



华东政法大学优秀学位论文选

华东政法大学研究生院 编



绿法集

中国检察出版社

缘法集

华东政法大学优秀学位论文选

华东政法大学研究生教育院 编

中国检察出版社

图书在版编目(CIP)数据

缘法集：华东政法大学优秀论文选/华东政法大学研究生
教育院编. —北京：中国检察出版社，2010. 2
ISBN 978 - 7 - 5102 - 0274 - 2

I. ①缘… II. ①华… III. ①法学 - 文集 IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 085063 号

缘 法 集

——华东政法大学优秀学位论文选
华东政法大学研究生教育院 编

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区鲁谷西路 5 号（100040）

网 址：中国检察出版社（[www. zgjccbs. com](http://www.zgjccbs.com)）

电子邮箱：zgjcbs@vip.sina.com

电 话：(010)68650028(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销：新华书店

印 刷：三河市燕山印刷有限公司

开 本：720mm×960mm 16 开

印 张：38.25 印张

字 数：742 千字

版 次：2010 年 6 月第一版 2010 年 6 月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 0274 - 2

定 价：80.00 元

检察版图书，版权所有，侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

华东政法大学
“优秀学位论文”评审委员会

主 任	顾 功 耘		
副主任	林 燕 萍		
委 员	顾 功 耘	林 燕 萍	苏 惠 渔
	刘 宪 权	叶 青	徐 永 康
	朱 榄 叶	傅 鼎 生	童 之 伟
	李 秀 清	杨 忠 孝	

“优秀学位论文”编辑委员会

主 编	林 燕 萍	杨 忠 孝	束 金 龙
副主编	邵 军	王 月 明	张 国 元
	冯 晖		
编 辑	胡 继 红	吕 春 辉	肖 建 红

序

从“崇法集”，到“尚法集”、“明法集”，再到“缘法集”，“华东政法大学优秀学位论文选”走过了四年的“法”的系列文集。从下一册开始，“华东政法大学优秀学位论文选”将出现多门学科的学位论文，不再是单一的法学学位论文，标志着华政的学科发展和研究生教育翻开了新的一页。

“华东政法大学优秀学位论文选”为华政学子提供了广阔的学术交流平台，也见证了华政学子眼中的风云际会。它的每一次出现，对于参与其中的华政学子来说就意味着他们在华政园里整整三年的研究学习的浓郁结束。它是一本承载着创新与理性精神、积淀着众人智慧、凝聚着学子们心血与汗水的论文集。它以一种开放的姿态沟通法律的智慧、以一种包容的心态探究法律的义理、以一种质疑的形态追问法律的价值。

孔子云：“言之无文，行而不远。”学子们立足于当下，看着它的两边——过去与未来。有人以关切的心怀探讨着历久弥新的经典争论，有人以敏锐的视角关注我国法治进程中的热点、难点问题，有人纵观古今中外挖掘将来可能出现的问题并积极提供建议，当然也有人兼而有之。但是，不论研究视角如何纷繁多样，他们不约而同地都选择了以三年的专业研究作为行文的底色，用创新、理性的线条认真地描绘与刻画，最终形成了华政园里学位论文中的一朵朵美丽奇葩。

25岁左右的年龄，正处于人的一生中最旺盛的阶段，既有少年没有的成熟思想，也有老年羡慕的蓬勃精力，此真正谓为青年。“重剑有锋，思想无界”，青年思想甚是！华政青年，将锐利的思想化为利器，把学术解剖得淋漓尽致，纵使自己个性的观点面临严峻挑战。他们独立、他们开明、他们一马当先、他们敏锐灵活，唯一不变的就是变化。他们深知固步自封必将困败在自己的窠臼之中，唯有保持开放的胸怀、自由的精神、独立的品格才能维护学术的尊严。怀着时代的紧迫感，谨记着师长们谆谆教诲，再带着自身个性中的那股坚韧劲儿，他们面对迎面而来的世界不敢有半点懈怠与迟疑。

春发，夏繁，秋肃，冬凋，人生也如四季。新的一届研究生即将毕业，迈上充满了

新奇和未知的征程。我们想跟那些青年们说,可爱的学子们,硕士学位论文恰似你们毕业前的一张通行证,握着这张通行证去继续你们的繁盛吧。你们的毕业,在大家的脑海中呈现的不是暮色四合,反倒是春光明媚。即将的离别不要带着太多的感伤,因为对于青年的你们来讲未来有更多的向往和憧憬。苏州河里的灿灿水波、韬奋楼的鸣鸣钟声,还有华政园里那些感动过你们的人们,这些都值得你们微笑着说再见!

编者

2010年4月

目 录

序	(1)
---------	-------

法学理论

论我国立法中的利益表达机制	陈妍妍 (3)
法治视角下行业协会的解析	孙 姝 (15)

法 律 史

秦律《属邦》更名考	王 惠 (29)
论 1215 年第四次拉特兰会议第 18 条教规的形成	方 宇 (38)
英国“宗教改革议会”立法研究	刘璧君 (47)

宪法与行政法

论国际人权公约与我国宪法的位阶关系	葛 翔 (63)
行政法视野下的我国驰名商标认可制度改革	程凡卿 (77)
行政诉讼异地交叉管辖制度研究 ——以“台州模式”为典型展开	颜佳怡 (87)

民 商 法

农村宅基地使用权流转研究	戴 琳 (101)
违约和侵权损害赔偿竞合研究	斯丽丹 (114)
论非财产损害赔偿在违约责任中的适用	胡 约 (126)
清偿代位制度研究	许 凯 (140)
保证期间问题研究	刘 洁 (153)

论交强险中第三人直接请求权	李银燕 (166)
论夫妻日常家事代理权	朱 凌 (177)
民法学视野中的“命”与“价” ——论我国死亡赔偿金规定的合理性	张文星 (188)
论建筑作品的著作权保护	赵梅梅 (201)
浅析我国商标法中虚化的混淆理论	朱若君 (214)
商标侵权诉讼中合理使用抗辩研究	鲁玫瑰 (226)

经 济 法

股份同期所有权规则突破之探析	李诗鸿 (241)
反收购决策权之主要立法模式探析	戚 鼎 (254)
我国证券投资者保护基金功能多样化的制度设计	杨镇远 (269)
浅议知识产权证券化的法律风险防范	杨克涛 (280)
我国财政监督法律制度研究	李丽丽 (292)
必需设备原理在反垄断法实施中的应用 ——以知识产权领域为视角	唐茂军 (305)
消费者维权救济体系研究	吕 焘 (316)
中美能源法律制度比较研究	叶 辛 (326)

刑 法

想象竞合犯研究	周啸天 (341)
论刑法中的网络手段	徐思秋 (353)
论委托理财型受贿犯罪	陈 健 (365)
对刑法关于“多次行为”中“次”的探析 ——以“多次盗窃”、“多次抢劫”认定为中心	邓 红 (376)
保险诈骗共同犯罪问题研究	王 非 (384)
论中国的网络诈骗犯罪及其预防对策	黄 卉 (396)
中美少年司法理念比较研究	杨盛欢 (412)

国 际 法

论我国出口退税法律制度的完善	冯满洁 (427)
----------------------	-----------

《京都议定书》气候环境法律制度研究	张艳琼 (439)
论 WTO 争端解决机制中的中期评审程序作用	孙 笑 (452)
反垄断法中超高定价行为的规制之比较分析	黄小依 (466)
论意思自治原则在国际劳动合同领域的适用	郭琼颖 (481)
论域外法的查明	戴善音 (493)

诉 讼 法

民事推定制度探究	徐芙蓉 (509)
示范诉讼制度探析	陆妍雁 (520)
法院变更起诉问题新论	
——以域外刑事诉讼标的理论为视角	徐 肿 (531)
我国刑事诉讼法官释明问题研究	何维敏 (541)
构建我国刑事缺席审判制度的法律思考	
——以《联合国反腐败公约》的资产追回制度为视角	于 飞 (552)
未成年人取保候审制度研究	沈 雯 (563)
侦查中截取计算机网络传输信息的法制化构建	张羽龙 (577)
论我国司法鉴定人的法律责任	管晓薇 (588)

法学理论

论我国立法中的利益表达机制

陈妍妍

一、利益表达及其在立法中的作用

(一) 利益及利益表达

所谓利益,是指能够使社会主体的需要获得某种满足的生活资源,它既包括物质利益,也包括意识形态、思想、政治权利等关乎生存、发展等各方面的需求。资源具有稀缺性,资源背后所体现的利益也具有稀缺性。正如庞德所言,从来就不曾有一个社会,可以没有竞争就使每个人都得到满足。各种利益之间的冲突或竞争,起因于个人之间、群体之间、社群之间或社会中的人们之间的矛盾和冲突,以及个人在努力实现各种请求、要求和欲望时与群体、社群或社会之间的竞争。^①

所谓利益表达,是指人们通过公开途径向政府表达利益诉求,或对与自己利益相关的政策、法律、制度的公开表态以及试图对规则制定者产生影响的各种行为。“经济人”的理论假设告诉我们,每个人都是对自我利益的理性的、最大限度的追求者。为追求、维护并最大化自身的利益,首先就要将自己的利益表达出来。因此,驱动作为“经济人”的个人或组织进行利益表达的,正是“经济人”的本性之所在。

(二) 利益表达在立法中的作用

第一,体现立法的程序正义。庞德认为,文明若要维持和发展、社会若要避免无序和解体,法律就应当为利益提供支持。然而,法律并不创设利益,法律只是发现利益,并对利益进行认可和保护。而真实、充分、有效的利益表达,是法律发现利益的必要前提。故而,正视并承认利益的多样性,允许不同的利益主体将自己的利益进行真实、充分而有效的表达,是程序正义的内在要求。

第二,促进立法的实体公正。实践证明,经由立法所直接、间接涉及或影响的利益群体的充分参与和利益表达之下,经过均衡的利益博弈和公平的利益协调之后,所

^① [美]罗斯科·庞德:《法理学》,廖德宇译,法律出版社2007年版,第13—14页。

达成的“纳什均衡”^①的立法,是公正的立法,它使得不同的利益都得到了一定程度的认可和保护,使得每个利益主体都得到了一定程度的满足。可见,利益群体所进行的真实、充分而有效的利益表达,是实现立法实质正义的首要前提。

二、我国立法中利益表达失衡的原因

(一)利益表达失衡的表现

1. 强势利益群体的利益表达

近年来,我国大量的立法实践表明,强势利益群体,如金融、能源、邮电、运输、基础设施建设等垄断行业,有时包括政府在内,^②它们进行利益表达的渠道多种多样,其话语权也处于极为强势的地位,故而在立法、政府决策等规则制定过程中的博弈能力也极为强大。

强势利益群体一般都是改革开放的最大受益者,再加上他们又善于精心编织“覆盖社会主要稀缺资源的无形的关系网络。”^③而这张关系网络,使强势利益群体在进行利益表达时拥有了充分的优势。如垄断利益表达的途径,借助公共权力部门的影响力以影响立法决策、草案的起草、草案的表决等环节。又如,强势利益群体往往与政治高层都保持良好的关系,通过直接接触更容易影响上层决策者的态度。还有一些强势利益群体本身就拥有上级主管部门,而后者往往更有能力参与并影响立法的过程和环节。

2. 弱势群体的利益表达

以农民、农民工、城镇下岗职工等为代表的弱势群体,组织化程度很低,拥有的社会资源极其稀少,利益表达渠道缺乏且不畅通。而他们却恰恰是权益最容易受到侵害的,表达利益诉求的愿望最为强烈的群体。

弱势群体往往会寻求下述利益表达方式:第一,信访。和基层人民政府相比,高层人民政府(尤其是中央人民政府)更为普通百姓所信任,北京出现“信访村”就是最

① 纳什均衡是一种策略组合,给定对手的策略,每个参与人选择自己的最优策略。纳什均衡的重要性来自于其中每个博弈者的策略都是针对其他博弈者策略或策略组合的最佳策略。博弈者的最大目标都是实现自身的最大得益,但是在具有策略和利益相互依存性的博弈问题中,各个博弈者的得益取决于自己选择的策略,还与其他博弈者选择的策略有关,因此博弈者在决策时必须考虑其他博弈者的存在和策略选择。纳什均衡是一种僵局,其他参与人的策略一定,没有任何人有积极性偏离这种均衡的局面。给定别人遵守协议的情况下,没有人有积极性偏离协议规定的自己的行为规则。

② 在市场经济条件下,政府在代表公共利益的同时,也有其自身特殊的利益存在。近年来,西方经济学,特别是以詹姆斯·M. 布坎南为代表的公共选择理论认为,政府在很大程度上也是一个“经济人”,政府存在自利性,也会追逐自身利益的最大化。

③ 阎志民:《中国现阶段阶级阶层研究》,中共中央党校出版社2002年版,第355页。

好的证明。近年来,中央国家机关的信访量呈直线上升趋势,省级、地市级政府机关的信访量增幅较小,而县级政府机关的信访量则连年出现负增长。第二,群体性事件。近年来,因土地征用、城镇拆迁、企业改制等引发的群体性事件日益增多,一些群众持有“大闹大解决,小闹小解决,不闹不解决”的认识,认为只有把事情闹大,高层政府才会引起重视,问题才能得以解决,权益才能得以维护。这导致近几年我国群体性事件数量急剧上升,参与群体性事件的人数也大幅增长。第三,极端行为。近年来,采取非法游行、冲击政府、堵塞交通、罢工罢课,甚至自残、自杀等极端暴力行为以表达利益诉求的现象时有发生。参与者往往以此类极端行为来制造轰动效应,撼动高层领导人,增加社会与政府对该群体利益的关注度。上述三种利益表达渠道,反映了我国现阶段弱势群体利益诉求的爆炸式增长,与现有表达渠道缺乏且不通畅之间的矛盾,这也是导致群体矛盾激化、社会不稳定的主要诱因。

3. 利益表达的现实困境

强势利益群体拥有充分的渠道表达利益诉求,并具有有效影响立法及公共政策制度的能力。而“弱势群体由于远离社会权力中心,在政治资源或权力资源分配中处于不利地位,导致他们在社会生活、政治生活中难以拥有平等的参与权,也较少参与社会政治活动,不如强势群体那样可以通过影响公共政策的制定来获取或维护自己的各种利益,并且丧失了话语权,无法在社会生活中发出自己的声音”。^① 故转而进行体制外的利益表达方式。

这就造成一种困境:凡是利益群体合法的利益表达方式都可能是无效的(因为不能以利益集团的方式表达利益),而凡是有效的利益表达方式都可能是不合法的(如集体闹事或贿赂官吏)。^② 在我国当前利益关系错综复杂的社会格局下,处于不同利益群体与社会阶层的人们对于社会公平的观念存有差异,甚至可能截然不同。因此,这又可能造成另外一种困境:一旦“立法上公平观念无法达成一致、立法上的公平得不到满足之时,社会民众就可能背离追求立法正义的法律轨道,转而寻求法律体制之外的正义,而社会整体则会在激烈的冲突中遭受极为巨大的损失。”^③

(二)对利益表达的制度性限制

1. 政府主导型立法模式的弊端

第一,政府主导型立法模式导致法律工具主义复生。今日之中国,国家和政府对于实现国富民强和中华民族伟大复兴的期盼日益迫切,政府也期望通过立法构建新的社会、经济、政治秩序,以有效缩短法制现代化的时间进程,加速推动社会政治、经

① 徐玲惠:《当前社会弱势群体问题概述》,载《学术界》2006年第4期。

② 李景鹏:《中国政治发展的理论研究纲要》,黑龙江人民出版社2000年版,第283页。

③ 宋方青、周刚志:《论立法公平之程序构建》,载《厦门大学学报》(哲学社会科学版)2007年第1期。

济体制的转型。尽管法理学界已经修正了法的本质学说,但“法是统治阶级进行阶级统治的工具”这一旧有观念,在一些领导人的头脑之中仍然根深蒂固。立法在相当程度上被当作是政府对社会实施有效管理与控制的工具,立法的出发点也在很大程度上体现为实现政府的有效管理和有效扩大行政权力。这种思维天然地把人民大众推到被管理的位置,容易使他们感到立法的“利他性”强于“利己性”,甚至出现“剥夺感”。这在很大程度上是由于不同社会阶层、不同利益群体在立法过程中的利益表达能力不同,立法对这些利益的回应和保护力度也不同造成的。可见,法律工具主义强化了人治的理论基础,漠视了社会多元利益群体的自主性利益诉求,与依法治国的精神内核背道而驰。

第二,政府主导型立法模式导致法律万能论。法律万能论认为,法律可以改变人们的所有行为,可以形塑乃至改造整个社会。其逻辑为:一旦某个领域出现了问题,就要迅速地做出立法回应,而只要进行了相应的立法,就可以一劳永逸地解决问题。近年来我国立法呈现的爆炸式增长就说明了法律万能论在我国的流程度。如《辽宁省老年人权益保障条例》规定,“赡养人应当履行对老年人的精神慰藉义务,与老年人不在一起居住的,应当经常问候、看望”,强制人们“常回家看看”。如曾有法律人士提出“禁止过马路打手机”的立法建议,理由是美国已经有议员提议就“限制在街道上使用手机等电子设备”订立法案。这种立法万能的思维,给公权力高调介入私领域以合理借口,挤占了公众已显逼仄的私人权利空间。这种强制介入,不但难以收到预期的效果,反而会徒增立法和行政管理的成本,妨碍公民自由权利的行使。立法万能论与立法崇拜导致的后果就是,“法令滋彰,盗贼多有”。立法也会陷入用一个错误来弥补另一个错误的怪圈。

2. 行政本位立法思想的弊端

第一,立法体制行政化。长期以来,我国的立法体制呈现出类行政化的特征,表现为官僚指令在立法的动议和决策中往往起到举足轻重的作用。类行政化的立法体制造成了诸多的弊端,表现为,其一,领导意志或官僚指令在立法的动议和决策中往往有着举足轻重的地位,而各利益群体的利益和意志却难以得到充分的体现和重视。其二,在立法过程中强调贯彻上级的指示精神和服从领导的意志,立法过程中本应具有的协商和妥协精神也荡然无存。其三,官本位模式和政府优势地位被有意无意地以立法的方式加以强化,许多法律直接将人民视为监管的对象,而不是法律的主体。第四,可能为“立法腐败”、“立法寻租”和立法谋私预留空间。

第二,立法机关行政化。多数决原则的前提,是议事平等,即成员不论经验、民族、种族、性别、年龄、职业、财产状况和社会地位等高低,在法律上完全平等,在表决过程中平等地享有一票表决权。而我国立法机关都具有行政化倾向和“官本位”色彩,表现为人大及其常委会的官员套用一定的行政级别,行政级别较高的官员则往往能够主导法律草案审议的整个过程。如此一来,议事的过程常常由于“领导意志”的

干扰而不能全面、深入地展开审查与讨论(即便一些领导人本无意于此),这在一定程度上干扰了议事成员平等、理性的协商与对话。

3. 精英主义立法模式的弊端

20世纪90年代以来,我国出现了一个由经济精英、政治精英和知识精英组成的精英联盟,他们对立法和公共政策的制定出台产生了越来越大的影响。虽然人民群众是社会变革的决定性力量,但改革的设计与控制权却几乎完全为精英所把握。作为一种专业性活动,在许多情况下,法律的创制与修改只是社会精英的活动。而精英主义立法模式则可能导致立法设计与社会需求、政府意愿与民众心理发生背离的危险。

第一,精英主义立法模式可能造成立法与真实民意的脱节。现代立法的前置程序是广泛收集民意,然后由立法者进行甄别和权衡。但在收集、整理、传递民意的过程中,可能存在遗漏、截留或篡改的可能性,这种可能性随着信息传递环节的增多,几率也在随之增大。这些被截留或篡改的“民意”,可能被立法过程中的信息持有人所利用,对脱离群众、“高高在上”的立法者进行误导,导致最终制定出台的法律无法体现真实的民意。曾有人大代表对立法调研的真实性进行质疑,称人大立法所作的很多调研,都是人为安排好的。如中国侨商投资企业协会副会长张克强讲到,企业在接受人大就《劳动合同法》展开的执法检查调研中所使用的发言稿要先经过审查,并且发言的时间受到了严格的控制。为此,人大代表质疑:这样的调研,怎么能反映民生,怎么能体现社情?^①

第二,精英主义立法模式造成公民参与地位的缺失。我国法制现代化的进程没有脱离过对精英智慧的依赖。立法的参与者往往只是政府的专业部门、立法机关的专职人员和相关领域的专家、学者,而普通民众的参与度很低,甚至被排斥在立法过程之外。历史经验告诉我们,法学家和精英不是神,也不是预言家。这种依靠精英“闭门”造出来的法,是否符合客观实际,还有待于实践的检验。它们可能符合社会生产力发展的需要,也可能成为社会生产力发展的障碍。并且,这种闭门造出来的法缺乏民意基础,很难反映人民群众的真正需要,在相当程度上造成了普通民众对法律的陌生与麻木。可以说,远离人民大众的立法是一相情愿的立法,即便立法精英们想要达到的目的绝对正确,法律的实效也会大打折扣。“这种做法的最终结果就是:一方面,我们有很多可供炫耀的法律,另一方面,我们的法治仍然遥遥无期。”^②

^① 佚名:《钟南山炮轰两会代表,发言10分钟,8分钟歌功颂德》,载 <http://digest.icxo.com/htmlnews/2009/03/11/1365545.htm>。

^② 封丽霞:《转型中的中国社会与中国立法的转型》,载周旺生主编:《立法研究》(第6卷),北京大学出版社2007年版,第87页。