

西北政法大學《西部法苑》學生優秀論文選

法林清音

史馬力 主編

陝西人民出版社

法林清音

——西北政法大学《西部法苑》学生优秀论文选

史马力 主 编

李 立 副主编

周 怡

陕 西 人 民 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

《法林清音》学生优秀论文精选/史马力主编. —西安:
陕西人民出版社, 2007

ISBN 978-7-224-08092-6

I. 法… II. 史… III. 法律-文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 096082 号

法 林 清 音

——西北政法大学《西部法苑》学生优秀论文选

主 编: 史马力

出版发行: 陕西人民出版社(西安北大街 147 号 邮编: 710003)

印 刷: 西安市建明工贸有限责任公司

开 本: 850mm×1168mm 16 开 26.75 印张 6 插页

字 数: 800 千字

版 次: 2007 年 5 月第 1 版 2007 年 5 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-224-08092-6

定 价: 50.00 元

序 言

西北政法大学生专业刊物——《西部法苑》要选编部分优秀论文结集出版，同学们要求我题写书名，并写几句话作为序言。

《西部法苑》是我校法学专业本科学生自编、自写、自办发行的一本专业刊物。在校内，她是同学们研讨理论、服务实践的平台；在校外，她向全国的法学院校展示了西法大学生追求知识、探寻真理的风采。其“厚重沉实、严谨求新”的办刊风格吸引了众多兄弟院校的本科生、硕士生、博士生纷纷投稿，被誉为西法大学生对外交流的一张“名片”。《西部法苑》1985年创刊，中间曾停过几年，1998年复刊，迄今已办了48期，发表了500多万字的学生学术论文，一些理论价值较高的论文得到了国内不少学者的肯定，刊物的学术性不断提高。作为同学们成长经历中留下的一串足迹，《西部法苑》践行了我校“以科研训练培养学生创新精神”的教学理念。

关于书名，我拟了这么四个字：法林清音。取“雏凤清于老凤声”之意。同学们初涉学术研究，期望有太高的成就当然是勉为其难的，但是初生牛犊不怕虎，难得的是，这些文章的选题、见解有思想、有深度，可谓胸中有沟壑。事实上，《西部法苑》这块同学们练笔的阵地，一年一年承继延续，已经培养了一批又一批富有创新精神和实践能力的青年才俊：如余厚蜀、陈树斌、付玉明、王庭玉、吴颖、费耕、魏军、林翡翠等优秀编辑；褚宸炯、李诚予、陈征南、陆宇峰等优秀作者。无论是编者还是作者，这些同学的名字我都耳熟能详，一个个可爱的形象如在眼前。这不仅因为他们求学时的踏实进取，而且因为他们毕业后在各个岗位上的杰出表现。

西北政法大學源于1937年的陕北公学和1941年的延安大学，70年的办学历程，一代代西法大人薪火相传的文化积累，造就了这所学校师生们务求实新的优秀品质。出版这本文集，是对一段时间内我校教学成就的一次回顾、一次总结，是对同学们学习成果的一种肯定，一种褒扬。

愿《西部法苑》越办越好。

愿西法大培养的人才质量越来越高。

是为序。

西北政法大学校长



2007年5月16日

目 录

序	贾 宇
---------	-----

2002 年

浅论我国汉代的礼法思想及其社会成因	
——兼与古罗马自然法理论比较	戴怡婷 (3)
公益诉讼的成本、价值及多元救济	余枫霜 (8)
当代中国法理学研究范式初探	鲁 沂 (11)
浅议物权行为理论的民族性	欧阳庚德 阮荣建 (16)
论加工物所有权之归属	杨德桥 (20)
“楼花按揭”与我国抵押权制度	苗春刚 (28)
浅论格式合同的规制	
——对民法基本理念的捍卫	吴晓峰 (32)
一种新的权利冲突与权利限制	
——知识产权的“权利用尽”若干分析	白俊峰 (37)
浅释不作为犯的行为性	徐 昭 (41)
洗钱犯罪和洗钱控制的几点思考	林心恩 (45)
保安处分制度探源及其现实分析	乔 颖 (49)
试论检察院提起行政诉讼	周志平 (53)

2003 年

论合同法的基本原则	韦 东 (61)
法律行为本质论	孙 燕 (67)
于衡平中求公平	
——雇佣者责任归责原则的重建	钟 巍 (71)
容隐制度的现代法律价值分析	傅清涛 (76)
论撤销权的性质及撤销之诉的被告	邢华锐 (80)
试析第三人欺诈	曹 培 (84)
浅论物权行为	彭鹿鸣 (88)
试论农村土地承包经营权的物权化	李惠正 (94)
土地承包经营权的属性及其立法归位	黄 磊 (98)
论占有在建筑物区分所有权中的适用	储 纯 (101)
试论典权的性质	蔡叙宏 (105)

2 法林清音

最高额抵押初探	祁 铮 (110)
论无过错责任的法理基础	张敏春 (113)
我国票据法无因性的立法浅评	吴彦波 (117)
浅析法人目的外行为	杨九月 (122)
略论我国死刑存废制度及其完善	刘丽娜 (126)
行政法理论基础问题试探	李国兴 (130)
论行政法上的比例原则	张 莉 (136)
WTO 国民待遇原则及法规适用	周 峰 (140)
浅析单位犯罪的概念	王国胜 (147)

2004 年

一个历久不衰的话题

——论现代语境中的法学与价值判断之关系	陈征楠 (155)
“实在法是共同体的法”？	

——纯粹法学的谜语抑或神话	李诚予 (160)
经济理性法律观三题	陈 亮 (168)

中国法治建设进程中纵向的差序格局

——从社会文化发展水平角度分析	贺胤应 (175)
-----------------------	-----------

民法理念初探	陈 科 (183)
--------------	-----------

意思表示与法律行为的新思考	燕炎荣 (190)
---------------------	-----------

试论第三人侵犯债权问题	张 晨 (195)
-------------------	-----------

一般人格权初探及其立法构建

——从理论分析到条款设计	薛永毅 (201)
--------------------	-----------

缔约过失责任制度刍议	柳 伟 (208)
------------------	-----------

浅析公司法人人格否认	张 捷 (214)
------------------	-----------

论股东代表诉讼制度	王 雁 (221)
-----------------	-----------

试论票据抗辩限制制度	郑晓珊 (228)
------------------	-----------

被害人承诺研究	李杰文 (233)
---------------	-----------

娼妓合法与否之探讨	杨海洋 (240)
-----------------	-----------

贪污，还是职务侵占	谢林江 (244)
-----------------	-----------

试论我国判例制度的建构	李海军 (247)
-------------------	-----------

从法律实践出发对我国判例的定位思考	焦 毅 (251)
-------------------------	-----------

浅析美国冲突法对法律选择方法的革新	陈 晨 (254)
-------------------------	-----------

2005 年

人权理论的批判性分析

——兼论当代女性主义法学	费 耕 (263)
--------------------	-----------

历史与未来：作为一种治道的法治	陆宇峰 (269)
-----------------------	-----------

论民主与法治在现实生活中的对立统一	张熙朝 (278)
-------------------------	-----------

关于建构我国先占制度的思考	刘士新 (282)
---------------------	-----------

刑事法律关系初探	董雄伟 (286)
特殊防卫权若干理论问题初探	陈树斌 (291)
论检察机关提起行政诉讼	林伟富 (297)
对死缓变更死刑立即执行条件的思考	曹玉江 (303)
国家主权原则及其在当代国际关系中面临的挑战	王东勇 (307)
将批判进行到底	高 杨 (312)
刑法之被启蒙	梁绍锋 (317)
惩戒与规训	
——《西游记》人物故事的法律解读	付玉明 (320)

2006 年

试论人格权的分解与重构	王昊鹏 (329)
批判法学在后现代中的重生	杨静哲 (333)
法律推理与司法公正	
——一种兼具反思式的述论	熊少虞 (340)
《唐律》与罪刑法定	翟 嘉 (347)
试论第三人侵害合同缔结之侵权责任	郑 丽 (351)
浅析惩罚性违约金	王 晋 (357)
对物权行为的再认识	王 明 (362)
论不动产登记制度及我国的立法选择	刘方辉 (366)
论我国不动产权登记制度的建构	党鹏刚 (372)
如何在司法过程中坚持罪刑法定	熊 雯 (379)
操纵下属单位骗取他人财物应如何定性	魏 军 (384)
中国足协若干法律问题初探	马润润 (389)
论行政处罚的适用条件及其与刑罚的适用关系	王 漾 (396)
试论行政公益诉讼原告资格	李 伟 (402)
从公平正义看当代法律选择的新发展	王颖荷 (408)
西汉一代酷吏张汤评传	方 晨 (413)
后 记	史马力 (420)

2002 年

淺論我國漢代的禮法思想及其社會成因*

——兼與古羅馬自然法理論比較

戴怡婷**

歷史有驚人的相似：公元前536年鄭子產“鑄刑書”（《左傳·昭公四年》）緊隨其後鄧析私造“竹刑”，與此同時代（前451—前450）古羅馬共和國頒布了《十二銅表法》。兩個世界的文明古國幾乎一同擺脫了那種僅凭奴隸主貴族的記憶適用法律、統治階級擅作威福的時代。然而相同的現象表層之下卻有著不同的命運。歐陸法律傳統雖經日耳曼法的衝擊又長久的籠罩在中世紀教會法之下，然幾經磨難仍初衷不改，一經資產階級革命便如日中天，其理性主義光芒耀眼奪目。但古老的中國却幾經浩劫時至今日仍為實現依法治國而苦苦探索。為什麼東西方的法律形態會分道演進各成系統呢？筆者認為只有把問題推回到歷史中，放在中西法律思想根本差異這一大坐標中才能有較為客觀的答

案。如梅蘭特在《英國法律史》中所言“整個歷史第一個句子就撕裂了一張沒有接縫的網”^①。諸多學者在論及中國法律思想的主線時，常從春秋戰國撕裂歷史，這一時期固然是中國法律思想史上一個重要的分期，百家爭鳴的論戰為以後歷史的發展提供了理論支撐。但我國法律思想的主線——禮法思想的形成在漢代。漢在法律思想史上有承前啟后的歷史意義。所以本文着重論述這一時期的禮法觀念並從與之同一時期的古羅馬自然法理論的比較中尋找禮法的社會成因。

一、形成與地位

（一）形成

“禮是悉知中國古代法律制度、法律思想、法律文化無可替代的基本對象”^②。禮治是封建正統法律思想的核心。由禮教和禮法兩部分構成。其淵源可上溯到奴隸社會。禮起源於祭祀，“國之大事，在祭在戎”^③。西周初期，相傳周公制禮，即有周禮。與周禮相適應，西周在政治法律思想上實行“禮治”。“禮治”的核心是親親尊尊，男女有別。西周時期的“禮治”是宗法等級制的產物，其間亦瀰漫著宗法思想和等級觀念。

隨著生產力發展，封建生產關係開始出現，維護奴隸主統治的禮治已經成為社會發展的束縛。歷史演進至春秋末期便禮崩樂壞，諸侯異政，百家爭鳴。其中最主要最有意義的是儒法論戰。法家主張

* 禮制是中國法律形態的主體。禮教對於中國法律有重要的意義，所以中國的法律在一定程度上可以稱之為禮法。

** 西北政法學院法學二系九九級學生

① [美]伯樂曼著，賀卫方、高鴻鈞等譯：《法律與革命》序言，中國大百科全書出版社1993年版，第1頁。

② 江山：《禮論》，載《清華法律評論》1998年第1期，清華大學出版社。

③ 馬小紅：《禮與法》，经济管理出版社1997年版，第5頁。

“法治”要求“不别亲疏，不残贵贱，一此于法”要求重刑轻义，以刑去刑。儒家则要求维护“礼治”，提倡“德治”，重视“人治”认为应重义轻罚。在论战中法家的法治与儒家的人治“针锋相对”并且秦国也以法家思想为指导完成大一统^①，似乎这一时期礼治衰落而法治成为当时法律思想的主流。然而我们必须注意到法家的法治并非近代的法治。其根本思想仍没有超越宗法与等级，也即人治与法治的对立是“一条虚构的，实际上并不存在的主线”^②。首先，从法家法的法律价值取向来说，即使是最痛恨宗教礼治的韩非也承认“臣事君，子事父，妻事夫，三者顺则天下治，三者逆则天下乱，此天之常道也”（《韩非子·忠道》）。其次，从法家法的法律功能来看，法家认为“中国法家，天法者君也，守法者，臣也；法于法者，民也，君臣上下贵贱皆从法”^③。法是治民的重要工具，兴功惧暴，定分止争的器物。法律本身并没有权威也不能规制君王，完全是皇权的附庸。最后，从法家出现的背景来讲，法家强调“不别亲疏”是为了打破奴隶主贵族的特权制，抬高封建地主的政治地位。法家并非着意于个体的权利，这与“法律面前人人平等”的“平等”有着本质的差别。基于以上种种我们认为春秋战国时期礼治仍为我国法律思想的主线。

继春秋战国之后的秦汉是礼治的形成时期，秦统一中国后法家的思想一度处于优势，然而极端的严刑峻法和高度的集权统一窒息了社会的发展，很快秦王朝灭亡了，随之法治思想破产。讲求中庸之道的儒家思想恰好适应发展和集权的要求，被尊为封建正统法律思想。也正是在这一时期儒家的法律发生了重大变化。儒家吸收了道家、法家、阴阳等各种有利于封建统治的因素。尤其将暗合明离的法律思想纳入其中，礼法合流首先应归因于那些能容忍渡溺于其冠中的儒家的忠实追随者。^④他们不断地在君王耳侧论述儒家礼义廉耻的道德观，而这些理论恰好可以用来弥补法家在重识形迹领域的空白，遂被汉代当权者接受。当然，我们必须承认这其中董仲舒功不可没，是董仲舒改造了旧儒学，吸纳各家之所长炮制成符合统治者口味的的新儒学促成了礼法合流。董仲舒以天人感应的理论作为政治指导的原则，结合天人合一的思想提出君权神授理论。强调“君与天一起主导世上变化大事”。^⑤将君主专制绝对化是儒家对法家的一大继承。其次董仲舒为了限制皇权，提出以德配天和德主刑辅等主张，显然这是用儒家提倡的忠孝节义来治民，而用法家注重的完备的制度来保障的“霸王道杂之”的统治原则。至此礼法无论在形式上还是内容上都合二为一，礼治成为绵延千年的封建正统法律思想的核心。

（二）地位

礼治由礼教和礼制两部分构成。“刑与教，制度与道德结合便是礼治体系的精华”^⑥从某种意义上讲，礼制是中国法律形态的主体，礼教之于中国法律的意义，可比神之于教会法的意义，也就是中国法律可以在一定程度上称为“礼法”。在道德指导下建制制度，也即在制度体系之上设置一个作为价值判断标准的道德体系，是各民族共有的现象。也正是基于此，才有学者提出“自然法既曾经是巴比伦法，古埃及法，古希腊法，古印度法，古罗马法的母体”^⑦，也是中国礼法的母体”。然而这种研究于本文的视界没有意义，它不能解释为什么中国的道德体系没有能衍生出自由与正义而西方的却能够。所以我们必须承认“礼法”是中国之特有、与西方的自然法思想大异其趣。从“礼法”的特征人手特有助于了解我们的“法律传统”。

① 张国华：《中国法律思想史新编》，北京大学出版社1998年版，第28页。

②③ 俞荣根：《儒家法律思想通论》，广西人民出版社1998年版，第28页。

④ 史料载，汉高祖刘邦鄙视儒生，将儒生戴的很整齐的帽子夺去漫溺其中。

⑤ 郭捷、姚荣涛、王志强：《中国法制史》，上海人民出版社。

⑥ 马小红：《礼与法》，经济管理出版社1997年版，第5页。

⑦ 江山：《礼论》，载《清华法律评论》1998年第1期，清华大学出版社。

二、特 征

关于礼法的特征,不同的论著从不同的角度得出诸多结论,如“宗法思想指导立法,皇权至上,法自君出,坚持等级重德轻刑等等”^①。由于本文论述旨在与同时期古罗马法律思想作一比较,故仅择一二点展开论述。

首先礼法是以礼教为指导,着重表现为宗法和等级观念。礼教是封建意识形态,主要表现为三纲,即“君为臣纲,夫为妻纲,父为子纲。”“三纲”由封建宗法制演化而来。宗法思想贯穿奴隶社会和封建社会。西周的“礼治”显然有着浓厚的宗法气息。中国的封建社会由氏族、血缘、家庭从母权制移交给父权制,直接放大为国家组织,从而形成独特的家国同构的体系。一家之中,父权、夫权束缚着整个家族上下。家长制的核心是“孝”,历史上“不孝”是十恶不赦的大罪,“孝”意味着对家长权威的绝对服从。家长享有绝对的支配权,家长和家族各成员有着严格的等级区分,家族中的女性和庶出子女的地位极为低下,其人完全依附于父和夫等家长。这与西方的独立个体家庭迥然不同。将这种以家长权威为首的家族制放大到国家组织形态中,即形成了以“忠”为核心的皇权至上的专制体制。在这种体制中“天子作民父母而天下主”^②。神话的皇帝以人间天上最高家长的身份统治要求子民绝对忠诚,即所谓“尊尊君为首”。这一整套机理与宗族宗法制是相差无几的,正如马克思指出的皇帝被尊为全中国的君父。但皇权至上的专制体制比家族宗法制更为集权,对皇权保护的力度更大,儒家“定一于尊”的经典学说使得汉帝国在政治与文化等各方面都高度统一,这便使得封建的意识形态渗入到社会的每一个角落,直至今日仍有遗毒。同时因为这种家国同构的社会组织形态,使得儒家考虑问题的出发点为家族这个共同体,进而用来维护社会秩序的也就不是法律而是熟人社会的人伦道德了。

总之,礼教即为宗法。礼教是以三纲来缚臣民、来缚家族成员的思想以达到意识形态的高度统一。而如果说礼教旨在正其心,则礼法意在正其行,维持性与心的同步性。^③

其次,礼法忽视个体意识,不讲人权。如上所述,儒家考虑问题的基点是以血缘为基础的家庭共同体;其意欲维护的是建构于群体之上的个体利益——君主的利益,所以儒家有诸多类似于“君要臣死,臣不得不死”等明显抹杀个体独意识的观点。这种正统法律思想在封建社会前期有利于大一统的形成,但过于统一的意识形态抹杀了个体的创新性,必将阻碍社会的发展。

礼法忽视个体意识也必定不讲人权。因为权利义务的社会关系是建立在社会相对分离,即入与人之间存在利害得失的基础之上的。而儒学提倡仁者爱人追求道德人格完善社会和谐因而“儒学理念……不是天赋个人权利”^④。在君君臣臣父父子子的纲常教条中只有种种的限制和禁止。例如古代的“七出”中小到“口多言”都是去妇之义;再例如“令行禁止”的实质就是剥夺社会成员的议政权利。至于“私”的概念更被历代统治者嗤之以鼻,韩非曾说“夫立法令者,以废私也。法令行而私道废矣。私者,所以乱法也”^⑤。由此可见一斑。

最后,礼法具有高度的政治实用性,如前提及礼法从来都不是用来约束统治者的,而只是“上之所由一民使下”的工具。既然法是政治统治工具就必定可以朝令夕改,可以口含天宪。因而法律在我国古代是没有神圣性可言的,礼法只是礼教的制度层面,必须为维护与礼教的同步性因时而变,因时而行。

① 张国华:《中国法律思想史新编》,北京大学出版社1998年版,第188页。

② 《尚书·洪范》

③ 马小红:《礼与法》,经济管理出版社1997年版,第5页。

④ 夏勇:《人权与中国传统》,公法(第一卷),法律出版社1999年版。

⑤ 《韩非子·诡说》

6 法林清言

礼法的这一特点对我国古代的立法、司法实践也有深远的影响。在我国有一个没有独立人格的“士”的阶层，他们制定法令完全听命于皇权，而非法律的权威^①。在司法实践中，为维护统治秩序定分止争不惜抛弃事实真相，提出“凡讼之可疑者，与其屈兄，宁屈其弟，与其屈叔伯，宁屈其侄……”^②。

三、成因——兼与古罗马自然法思想的比较

公元 275 年罗马共和国统一了整个意大利，至公元 2 世纪成了地跨欧、亚、非洲的庞大帝国。罗马帝国是唯一能在经济和人口上与汉帝国相匹敌的大帝国。也就在公元前 2 世纪至公元后 2 世纪的历史时期内，秦帝国统一中国，汉帝国实现礼法合流形成封建正统法律思想；而罗马帝国也完成征服，形成西方法律传统的源头，故下面将两帝国的法律思想做一简单比较。

古罗马帝国承袭希腊文明，深受斯多葛学派的影响。斯多葛学派的主要观点是自然与理性，他们将自然与理性等同。认为具有理性的品格的支配性原则遍及整个宇宙。这种理性是法律意义的基础。因此，存在具有普适性的自然法，而西塞罗称之为自然力量，是上帝的力量。每个人都应得到应得的东西。“这种平等理论的传播却对……尤其是家庭制度产生了影响”^③。随着文明的发展家长和家长子之间的法律关系渐趋人道。这种理性主义与平等观念与我国的礼法思想大异其趣，在政体方面，西塞罗认为混合政体（君主制、贵族制与民主制三者优点的混合）是最好的政体。这也显然不同于礼法的皇权至上。

礼法与自然法的本质区别是中华法系与欧陆诸法系各成体系的原因之所在。差别的出现受到多种因素的综合影响，大至可从地缘，经济，宗教等角度分析。地缘是决定性因素。不同的地域环境赋予不同民族不同的性格。《论语》有云：“智者乐水，仁者乐山；智者动，仁者静；智者乐，仁者寿。”中国是大陆国家，地域广阔、气候水土适宜耕作，只要风调雨顺就可自己自足。而罗马人是“海洋国家的人”^④。他们更具有冒险精神，并且狭小的内陆空间使得他们为满足生活需要必须进行交换。所以我国汉代主要的经济形态是小农经济而罗马的而品经济很发达，正是由于小农经济的封闭性、人身依附性、群体性才使得中国有了宗法和等级的观念；同样由于商品经济的发达古罗马社会呈现出开放性、流动性，在这样的陌生人社会中，为了使人们保有其“得”避免其“失”以个人为本位的私法也就日渐发达，私法的平等自由的意识不可避免的凸显出来。

西塞罗将法分为神法和人法。在神法与人法的二元结构中国王的权成得到限制和否定，而汉代的中国思想文化高度统一，封建皇权至高无上，儒家犹如中国之宗教，其宗法礼教禁锢着人们的思想。

其次，古罗马法律思想中对个体权利的保护有明显增强的趋势。“《十二铜表法》能使每个人知道应该做什么和不应该做什么”^⑤。人们仅知道应该做什么义务中心的思想，故当时法律并未将权利放在主导地位，人们只是被动的遵守法律，而《法学阶梯》则关注人们的利益，将整篇分为人法、物法、诉讼法并将人法置于物法之前足见盖尤斯紧紧关注私人的利益，以至于“在罗马共和国的最后一百年中，自由婚姻已经占据了主要地位”。这种发展趋势与中国封建社会几千年人权观念淡漠形成

① 参见许纪霖：《自选集》，广西师范大学出版社 1999 年版，第 43 页。“在宗法一体化的社会结构中由于这三张大网的制约和影响，中国传统知识分子……政治上的人身依附十分严重。”

② 《韩非子·诡使》

③ 黄仁宇：《资本主义与二十一世纪》，三联书店 1997 年版，第 24 页。

④ [美] 博登海默著，邓正来译：《法理学：法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 18 页。

⑤ 冯卓慧：《罗马私法进化论》，陕西人民出版社 1992 年版，第 1 页。

了鲜明的对比。

究其根源,礼法由宗法为立法指导原则。宗法则强调团体主义。血缘和伦理将个人牢牢联结在一起形成仁义中庸和谐的文化传统。当时的中国社会是个熟人社会,个体之间并非相互独立,也就无所谓权利义务。而古罗马以自然法理论为指导,追求形式正义,强调人的自由的本质,将这样的思想落实到制度层而即为权利的保护。另一方面,从经济角度而言,中国古代的基本经济形态是小农经济,个体从属于家庭,个体并不单独的生产经营也不单独的享有利益负担风险,所以个人并没有独立的人格。正如韦伯所言“这样的生活不允许个人拥有建立完整人格的内在期望”^①而古罗马处于地中海沿岸,海上贸易盛行,加之古罗马人好战,所以在罗马帝国的形成中有多次混战迁徙和融合,尤其是因为发达的商品经济使得帝国成为一个开放的社会,家庭的联系被冲淡个体的独立意识逐渐增强。在个体与社会分商的基础上,权利观念产生了。

从文化哲学的角度而言。由于中国自然环境宜于耕种,人们的要求易从自然中得到满足,所以产生顺其自然“天人合一”的思想。个体之于自然是渺小、无为的。只能遵从天道,当然也包括服从以天子自居的君王的权威。而古罗马地域狭窄,人们常常在与自然的斗争中求发展,故有自然正义与社会正义的对立,国家与上帝的对应,在这种对立中人们用权利标征自己的独立存在。

历史“即我们借以达到今天的路径……相信者可能希望从中发现其对未来的指导”^②。

① 马克思·韦伯:《中国之宗教》,载《公法》(第一卷),法律出版社,1999年版。

② [美]伯尔曼著,贺卫方等译:《法律与革命》,中国大百科全书出版社1993年版,第57页。

公益诉讼的成本、价值及多元救济

余枫霜*

一、公益诉讼概述

公益诉讼 (actiones publicae populares), 源于罗马法, 即“以保护公益为目的诉讼, 叫做公益诉讼。”^① 而美国是现代公益诉讼的创始国, 德国也有民众诉讼之规定, 但我国法学理论目前只有民事、刑事、行政诉讼之分, 它们都属于私益诉讼范畴, 近年法院判例推动了有关公益诉讼研究, 北大王小能教授将其界定为“为不特定多数人的权益进行的诉讼”, 也有学者将公益诉讼概念细化成“公益诉讼是法院依法处理违法侵犯国家利益和社会公共利益行为的活动。”^② 尽管其概念界定尚存争议, 但公益诉讼扶摇直上的态势表明它受普遍认可, 于是笔者深感从文化土壤、经济理论及制度层面对其客观分析之必要。相似在哪, 似也应由此交代, 否则颇费突兀。

公益诉讼与民诉中的诉讼代表人制度有相似之处, 但也有以下区别: (一) 诉讼前, 与人数确定的诉讼代表人制比较, 公益诉讼中无法将权益受损一方聚集一堂, 民主推选或指定代表人进行诉讼。是否由利害关系人提起诉讼, 由谁提起诉讼, 具有很大的偶然性。不过在理论与实践, “受到非法行为损害的人或公认为较为适宜起诉的人具有优先权。”^③ (二) 诉讼终止后, 与人数不确定的诉讼代表人制比较, 省去了法院权利登记、适用判决扩张力与预决性的程序环节, 不特定多数人从诉讼活动引起的实然状态改变中直接获利。(三) 公益诉讼的受益群体, 即经济学中的搭便车者 (freeride), 具有无可比拟的广泛性。

公益诉讼现象备受各界人士关注并逐步扩大影响, 一是由于中国正处在乡土社会蜕变过程中, 原有对诉讼的观念还是很坚固地存留广大民间。^④ 个别公民能彻底摆脱戒讼观念束缚, 为社会公益走到诉讼前沿, 甚至“知其不可而为之”, 其行为的反传统、反常规自然迎合大众心理与市场气候。中国没有经历文艺复兴、启蒙运动, 但这个时代又急需个性解放、权利意识、人文关怀, 公益诉讼对权利的重视与追求自然在压抑数千年的中国同胞中引起共鸣。二是公益诉讼讨说法、泄不平, 当然成为聚焦视点。但此概念的急剧升温, 从侧面反映了 ADR 非诉讼纠纷解决机制 (alternative Dispute Resolution) 在中国苍白无力。例如, 前文所述一案中, 陕西省手机用户每月交纳 10 元帮困基金以行政规定为据, 而我国《行政诉讼法》规定抽象行政行为不可诉, 其他途径解决又收效甚微, 于是, 一个法律人不得不走“明知起诉会被驳回仍坚决起诉”的尴尬路子, 因为醉翁之意在于唤起媒体关注,

* 西北政法学院法学系九九级学生

① 周楠、吴文翰、谢邦宇:《罗马法》, 群众出版社 1983 年版, 第 354 页。

② 韩志红、阮大强:《新型诉讼——经济公益诉讼的理论与实践》, 法律出版社。

③ [英] 彼德罗·彭梵得著, 黄风译:《罗马法教科书》, 中国政法大学出版社 1992 年版, 第 92 页。

④ 费孝通著,《乡土中国·生育制度》, 北京大学出版社 1999 年版。

促成问题解决。ADR发达的美国处理类似案件则不同,可通过司法审查程序撤销不合理不合法的行政规则,可通过手机用户结成的利益集团对政府决策施加影响……公益诉讼概念在中国的兴起,难免带有先天的酸楚与无奈。

二、公益诉讼的成本与价值分析

“人类所从事的任何社会活动都必须遵循经济性原则,即为求以最小的消耗取得最大的效果。”^①公益诉讼的投入与产出比例是否有悖于此原则?首先,公益诉讼的成本构造由以下三种投入组成:

(1)当事人投入。包括时间、金钱的付出与精力的耗费。(2)司法资源的投入。包括法庭设施、法官薪金、鉴定人、勘验人等专家报酬,证人交通费和执行费用等。我们可总称前两种为诉讼内成本,即“程序主体在实施诉讼活动中所耗费的人力、财力、物力和时间等资源的总和。”^②(3)由于公益诉讼的特殊性,它必须会涉及。诉讼外成本。即有利于公众判决的作出、实然情况的积极改变在不同程度上依赖于新闻舆论的助势活动,因此社会必然要在信息流动方面付出成本。此外,根据经济学的注意力经济理论,社会多数成员的关注也成为公益诉讼不可或缺的无形成本。就公益诉讼的价值而言,则须用发散性思维进行动态分析。价值,最初为经济学中的专业术语,表示商品交换的社会尺度,而现代社会中价值概念具有超凡的普适性,“凡是谈到社会管理,就不能撇开价值,价值的相互制约与人的目的性。”^③从个体价值看,公益诉讼往往表现为负价值,例如葛锐花了4000元仅换来标的额为三角的官司胜诉,实在得不偿失。因此,公益诉讼的启动者应具备“我为人人”的社会责任感与牺牲精神,并且道德上要求其减小个人功利主义的不利影响,由于“人性中的个人主义倾向与人性中的共有取向是相互补充的,在一个健康并且日益发展的文明中,大多数人都是希望能够根据其能力大小而为社会福利作贡献的。”^④也许,舆论的充分肯定在于减少其负价值,从而造就若干个像葛锐那样的“为民请愿者”。公益诉讼的个体价值衡类似于托盘天平,倾向性相对明朗直观,社会价值则不然,考虑到其多层面多角度的特性,笔者从正负两个方面进行分析:

(1)正价值之一。切实维护了众多搭便车者的权益,节省了社会资源并促进资源的有效配置。如葛锐所言,胜诉以后,郑州火车站公圃取消了不合理收费,一年下来,他的义举为公众挽回了270余万元。相对于270万元,他当初花费的4000元诉讼费用,是财尽其用,物尽所值。于是,我们很难斥责他当初的行为违背理性预期,盲目陷入情绪驱动。

(2)正价值之二。唤醒了中国普通民众的维权意识,鼓励公民用法律武器捍卫自身正当权益。数千年来封建传统导致中国文化根深蒂固的“义务本位”,并崇尚儒家的“君子喻于义,小人喻于利”,对权利的漠视无异于对自我的不尊重,民族心理的此种天然缺陷必然会为依法治国设置人为障碍。公益诉讼号召为正当小利而战,为社会公众而战,无疑会刺激权利复苏,加快法制建设进程。

(3)正价值之三。从公益诉讼的运行后者,往往是揭露并修复制度建构的种种缺陷,消除可能吞噬公民正当权益的社会怪圈黑洞,对社会起着正面引导与监督作用,促进社会良性循环。

(4)负价值之一。法治社会关键在于确立公民对司法的信任及对法律的信仰,而公益诉讼的目的往往超越诉讼本身,长此以往,普通群众会对司法功能置疑。例如,在手机交费一案中,公民偏重情绪化认知,缺乏法律知识,面对抽象行政行为的不可诉,难免抱怨入诉口径过窄,对法律解纷效力提出质疑。“过多刺激法律需求,同时又不能在一个循序渐进的过程中逐渐协调民众对实质正义的追求与诉讼提供的程序正义的矛盾,那么就可能适得其反,使民众在司法腐败与诉讼固有局限性而前丧

① 陈瑞华著:《刑事审判原理论》,北京大学出版社1997年版,第2页。

② 胡玉星著:《法律效率论》,载《中国法学》1992年第3期。

③ 王卫霞著:《过错责任原则·第三次勃兴》,浙江人民出版社1987年版,第196页。

④ E·博登海默著,邓正来译:《法理学:法律哲学与法律方法》,中国政法大学出版社1999年版。

失对法律的期待与责任，再次远离法律而去。”^①

(五) 负价值之二。公益诉讼很多由消费者纠纷引起，若处理不利，会使消费者处于投诉无门的境地，这实际上破坏消费者对企业和市场的信心，导致市场经济恶性循环。具体纠纷关系到企业名誉，负面影响或久拖不决，可能会使企业遭受有形或无形打击而制约企业发展。“总之，一个市场运行有序科学化的社会，都不能将有限的司法资源过多投入解决消费者纠纷，否则会导致经济发展阻滞。”

三、多元救济体制建构初探

综上对公益诉讼成本及价值分析，提醒我们在感慨葛锐、刘英等“壮士一去不复返”的气概并为公益诉讼大唱赞歌时，应反思不计成本与代价大小的讨说法，并非市场经济的特有产物，而是日本武士的行为方式。财物的失而复得尚且不易、重塑已经崩溃的法律信仰更是难上加难。于是，我们不能回避公益诉讼的潜在隐患，开拓多元化的救济渠道。号称诉讼爆炸的美国，也流传着息诉的谚语，如“诉讼是一种必不可少的恶 (a necessary evil)”，“诉讼具有负价值，即错误成本与直接成本大于程序利益。”^② 因此，美国 ADR 极为发达。结合我国实际，笔者提出以下建议：

(一) 强化消费者协会的职能与权力，改变消费者个人与企业集团抗衡的劣势，使消协成为消费者向外谈判、对话的窗口及其利益的专门维护者。

(二) 针对效力等级较低的规章、规则、条例等的混乱状态，建立司法审查委员会与调整委员会进行“剔除恶法，维护良法”的活动。

(三) 建立民间及自治性体制，如美国 BBB (企业、商业团体组建的纠纷机构)，瑞士的行业团体代表与消费者代表组成的仲裁会。试想若中国存在权威性规范化的白酒行业协会，白酒消费者借助协会对白酒企业施加压力，刘英也不至于屡战屡败、屡败屡战。

(四) 法院、行政机关及准行政机关也应附设专门的投诉及调解、仲裁机构。笔者的拙见只能抛砖引玉，只有让多元化救济方式与多元化权利对接，权利才不至于处于赤裸状态，选择才不至于陷入尴尬境地。也许，经过多元救济机制的过滤分流，经过成本、价值的权衡比较后，我们仍能用理性的眼光选择公益诉讼，仍能用平常的心态自愿充当“私人检察官”，才真正意味着权利的时代的来临。

① 范愉：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社 1999 年版，第 613 页。

② 迈克尔·D. 贝勒斯：《法律的原则——一个规范的分析》，中国大百科全书出版社 1997 年版。