



张才琴◎著

法学新视野

FaXue XinShiYe

中国文史出版社



张才琴◎著

法学新视野

FaXue XinShiYe

中国文史出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法学新视野 / 张才琴著. —北京: 中国文史出版社, 2013. 6

ISBN 978-7-5034-4050-2

I. ①法… II. ①张… III. ①法学—中国—文集
IV. ①D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 117104 号

责任编辑:

罗英 贾志远

出版发行: 中国文史出版社

网 址: www.wenshipress.com

社 址: 北京市西城区太平桥大街 23 号 邮编: 100811

电 话: 010-66173572 66168268 66192736 (发行部)

传 真: 010-66192703

印 装: 北京天正元印务有限公司

经 销: 全国新华书店

开 本: 170mm × 240mm 1/16

印 张: 19

字 数: 331 千字

版 次: 2014 年 1 月北京第 2 版

印 次: 2014 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 57.00 元

文史版图书, 版权所有, 侵权必究。

文史版图书, 印装错误可与发行部联系退换。

前 言

本书收录了作者几十年法学研究生涯中辛勤耕耘的大部分法学论文,有近30万字,大多数都在中国相关杂志上发表。人的一生就是这样度过,平时忙忙碌碌,工作几十年下来,猛回首,发现竟然作者也留下这么多笔墨,为祖国的法制建设也增添了几块砖、几片瓦。

除了这几十万字的论文,作者也出版了十来本专著。有些是参编的,独著就有四本:2006年的《自然资源法治论》(21万字);2009年的《中国森林资源法律制度》(25万字);2012年的《森林生态系统法制化管理模式研究》(18万字);2013年的《法律新视野》(25万字)。加起来近百万字左右的。还做了很多的科研课题。最有代表性的是,2007获批的国家社科基金课题《个人信息保护法律制度研究》(作者为主要负责人,2011年结题),和2013年获批国家社科基金课题《森林生态系统法制化管理模式研究》(作者为主要负责人)。

从1986年开始,作者就开始从事法学教育和研究工作,至今整整27年光阴,一生为法学教育和研究努力着,工作着。现在也没有停止脚步。作者感到万分欣慰和自豪。作者相信,未来的岁月中,一定还会在法学领域中取得更多的成绩,为祖国作出自己应有的贡献。

总之,古人说,开卷有益。作者这本书的出版,总会对法学界同行们的研究起些抛砖引玉的参考作用,作者心足矣!

本书共分五大部分。第一部分,法理学部分。是作者对中国法德兼治的一些观点和认识。第二部分,环境保护法,收录了大部分作者在中国环境保护法方面的研究文章。第三部分,知识产权法,收录了大部分我在中国知识产权法方面的研究文章。第四部分,是作者早年对刑法、刑事诉讼法研究的文章。尽管年代久

远,但是却反映了当时的中国法制状况和作者的研究成果,所以这次仍然收集出版。第五部分,其他,是作者在其他一些法学领域研究、发表的文章。

学无止境,研无止境。劲不可泄,志在千里!

作者 20013 年 5 月写于重庆大学法学院办公室

目 录

CONTENTS

第一部分 法理学	1
第一篇 法德兼治的实质和条件	3
第二篇 大道之行	10
第三篇 法德兼治与人权保障	18
第二部分 环境法	23
第一篇 森林环境权的法理支撑	25
第二篇 试论我国生态安全问题的法律对策	31
第三篇 从制度比较视角探析土地林地制度的完善	36
第四篇 论循环型社会的生产者责任	46
第五篇 西部森林生态环境的保护对全国生态环境的影响	53
第六篇 资源法治建设在中国历史上的溯源	68
第七篇 西部森林生态环境保护与人口制约	87
第八篇 浅析完善中国森林生态效益补偿制度	98
第九篇 森林资源法制化管理浅析	107
第十篇 城乡统筹的现状和法律构想	115
第十一篇 城市房地产开发中的环境法律保护	119
第十二篇 森林生态系统原理研究	125
第十三篇 森林资源管理体制研究	149

第三部分 知识产权法	159
第一篇 我国个人信息计算机比对制度刍议	161
第二篇 用计算机比对技术认定二套房的规范设计	173
第三篇 网络著作权保护势在必行	181
第四篇 公司的可转换债券发行最优决策模型	188
第五篇 网络著作权的几个法律问题	197
第四部分 刑事诉讼法	201
第一篇 我国刑事辩护制度急需改革	203
第二篇 未成年审判制度的历史考察	209
第三篇 证据认定原则初探	214
第四篇 美国的法官与律师	217
第五篇 刑诉法年会综述	221
第六篇 美国律师的生涯(一)	224
第七篇 美国律师的生涯(二)	228
第八篇 美国律师的生涯(三)	231
第九篇 律师是企业家管理企业的有力助手	234
第十篇 对律师立法的几点建议	254
第五部分 其他	259
第一篇 家庭暴力成因及法律思考	261
第二篇 试论我国高校毕业生中的不正当竞争行为——求职欺诈	267
第三篇 论“实施 QFII 制度加大人民币升值压力”的应对措施	272
第四篇 存款保险制度消极影响的法律应对	277
第五篇 论诚信原则与西部大开发招商引资工作的法治环境	282
第六篇 英美两国的业绩报告方式对我国上市公司的启示	289

01

第一部分

| 法 理 学 |

第一篇

法德兼治的实质和条件

法治崛起,时代的生命。

在健全民主法制下的法治,好似苍松翠柏,万古长青。华夏人对法德兼治的渴望,犹如大旱时节盼彩云。他们尝够了封建专制和人治的种种磨难,熬过了多少个颠沛流离的岁月,往往就怀有实行法德兼治这种强烈的愿望,今天实现了。正如《人民法院报》正义周刊讯:题目是“法院为两千民众做主”,接下来是说长春市家喻户晓的“一尺柜台”连环案,沸沸扬扬历经8年,2000多市民打赢了官司,3000万元全部执行。报道的是一家公司为投资新建“亚细亚大楼”,1993年以合同形式向社会群众筹集3000万元。却为履行义务,两千群众愤而起诉求公正。经过多少周折,该案竟由最高法院审结,并批准当事人免交诉讼费,吉林省最高人民法院减免本案审理和执行费100万元,两千多市民拿到了兑现款心喜盈盈。长春市民、退休工人苏维义拿到现金异常激动,他心里乐滋滋的告诉记者喜讯:我苦苦等了8年,还是人民法院为我们做了主(参见《人民法院报》2000年4月23日,第一版)。

所以,离开了法治,人治的失误就会发生。邓小平说过:“建国后我们确实犯过不少的错误,包括严重错误的事。极“左”路线造成了一大批的冤假错案,80年代初得到平反的已有290万人。没有立案审查而得到平反的比这个数字还要大得多。这些年几经周折,受到了不少损失,也延缓了建设的进程(参见《中国法制相》1987年10月14日第一版)。曲折、教训是深刻的。曲折不是规律,在于人为。邓小平说:“曲折教训我们,为了保障民主,必须加强法制,使民主制度化、法律化,使这种制度和法律保持稳定。国家的事情,随领导人的改变而改变,或者凭领导人的看法和注意力的改变而改变,法律制度不完备则是另外一个重要的原因。即使像毛泽东这样的伟人,也受到一些不好的制度的影响,以致对党对国家对他个人都造成了很大的不幸。毛泽东虽说过斯大林严重破坏法制的教训,但由于没有解决哈派法律和制度

上的实际问题以及其他一些原因,仍然导致了十年浩劫的“文化大革命”。不是说个人没有责任,而是说法律问题更带有根本性、全局性和长期性。

所以,我们要坚持发展民主和法制,这就是我们坚定不移的方针。科学、适用、明白的理论,像长江里的航标,不论风雨和雾霭,也能引导巨轮安全航行。邓小平的法制思想是邓小平理论的组成部分,堪称实践的升华,真理的象征。我们吸取了教训,实行法德兼治,就能达到众望所归的国家长治久安,社会繁荣昌盛。教训是无价之宝,像聪明的孩子不会在同一处重复摔政那样,成了智慧的结晶。70年代末,经过拨乱反正,沿着邓小平理论,一切向前看,全国上下精诚团结拧成了一股绳,横下一条心:“一手抓建设,一手抓法制”,这就是“文革”后的中国人民对于法制建设的迫切需要,犹如枯木盼春天,庄稼盼甘霖。

在那红红火火的改革开放的新时期,中国人的一切聪明才智都用到了发展的刀刃山上,试看神州五方“两个文明建设”和民主法制建设热气腾腾!建设的崛起,法制的严明,到处在提倡并洋溢着“人人为我,我为人人”的热情。新的规矩。新的风尚,把中华大地点缀得格外清秀。中国人走上了好运!古人苏轼对法制就很有见地,他曾写道:“人胜法,则法为虚器;法胜人,则人为备位;人与法并行而不相悖,则天下安宁。”邓小平同志1992年初春的南立谈话,即坚持改革开放走向市场;坚持民主法制,站稳脚跟;坚持实事求是,齐奔小康脱贫困。1997年,世界东方的北京春光明媚,党的十五大在此召开,打响了“依法治国,司法改革,保障人权”一神州惊雷的第一声。法治的花朵,只会在信仰的枝头绽开,正像“干旱的心田,只能靠真诚的细雨滋润。”

法治的基础,只能由法治的辛劳产生,像春时的庄稼,需要成群的蜜蜂传粉。近20年间,全国人大及其常委会共审议通过了390多部法律问题的决定,国务院制定了800多件行政法规,地方人大及其常委会制定了8000多件地方性法规,这样一来,方方面面有法可依,有章可循。1999年3月上旬,全国人大代表聚会北京,审议通过宪法修正案、合同法、澳门特别行政区人大代表产生办法和其他法律问题的决定;并提议制定监督法,以保障执法如明镜;特别是修正的宪法第五条增加一款“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”列为该条第一款,宪法明确规定了法治的必然性和不可动摇性。

我们衡量一个国家法治的进程,不能仅看出台了多少法律,那只是硬件。社会的执法、守法状况和人民法治观念是否增强,这才有保证。因为法律本身没有生命力,需要领导、执法者和守法者赋予它生命。只有这样的法治进程,才能有法德兼治的象征。

一、法德兼治的实质

法德兼治的实质就像树苗离不开树根一样,法德兼治离不开民主,离开民主的法德兼治不可思议。

1. 民主具有本来的意义,民主与法治息息相关

民主具有客观实在性,这同人权一样是天赋而非恩赐。

人民本来应有的民主,包括人民具有的一切权利。(我国人大及其常委会是人民选举产生的权力机构,代表人民而开展工作)如民主立法权、维护宪法权、执法监督权、选举“一府两院”领导者权、任命和罢免有关领导者和法官、检察官权等,其实质是体现人民对国家的民主管理,从而实现依法治国始终不渝。邓小平同志主张的“民主法制化”具有深刻涵义。若法律对当然的民主权利都不明确规定,不把民主法制化,那么民主就有被剥夺的危机。不是吗?一部封建专制史,由于君主帝王剥夺了民主,所以才出现了17世纪英国的洛克、18世纪法国的孟德斯鸠、19世纪中国的孙中山等启蒙思想家、革命先行者反对封建专制,要求民主立宪,主张民主法治和革新政治。他们前赴后继,所争得的民主并不是对民主的祈求,而是从剥夺者手里夺回了民主,得到了对民主本来面貌的恢复,并通过法律保障使民主的顽固坚若磐石。

2. 民主与法的关系十分清晰

现代国家的法应该是法治与民主,法有保障民主,并维护民主权利。即现代法律产生与民主,只有将民主意志上升为国家意志的法律,才堪称现代法律,才符合法的本质。

我们讲的法德兼治实质上是法治,是赋予人类关怀的法治,是执行现代法律的法治,即民主法制的法治。封建专制社会也有法律和法制,但不是民主法制,不可能实行法治,如圣旨压倒一切,任意超越法律。人治盛行,有法不依。所以,只有在真正民主基础上建立国家,并用民主程序制定法律。同时健全民主法制,才能实行法治。这对发展中的华夏来说,民主、法制、与法治是时代的潮流所趋。因此,民主与法切切相依,当具有本来意义的民主时,法律如庄稼迎来春风时雨,茂然而立。

3. 民主、法德兼治与领导的才智

法治兴邦离不开民主,领导人应当像保护自己的眼睛一样,维护民主权利。

民主权利,法治潮流,固然有其客观性,但与领导人的才智和作用又具有一致性,对民主、法治、法制领导三者之间都有一定的联系。离开了统一领导的民主,

法治像断了线的风筝任风飘游哪儿着地很难预料,将会发生什么稀奇古怪的事又有谁知?

当然,对国家的管理,领导人也离不开民主、法治,尤其需做到有法可依。“治国无法则乱,守法而不弗则悖,悖乱不可以持国”【《吕氏春秋》】便是一例。大家知道,人民是水,政府是舟,水平静而舟安,水动荡而舟颠,因而人民是为国之本,是社会之源,是法治之师。一个国家或一个社会,离开人民还有什么?没有民主,哪有法治?所以,法治、人民、民主法制、国家和领导人是一个同舟共济的整体,他们相辅相成而不可分离。只依靠人民,健全民主法制,加强和改善领导才能坚持和实行法德兼治。

法德兼治的路上,领导人严肃执法以身作则,就会做出前人未曾做出的奇迹。对执法者及其领导来说,“未正人先正己人已一样,对人宽对己严方兴正气。”(包公名言)真道是:依法治国样样有规矩,领导廉洁事事出奇迹。人们说“干部以身作则的行动,是凝聚群众之心的磁场”,这是一种生动的比喻《法制日报》曾刊登领导以身作则有“三”的逸事:其一,董必武同志有三不许,即不许以自己的名义在任何部门搞活动,不许接受礼物,不许向地方要东西。其二,陶铸同志每到一个地方,都要宣布“三不准”,不准请客,不准迎客,不准送礼。其三,谢觉哉同志有“三自”,他把批评当做跟自己打官司自当“被告”,自当“法官”,自当“律师”。上述老前辈的逸事,多么亲切,是身教自律的楷模,是法德兼治难得的老师。

古人云:“政者,正也,子帅以正,孰敢不正;不能正其身,欲正人何?”^①这句话不无道理。应当说,以法治于国,施仁政于民,国事家事天下事,事事以法,大事小事一切事都通过法律程序来解决,试看东方的文明神州,足以健康发展,天下屹立。所以,政者(领路人)在民主法制健全的条件下应当律己:言不中法不听,行不合法不为,事不依法不做,见有违法而阻止,力争法治为法制,把法德兼治充分体现出来,永远成为社会的规矩。

二、法德兼治的条件

在民主法制健全,增强法制观念的条件下,变昔日人治酿祸成灾,为当代法治造福连连,应是那领路人双肩挑起重担。

华夏是法治的华夏,华夏的人生活因为有了法治,才有光明、有权利、有创造、有发展;因而才似“荒山无路人有路”,像诗文有味苦后甜那样,法德兼治有恒苦后甜。法制与法治是两码子事,封建社会也有法制,但与法治无缘。古人云:“徒法不能自行,有法不循法,法虽善与无法”。所以,有了法制,还不等于法治,更不等

于法德兼治,在其理解上无需多言。中国立法甚多,工农商学兵样样有规范,民主法制日益健全,但法的执行和坚持法德兼治则是关键。老前辈彭真委员长曾说过,“我们现在有许多事情要做,首先是加强法制观念。”^①这句名言对我们依法治国的今天,仍使人感到十分深刻和亲切。

所以,加强法制观念,进一步健全民主法制乃是坚持和实行法德兼治的基本条件。法德兼治的具体条件有三:

1. 实行法德兼治,严肃执法不可缓

大家知道,“严肃执法”是彭真同志的名言,是依法治国的重要条件。执法是否严肃,不仅关系到对法制的态度,尤其关系法德兼治的实行,所以我们对法的态度、法治观念和实行法德兼治要求必须两全。如果以法治,实行法德兼治而不加强法制观念,就会失去执法的严肃性,这不只是对法制的亵渎,更危险的是会滑进人治的泥潭。如果说,严肃执法是实行法德兼治的迫切需要,那么,普遍加强法制观念应首当其冲。只有加强法制观念,才能尊重法律,树立法的威严;才能视法为国宝,才能自律自廉,法德兼治;才能严肃执法,让法律成为捍卫人权的利剑。如果缺乏法制观念,那不仅会轻视法律,办事习惯凭想当然,而且贻害无穷,成为人治的灾难。

严肃执法分两卷,一为依法行政,一为司法公正,早就成为人民切切期待的夙愿。今举一副对联为鉴:你自律我自律大家自律政通人和一起浇华园上严法下严法上下严法励精图治共同绣河山

2. 实行法德兼治,执法监督当健全

执法监督是实行法治的重要条件。如同“权利有腐败的趋势,失去监督的权力,有滋生腐败的危险”一样,执法失去监督,不廉洁的现象就会滋生与蔓延。列宁谈及执法监督指出,一般是用什么来保证法律的执行呢?第一,对法律的实行加以监督;第二,对不执行法律的人加以惩办。这种执法监督的说法单刀直入,一针见血,理浅言深,文字简练。

肖扬院长于1999年3月10日在九届人大二次会议报告工作时,强调“要加强对审判的舆论监督”,其意义多么深远——这将有利于保证人民法院审理案件的公正,有利于调动诉讼各方的积极性,有利于提高办案效率,有利于提高公民的法律素质和法制观念,有利于建设一支高素质的法官队伍,有利于从制度上确保人民法院依法独立行使审判权。肖扬院长一口气道出了“六个有利”,像放出了一颗颗推动司法公正和执法严明的连珠炮弹,打动了人们的心弦。对执法监督制度的健全,应当制定执法的监督法,切切实实地把执法监督纳入规范执法监督包涵

各级人大及其常委会对“一府两院”的工作监督,法院系统的司法监督,检察机关的法律监督,各界人士和人民群众的民主监督,新闻媒介的舆论监督等等,都可以通过法律制度达到健全与完善。

为什么执法中会存在一些弊端?这主要是对执法监督不力,造成执法时发生一些感情用事,甚至随便拖延。所以在健全民主法制,实现法治的今天,要把健全监督制度作为坚持法德兼治的重要条件来抓,千万不可怠慢!

3. 实行法德兼治,注重赏罚严明

如果说严明赏罚与厉行法制成比例关系,那么。赏罚不明与实行法治则反比相见。即赏罚不明和法不厉行的现象多了,就会产生法治的弊端。这样,凡主张法德兼治者,都殷切希望在法制上必须赏罚严明,实行赏罚两全。

法制史上叙述严明赏罚的事例很多,而以孔明为借鉴。他挥泪斩马后,以“咎皆在臣,授任无方”为由,启奏汉帝“请自贬三等,以表情愿”由于孔明统军施政重法制、明赏罚,以致在内政管理上成为三国中最清明有序的典范。正如洪仁玕称赞孔明:所以见称今古者惟“器使群材,赏罚分明”这八个字义重礼贤。盖器使则人乱法,严明则人皆服法,无乱而服,即效命取胜之根源。只有实行赏不分贵贱,罚不分生疏的法制原则,这是我们推动法德兼治的重要一环。

人们相信:要巩固“改革、稳定、发展”的大局,就必须在法治道路上着意耕耘;把执法严、监督严、赏罚明的三者建成制度化、法律化,以有法可循;务使法德兼治成为法制,又将法制转化为法治,并且人人守信法制,就会在中华大地上到处呈现着法制的光明。这种光明不仅只是一种希望,而且能够完全实现:第一,依法治国写入了宪法,这是我国实行法德兼治的关键。第二,中央曾经向全体公民普及法律知识,是为实现法德兼治不可缺少的一个好的起点。第三,司法部在取得普法工作基本胜利时,曾在江西召开了“以法治市工作会议”,是新世纪里四海之内实行法治的源泉。第四,全国上下正在尽心竭力地为实现法德兼治而大造舆论,促进早还在中华民族梦寐以求的夙愿。

人们的希望就在眼前,实行法德兼治到处都有体现。据报道:云南红河州有一位“十佳检察官”反贪局副局长,在13年的岁月中成长磨炼,面对腐败的激流迎头向前,在反贪的战斗中累次立功,为国家挽回了经济损失数百万元。他不愧为法德兼治的好检察官受到了人们的敬佩与称赞!(见《云南法制报》2001年7月18日第一版)。又据报道:2000年4月25日最高人民检察院作出决定,依法逮捕全国人大常委会副委员长成杰克,中央决定撤销他的一切职务,惩罚他严重腐败、贪污受贿的行为,毫不手软(参见《人民法院报》2000年4月27日第一版)。

严法制,赏罚明,法德兼治即在眼前。该赏则赏,功成就,必有功果,功业优胜者赏得欣然;该罚则罚,孽自作,必有孽果,贪得无厌者罚严当斩。

见《法德兼治论》

第二篇

大道之行

条件可以创造,法德兼治的条件完全能够创造出来。为创造这些条件,就必须对法制史上的德治、人治、法治研究一番,以资借鉴。

治国之道,学术上众说纷纭。在古代,有礼治说,德治说,法治说,现代有法治说,人治说,德治说,法治人治合一说,法德兼治说。我们主张,学术之风,不仅文墨,重在实证,只有以事实佐证之说,才能折服于人,并且适用。事有比较,相形见绌,法治之说,已成潮流,且有成事作证。以法为本,法德兼治,可堪称治国的最佳大道。

一、法德兼治:两把利剑

大家知道,德治是儒学的重要内容。以孔丘、孟轲为代表的儒学,关于德治的主要内容是:“为政以德”,以道德的感化作用来缓和社会矛盾;要实行德治,则必须以道德高尚的人来治理国家;要有道德,则求修身,“治国必先以修身为本”;要有修养,则求身正,只有正其身者,才能“为政在人”。所以,儒学主张的德治,被历代君王利用来搞专制,实质和习惯上都成了君王的人治。儒学也承认法的作用,但强调“德主刑辅,以德去刑”,把法律摆到次要的地位。作为治国方略,根据中华国情,适宜法德并举;它似两把利剑,完全能够扶正除邪,达到励精图治。

流传几千年文化的儒学,对于重教、倡德、感化等主张,有一定的历史价值,但是,如果立国之道,不重法律,以德为本,那么,对不讲道德又超乎法律之上的首领又作何治理?中华屡次换代更替的历史能说明德治的长治久安吗?所以,必须牢牢把住法德并举的两把利剑,才能足以励精图治。

有作者以唐代开国为例,佐证明君以儒学的主导思想,实行德治,可辟盛世。我们承认,封建社会里,明君开辟盛世的个人作用,但为什么历史上往往出现昏君葬送社稷,这种情况下“德”能治君吗?在正是儒学德治面对史实的无能为力。因