

<<变革时代的法律秩序>>

图书基本信息

书名：<<变革时代的法律秩序>>

13位ISBN编号：9787503695773

10位ISBN编号：7503695773

出版时间：2009-7

出版时间：陈有西 法律出版社 (2009-07出版)

作者：陈有西

页数：467

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>

## <<变革时代的法律秩序>>

### 前言

陈有西是一位经历比较独特的法律学者。

我认识作者是在1993年夏，那时最高人民法院和北京大学合办了高级法官班，为全国法院系统培养中层以上高级法官，我应邀前去讲授行政法和行政诉讼法，陈有西是这个班的学习委员，自然有了较深的印象。

后来引起我对他的更多关注，还在于他的勤奋著述。

在一年多的时间里，他在《行政法学研究》、《中国法学》、《中外法学》等刊物上发表了二十多篇行政法方面的论文，还完成了《反不正当竞争法律适用概论》、《行政执法和行政诉讼的法律适用》、《企业反侵权指南》三本书稿的写作，并都陆续出版。

其中《对行政诉讼困境的宏观思考》、《中国行政法院设置相关问题探讨》等论文引起了国内行政法学界的广泛关注，也引起了我的注意。

其时，我国《行政处罚法》、《行政复议法》、《立法法》、《行政许可法》都在相继启动立法，我作为行政立法研究组的副组长，就邀请他参加立法研究活动以及行政法学研究会年会。

他的一些发言带来了司法一线的信息和思考，有的意见很有见地。

在《行政处罚法》最后几稿的讨论中，他作了一个很好的发言。

会后我嘱他整理成文，后来发表在《行政法学研究》上，这便是收入本书的《关于行政处罚立法的十点思考》。

陈有西是国家恢复高考后的第一届七七级大学生。

这一届学生，经受过生活的锤炼，对个人命运，对社会现实，有更多的思索，因而思想活跃，有追求，有抱负，出现了很多杰出人才。

对于陈有西来说，他不仅具有这一代人的共同特点，还有着个人的独特经历。

他到过基层，坐过机关，担任过副局长，当过省公安厅副科长，还担任过省委分管政法的领导的秘书和高级人民法院院长的秘书兼研究室副主任。

## <<变革时代的法律秩序>>

### 内容概要

文革后的第一批大学生，这一代人注定要顺天承命，要有所作为，要独领风骚。他们自走向社会的那一天起，就着手对历史进行反思，对秩序进行重塑，对法律进行建构。经过历史的检验，披荆斩棘，大浪淘沙，如今，他们在各个领域独领风骚，他们已成为社会的中流砥柱。

陈有西早年从政，中年事法，历公检法政各部门要职。

后师从龚祥瑞，秉承法律信仰，心系法治天下。

其所见、所闻、所感、所为、所思、所想，见证和记录着中国法制日渐完备、法治逐步达成的每一个脚步。

作者立足深厚的学术基础，结合丰富的人生阅历，在宪法、行政法、刑法和经济法中均有所建树，造诣颇深。

《变革时代的法律秩序》所选论文立论前瞻，思想深刻，跨度久远，理论与实践兼备，现实与理想并举，在反思问题的同时解决问题，在解决问题的同时思考新的问题。

## <<变革时代的法律秩序>>

### 作者简介

陈有西，浙江宁海人，一级律师，兼职法学教授。

中央财经大学法学院、浙江工商大学法学院法律硕士导师。

京衡律师集团董事长兼主任。

1977年考入杭州大学（现浙江大学）中文系，获文学学士。

1993年考入北京大学法律系高级法官班进修行政法。

中国法学会个人会员、中华全国律师协会宪法人权委员会副主任、中华全国律师协会知识产权委员会委员。

浙江省公安厅法律专家委员会委员。

曾经在浙江省委、浙江省公安厅、省高级法院工作，担任省政法委书记、高级法院院长秘书。

曾经主持大学法律系、省社科院法学所工作。

已经出版《定罪量刑指南》、《知识产权法》、《反不正当竞争法律适用概论》、《行政诉讼和行政执法的法律适用》等专著、合著八部。

历年发表法学论文和文章400余万字。

曾借调最高法院参与起草中国法院十年规划纲要，多次应邀参加全国人大法工委和国家行政立法课题组《行政处罚法》、《立法法》、《行政复议法》、《行政许可法》等草案起草论证活动。

作为律师，办理了大量刑事、经济、行政、知识产权著名案件，有的评为最高法院知识产权十大名案，中国文坛八大名案。

曾获评浙江省杰出法学青年，浙江省律师事业突出贡献奖、杭州市政府授予法律中介服务业标兵、浙江省委省政府授予省级普法先进个人。

是一位理论和实务兼长的法律学者。

## &lt;&lt;变革时代的法律秩序&gt;&gt;

## 书籍目录

## 一、宪法行政法篇1.统治意志还是社会契约？

——中国行政立法法理基础的再探讨2.我国行政法院设置及相关问题探讨3.关于行政处罚立法的几个问题4.中国行政诉讼的启动5.对行政诉讼困境的宏观思考6.以新的视野构建中国行政法学体系——《中国司法审查制度》一书评介7.法治本体论8.要关注宏观上的执法不严问题9.关于依法治省的几个基本问题10.论市场经济环境下执法工作观念更新11.走向法治——近年来中国法院改革运作状态12.《法官法》第十七条商榷——质疑《法官法》、《检察官法》规定律师回避制度13.法院机构优化设置问题探讨——以高级人民法院为研究视角14.“议员”四题——读《美国宪法》随感15.论人大对政府行为的监督16.论市场经济体制下的政府行为17.论公路“三乱”现象的法律控制18.诉权、行政权、司法权——对一宗特殊反诉案的实证分析19.计划经济转型时期的司法裁量——一宗烟草物价行政大案的启示20.合理性优先，还是合法性优先？

——对一宗工商罚没行政案件判决的剖析21.逗号，还是分号？

——兼谈国务院部委的法律规范解释权22.四十年前没收的宝玉该归谁——论私有财产权保护和历史旧案的司法审查23.论行政诉讼中的法律规范冲突及其冲突规范二、刑法篇24.影响中国治安的三大宏观因素——改革开放环境对社会治安的影响及其对策探讨25.论黑社会犯罪的存在基础及防治策略26.组织卖淫罪死刑存废之我见——对汪红英案改判的几点法律思考27.论经济合同违约与经济诈骗犯罪的界限28.国际信用证欺诈研究29.论刑事证人保护30.娱乐的激情与法律的理性——关于足坛反黑的若干法律界定31.税制刑法与中国税制的重构32.法官裁量与中国刑罚体系的完善33.新《刑法》实施后要注意的若干法律问题——北京大学高级法官班座谈研讨“错案追究制”侧记三、经济法篇35.知识产权法与竞争法的竞合36.反不正当竞争诉讼若干疑难问题探讨37.论反不正当竞争执法中的行政裁决38.大型企业的商标战略39.美国的民事审判改革与中国法院改革的取向40.东京诉讼与战争民间索赔的国际法问题41.中日经贸关系与中国知识产权法律保护——在日本早稻田大学法学院的演讲42.荷兰司法考察散记43.中国拆迁诉讼和公民权利保护——在苏州大学法学院中关公益诉讼论坛的演讲44.中国公益诉讼：现状与趋势附录1.宁海建县与大梁山羊祜殿2.宁海名人与精神遗产后记：变革时代的法律秩序

## &lt;&lt;变革时代的法律秩序&gt;&gt;

## 章节摘录

## 一、宪法行政法篇1.统治意志还是社会契约？

——中国行政立法法理基础的再探讨[提要]法的本源应该是统治阶级意志，还是应该反映全体人民的意志，这是法理学中的一个基本问题，对立法和司法的观念和具体运作，一直产生着重大影响。人民意志在代议活动中，会产生衰减和变异。

作为统治阶级的人民，和作为被管理和统治的人民，其立场和意志不可能完全重合。

我国作为人民主权的国家，立法应该力图真实全面地体现人民意志。

[主题词]法理学法的本源立法意志行政立法法是统治阶级意志的体现，这是我国法学基础理论上早有定论的权威观点。

这一理论滥觞于《共产党宣言》，由列宁和斯大林的国家与法的理论进行发展，最后是由前苏联的马克思主义法学家如维辛斯基等人集大成。

我国在新中国成立后法学理论受前苏联的直接影响，国家与法的理论基本上继承了前苏联法学家20世纪30年代的观点，半个多世纪以来没有突破和改变。

在我国近年来的立法活动尤其是行政立法中，参与面窄、立法的官方意志明显、行政立法偏私现象是存在的。

这一切，都需要我们实事求是地进行新的探讨。

根据我国的“人民民主国家”的性质、人民代表大会的根本制度，以及中国共产党的奋斗目标，我国在立法观念上要走出“统治意志论”围城，以发展的观点，按马克思主义唯物史观，充分尊重人民群众的意志和首创精神，使我国的立法和司法活动更加科学化、规范化，更切合实际地代表绝大多数人民群众的意志，以适应当前大举立法、依法治国的需要。

一、如何理解经典作家关于法的本质的阐释马克思、恩格斯揭示了资本主义法“是这样的”而没有给出社会主义法“也应该这样”法是掌握国家权力的统治阶级意志的集中体现。

这一理论是马克思主义经典作家对资本主义时期的法作深刻解剖后得出的结论。

这一结论最早见于《共产党宣言》：“你们的法不过是同被奉为法律的你们这个阶级的意志一样，而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件来决定的。

”就是说，马克思主义科学地揭示了资本主义法“是怎样的”，但对将来的社会主义法“应该是怎样的”，还没有作出明确的构想。

这一步工作是后来由列宁、斯大林进一步发展，再由研究马克思主义法学的学者来完成的。

列宁从法的一般规律研究出发，也指出：“法律就是取得胜利、掌握国家政权的阶级的意志的表现。

”斯大林则从中明确推导出社会主义法也是阶级意志的体现，“宪法所以需要，是为了把合乎劳动者愿望并有利于劳动者的社会秩序固定下来”。

1938年，前苏联斯大林时期的总检察长维辛斯基提出了一个法学提纲，得到了科学院法律研究所的通过，从此成了马克思主义法学中阐述法的本质的经典理论：“法权是经国家政权制定或认可的，反映统治阶级意志的，而由国家的强制力来保证其适用的行为规则（规范）的总和，其目的在于保护、巩固并发展有利于适合于统治阶级的社会关系和社会秩序”。

看一看我们现在国内的法学理论教科书，可以看出我们一直在照抄这一理论。

列宁在夺取政权之初沿用这一原理是阶级斗争激烈时期的政治需要并没有说将来人民政权的法也与此相同在无产阶级和资产阶级夺取政权的大决战中，列宁十分强调法的阶级意志性。

但他这时的统治阶级意志同我们现在的“人民意志”有所不同，他主张由少数先进分子先来代表人民体现其意志。

“正是为了使一定阶级的群众能够学会认清自己的利益、地位、推行自己的政策，才必须立即建立本阶级先进分子的组织，即使起初这些分子只占本阶级极少的一部分也没有关系。

”“无论什么时候什么地方，某个阶级的领袖永远是该阶级最有知识的先进代表人物。

”“负责人不是实现他个人的意志，而是实现这个社团的意志。

”到了后来，革命发展了，阶级的自觉的代表者的数量会无比地增长，于是，阶级的大数便跟着他们的党前进。

## &lt;&lt;变革时代的法律秩序&gt;&gt;

前苏联法学家阿尔查诺夫等在《列宁著作中的国家与法》中阐释说：“一定阶级的意志，起初是由代表这个阶级实际利益的自觉的少数人创制出来的”，“绝不是所有的个人都能提高到全阶级利益的觉悟水平”。

可以看出，列宁这些理论完全适应于革命开始发动阶段，无产阶级革命靠少数精英推进的时候，全体成员的意志可以也只能由少数先进分子来代表。

而在革命已被广大群众接受，并取得政权之后，其阶级的意志必须由最广大的人民群众一起来体现。如果不是这样，就将违背人民民主的原则，走向专制主义和寡头政治的歧途。

维辛斯基的“统治意志论”20世纪50年代在前苏联本土就受到挑战而中国却半个多世纪一直接受下来奉为信条从20世纪50年代到苏共二十大前后，在法的本质问题上，前苏联学者就对维辛斯基的理论提出了怀疑和挑战。

由于我国当时所取的立场，我们对这种否定斯大林时期的观点并没能注意和接受，因此当时前苏联法学界论争中的许多发展的观点，并未对我国法学理论产生多少影响。

1957年，法尔别尔在“关于法的概念问题”一文中明确认为维辛斯基的法的本质的定义“需要重新确定”，因为它忽略了生产关系的影响作用和法的“说服作用”，只强调了法的统治意志性和法的强制性。

苏共二十大后，这一理论进一步受到了批判。

除了上述两点外，还因为这个定义“没有解释统治阶级的意志是用什么方式形成的”。

1963年，前苏联法学家斯·阿列克谢耶夫在“论全民的法的本质”一文中明确认为，“现阶段的法是反映全体人民的利益和意志的工具”，“全民的法是社会主义法的发展的一个阶段，在这个阶段上，社会主义的法的特点和优越性最充分地显示出来”。

弗·谢苗诺夫也认为，“30年代所提出的法的定义是不全面的，带有方法论的缺点，并且不符合现时代的要求。”

这个定义以维辛斯基的观点为基础，它认为，法只有统治和服从的范畴。

十分明显，这个定义不能包括苏维埃全民的法”。

在60年代，“全民的法”的观点被进一步发展，伊·拉潘纳说：“按照斯大林1939年的断言，前苏联已经废除剥削，剥削者已经不再存在。”

那么，在这样一个理论上无阶级的国家里，统治阶级已经不再存在，怎么还会有作为统治阶级意志反映的法的存在？

在这场论战中，拉潘纳同时指出了前苏联当时的“全民的法”与“统治者的法”只是换了个名称而本质未变，其他前苏联法学家则过于热衷鼓吹“全民的法”的共产主义特性而有矫枉过正之嫌，但有一点可以肯定，维辛斯基的对法的图解是片面的，在前苏联就遭到过批判，但由于其是以诠释马克思列宁主义经典的面目出现的，因此半个多世纪以来一直是被作为圣经来学习而不是被作为一种学术观点来研究的，这一现实对我国法理学的研究发展起了极大的阻碍作用。

二、我国法学界长期以来对人民主权的理解中国新民主主义革命时期领袖人物对法的理解贯穿着民主主义的思想理念旧民主主义革命先驱孙中山先生一生推崇三民主义，但其对“民权”的理解前后是有变化的。

他早年倡导人权自由，晚年则反对讲人权自由。

他对统治意志的理解与列宁一脉相承。

他在《总理遗教》中说：“中国专制已行了数千年之久，所以民国虽然有了九年，一般人民还不晓得去站那主人的地位。”

我们现在没有办法，只好用些强迫手段，迫着他来做主人，教他学习”，“共和国的皇帝就是人民。以五千年被压做奴隶的人民，一旦招他作皇帝定然是不会作的，所以我们革命党人应当来教训他，如伊川训太甲一样”。

他的观点就是：总的原则是主权在民，但现在人民还很愚昧落后，因此要我们革命党人来代行其意志，教其觉悟。

他试图走“军政”（通过军队夺取政权控制国家）“训政”（伊川训太甲一样教训百姓使其成为有现代意识的人民）最终实现“宪政”（全民的意志形成法治国家）的道路。

## <<变革时代的法律秩序>>

正因为这一点，后来蒋氏政权利用了这一理论，造成了高度的独裁统治，失去了民心，也失去了大陆政权。

与此不同的是，中国共产党在革命初期却十分重视主权在民的理念，而且不是在口号上，而是身体力行。

1934年红色根据地制定的《中华苏维埃共和国宪法大纲》中，即明确写着：“苏维埃政权是属于工人、农民、红色战士及一切劳苦民众的，在苏维埃政权下，所有工人、农民、红色战士及一切劳苦民众都有权选派代表掌握政权的管理”，“凡苏维埃公民在十六岁以上者，均有苏维埃选举权和被选举权，直接派代表参加各级工农兵苏维埃的大会，讨论和决定一切国家的地方的政治任务”。

1931年的《苏维埃地方政府的暂行组织条例》中明确规定：“区执行委员会每两个月须向该区的选民做工作报告一次，县执行委员会每四个月须向选民做报告一次，省执行委员会每六个月须向该省内的选民做工作报告一次。

选民群众可以在该工作报告大会上批评政府的工作”。



## <<变革时代的法律秩序>>

### 后记

生年不满百，常怀千岁忧。

时光飞逝，信息社会如此让人步履匆忙。

从自己的人生阶段看，觉得应该整理一下这些年的思考和文字的累积了。

读者面前的这本书，是我这十几年中在国内主要学术刊物上发表作品的自选集。

它们都是这些年的思考成果，介于理论法学和法律实务之间，自觉尚有出版的价值。

因为当代中国的法学处在这样一个充满着活力、期待、焦虑的背景中，从现实出发上升到理论的一些思考，会是一个重要的视角。

而我的经历使我有了这样思考的条件和可能。

我出生在中国沿海的乡村，小时候从未想过自己会同法学和政治有什么关系。

当时只感知到乡村的贫穷和自身的无奈，只期望跳出农门，走向未知的远方。

邓小平复出后的一个决策改变了我的命运。

1977年，我考上大学，离开乡村，第一次见到火车，第一次见到省城的高楼广宇，第一次知道浙江大学和杭州大学是两个大学。

当时不知有法律系，也不知法律为何物。

浙江大学是理工大学，杭州大学有中文系，自己当了五年农民，高中数理化的书都当瓷盖给老鼠啃了，只剩下阅读和写作还坚持着，于是就考了中文系。

老师说，中文系不培养作家，你们将来主要是去教书。

我不想教书，想当作家和记者，因为这样可以求名和济世。

现在想来，成名成家的欲望，虽然经过文化大革命的批判，仍然在我这个乡下人的心里头孕育着。

## <<变革时代的法律秩序>>

### 编辑推荐

《变革时代的法律秩序》由法律出版社出版。

<<变革时代的法律秩序>>

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>