

SANYUANHU FALUN

烟台大学法学院 编

三元湖法论



北京大学出版社

SANYUANHU FALUN

烟台大学法学院 编

三元湖法论



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

书 名: 三元潮法论

著作责任者: 烟台大学法学院 编

责任编辑: 王建君 杨立范

标准书号: ISBN 7-301-07994-X/D·0985

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62757027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 三河新世纪印刷厂

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 48.75 印张 747 千字

2004 年 9 月第 1 版 2004 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 85.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

序

我从不曾请名家给自己的书作序,也不愿给他人之作作序。因为,在我看来,序总是德高望重者的神采飞扬之笔。当看到一篇画龙点睛的序时,我们总被该书吸引,热切地渴望饱览书的内容;而当翻阅一篇平平如水的序之时,读者对其内涵的浏览也就兴味索然了。

然而,本书的“序”仍然是需要由人去写的。写这篇序,是为了献给那些在法学教育战线上奉献了青春和心血的普通教师,为了刚刚起步而又朝气蓬勃的年轻人,为了纪念烟台大学法学院成立二十周年,也为了中国法学事业的繁荣昌盛。

谈及“中国法学”,在一些人的眼中,她尚处于“质量低微”、“法学幼稚”的批评声中,但在我们看来,她是那般庄严和宏大。因为,为了中国的法学事业,烟大的法律人付出了我们的思考、我们的努力、我们的时间和我们的心智,更付出了我们坚韧不拔、累积厚重的执著。

烟大法律人的确非常执著。有了这份执著,我们顶住了做官从政的诱惑、下海经商的诱惑、当律师赚钱的诱惑,以及“孔雀北飞南飞”的诱惑。有了这份执著,我们才作为地方学校的法律院系,在东海之滨的这片土地上“凭法神立志,借海天腾飞”,与历史久远、硕果累累而且有着先天骄傲资本的兄长、父辈们同台竞技,论法治学,以理达人,激情毕生。有了这份执著,我们艰难而又自豪地“拿下”了8项国家课题,15项省部级课题,3项国家优秀教师奖励,50余项省级科研奖励,5个硕士学位点,以及成为省级重点学科和省级教改试点单位。

应该说,烟大法律人自建系之始,就承载着法治建设和法学发展的重任。我们不仅幸运,赶上了中国法学厚积薄发的时代;我们还需清醒,不追逐功成名就——我们必须为了整个中国的法学事业目光深远,脚踏实地,风发意气,只争朝夕。今天,正是我们意识到、并追逐着肩挑这份重担,我们才出版了这本文集。我们但愿这本文集成为法学文海里的一朵浪花,一滴水珠,而学术的海洋正是这滴滴水珠、翩翩浪花汇集的。

这本文集,也是法学思想多元化的一种表现,它所涉及的主题是多样性的。在学术观点上,正统的和非正统的、主流的和非主流的、传统的和现代的、民商的和刑事的、实体的和程序的、哲理思辩的和实用主义的,都汇集在这一本文集之中,它表明现代中国法律科学已发展成为一个分支繁多的学术体系,同时也反映了烟大法律人在法治创新过程中的不断探索和思考。虽然,其中的有些原理、观点、分析仍很稚嫩,但法学研究的这种“萌芽”能否长成青春勃发的枝条并最终长成枝繁叶茂的大树,完全取决于我们的理性、智慧、关爱和宽容。

当代法学家正前后相继,人才辈出,即使观点有异,我们仍有着共同的目标,这就是达成法治的完善。英国学者科特威尔曾经指出,法学研究“能集百年法律从业者的著述之大成,是一笔巨大的精神财富,籍此可以洞察历代人们的思考轨迹和见解脉络,并可考证法律在影响思想意识和社会行为方面所具有的功能。”这正是我们烟大法律人的研究目的和进路。

21 世纪的中国法学也面临着激烈的挑战,认识并迎接挑战是中国法学走向成熟的前提和标志。而写这篇“序”之日,正逢奥运会举办之时。观评“奥运健儿们”向体育高峰攀登的艰难和成功,不禁联想,我们烟大的法律人也在向法学研究事业的顶峰进军。虽然,能登上法学“金字塔”的只有几人,但这不是问题的关键。在我们看来,站立在中国法学顶端的人,并非一些学术的“霸主”,而是我们的“国家”、“社会”和“人民”。法律人的任务,只是通过强调自身的理论建设和独立品格,为中国步入法治殿堂而铺道奠基,并在最终意义上有利于“推动中国的法治事业登上世界法学理论的最高峰。”

在向这一目标演进的过程中,80 年代后的法律人并不浅薄,相反,“时势造英雄”,时代培育了我们这一代又一代的优秀学者。比较

三十年前的前辈学者,我们已经有了自己的气度和收获,一旦这种朝气蓬勃、豪气冲天的气度形成一种学术的氛围,我们相信,中国人也将在不久的法学领域屹立于世界之林。

还必须指出,当代法学无疑是世无其匹、阳春白雪的精英们的法学。一群信奉某些思想原理的人集合在一起,卓然挺立,历史的沉重感在他们身上时时闪现,使他们淋漓尽致地发挥着自己改造世界的野心,试图论证出一套救国救民的完美理论,去影响这个世纪的每一个人、每一件事、每一个行为、每一种制度、每一项立法、每一个案例,他们也在高谈阔论和社会观察的结合之中缔造了“思想帝国”,形成了颇有见地的学说、原理、观点、对策等等,又有后继者发扬光大、推而广之,成为一类理想化的“信奉”。因之,中国法学提供着一种占据人们思维空间的核心理论体系,而这一核心理论体系又在一定时空范围内能够影响人们的理性思考和行为方式。所以,凡试图形成一种思潮的人,都希望自己成为民族的英雄,也就是说,中国法学不仅要向社会贡献自己的思想体系,还要贡献缔造这些体系的大师。

但另一方面,中国的法学家是否也需要“谦虚谨慎”一些,不要过高地恭维自己,不要急功近利、急于求成,不要“一哄而上”、“沿着他人的思路行走”。中国的法学尚属于“后发”的阶段,在法学研究的里程中,更需要我们的耐心,需要反对“制造观念”和“学术复制”,反对用“形式制度”和“现代术语”代替社会生活本身。有时,法学也还应该具有“下里巴人”性质——法学家必须站在一个普通学者、教师、学生、记者、局外人甚至农民的立场上去研究法律——这给了我们这些“不知名”的教师以“自由发挥”的学术空间,也构成一种法学研究百花齐放、百家争鸣的繁盛景象。不同的概念、原理、规则、模型、方法、思路,得出不同结论,成为一种体系与其他体系相区别的标识,这正是我们“这类文集”所要发挥的功能、影响、魅力与活力。

的确,烟大人有一种沉甸甸的历史使命感,正是这份使命感,成为我们成功的起点和要素,也鼓舞了我们去奋斗、去苦读、去著述,诚如苏力所说:“我们必须以对我们这个民族、这个社会的有用来证明自己的价值”,“我们必须生活在生活中。”

烟台大学法学院院长 汤唯

目录

一 理论法学

论经济自由与权利	毕可志(3)
论制宪权的概念	
——兼论中国历史上的几次立宪活动	张 禹(11)
法律实证主义与法律价值观念的冲突和思辨	汤 唯(22)
法律实证主义抑或自由主义的困境	危文高 邓志波(34)
中国古代民刑诉讼的制度差异	孙季萍 徐承凤(53)
以官为业传统在当代的延续及其克服	王加卫(62)
论行政裁量的性质	
——对“自由裁量”认识进路的反思	李 琦(72)
武力反恐对集体安全体制的冲击	温树斌(92)

二 民法学

民事主体构成要件之理论分析	
——兼论合伙之独立民事主体地位	马艳佳(105)
试论动机错误	田东平 常 毅(117)
脑死亡立法刍议	杨利军(128)
人格权法在我国未来民法典中的地位	叶 军 孔 玲(139)
关于我国物权立法的三点思考	郭明瑞(156)

质疑所有权的社会化	王旭冬(165)
集体所有权与私权	
——以农民的土地权利为对象	韩光明(172)
作为生存法的不动产权制度	关涛(184)
论用益物权的法律属性	房绍坤(196)
我国《海域使用管理法》的三点缺陷及完善	张洪波(209)
承包人的优先受偿权探析	汪丽清(215)
论一般优先权	仲相(227)
论债权财产化	田野(238)
论合同义务和合同责任的扩张及其影响	
——从附随义务的角度	于宏伟(245)
保证期间与保证债务诉讼时效	史长青 周立杰(255)
论构建以私权利保护为中心的	
性骚扰法律规制体系	杨立新 张国宏(266)
游离在边缘的创新	
——评全国首例性权利受侵害案	吕杰(295)
商业秘密保护与言论自由的冲突与平衡	
——DVD 拷贝管理委员会诉 Bunner	
案的介绍与评论	王新红(306)
精神损害严重后果研究	于海防 韩刚(317)
数据库的法律保护模式分析	姜泮格(327)
商业外观的商标法保护	王仰光(337)
离婚损害赔偿制度的理论及适用	范李瑛(345)
经济全球化与私法观论略	张平华(356)

三 商法学

商法上外观主义的基本问题	全先银(371)
公司信用危机的事后救济	
——PEF 法律制度研究	姜一春(385)
有限公司股份转让的若干理论问题	史卫进(391)
土地使用权出资研究	薄燕娜(399)

金融资产管理公司处置不良资产法律问题初探

——从资产管理公司与“国有股减持”

的关系的角度来看 张广荣(412)

连锁经营的法律规制 司艳丽(420)

经理权的限制与监督

——从董事与经理的关系视角考察 张学生(428)

《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事

赔偿案件的若干规定》简要评析 金福海 玄 炜(438)

美、德两国破产重整立法模式比较分析 李卫峰(446)

略论公司登记之目的及其制度架构 王洪平 苏海健(458)

金融与证券衍生产品市场对证券商

的监管法律制度 刘 爽(466)

票据法上的责任制度的构建 于永芹 李遐楨(474)

票据抗辩的限制及其例外 刘剑骅(485)

关于票据善意取得的几个有争议的问题 李 轶(495)

外商投资企业避税与我国应因对策探析 王海英(503)

土地税收法律制度研究 樊 静(512)

四 刑法学

犯罪梯度设计

——罪刑相适应的基础方案 黄伟明(523)

犯罪的功能视角解读 刘广三 庄乾龙(533)

对犯罪的反应及其背后

——刑罚的转移与回归 李卫红(550)

论刑罚正当化的依据 张庆方(565)

暧昧的解释:从违法到犯罪的跨越 米传勇(579)

澳洲反家庭暴力法律机制及其启示 王春光(596)

刑讯逼供致人伤残、死亡的定罪及证明责任 初炳东(603)

正当防卫成立条件再思考 李 涛(610)

对我国不作为犯的立法建议 柳新萌(621)

对有关巨额财产来源不明罪的几个问题的探讨 刘 洁(629)

探析挪用公款罪的客体与客观要件 毛海利(636)

五 诉讼法学

论刑事诉讼中的利益观	汪建成(647)
民事诉讼中的上诉救济与上诉利益	王福华(660)
司法的阳光与学术的殿堂	
——学位纠纷司法救济散论	何 兵(673)
对抗制诉讼模式的新近发展	
——兼述合作式司法对我国的启示	马明亮(689)
现代司法理念与法官职业道德	高 航(700)
辩诉交易中的辩护律师	祁建建(715)
论民事再审启动之重构	何 燕(729)
小额诉讼程序在我国的立废选择	滕晓春(740)
论我国对反倾销措施的司法审查	杨曙光(748)
似是而非的“法律真实说”	宋振武(757)
论酌定不起诉权的制约	单天水(763)

理论法学

论经济自由与权利

毕可志*

政治民主化和经济市场化,正成为席卷世界的两股浪潮,经济自由正是这一世界性潮流的主题。我国经济体制和政治体制改革的实质,就是要确立个人在社会经济活动中的独立经济人格,赋予个人充分的经济自由,这是使经济充满活力的源泉和使资源有效配置的前提,也是形成市场经济秩序的基础。

一、实施经济自由的理由

经济自由作为一种经济思想和制度规则,是与经济统制相对立的。首先,它以尊重个人的经济自由权为基本前提,以保障和实现个人权利为根本宗旨,主张通过规范经济主体基本的经济权利和义务,赋予主体在社会经济活动中自主决策和行动的独立经济人格。其次,它深信人们对个人利益的追求是社会经济活动的原动力,社会的任何进步都依赖于个人的不受限制的自由和创造力。^①同时,它要求公民和法人在享受经济自由的过程中,必须独立自主地承担自己所

* 毕可志,男,烟台大学法学院副教授,吉林大学 2002 级理论法学博士研究生,主讲行政法学、宪法学。

① 高国顺:《经济自由与资源配置效率——兼评冯·哈耶克经济自由主义思想》,载于《湖北大学学报》(哲学社会科学版)2001 年第 2 期。

从事的经济活动的后果,不能将不利的后果推卸给国家和别人。因此,经济自由制度的确立是市场机制的必然要求,是市场经济发展的内在依据,正是经济自由推动了市场经济由稚嫩走向了成熟。可以说,市场主体享有充分的经济自由是市场经济有效运作的前提条件。

1. 经济自由能够最大限度地激发市场主体的经济活力、提高经济效益。人之所以是自由的,是因为人类具有由利己动机所激发出来的选择价值观念和行为的自主性与能动性。市场经济承认并最大限度地实现了个人追求“私利”的权利,把追求个人利益作为驱使人们经济行为的根本动力是市场经济有效运转的轴心。“在市场经济条件下,主体的行为动机主要是利益追求。营利性(趋利性)是市场行为的普遍特征。每一个主体(个人或法人)可以说是或者想像为一个‘经济人’。”^①“经济人”的谋利动机要求经济自由,首先要让市场主体能自由表达自己的经济意愿,实施自主的经济行为,获得经济上的自由,成为真正的独立自主的市场主体。同时,还要求肯定市场主体有追逐利益的自由,强调个人追求自己经济利益的合理性和合法性,确认每个成员均有其自身利益,并使这种利益权利化,强调权利对权力的基础地位,把权利从权力中解放出来,使市场主体可以通过竞争和市场经济自由地实现其利益。

2. 社会资源的优化配置需要经济自由。经济发展的过程实际上是资源配置的过程。为了有效地配置资源,社会必须作出一定的制度安排和规则设定,即建立一定的经济体制。在现代社会,资源配置有两种方式:计划与市场。在计划经济体制下,主体生产的目的是完成计划,计划的制订者是政府,政府是基本的、直接的资源配置者,一切经济活动都在一种命令或权力的支配下运行,主体的经济自由受到很大限制,其结果是往往不能使社会资源得到最优化的配置。市场经济体制与计划经济体制不同,市场经济解除了政府对社会资源的垄断,其核心是强调市场本身的作用,使市场主体间在遵循法律规则的前提下自由竞争,根据市场供需的自发力量来调节社会资源的配置。这就必然要致力于确立公民个人为经济活动最基本的主体地位,从而充分发挥每个公民主体的潜能,最大限度地实现公民主体的经济自由,肯定其追求利益的最大化,以实现社会资源的最优化配

① 张文显:《市场经济与现代法的精神论略》,载于《中国法学》1994年第6期。

置。

3. 实现经济自由是公民实现其经济主权的需要。经济自由特别强调个人权利的自我运用,把个人权利当作实现“人作为人”的根本条件。在西方,经济自由是个人主义传统在社会经济生活中的具体体现。^①因而个人要获得独立经济主权,关键在于对其经济活动的自主决策。但在我国传统的计划经济体制下,由于国家对生产资料、社会生产过程和产品分配等领域,实行过宽的、过严的直接计划控制,公民个人不仅没有独立的、受法律保护的私有财产权利,连自由择业、自主消费、自由迁徙等基本公民权利也几乎丧失。很明显,传统计划经济体制抑制个人能力发展和经济自由,没有充分展现社会主义社会要求个人自由发展的本质特征。市场经济是建立在保障公民个人充分的经济权利和自由基础上的,以公民个人本位为基本理念,强调公民个人充分的经济自由。在市场中,公民必须享有充分的选择自由,他们既能选择成为这类或那类主体,又能自由地选择采取这样或那样的行为方式。同时,公民只有享有充分的自由权,才能使其个人的劳动力商品化,从而形成既相互联系,又相对独立的现代财产关系和现代劳动关系,构成社会主义市场经济的坚实基础。不难想像,没有每个公民个人的独立财产权、自由择业权、消费自主权、自由迁徙权、劳动收益权等基本经济自由权利,社会主义市场经济体制即使建立起来,也不可能得到完善和巩固地发展。

4. 经济的全球化企盼经济自由。市场经济的全球化发展得益于经济自由主义思想在世界范围内的广泛传播。从国际分工的角度来看,将资本和劳动集中于生产本国有自然优势的产品,对贸易双方都是有利的。而要实现这种国际分工,基本的前提就是要允许资本、技术和劳动力的自由流动,消除各国贸易间的关税和非关税壁垒。WTO作为经济全球化趋势下的制度产物,也深受经济自由主义的影响,始终将自由、平等、公平的基本精神贯彻在其众多的规则、原则中。

另外,经济自由也是经济民主的基础。经济民主作为国家管理经济、调节市场运行的基本管理体制,是在充分尊重经济自由基础上

^① 高国顺:《经济自由与资源配置效率——兼评冯·哈耶克经济自由主义思想》,载于《湖北大学学报》(哲学社会科学版),2001年第2期。

的多数决定。“经济民主,说到底,就是实现经济自由,包括经营自由、就业自由、投资自由和竞争自由。”^①因而可以说经济自由是经济民主的先声,经济自由是经济民主得以确立的前提。

二、经济自由的保障

切实保障公民的经济自由,是经济体制改革、行政管理体制改革成败的标志。那么如何才能真正做到扩展公民的经济权利、落实个人的经济自由呢?

(一) 宪法、法律应充实以经济自由权和财产权为核心的基本权利规定

从各国的立法实践来看,均有对公民经济自由权和财产权明确保障的内容。我国的宪法、法律也应充实以经济自由权和财产权为核心的基本权利规定。

首先,宪法、法律应对经济自由权作出明确规定。经济自由权的确立是市场机制的必然要求,对于市场主体应享有的经济自由权,必须明文加以确定,否则,难以实现经济自由权。这是因为:(1) 市场经济是通过市场机制来配置资源的,这就需要建立一个包括商品市场和土地、资本、劳动力等生产要素市场在内的开放性、竞争性市场体系,以坚决打破条块分割、封锁与垄断,促进和保护公平竞争。这种开放的市场体系,一方面要求法律保障各种经济主体自由地进入市场,进行商品和生产要素的等价交换;另一方面也要求法律保障劳动力的自由流动。(2) 搞市场经济的前提是包括公民个人在内的经济主体都享有自由的经济活动,包括企业自由、投资自由、贸易自由、就业自由、竞争自由、消费自由等。所有这些自由,都只有在法律上获得认可和确认,才具有实际的和现实的意义。离开法律,这些自由都是没有保障的。同时,对经济自由权的宪法、法律规定也是我国法律体系的要求。有学者从契约自由原则出发,提出确立“法不禁止即为自由”的原则,主张法律创制应以禁止性规范为主,通过确立主体不

^① 王保树:《市场经济与经济民主》,载于《中国法学》1994年第2期。

可作为的范围给主体的自由活动留下除被禁止范围外的广阔空间。^①

其次,宪法、法律应对财产权作出明确规定。公民的经济自由是建立在其完整的财产权基础上的。在市场经济体制下,经济运行是通过市场机制的作用自动协调,把风险和责任分散到每一个市场参与者身上,生产者自由、消费者自由和劳动者自由均是由具有独立经济人格的个人承担的。这就需要所有参与市场的主体都要享有完整的财产所有权,每个主体都拥有属于自己的财产(资金、产品、债权、知识产权及其他各种有形、无形财产),可以在法律允许的范围内自主处理自己的财产,不受他人支配,任何他人不得侵犯。但是我国宪法原先只规定了“社会主义公共财产神圣不可侵犯”,却并没有明文规定“公民私有财产神圣不可侵犯”。对公有财产和私有财产的这种差别对待,不利于财富积累、社会稳定和市场经济发展。从实质上说,在社会主义市场经济条件下,公有制经济与其他所有制经济并存。私有制经济的形成、存在和发展实际上体现了公民个人作为经济活动主体自由进入市场、自主进行经济活动,这也正是整个市场经济体系充满竞争与活力的源泉。公民个人作为经济活动主体进入市场,必须允许公民个人作为经济活动主体享有和行使经济自由权,而这种自由权又是以公民私有财产不受侵犯为基础的。所以,为了确保社会主义市场经济的健康、持续、稳定的发展,2004年3月14日第十届全国人民代表大会第二次会议通过的《宪法修正案》明确规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。”“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”这就说明包括国家在内的任何主体都不得非法侵犯公民私有财产权。即使在特定的环境和条件下,国家为了社会的公共利益,对公民私有财产征收或者征用,必须严格依照法律程序进行,并且要给予补偿。

另外,宪法和法律还应明确规定公民享有迁徙自由的内容。在计划经济体制下,由于国家对物质资源及消费品分配的控制,使得劳动者为了获取生存所必需的基本条件,必须将自己的劳动纳入国家权力的调控之中,从而丧失了对自己劳动的支配权。社会主义市场经济体制下的公民应该是摆脱依附于国家权力的束缚,成为有独立

^① 周小明:《权力与权利的结构分化》,载于《法学》1993年第3期。