

# 跨世纪 法学问题探研

*Kuashiji Faxue  
Wenti Tanyan*

华东政法学院  
法律系 编

SHANGHAI  
SHEHUI  
KEXUEYUAN  
CHUBANSHE

上海社会科学院出版社

• 法学新问题探索系列丛书之三

# 跨世纪法学问题探研

华东政法学院法律系编

上海社会科学院出版社

责任编辑 周 河

封面设计 闵 敏

EK98/08

跨世纪法学问题探研

华东政法学院法律系编

上海社会科学院出版社出版

(上海淮海路中路622弄7号)

新华书店上海发行所发行 常熟市大宏印刷厂印刷

开本850×1168 1/32 印张 13.25 字数 330000

1999年8月第1版 1999年8月第1次印刷

印数: 1—1200册

ISBN 7-80618-582-8/D·187

定价: 30.00元

## 序

三年前,我系决定出版“法学新问题探索系列丛书”,而且每年推出一本,专门发表我系教师最新的法学研究成果。两年来,已有两本面世,它们是1997年出版的系列丛书之一《法学新问题探索》和1998年出版的系列丛书之二《法学新问题研究》。这是系列丛书之三,定名为《跨世纪法学问题探研》。

丛书出版后,我系教师的科研成果能及时问世,并在法学界得到交流,取长补短,促进了我系的科研工作,提高了我系法学研究的水平。为此,大家都感到欣慰。

刚刚结束的九届全国人大二次会议再次强调,依法治国是我国的基本治国方略,还通过了宪法修正案和合同法等法律文件。同时,我们又面临着新世纪的到来,越来越多的跨世纪法律问题摆在我们面前,需要我们去探索和研究。作为法学教育战线的成员,我们有能力也应该把法学理论与法治实践结合起来,着力探索和研究一些跨世纪的法学问题,为实行我国的社会主义法治而效微薄之力。面前的这本学术专著正是一年来这种探索和研究的新成果。

近年来,我系又有了新发展。一方面,我系的综合实力又有所提高。由于从国内外引进了高学位师资和原有的不少教师考取了研究生,所以我系教师中硕士(含硕士研究生)的比例提高了近20个百分点。同时,我系高级职称的人数也有所提高,提高的比例也近10个百分点。这都为提高我系的学术研究品位创造了有利条件。另一方面,我系承担的教学任务更重了。现在,我系

要承担全院14门法学主干课程中的10门和9个法学硕士研究生授予点中7个点的教学任务,仍是全院最大的一个系。这既是一种挑战,也是一种机遇。要提高我们的教学水平,就必须提高我们的科研水准。我们有决心不断提高自己的科研水准,为繁荣我国的法学教育事业而竭尽全力。

此书以马列主义、毛泽东思想和邓小平理论为指导,从不同角度论述了一些法学问题,有一定的理论深度和较高的学术价值。文中的观点、看法,均是作者个人的见解,是一种学术探研的成果,如与现行法律规定和政策不一致的,均应以现行法律规定和政策为准。

本书的出版又一次得到了院领导的大力支持。在论文的审定和编辑工作中,我系的资深教授胡士贵、陈鹏生、何勤华、俞子清、苏惠渔、彭万林、胡锡庆、金友成、张善恭等都提出了宝贵的意见和建议。我系的刘星老师又一次为本书的出版提供了极大的帮助。上海社会科学院出版社的周河先生再一次为本书的出版全力以赴。在此,向他们一并表示衷心的感谢!

由于撰稿时间仓促,文中难免有不妥不周之处,还望各位同仁、专家赐教指正。

华东政法学院法律系

1999年3月

# 目 录

|        |     |
|--------|-----|
| 序..... | (1) |
|--------|-----|

## 一、社会主义法制与宪政问题探索

- 法律实现的行为法学分析..... (1)丁以升
- 关于“良性违宪”的若干思考 ..... (16)游 伟 杨利敏
- 人权的特性及哲学思考 ..... (28)殷啸虎
- 法哲学三题 ..... (44)李锡鹤
- 现代国家法治的实现 ..... (66)王林俊
- 论法律解释的公众认同性  
——兼论社会价值体系的重建 ..... (82)苏晓宏
- 论律师执业风险 ..... (94)杨可中

## 二、刑事法律问题探索

- 论刑事诉讼中的审判公开与司法公正..... (110)叶 青
- 伪劣产品犯罪刑事责任若干问题研究..... (123)孙万怀
- 金融犯罪的刑法分析..... (143)刘宪权
- 对惩治单位(法人)犯罪的实践考察和理论思考  
..... (163)杨兴培

## 三、民事法律问题探讨

- 所有权限制:比较研究 ..... (174)高富平
- 论无效保证..... (193)许 莉

- 公有住房使用权性质及其置换差价利益…… (203) 黄武双
- 由屈臣氏精神赔偿案审判巨大落差引起的法律思考…… (220) 王俊民 刘正浩

#### 四、金融法律问题探讨

- 票据要式性论…… (236) 张 驰
- 期货诉讼若干问题探讨…… (251) 牟道媛

#### 五、执法问题探讨

- 目前我国执法中存在的主要问题及其对策… (267) 张心泉
- 综合行政执法若干问题探讨…… (283) 沈福俊

#### 六、法制史问题探讨

- 先秦经典中的法学思想评述…… (297) 何勤华
- 关于古代东方法特点的三个问题…… (312) 王立民
- 黄兴政治法律观略论…… (335) 徐永康
- 早期维新人物法律思想述评…… (352) 赵元信
- 近代法国启蒙思想家法律思想评析…… (367) 李秀清

#### 七、法律词语、文书问题探讨

- 论法律中的模糊词语…… (385) 胡春明
- 司法文书的语言风格及表达特色…… (396) 李 琴

附：华东政法学院法律系学术研讨会情况介绍 …… (410)

# 一、社会主义法制与 宪政问题探讨

## 法律实现的行为法学分析

丁以升

当前,在我国的法律实践领域,存在着一种耐人寻味的二律背反现象:一方面,立法快速增长,这种增长超过了执法、司法机关的负荷能力,也超过了社会对法律的需求,以致有人甚至称之为“立法膨胀”<sup>1</sup>;另一方面,法律实现效率低下,已经制定的法律在向社会推进的过程中遇到了极大的阻力,大量的法律被弃之不用,立法投入中的很大一部分被白白浪费。这种现象迫使人们不得不严肃地看待法律实现问题,剖析阻碍法律顺利实现的障碍,探讨保证法律有效实现的对策。众所周知,法律是通过合法行为才获得实现的,合法行为是法律实现的唯一途径,违法行为则从根本上破坏着法的实现。所以,研究如何提高法律实现的效率,就是要研究如何引导主体选择合法行为方式,放弃违法行为方式。其实质是关于主体的行为方式选择问题。对此,行为法学有一种较为成熟的理论模式。该理论模式认为,主体的行为选择遵循固有的、客观的行为规律,主体是选择合法行为还是选择违法行为,就像人们选择职业一样,要受到众多的变量因素的影响。因此,要对主体的行为选择进行调控,就必须从设定或改变这些



变量因素入手。很明显,这一理论为我们研究法律实现问题提供了一种崭新的思路。本文的宗旨即在于运用该理论模式分析我国当前的法律实现问题。

### 一、行为法学关于主体行为方式选择的理论模式

行为法学,又称行为主义法学,是本世纪40—70年代在美国和西欧兴起的一股法学思潮,并逐渐形成一个法学流派。它是在法学研究中引入政治学行为主义的产物。所谓政治学行为主义,是当代西方政治学中运用行为科学的理论和方法研究政治现象的一种流派。该学派认为,政治就是政治主体的行为——政治反应、选择、游行、宣传、竞选、反抗等,因此,必须根据观察到的和可观察的政治行为来解释政治现象。在研究方法上,政治学行为主义大量采用行为科学以及社会学、心理学、统计学和生物学的方法,特别是其中的定量分析和测量方法,反对历史分析、规范分析、制度分析等政治学的传统方法。至本世纪40年代,政治学行为主义在欧美国家的政治学研究中已经成为一种时尚。在其影响下,美国和西欧国家的一些法学教授、法官和律师纷纷把政治学行为主义移植到法学领域,从而出现了一股行为主义法学思潮。其代表人物是美国法学家舒波特<sup>2</sup>和布莱克<sup>3</sup>。

行为法学认为,法律不是规则,而是行为,是国家和公民的法律行为。因此,法学的任务就是研究法律行为;法学家应该以“纯科学的精神”来研究各种能够观察、测定和分析的法律行为。在研究法律行为时,行为法学积极借鉴现代行为科学的研究成果,注重对影响法律行为的各种变量因素(包括社会分层、社会结构、文化、组织及其他社会控制)进行定量分析,进而勾划出各种法律行为模式。

80年代以来,西方行为法学逐渐传入我国。国内法学界不少学者特别是一些中青年学者开始尝试运用行为科学的理论和方

法分析法律问题,并取得了可喜的成果。有关主体行为方式选择的理论模式便是其中之一。

这一理论模式是通过分析主体的行为过程及其内在规律而提出来的。按照现代行为科学的观点,主体行为的一般过程为:环境影响——主体需要——行为动机——行为——客观结果——主体满足状况。所谓环境影响,是指主体所赖以生存和发展的客观环境对主体的刺激和影响。在环境影响下,主体自身生理或心理的平衡状态受到破坏,从而产生了攫取一定资源以恢复平衡的需要。受这种需要推动,主体就形成了实施某种有目的行为的主观动机。在动机支配下,主体开始实施一定的行为。行为在客观上总有一定的结果,它表现为主体通过行为得到的特定资源的客观状况。行为的客观结果不同,主体的主观满足程度自然会有所差异。总之,一切行为都是从受环境影响产生需要开始,到这种需要得到某种程度的满足结束,这体现了行为的内在规律。

行为法学从主体行为的一般过程和内在规律着手,抽取出影响主体行为方式选择的7个变量因素,分别为:主体的需要(N: need),主体的价值观(V: values),主体的能力(C: capacity),资源状况(R: resource),行为机会(O: opportunity),行为方式(F: from),行为耗费(E: expense)。这7个因素对主体的满足状况各有不同的影响。总的来说,需要越强烈,主体越不满足;行为耗费越大,主体也越不满足。就是说,这两个因素的肯定,是对满足的否定。反之,主体的价值观越合理,行为能力越强,资源越丰富,行为机会越充分,行为方式越正确,主体的满足程度就会越高。因此,这五个因素的肯定,意味着对满足的肯定。可见,前两个因素与满足程度成反比,后五个因素与满足程度成正比。据此,如果用S (satisfaction)表示满足,就可以建立一个主体的满足模式:

$$S = \frac{V \cdot C \cdot R \cdot O \cdot F}{N \cdot E}$$

上述主体的满足模式描述了各种变量因素对主体的满足状况的影响。在特定条件下,主体选择何种行为方式,要取决于他对各种行为方式给自身带来的满足程度的比较,主体总是倾向于选择能给自身带来最大满足的行为方式。所以,这个模式实际上就是关于主体行为方式选择的理论模型。

从法律行为角度看,主体是选择合法行为还是选择违法行为,同样受到以上7个因素的制约和影响。因此,我们可以根据这一理论模式来解释合法行为和违法行为的发生机制。现分述如下:

### 1. 主体的需要

主体的需要是指主体在环境影响下自身结构中出现的不平衡状态。它总是指向特定的资源,并以取得所需资源为满足。人类的一切行为都是在需要推动下发生的。“任何人如果不同时为了自己的某种需要和为了这种需要的器官做事,他就什么也不能做。”<sup>4</sup>可见,需要是行为的内驱力,是隐藏在行为动机背后的真正动力。主体的需要有合理与不合理、合法与不合法之分。合理的需要是适合社会现实条件和主体自身能够拥有的资源量因而应该予以满足的需要,合法的需要是法律允许主体通过获取一定的资源来予以满足的需要,它们推动主体选择合法行为;不合理的需要是超越社会现实条件和主体自身能够拥有的资源量因而不应予以满足的需要,不合法的需要是法律禁止主体通过获取一定的资源来予以满足的需要,它们推动主体选择违法行为。

### 2. 主体的价值观

主体的价值观是指主体已内化的对自己需要和行为的是非善恶的评价标准。它的作用在于引导主体认识自身需要的社会意义,促进主体行为动机的形成,从而影响主体对行为方向的确定和对行为方式的选择。如果主体的价值观与社会公认的价值观及法律的价值取向相一致,那么,主体就会排除不正当的利

益要求,形成合法的行为动机,进而选择合法行为;反之,如果主体的价值观与社会公认的价值观念及法律的价值取向相违背,那么,主体就会产生不正当的利益要求,形成违法的行为动机,进而选择违法行为。

### 3. 主体的能力

主体的能力是指主体获取所需资源的力量,包括主体的行为知识、智力、体力等因素,还包括可供主体运用的人力、物力等。主体掌握的合法行为知识越丰富,采取合法行为的自身力量和物质力量越强,其选择合法行为方式的可能性就越大;反之,主体掌握的违法行为知识越丰富,采取违法行为的自身力量和物质力量越强,其选择违法行为方式的可能性就越大。

### 4. 资源状况

资源是指存在于一定社会环境中的能够满足主体需要的物质和非物质财富。所谓资源状况就是指资源的总体数量、内部结构及分配方式等方面的情况。如果资源总量丰富,内部结构及分配方式合理,主体就倾向于选择合法行为方式;反之,如果资源总量短缺,内部结构和分配方式不合理,主体就倾向于选择违法行为方式。

### 5. 行为机会

行为机会是由外部条件构成的主体实施某种行为的现实可能性。主体在选择行为方式时,一定会考虑相应的行为机会。如果合法行为机会充足,顺利完成合法行为的概率就高,主体自然倾向于选择合法行为方式;反之,如果违法行为机会充足,顺利完成违法行为的概率就高,主体自然倾向于选择违法行为方式。

### 6. 行为方式

行为方式是指社会中客观存在的可供主体效仿的各种行为模式。如果主体在日常生活中接触到的合法行为方式多,并且认为它们行之有效,则主体倾向于选择合法行为方式;反之,如果主

体在日常生活中接触到的违法行为方式多,并且认为它们行之有效,则主体倾向于选择违法行为方式。

### 7. 行为耗费

行为耗费是指主体在取得所需资源的行为过程中所作出的支付,它包括主体的脑力、体力和已经取得的各种资源的消耗,还包括主体选择一种行为时,其他可选机会的损失即时机损失。对行为耗费,一般可把它分为必然耗费和应然耗费两部分。必然耗费是指主体作出一定行为就必然要承受的资源消耗和时机损失。应然耗费即法定耗费,是指法律规定主体从事一定行为应当承受的资源消耗和时机损失。对主体而言,应然耗费有可能要承担,也有可能不用承担,因而只是一种“可能”的成本。行为的必然成本和应然成本的高与低,是主体在进行行为选择时不得不考虑的一个重要因素。如果合法行为的耗费低,则主体倾向于选择合法行为方式;反之,如果违法行为的耗费低,则主体倾向于选择违法行为方式。

## 二、法律实现障碍的行为法学分析

如前所述,法律实现效率低下是我国当前法制建设中的一个突出问题。产生这一问题的原因固然是多方面的,有法制系统自身的原因,如法律体系不够完善,执法缺乏力度,法律监督机制不健全等;也有社会环境和社会条件方面的原因,如生产力发展水平不高,政治体制中还存在着某些消极的因素,公民的思想文化水平还有待于进一步提高等。但是,由于法律是通过人的行为才得以实现的,而人的行为总是有其内在的规律和特定的发生机制,所以,有必要从人的行为系统内部来探讨法律实现效率低下的原因,运用行为法学关于主体行为方式选择的理论模式,剖析在影响主体行为方式选择的7个变量因素中存在的阻碍法律有效实现的障碍。

## 1. 从主体的需要上看,影响法律有效实现的主要障碍是部分主体滋生了不合理、不合法的需要

在我国当前,主体的需要正处于由生存需要向享受需要过渡的阶段。随着社会经济的发展,大多数人的温饱问题已经基本上得到了解决,不再以取得维持生命存续所必需的生活资料为满足,而是开始追求物质上和精神上的享受。享受需要不像生存需要那样,所需的资源量在客观上有一个限度,它所需的资源量一般是无止境的。因此,主体应从现实社会条件和自身条件出发,对自己的享受需要进行必要的调整和控制,否则,就容易超越客观条件而形成不合理的需要。近年来,随着市场经济的发展和改革开放的深入,社会成员在收入上的差距被逐渐拉大,一小部分先富起来的社会成员的生活水平大大高于一般社会成员,其享受需要得到了较好的满足。这种现象对一些人的心理产生了很大的刺激,致使他们盲目攀比,视高消费为时尚,进而产生了不合理的享受需要。这种需要一旦达到一定强度,就会推动主体不择手段甚至不惜采取违法行为方式以攫取物质财富。社会上反复出现的重大经济犯罪案件就充分证明了这一点。另外,近年来,少数人在外界不良因素影响下,精神空虚,追求新奇、刺激,从而滋生了种种不合法的需要,并因此走上吸毒、赌博、嫖娼等违法犯罪道路。而且,这类违法犯罪活动波及面越来越广,发案率越来越高,如不严格加以控制,必然会愈演愈烈。

## 2. 从主体的价值观上看,影响法律有效实现的主要障碍是部分主体奉行的价值观与社会公认的价值观念及法律所包含的价值准则相矛盾

随着市场经济的发展,我国社会的价值观念正发生着深刻的变化,与计划经济相适应的国家本位、权力本位等传统价值观逐渐受到动摇,与市场经济相适应的个人本位、权利本位等价值观开始萌生。这是社会进步的表现,其本身是无可厚非的。但是,

不容忽视的是,个人本位、权利本位价值观强调个人权利,注重可计算的经济利益,因而有其固有的两面性。一方面,它能调动个体的积极性,抵制专制集权和官僚主义,推动市场经济的发展;另一方面,它又容易导致否定国家利益和社会利益,滋生拜金主义和唯利是图观念。近年来,受这种价值观的消极作用影响,少数社会成员的个人主义、利己主义思想急剧膨胀。这种思想与我国社会的发展要求及法律所包含的价值准则都是根本对立的,它驱使少数社会成员为谋取个人利益而选择违法犯罪行为。

**3. 从主体的能力上看,影响法律有效实现的主要障碍是有的主体合法行为能力较弱,违法行为能力却较强**

当前,我国的文化教育水平还比较落后,公民的总体文化素质还不高,文盲和半文盲约占总人口的1/4,大学生在总人口中所占的比例居于世界的末尾行列。公民的文化水平低,法律知识必然相对贫乏。不少人对法律知之甚少,甚至根本就不知道法律为何物。对这些人来说,是很难谈得上自觉遵守法律和运用法律的。大量的法盲违法就证明了这一点。有的社会主体不具备从事合法行为的自身力量和物质力量,相反地,却拥有一定的从事违法行为的力量。例如,近年来,市场上假冒、伪劣商品之所以泛滥成灾,其中一个重要原因就在于不少生产企业根本没有生产合格产品的人员、技术和设备,有的甚至还拥有一支专业造假队伍和相应的技术、设备。

**4. 从资源状况上看,影响法律有效实现的主要障碍是物质资源总量不丰富,地区分布不均衡,分配方式不合理**

由于我国生产力水平还比较低,物质资源总量相对不足,经常发生资金短缺、原材料和能源紧张的现象,社会总需要往往大于社会总供给。物质资源的地区分布又很不均衡,一般说来,城市多于乡村,沿海多于内地,平原多于山区。这导致主体之间为争夺有限的资源而经常发生冲突,经济领域的地方保护主义即因

此而生。前些年,全国接连发生的“羊毛大战”、“棉花大战”、“蚕茧大战”等,就是这方面的典型事例。资源状况方面存在的另一个突出问题是资源分配不合理。首先,由于政策引导不得力和管理工作没跟上,社会分配不公现象相当严重,脑力劳动和体力劳动、复杂劳动和简单劳动在获取报酬上有时甚至出现倒挂,这极大地挫伤了一部分人的积极性和进取精神。其次,由于现行政治体制中存在的种种弊端,行政权力渗透到社会生活各个领域,资源的分配权往往操纵在个别行政领导手中,致使资源分配有失公正。例如,企业生产项目、资金、物资的取得,往往不取决于企业生产经营状况的好坏,而是取决于主管部门领导人员的意志。干部、知识分子和工人的职级晋升、加薪、分房等,也不完全取决于自己的工作成绩和工作能力,而要在一定程度上取决于自己与个别领导人员的关系。

#### 5. 从行为机会上看,影响法律有效实现的主要障碍是合法行为机会相对不足,违法行会机会有时却比较充分

在当前的社会制度和社会环境中,客观上还存在着一些不正常因素,妨碍着主体选择合法行为方式。合法行为机会不足,就会迫使主体用违法的方式获取所需资源。行贿受贿行为的发生,可以说是这方面的最好例证。目前,在国家管理活动中,官僚主义作风相当严重,不少部门对本属自己管理的事项互相推诿、扯皮,办事拖拉,效率低下,许多事通过正常途径难以办成或者难以迅速办成,这就诱导人们通过向主管人员行贿的方式以求问题的顺利解决。至于违法行为机会的存在,主要体现在当前的管理制度还很不健全,管理工作有不少“真空”和漏洞,从而给违法行为提供了便利。例如,盗窃行为的发生就与财产管理不严有关,贪污行为的发生则与财务管理混乱有直接的联系。

#### 6. 从行为方式上看,影响法律有效实现的主要障碍是社会上的违法犯罪事件较多,对部分主体产生了潜移默化的影响



当前,社会治安总体状况依然不容乐观,各类违法犯罪案件的发案率都呈逐年上升之势。人们在日常生活中接触到的违法犯罪事件较多,部分主体因受从众心理或“法不责众”心理支配而效仿违法犯罪行为。例如,由于“关系学”盛行,办事“走后门”几乎已成定律。有些人本来并不想通过拉关系、找熟人来谋取利益,但看到别人都这样做,就跟着“随大流”。甚至为了某种正当的利益,也要“托关系”帮忙,才觉得放心,仿佛一切都是由关系决定的。在司法实践中,这种情况也经常发生。往往是“案子未进门,两边找熟人”,双方当事人各找各的门路,各找各的靠山。这无疑会滋生社会不正之风甚至导致违法犯罪。此外,还有少数主体因受“法不责众”这一错误观念影响而作出违法犯罪行为。近年来,集体贪污、侵占、私分、挥霍浪费公有财产的案件时有发生,就直接与此有关。在部分地区,还发生了集体挖掘古墓、盗窃文物的事件,甚至出现了所谓的“盗墓专业村”,参与者倚仗人多势众,有恃无恐,气焰十分嚣张。

#### 7. 从行为耗费上看,影响法律有效实现的主要障碍是有的合法行为耗费过高,有的违法行为耗费偏低

合法行为耗费过高的现象,在经济纠纷诉讼中表现得最为突出。据统计,当前经济合同的履约率只有60~70%,但实际诉至法院的经济合同纠纷甚少,其主要原因就在于对当事人来说,诉讼成本过高。法院审理经济纠纷案件的周期一般都比较长,为查明案情,发案单位往往需要派人随同法院办案人员外出调查取证,有的法院因经费紧张,还要在规定的诉讼费以外向发案单位收取一定的费用。因此,对当事人而言,经济纠纷诉讼费时、费力、费钱,成本过高,往往是得不偿失。至于违法行为耗费偏低的现象,主要有两种情况:一是法律对某些违法行为处罚太轻,致使其法定耗费过低。例如,按照修订前《刑法》第121条规定,对偷税、抗税情节严重,构成犯罪的,处3年以下有期徒刑或者拘役。