第一图书网, tushu007.com

<<现实主义法律运动与中国法制改革>>

图书基本信息

书名：<<现实主义法律运动与中国法制改革>>

13位ISBN编号：9787209029117

10位ISBN编号：7209029117

出版时间：2002-3

出版时间：山东人民出版社

作者：周汉华

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：http://www.tushu007.com

内容概要

本书是法理文库中的《现实主义法律运动与中国法制改革辑》分册。
全书共分六编，其内容包括现实主义法律运动与中国法制改革、法制改革与社会主义法律体系、法制改革与行政权的合理定位、法制改革与开放的司法制度、法制改革与法制教育目标的实现等等。
本书内容全面，资料翔实，条理清晰，结构合理，具有较高的科学性、系统性、理论性，可供专业法学理论界人士参阅、交流。

书籍目录

导言第一章 现实主义法律运动与中国法制改革 1-1 什么是现实主义法律运动 1-2 现实主义法律运动的根源 1-3 现实主义法律运动的基本主张 1-4 现实主义法律运动的影响与意义第二章 法制改革与社会主义法律体系 2-1 变法与社会主义法律体系 2-2 变法模式与法律体系的风险 2-3 变法风险的克服与社会主义法律体系的构建 2-4 公、私法关系与社会主义法律体系第三章 法制改革与行政权的合理定位 3-1 法治与行政自由裁量权 3-2 法治与行政立法权 3-3 我国的行政立法权及法治行政的改革方向第四章 法制改革与开放的司法制度 4-1 司法独立是现代政治制度的基础 4-2 司法开放性是司法权威和独立的最终力量来源 4-3 司法能动性是司法独立和司法开放的条件第五章 法制革与法律教育目标的实现 5-1 法律教育的目标 5-2 中国法律教育的主要问题及其改革附录 我国公民权利立法的深层问题与选择 互联网对传统法治的挑战 宪法解释模式及主要原则 论行政诉讼中的司法能动性 论行政诉讼中的法律问题 论国家赔偿的过错责任原则 中国基础设施产业政府监管权的配置 行政审批制度改革对话主要参考书目后记

章节摘录

书摘　　诱致性制度变迁由于是产生于社会内部的需要，因此其演变历史非常漫长，在欧洲，这一过程始于11世纪，直至民族国家的景终形成，经历了数百年的发展。
并且，诱致性制度变迁的实现取决于社会内部的传统性与现代性之间的兼容关系。
如果兼容关系较弱，则无力从社会内部产生出推动现代化的制度安排。
尽管亚洲国家的历史与欧洲国家的历史同样漫长，但由于自然经济和集权政治等渚多原因的影响，亚洲国家并未能在沦为殖民地以前从社会内部产生推动现代化的制度因素。
即使在西欧国家，也并不是每一个国家都能从社会内部不断产生推动现代化的因素，法国和西班牙就因为未能发育完整的产权制度而在西方列强的竞争中招致失败。
然而，另一方面，由于自发模式是从社会内部产生的制度安排，因此，这种制度安排不但符合现代性的要求，也符合社会的需要，有利于提高效率和推动社会进步。
即使当国家以法律的形式对这些制度安排予以成文化或规范化以后，成文的法律所反映的仍然是社会的自我要求，成文的法律与现实的法律（或需要）之间实现了高度的统一，不会出现大的差别①。
与之相应，自发模式所形成的法律的实施成本也会相对较低，不会给社会或个人造成太大的负担。
　　然而，应该看到，早发达国家所采用的自发模式有其客观历史条件，与其说是一种有意识的选择，不如说是一种特定历史条件下的特殊现象。
并且，由于各个国家的发展阶段和程度不同，即使在早发达国家之间也有发展的先后之分和先进与落后之分。
相对而言，较后发展的发达国家完全没有必要从头重复早发达国家的自发过程，可以直接采用强制性制度变迁的方式引入有效率的经济组织和交易制度②。
美国法对英国法的既受和法国民法典对欧洲大陆其他国家的影响，可以充分地表明变法模式的有效性。
事实上，当代西方国家的私法大都或多或少地直接源于或借鉴于罗马法或英国普通法③，庞德因此提出，“一个法律制度的历史很大程度上是从其他的法律制度借鉴法律材料的历史”，人类学家并断言，“文化主要形成于偶然交往的相互借鉴之中”①。
尤其是，从自由资本主义进人到国家干预主义以后，不论是在立法方式上还是国家与市场的相互关系上，西方国家应该说都大量地采用着变法模式来对社会生活进行调节，国家对社会生活的干预程度使自发模式的制度变迁已经越来越少见囚。
我国一些学者对变法模式加以攻击并宜称世界各国变法模式大多不成功，看来是对社会变迁和法律制度的发展规律未能予以客观的评价④。
　　与西方国家的历史发展轨迹不同，发展中国家大多经历过殖民地半殖民地的惨痛历史，它们的现代化过程往往是伴随着民族独立、国家解放运动的过程同时开始的。
从政治上讲，为了维护国家统一和独立，避免成为发达国家的附庸或陷入持续内乱或民族矛盾，保持强大的国家权力尤其是中央政府的权威具有决定性的意义。
从经济上讲，为了迅速提高人民的生活水平，增强国家的经济实力，参与国际竞争，发展中国家不得不采取一条政府推动下的高速经济发展战略，以实现经济腾飞。
现代化理论及实践表明，对于在一个包括已经实现了工业化的社会的国际环境中谋求实现现代化的国家来说，需要比早发达国家有更大程度的政府干预和控制。
这样的国家如果不想失掉经济独立甚至政治独立，就必须在各个方面高速前进，并且一定要能控制这种高速度带来的紧张局面。
　　(2)私法优位沦　　利益平衡论的理论前提是国家干预的合理性与公法手段的有效性。
然而，近数十年来，伴随凯恩斯主义的破产与古典自由主主思想的重新抬头，人们对国家权力的迅速膨胀提出了各种疑问与挑战。
市场本身可能会有许多缺陷与不足，但国家干预往往会使结果更糟。
行政机关常常用行政立法来限制竞争，限制消费者的选择，造成社会资源的大量浪费，使法律效益大大低于其成本。

在这种情况下，与其由行政机关通过公法手段来对市场进行规制，不如限制甚至废除行政(立法)权力，由个人通过私法手段实现其权利，实现资源的有效配置。
这是私法优位论的基本理论主张①。
西方发达国家近年普遍出现的“不规制”运动，可以说是对私法优位论的最好注解①。
私法优位论虽然对各国的行政立法产生了一定的影响，并在观点上极具感召力，但它有两个难以克服的缺陷：①私法优位论忽略了行政管理领域的多样性与复杂性。
减少国家干预，限制行政立法权力的主张虽然在某些领域取得了巨大的成功，但能否将这一原则推广到其他的行政管理领域则不能一概而论。
对于环境污染这样的问题，理论上虽可完全通过私法(赔偿)规则解决，但要真正防止环境恶化，必须依靠完善的公法措施。
另外，对于垄断、劳资关系、大众传媒等众多的领域，也需要强有力的行政立法权①。
②私法优位论极易导致财富决定论。
私法优位论的目的是以私法规范代替公法规范，以社会自治代替国家于预，以市场规则代替行政权力。
然而，现实生括中社会与经济权利的不平等极有可能使缺少行政权力的私法优位论演变成为以富压贫、以强凌弱的财富决定论，造成事实上的不公平。
正因为私法优位论的上述缺陷，有学者指出它“虽然是一项重要的原则，但不是包治百病的药方”②。
(3)议会监督论　　议会监督论源自传统立法权理论，其基本观念在于，即使议会不能亲自立法，其成员也至少应有机会对授权立法进行监督。
在英国，部长权力委员会30年代即建议下院设立一个监督委员会，对授权立法的合法性进行监督②。
1944年，英国下院设立监督委员会，1973年，它与上院的一个委员会合并，构成立法性文件联合委员会，对所有提交给议会的立法性文件、规则、命令或计划进行审议，并确定议会是否应该进行干预。
议会可以通过肯定与否定两种方式对授权立法进行监督，前者要求授权立法得到议会肯定性的决议，否则不得生效；后者要求授权立法在提交给议会后须等待一定的期限，若在此期限内议会不作出否定性决议，则授权立法可以生效④。
(1)程序阶段法律原则的作用　　不论司法权在一个国家起多么大的作用，司法权必须有一个合理的作用范围，它不可能也不宜于解决一个社会的所有问题。
某些争议可能要由仲裁或调解解决，某些争议通过政治途径或行政途径解决会更好，某些争议则必须在经过所有其他的途径无效后才能诉诸司法。
为了合理地界定司法权的作用范围，防止法院超出其权限而过多地干预其他渠道的工作，许多国家都规定法院在对请求进行实质审查以前必须进行程序审查，看请求是否在法院的权限范围以内。
尽管在程序阶段审查的问题在不同的部门法中可能不一样，例如，侵权法中强调的是侵权及其和损害的因果关系，合同法中要看仲裁条款，行政法中则要看行政行为的可诉性，但这种程序审查的目的都是为了明确司法权是否应该介入或争议呈否应由司法渠道解决。
通常，这一阶段审查的问题大多是包容性很强的问题诸如利益(以确定原告)、成熟性(以确定和其他救济的关系)、法律问题(以明确可诉性)、因果关系(以确定侵权)、损害(以确定侵权)等。
马歇尔在Marbury v.Madison案中将这些问题表述为：“第一，申请人对其请求是否拥有权利?第二，如果他有权，且该权利被侵犯了，国家的法律是否给他提供了救济?第三，如果法律规定了救济，该救济是否应由法院提供?”　　一方面，程序性审查坚持对司法救济的原则性要求，凡不符合的则不能进入实质性审理阶段，例如，侵权诉讼必须以有侵害为前提，司法审查必须以有法律利益为条件，法院也只能审查可以由合法性标准加以判断的法律问题。
然而，另一方面，程序性审查的标准大多比较灵活和有包容性，它们为司法能动性提供了充分的空间。
例如，对于请求人而言，侵害可以是各种各样的，可能是物质损害，也可能是精神创伤，或者是经济损失，或者是可预期利益的损失。
在国家发展的不同阶段或者不同地区，法律对不同利益的保护是不一样的。

根据不同的特定情况，法院可能认为只有物质损害受到法律保护，法院也可能将法律保护的范围扩大到甚至环境利益。
在行政法中，法院判断被诉行政行为是否可诉的惟一标准是该行为是否构成可以由合法性加以衡量的法律问题，因为法院无法判断不能以合法性加以衡量的行政行为的合法性。
然而，究竟什么行为可以由合法性加以判断，究竟什么行为不能以合法性加以判断，实践中并没有固定不变的标准，完全要看具体案件的具体情况。
如果仅根据现行的法律规则，行政机关的自由裁量权可以不受司法审查，因为不存在判断其合法性的法律标准。
然而，如果根据宪法和行政法的基本原则来判断，则没有绝对的不受司法审查的自由裁量权。
这样，通过结合原则性和灵活性，法律原则使得司法机关可以根据具体情况随时调整其作用范围，既避免了司法权不必要地暴露在外界压力面前，又保持了司法权的尊严和权威。
贝克尔曾指出，通过“选择不作选择”，司法权可以等待获得更好的机会；通过拒绝妥协，法院可以维护其统一、尊严和地位，而这在很大程度上构成了司法权和其政治影响力的最终力量来源②。
著名科学哲学家托马斯·库恩更进一步指出，“一个范式甚至可以使共同体免于暴露在那些无法以问题形式表述的重要问题面前，因为这些问题不能以范式所提供的观念和方式加以陈述”。
法律原则在程序性阶段所起的正是界定司法权范围的范式作用。
……

媒体关注与评论

后记　　本书是我的博士论文，是我对西方法哲学与中国法制改革问题长期研究与关注的小结。
　　对于现实主义法律运动的兴趣，最初始于1993年至1995年我在美国密执安大学法学院的两年学习期间。
大量的阅读与课堂训练，使我对现实主义法律思想产生了深刻的印象。
1996年开始在职攻读博士学位以后，决定将现实主义法律运动与中国法制改革联系起来进行系统的研究。
为了了解中国法律实践，真正“以法律人的方式思维”，我以专职律师的身份于1997年至1998年间专门在北京君合律师事务所工作了一年多。
1998年下半年在挪威奥斯陆大学访问期间，有机会到欧洲大陆诸国寻师问道，印证所学。
以上这些，为论文的写作奠定了坚实的基础。
　　本书能够完成，首先应该感谢导师李步云教授的支持、鼓励与信任。
作为改革开放以来极力倡导依法治国方针的带头学者，能够从一开始就同意我选择从某些角度看颇具“后现代”色彩的问题，充分体现了老一代学人的博大胸怀与宽容精神。
在论文写作期间(包括导师病危住院期间)，先生多方面的提醒与指导，使我少走了许多弯路。
值此论文完成之际，谨对李步云先生表示最衷心的感谢。
另外，也要对刘瀚教授、韩延龙教授、信春鹰教授、夏恿教授、赵震江教授与吕世伦教授对论文所提出的中肯建议表示感谢，这些建议均已反映在文章中。
　　感谢Michigan大学法学院，尤其是Whitmore Gray教授、Joseph Vining教授、Richard Pildes教授与Virginia Gordan助理院长。
他们的帮助与对学术研究的肯定与支持，使我至今难以忘记，也使我对高质量法律研究的价值有了新的理解，尽管这本书对于他们来说确实来得太迟了些。
感谢L1saStearns女士朋友般的信任、帮助与争论，她使我在挪威的研究与在欧洲的旅行成为可能。
感谢挪威的ThomasMathiesen教授、Eivlnd Smith教授、Jan Helgesen教授、Dag Michalsen教授、Tore Llndholm教授，瑞士的Harro Von Senger教授，法国最高行政法院的Jo_anMassot庭长、Raphael Hads—Lebel庭长、nancisDelon法官与荷兰的Thijs．G．Drupsteen教授，没有与他们的讨论和切磋，我很难有信心驾驭这么多的问题。
　　感谢君合律师事务所的肖微、王亚东、骆美化、巩军、尹小兵、周杰以及其他诸位律师，是他们帮助我成为一个真正完整的法律人。
与这些最为杰出的律师一起工作过后留给我的不止是自信与知识，而且还有曾经沧海般的宁静与无数愉快的回忆。
本书的某些章节曾经以不同形式发表于《中国社会科学》、《比杖法研究》、《法学研究》、《中国国情国力》与《北京青年报》等报刊杂志，借此机会，对刘翠霄、张少喻、王好立、舒国滢、王二羽与玉进等诸位编辑再一次表示由衷的感谢。
附录部分选取了作者已经公开发表过的几篇论文，它们或多或少体现了现实主义法律思想对作者研究方法的影响。
附录的文章以原样刊出，未作任何形式的改动或润色。
文章一旦发表就成为了历史，而历史是容不得修改的。
　　感谢高鸿钧先生多年前对我的肺腑之言与激励，他坚定了我长期埋头钻研西方法学理论的信心。
感谢法学所宪法行政室的诸位同仁，在我攻读博士期间，是他们承担了许多本应该由我承担的公共义务，并给我各种各样的帮助与照顾。
感谢法学所法理室的诸位老师与同事，尤其是志铭师兄，他们尽量使我有机会参加法理室的一些学术活动，尽管我从来就不认为人为的学科划分应该成为学术研究的障碎。
感谢刘作翔与郑强两位教授为本书的出版所作的多方面努力与山东人民出版社李怀德先生所做的细致工作。
感谢法学所科研处黄儒贤老师长期无微不至的帮助与提醒。

最后，感谢我的妻子杨丹品女士与女儿周兰，没有她们的理解、支持和牺牲，要长期致力于学术研究并完成学业几乎是不可能的。

作者

2000年4月3日于北京雅宝路居所

编辑推荐

本书是法理文库中的《现实主义法律运动与中国法制改革辑》分册。
全书共分六编，其内容包括现实主义法律运动与中国法制改革、法制改革与社会主义法律体系、法制改革与行政权的合理定位、法制改革与开放的司法制度、法制改革与法制教育目标的实现等等。
本书内容全面，资料翔实，条理清晰，结构合理，具有较高的科学性、系统性、理论性，可供专业法学理论界人士参阅、交流。

第一图书网, tushu007.com

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:http://www.tushu007.com