

守望法治

吴绍南 主编

群众出版社

守望法治

主编 吴绍南

群众出版社

图书在版编目(CIP)数据

守望法治/吴绍南 主编. —北京:群众出版社, 2006. 4

ISBN 7-5014-3682-7

I. 守… II. 吴… III. 社会主义法制—研究—中国—文集 IV. D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 023514 号

守望法治

主编:吴绍南

责任编辑:常玉兰

封面设计:王 岩

出版发行:群众出版社 电话:(010)67633344

社 址:北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼

邮 编:100078

网 址:www.qzchs.com

信 箱:qzs@qzchs.com

印 刷:北京荣玉印刷有限公司

经 销:新华书店

开 本:850×1168 毫米 32 开本

字 数:480 千字

印 张:18

版 次:2006 年 4 月第 1 版 2006 年 4 月第 1 次印刷

书 号:ISBN 7-5014-3682-7/D·1743

定 价:36.00 元

群众版图书,版权所有,侵权必究。群众版图书,印装错误随时退换。

简 介

为了促进我国民主与法制的建设，使更多的法学研究成果服务于司法实践，我们组织在职研究生就其在近几年司法实践和研究的过程中总结的最新科研成果，从600多篇论文中，精心挑选80多篇优秀论文，结集出版。

本书的作者系中国政法大学在职研究生，均是在公、检、法、司等部门在职工作人员。他们有着较为丰富的司法实践经验，所论述的论题均是作者自己在司法实践中遇到的问题。内容涉及民商法、经济法、宪法与行政法、刑法、诉讼法等多门法律学科。很多论文从司法实践结合法学理论进行精辟地论述，不乏有独到的见解。所选论文均由中国政法大学相关专业的教授推荐，有关专家从中选定。全书从结构上都采用统一格式（内容摘要、关键词、参考文献），体例统一，且每篇论文的字数一般在3000—5000字左右。

编 者
2005年6月

目 录

第一编 法理学

法律的经济分析	李 杰 (3)
---------------	-----------

第二编 民商法学

消除虚假广告的对策初探	陈维熙 (13)
精神损害赔偿作为违约救济方式之探讨 ..	段雪辉 (19)
论情势变更原则的法律适用	李 艳 (25)
民事法律行为的含义及效力分析	楼小樵 (32)
商业秘密权及其限制的若干问题探讨	吴招松 (37)
我国农村集体土地所有权制度的思考	郑昌苏 (42)
最高额质押权初探	王 庆 (48)
从一起案例谈表见代理	程幸福 (52)
试论违约责任与缔约过失责任异同	苗 健 (58)
试析善意取得制度	梁文红 (64)
浅析债权人的代位权制度	李玉涛 (69)
论债权人代位权	何 冰 (75)
简论出卖人的瑕疵担保责任	毛文杰 (84)
从网络服务商归责原则的选择看网络 空间的法律规制	牛临军 (89)

论票据抗辩及抗辩限制	吕虹 (98)
在我国民商法律中实行判例法制度浅议 ...	张炜 (104)
合同的效力	肖坤 (110)
关于格式条款的几点思考	黄自富 (118)
试论钢材贸易项下仓单质押贷款	孔超 (125)
关于最高额保证合同的保证期间的儿 个问题	李一梅 (131)
知识产权法的修订与知识产权犯罪研究 ...	孙理想 (136)
试论我国的不动产登记制度	叶沁园 (140)
共同担保制度浅析	周佩扬 (146)
试论加入 WTO 后中国的知识产权保护 问题	胡婧 (150)
浅议招标投标中的履约保证金	李博 (156)
论合同转让	张俊斌 (160)
论赠与合同中的利益平衡 ——赠与合同的诺成性与赠与人的撤销权 ...	郑轶 (166)
论商品房预售存在的风险与如何保护 消费者的权益	康少华 (172)
论缔约过失责任	赵东 (176)
对担保物权优先效力的思考	王江富 (181)
公司僵局解决的法律选择	汤书国 (189)
有限责任公司股权转让确认问题初探	谷芬 (194)
论资本信用和资产信用	任佼 (199)
浅议社会公众股东表决机制	张紫薇 (203)
论公司少数股东权的法律保护	陈爱农 (206)
论夫妻财产约定制度	杜新功 (211)
论医疗纠纷举证责任之倒置	丁俊源 (219)
从表决制度论述中小股东的保护 ——股份有限公司表决制度的构建 ...	刘琦 (228)
独立董事制度的局限性探讨	

——兼论完善我国公司治理结构的出路 …… 范万兵 (235)

从背景音乐的保护看我国著作权集体

管理的漏洞…………… 李 萍 (241)

论我国的公司资本制度 …………… 傅筱敏 (248)

论对未成年人的监护 …………… 王军建 (255)

论我国夫妻财产约定制度 …………… 叶喜宝 (262)

论私法自治的法理基础 …………… 何忠嫻 (268)

预售商品房按揭的贷款风险及其防范 …… 程 勇 (275)

医疗合同之法律分析及立法建议 …………… 戴卫华 (282)

走出法律的迷雾

——从市场主体立法谈个人独资企

业与个体工商户的关系 …………… 周 伟 (289)

第三编 刑法学

青少年的心理健康与犯罪预防…………… 阮炳盛 (297)

论我国性骚扰的现状与法律对策…………… 于延峰 (303)

浅论网络犯罪的防范措施与相关立法 …… 姜明明 (309)

试论我国安乐死合法化的必要性…………… 陈 曦 (315)

刑事责任初探…………… 张 迅 (319)

浅议我国刑法贿赂罪的缺陷与完善 …… 李俊峰 (331)

论死刑的存废…………… 于 欣 (337)

浅析青少年犯罪的特点、原因及对策 …… 施锦添 (344)

论合同诈骗罪中罪与非罪的界限…………… 陈 媛 (350)

挪用公款罪认定问题的分析…………… 安 然 (355)

论无罪推定…………… 李统德 (362)

试析对商业秘密的刑法保护…………… 夏晓渊 (369)

对未成年人犯罪几个问题的刑事思考

…………… 时顺波 白 玮 (376)

论医疗事故罪…………… 白大庸 (383)

第四编 经济法学

- 商品房预售中买受人的权益保障 刘志芳 (393)
- 完善我国银行监管法制的思考 万文敏 (398)
- 优惠制度 公平原则还是区别对待?
- 浅谈国民待遇制度与我国外资
- 税收优惠制度改革 褚洁 (405)
- 浅论反不正当竞争法的一般条款 应伯虎 (412)
- 论就业中的年龄歧视及法律对策 陈杨荣 (418)
- 浅论“就业歧视” 韩波 (425)
- 构建团体社会
- 政治国家与市民社会携手合作
- 的途径 李男 (432)

第五编 行政法学

- 实质法治下的行政自由裁量 楼骥 (441)
- 对我国行政程序立法的几点思考 马锋平 (447)
- 国家赔偿归责原则之研究 吴招男 (454)

第六编 诉讼法学

- 人民检察院在民事诉讼中的法律监督
- 白玮 时顺波 (463)
- 论举证责任的改革与完善 韩芳 (469)
- 论完善我国的民事诉讼证人作证制度 王钦贵 (476)
- 论我国无独立请求权第三人制度的缺陷及完善途径 吴芳 (483)
- 试述管辖权异议的若干问题 孔建祥 (490)

试论民事诉讼管辖权异议制度·····	毛 羽 (495)
浅评自由心证制度·····	傅 琦 (503)
浅谈民事诉讼证人出庭率低的原因和对策·····	李孝胜 (509)
律师调查取证权当议·····	李昆仑 (515)
浅谈举证期限制度的理论涵义·····	吕树洪 (522)
浅析环境损害诉讼中证明责任的分配·····	王学伟 (528)
试论沉默权及保障制度的建立·····	汪旭峰 (534)
论沉默权·····	徐 枫 (539)
中外警检关系比较·····	土 磊 (546)
我国刑事辩护的困境与出路·····	俞士辉 (556)
浅论行政诉讼中举证责任的分配·····	钟伟尧 (562)
论民事诉讼中审理前准备制度·····	曹中兴 (570)

第一编

法 理 学

法律的经济分析

浙江省杭州市上塘镇人民政府 李 杰

内容提要：法律的经济分析，即“用经济学的概念和方法来研究法律”。法律经济学理论发端于美国，目前已成为一种具有国际影响力的法学流派。该理论认为，所有法律活动，包括一切立法和司法以及整个法律制度，事实上是在发挥着分配稀缺资源的作用，因此所有法律活动都可以用经济的方法来分析和指导。中国法律改革将深深受益于法律经济分析的发展。

一、法律经济分析的概念和理论核心

法律经济分析 (Law and Economics、Economics of Law、Economic Analysis of Law 或 Law-economics)，又称法律经济学，是用经济学的方法和理论，而且主要是运用价格理论（或称微观经济学），以及运用福利经济学、公共选择理论及其他有关实证和规范方法考察、研究法律和法律制度的形成、结构、过程、效果、效率及未来发展的学科。它是法学和经济学学科整合的边缘学科：一方面，它以人类社会的法律现象为研究对象，故成为法学的一个分支学科或法理学的一大流派；另一方面，由于它以经济理论和方法为其指导思想和研究方法、工具，故又是经济学的分

支学科。法律经济分析的产生基于两个前提条件：第一，法学与经济学在研究主题和价值观上有相当的共通性；第二，在分析方法上，经济学提供了一套分析人类行为完整的架构，而这套架构是传统法学所缺少的。传统主流的法学理论一直是法律的哲学，它的技术基础是对语言的分析。绝大多数法学家把实证研究想像成是对案件的分析，目的是力求法律解释的一致性。法律的经济分析是一个与传统法学思维不同的方向。

归纳整个法律经济分析理论，其核心在于，所有法律活动，包括一切立法和司法以及整个法律制度事实上是在发挥着分配稀缺资源的作用，因此，所有法律活动都要以资源的有效配置和利用——即效率最大化为目的，所有的法律活动都可以用经济的方法来分析和指导。

二、法律的经济分析理论

（一）科斯的法律经济学说

1. 企业的性质——交易成本理论的提出

企业是微观经济活动的基础和主要主体。对于企业存在的根据，科斯认为，主要原因在于它能减少交易成本。科斯指出：“为什么建立企业，有利可图的主要原因似乎是，利用价格机制需要成本。通过价格机制‘组织’生产的最明显的成本就是发现有关价格的成本。随着出售这类信息的专家的出现，这种成本有可能减少，但不会消除。市场上发生的第一笔交易的谈判和缔约所需成本也须考虑在内。再者，在某种市场上（如农产品交易市场），人们可以设计出一种技术使契约成本最小化，但不可能消除这种成本。诚然，但存在企业时，契约不会消失，但确实会大大减少。”由此，科斯得出一个初步的结论：“市场的运行是有成本的，通过形成一个组织，并允许某种权威（企业家）来支配资源，就能节约某些市场运行成本。”简言之，科斯认为：“市场的

运行是有成本的，通过形成一个组织，并允许某种权威（企业家）来支配资源，就能节约某些市场运行成本。”简言之，企业存在的根据就在于它能减少交易成本。既然通过企业这种组织生产形式可以消除一定的交易成本，那么，为什么还存在交易市场，为什么不由一个规模足够大的企业组织所有的生产？科斯对此解释说：首要的原因是，企业可以减少市场交易成本，但它有需要组织成本。因此某企业的规模应扩大到这个程度，“记载企业的内部组织一比额外交易的成本等于在公开市场上完成这笔交易的成本或等于由另一个企业家来组织这笔交易的成本。”企业规模就达到极限。

2. 社会成本问题——交易成本理论的发展：科斯定理形成

假设：一家工厂排放污烟造成附近五家居民晾晒物损失各75元，总计375元。我们可以将此看作是排污权和清洁空气权的不相容行使。在此种场合，这种权利需要在工厂和居民之间进行起始界定，然后才能进行交易。我们可以作以下推论：

状态A：居民有清洁空气权，工厂购买清洁空气权而使自己获得排污权

当RA1时， $\Delta PA_{工} > \Delta PA_{居}$ ，工厂在边际上赔偿居民损失后还有剩余，工厂继续购买清洁空气权，增加产值。如它可向每家居民提供价值50元的干燥器或作进一步的赔偿。

当RA2时， $\Delta PA_{工} < \Delta PA_{居}$ ，工厂在边际上赔偿居民损失后出现亏空，工厂放弃污染权，降低产值，或以比损害赔偿较低的价格安装污烟处理器，以增加边际净收益。

当RA3时， $\Delta PA_{工} = \Delta PA_{居}$ ，就工厂与居民总体而言，边际所得等于边际损害，两者净收益为最高值。

状态B：工厂有污染权，居民购买污染权而使自己获得清洁空气权

当RB1时， $\Delta PB_{居} = \Delta PB_{工}$ ，居民在边际上补偿工厂损失后还有剩余，即赔偿低于150元，居民继续购买污染权，以增加收益。

当 RB2 时, $\triangle PB_{居} < \triangle PB_{工}$, 居民在边际上补偿工厂损失后有亏空, 即赔偿高于 375 元, 居民放弃清洁空气权, 以增加边际净收益。

当 RB2 时, $\triangle PB_{居} = \triangle PB_{工}$, 就居民和工厂总体而言, 边际所得等于边际损害, 两者净收益为最高值。

结论是: 无论双方当事人的法律权利起始配置如何, 只要界定明确和允许交易并假定交易成本为零, 那么资源的最优化配置(即高效率结果)点总会出现。

1. 科斯定理第一律: 如果交易成本为零, 不管怎样选择法律规则, 配置权利, 有效率的结果都会出现。换句话说, 当交易成本为零, 并且个人是合作行动时, 法律权利的任何分配都是有效率的。

科斯进一步论证: 零交易成本假设是明显不切实际的。事实上, 在任何情况下, 市场交易成本不仅不为零, 有时甚至是十分高昂的。就最低程度而言, 当事人双方通常不得不花时间和资金聚集在一起就某一特定问题进行商议, 讨价还价、订立契约、寻求可行的实施手段等。

法律应该在权利界定上使社会成本最低化、社会资源配置达到最优点。在此还是举上而的例子。如果居民拥有清洁空气权, 那么工厂就面临三项选择: 全额赔偿损害 375 元, 为每家购置干燥器共计 250 元或安装污烟处理器计 150 元。工厂显然会安装污烟处理器, 因为对它而言是成本最低而对居民又消除了损害。如果工厂拥有污染权, 那么居民同样不得不在以下可能中做出选择: 忍受损害各计 75 元(合计 375 元)、各买一台干燥器计 50 元(合计 250 元)、各花费 60 元进行商议再集体为工厂安装 150 元的污烟处理器(共计 450 元), 其中交易成本过于高昂。很明显, 居民会选择购置干燥器, 但这是社会资源配置低效化的选择。为此, 基于对社会交易成本的考虑, 只有将清洁空气权给予居民才是合理的, 它能使社会交易成本最低化, 从而促成社会资源配置效率最高化, 而将污染权给予工厂就难以达到这一目的。

2. 科斯定理第二律：如果存在现实的交易成本，有效率的结果就不可能在每个法律规则，每种权利配置下发生。换句话说，在交易成本为正的情况下，不同的权利界定和分配，则会带来不同效率的资源配置。

根据科斯定理，能使交易成本最小化的法律是最好的法律。

（二）波斯纳的法律经济学说

1. 市场体制的有效运行有赖于法律制度安排

在市场体制下，如果交易得以自愿实现的话，资源将流向最有效益的使用方式。获利的机会和程度是吸引资源加入某项活动的磁石。如果这块磁石不能发挥吸引资源的作用，则表明存在资源自由流动的障碍（可能是过高的信息成本、外在效应、法律制度的缺陷等），这就需要运用法律的安排或变革加以解决。

2. 需求与价格的反比关系（需求规律）

供给和需求的分析工具是掌握和分析微观经济学的各个部分的重要工具，正如萨缪尔森和诺德豪斯所言：“供给和需求分析是经济学所提供的最有用的工具之一。它和瑞士军刀一样几乎可以完成任何简单的任务。”正因为如此，波斯纳的《法律的经济分析》把供求分析工具作为主要的经济分析工具。波斯纳指出，假定某商品涨价一个单位，其他商品价格不变，某商品将使消费者支付比以前多的价钱。由于消费者是自我利益的合理化最大值实现者，因此他将寻求可以替代某商品的其他较便宜的商品。可见供求法则揭示了价格变化这一激励因素与人们行为选择之间的关系。波斯纳认为，如果把法律视为如同价格一样的行为刺激因素，那么它就将决定人们对特定法律行为的需求量。他指出：刑事处罚或损害赔偿是强制违法者支付一个与违法行为的机会成本相对应的价格，“刑罚严酷性或者赔偿责任的增加，都会提高犯罪的价格，从而减少其发生。这样迫使行为人选择其他的活动来取代犯罪。”

3. 谋求社会财富最大化应作为法律决策的重要准则（效益

原则)

法律的经济分析学说使用的效益规范标准是“卡尔多——希克斯”准则。这一准则是说：法律制度的变革如果使受益人从变革中所获得的收益大于受损人因变革所蒙受的成本，则这项变革使增加了社会财富。这里所说的成本不单指货币支出，而是指机会成本。波斯纳认为，机会成本有个人成本与社会成本之分，社会成本将减少社会财富，而私人成本仅使社会财富重新分配。

三、法律的经济分析对中国法律的影响

随着法律的经济分析在中国越来越受到的广泛关注，法律经济分析将对中国的法律改革产生深远的影响。

(一) 法律经济学中的均衡和效率和中国法律改革的共同目标

有效率的法律制度是努力使法律供求趋向均衡。中国法律改革的目标就是要使法律制度和市场经济的供求之间从不均衡过渡到均衡，即我们要充分保证避免市场经济中法律服务严重短缺。这种均衡应当体现在立法、司法、执法、守法各个方面。

法律改革的实质是重新配置公权力和私权利资源，是一种制度的重新安排。当前，中国法律存在着的不均衡状态直接影响法治进程。从民商法看，民商法长期以来处于供给不足的状态，表现为民商法在质量、数量、体系化方面都不能满足经济发展的要求，不能满足司法实践的需要，民商法体系不完善，基本法过于疏简，司法解释压过条文，立法内容有缺漏，落后于社会实践；从行政法看，行政法规过于泛化，强调涉及领域广、干预力度大，有些进入了它不应介入的领域，构成市场经济和法治的障碍，成为法律不均衡的主要根源。从当前市场经济需要的基本法律框架看，财产权法、反不正当竞争法、自由企业制度所要求的有关企业法律、适应市场经济对政府要求的行政程序法以及迁徙自由、结社自由等与市场经济相应的法律法规都亟待完善。法律