,香港在英国管治期间,其法律渊源之一仍然为中国的旧例及其习惯残余,即英国占领香港时当地通行的中国即清朝的法律和具有法律效力的习惯。当香港的法律出现空缺时,中国的旧例就自然地引用。再如,澳门作为由葡萄牙统治和管治达数百年之久的中国领土,从客观上看,其法律制度是具有明显的葡国特征的法制形态;但从微观上考察,由于澳门是一个以华人为主的社会共同体,那种完全以葡国历史文化为基础的法律制度,对澳门民众的大多数来讲始终是陌生的,一直都没有真正深入澳门社会,并得到整个社会的认同,在澳门所能产生的社会效应极为有限,以致直到回归前,葡式的澳门法律实际也基本上是形式或理论上的东西。<sup>①</sup>



上述充分表明,每个民族国家的法律不论以何种方式接受、容纳外来法律文化,但其都不能脱离其赖以建立的自身历史与文化传统。因而建立当代中国法治社会,实现法律的现代化,在吸收、借鉴和移植别国法律文化的同时,在法治模式的构建上,“中体西用”<sup>②</sup>的法律观应是我们值得重视的思路。

## 二、正确对待和评价中国的法律文化传统

关于文化的优劣评判,从不同的视角可以得出不同的结论。从人类文化学的角度来看,文化的价值都是相对的,没有绝对先进、优秀的文化,也没有绝对落后、劣等的文化。人类文化学对与自己的文化不同的异种文化的评判往往是以一种相对的、比较的观点和同情的、宽容的态度去看待的。既然民族文

<sup>①</sup> 参见米健等著:《澳门法律》,中国友谊出版公司1996年版,第4—5页。

<sup>②</sup> 笔者认为,清朝末年洋务派提出的“中学为体,西学为用”(简称“中体西用”)的观点,对建立当代中国的法治社会有其可值得吸取之处。



化是一个民族在独特环境中的独特创造,彼此存在着巨大的差异,一般说来是可以互相进行比较的,存在一个优劣评判的问题。法律文化也是如此。

中国是一个文明古国,中华法制文明源远流长。如何看待中国的法律文化传统,一向褒贬不一,中西皆然。西方学者对中国法律文化传统的评价一向是不一致的。一种是持批评的观点,一些学者指责中国未能构建行之有效的基于法治的“西方式”的法律文化。如当代西方有影响的社会科学家之一,德国学者马克斯·韦伯在他的有影响的著作《中国的宗教》一书中指出,中国的统治精英不是通过正式的法律或普遍的道德准则将其权威合法化,而是“完全以家长的方式处理事务”。<sup>①</sup>像韦伯一样,美国著名中国学者,哈佛大学教授费正清在他的著作《东亚伟大的传统》中对中国法律和西方法律作了比较。他认为,“法律的概念是西方文明的荣耀之一,而在中国,法家学说虽然深深影响了中国人对所有法律的态度,但是,二千余年来,它一直不受重视。”<sup>②</sup>他详细论述了中国古典时代,并对它未能产生一种可与西方古典法律相媲美的法律制度进行了评论。他把中国法描述为是刑事的而不是民事的;是世俗的而不是以宗教原则为基础的,是支持国家权力而不是限制专制的。<sup>③</sup>另一种是赞赏的观点,一些学者对中国不愿将法律作为解决社会治理中问题的最终办法表示赞赏。如二战以后美国最有争议的法律现实主义者之一弗兰克法官,就对中国人喜好非正式的调停而不是正式的法律解决表示赞赏。美国另一位同时代的著名法理学家庞德也以赞许的观点看待中国传统法律的某些东西。他说,中国在寻求“现代化”的法律制度时不必放弃自己的遗产。像弗兰克一样,庞德认为中国在作出判决时采用的灵活而基于道德的方法是可取的。<sup>④</sup>在西方学者的不同评价中,第一种观点对中国法律传统的特征分析是深刻的,对我们认识中国法律传统有启发意义。但第二种观点对我国建构中国法治社会更具建设性。

中西间包括法律文化在内的文化之间的优劣比较,自中国在鸦片战争中失败以后,一直绵延不绝,时至今日仍为热点。在当代中国学界,对中国法律

①②③④ 转引自高道彦等编著:《美国学者论中国法律传统》,中国政法大学出版社1994年版,第2、2、3、6—7页。

传统的评价,也是有褒有贬,有肯定有否定,但往往是贬大于褒,否定多于肯定。时下占主导地位的评价是,中国法律传统表现为法律的形式比较单一,诸法合体,刑民不分,法即是刑;人们迷信权威,畏惧权力;法律重义务轻权利;崇尚人治,缺乏民主法治传统;等等。应当承认,从总体上讲,中国的法律文化传统较之西方确有很多弊端,西方的法律文化也确实比中国先进得多,这种优势自近代以来表现得更为突出。但是否就可以因此断言,在建设社会主义法治国家的过程中,中国的法律文化传统已失去了其存在的合理性?能否彻底撇开中国的法律文化传统,完全按照西方的法治理念构建当代中国的法治社会模式?回答当然是否定的。

推进政治体制改革,建设社会主义法治国家,必须从中国的国情出发,不照搬西方政治制度的模式,这是邓小平理论中其法制思想的重要内容,也是江泽民在党的十五大政治报告中阐述依法治国方略时的一个重要思想。这里所讲的中国的国情,当然包括中国的法律文化传统在内。对中国法律传统不能一味否定,其中也有许多在今天仍值得弘扬的东西。一个简单的事实是:传统的文化在我国已有几千年的积淀和延续,割断这样一个“文化脐带”是根本不可能的。孙中山先生在进行中西文化比较时,承认自近代以来,欧美种种文明都比中国进步得多,也主张移植西法作为改造中法的出路,但他同时又指出,中国传统文化并非一无是处,“取欧美之民主以为模范,同时仍取数千年旧有文化而融贯之,发扬吾固有之文化,且吸收世界之文化而光大之,以期与诸民族并驱于世界。”<sup>①</sup>中国在建设法治社会的过程中亦应如此,我们应当学习借鉴西方法律文化传统中的优秀部分,但也要吸取中国法律文化传统中所独有的东西,把中西两种法律文化融汇起来,建立起具有中国特色的法治社会。

### 三、继承中国本土法律文化传统中的优秀成分,构建具有中国特色的法治社会

全球化和与国际接轨是当今的热门话题。但我们也应清醒地认识到,全

<sup>①</sup> 《孙中山全集》第7卷,中华书局1981年版,第60页。





球化和与国际接轨不是把自己的传统抛弃,更不是把自己的内容换成别人的内容。全球化和国际化就是让别人了解自己,把自己独特的文化推销出去。外国的经验必须学习,但不能成为我们别无选择的主臬。建设中国先进的法律文化,必须进行原创性的创新,而一切原创都应以本国的实践为基础。本国的实践一方面是面对社会发展变化提出的新问题的回答和对一些解决方案的探索与创新;另一方面,则是对历史经验进行总结,继承和发展中华民族的一切优良的文化传统。

中国的法律文化传统中有糟粕,但无论在思想层面还是制度层面,也有许多值得我们今天汲取的精华。从思想层面来看,早在春秋战国时代,法家针对儒家的人治思想就提出了以法治国主张,并提供了一整套推行“法治”的措施和方法。虽然他们的“法治”是封建君主专制政体的“法治”,但其强调重视法律在治理国家中的作用仍未过时。在法理学方面,他们对法律的起源、本质、作用以及法律同社会经济、时代要求、国家政权、伦理道德、风俗习惯、自然环境乃至人口、人性的关系等基本问题都有独到的见解,对促进中国古代法学的发展作出了重要贡献,在同时期的中外法律思想或法理学史上,都是不可多得的。<sup>①</sup> 在我国封建社会,一些杰出的思想家和政治家也都曾对法治作过很多很好的论述。例如明朝末年的黄宗羲就提出要以“天下之法”取代“一家之法”,主张“先治法而后有治人”。<sup>②</sup> 西方国家资产阶级革命后,受资产阶级思想的影响,现代意义的法治思想开始在中国传播和被倡导,这方面的代表人物是梁启超、孙中山、章太炎等。中国思想家、政治家的上述法治思想,在中国历史上起过进步作用,在今天也仍有其现实意义。



再如,自秦汉以来,法理学因专制统治与礼教束缚受到严重压抑,但以注释法律为业的“律学”却一花独放,其精微缜密,无与伦比。举世闻名的《唐律疏义》即其结晶,因而得以成为“中华法系”的重要支柱。<sup>③</sup>“律学”的那种有自己的语言、体系和严密的内在逻辑的特点,很值得我们在今天的立法工作中学

①② 参见张国华:《中国法律思想史新编》,北京大学出版社1998年版,第114、405—406页。

③ 《明夷待访录·原法》。