

'2004

法学新问题探论

'2004 *Faxue Xin wenti
Tanlun*

华东政法学院
法律学院 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八

2004法学新问题探论

华东政法学院法律学院 编

上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

'2004 年法学新问题探论/华东政法学院法律学院编.
上海:上海社会科学院出版社,2004
ISBN 7-80681-448-5

I.2... II.华 III.法律-中国-文集
IV.D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 054039 号

'2004 法学新问题探论

华东政法学院法律学院编

责任编辑:周 河

封面设计:闵 敏

出版发行:上海社会科学院出版社

(上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020)

<http://www.sassp.com>

E-mail:sassp@online.sh.cn

经 销:新华书店

印 刷:常熟市教育印刷厂

开 本:850×1168 毫米 1/32 开

印 张:23.375

插 页:2

字 数:560 千字

版 次:2004 年 10 月第 1 版 2004 年 10 月第 1 次印刷

印 数:0001-1200

ISBN 7-80681-448-5/D·044 定价:48.00 元

版权所有 翻印必究

序

21 世纪的上海乃至中国,充满着各种机遇和挑战。在改革开放的进一步深化过程中,各种新的法律问题不断涌现,亟待解决。法学作为一门应用型学科、服务型学科,尤其需要以“与时俱进”的精神,不懈地研究和探索。

大学是高等教育的基地,也应是学术思想的摇篮。坚决响应党中央“进一步繁荣发展哲学社会科学”的要求,高校重任在肩。依我之见,要完成这一历史的任务,我们必须树立和落实科学发展观,坚持以创新求发展,谋划教育改革的新突破。首先,要有“大师”,“大师”建设的目的在于学科建设。《资治通鉴》说:“经师易遇,人师难遭。”我们要求的大师是师能和师德的统一。我们目前迫切需要培养、造就、引进、涌现一批大师,没有一支精良的教师队伍,要创建特色大学是难以想象的。其次,要有“大楼”,它是硬件设施的标志,没有现代化的教学设施,要培养高水平的人才是不可能的。另一方面,“筑巢引凤”也是吸引大师的一个条件。再次,在办学理念上要有“大气”。所谓大气,指一个大学的气度,就是一个学校的学术视野、学术氛围、学术气度、学术胸怀,就是她的校风、她的学风。大气不仅反映一所学校的风貌,而且对一所学校的发展、学生的培养、学术的成就都会产生根本性影响。海纳百川,有容乃大,要扩大开放,要贯彻“双百”

方针,倡导学术自由、求真务实、敢为天下先。在学术上,只要符合国家法律,任何学术观点都可以争鸣。要汇聚中外学术,凝集古今正气,培养全面发展的高素质人才,做到人文精神与科学精神相统一。

我们华东政法学院法律学院多年来一直坚持不懈致力于法学新问题的探索和研究。近年来,在学校领导的大力支持下,在法律学院广大师生的努力下,法律学院各方面的工作都取得了重大进展,法律学院的师资队伍进一步壮大,又培养和引进了一批优秀的教授和硕士、博士,本科办学规模进一步扩大,松江校区的各项工作也取得了很大进展。法律学院的教师们在圆满地完成了教学工作量的同时,仍然不懈地研究探索法学新问题,并取得了丰硕的成果。《'2004 法学新问题探论》就是这些丰硕成果的结晶之一。本论文集是我们法律学院组织编写,并集中本学院最新科研成果的“法学新问题探索系列丛书”的第八部。从 1996 年至今,我们每年出版一部论文集,没有间断过。法学理论界和司法实践部门对此给予了很高的评价,社会上也有很好的反响,其中有很多研究成果已经被立法、司法部门采纳和运用。对此,我们深感欣慰,也倍感激励。今后,我们将一如继往,不断开拓法学研究的新领域,为国家的法制建设贡献我们的绵薄之力并报答广大读者的厚爱。

系列丛书之八《'2004 法学新问题探论》共收集了 47 篇万字论文,其中:有法理、宪法、刑法、民商法、行政与行政诉讼法、刑事诉讼法、民事诉讼法、立法学、法律制度史

等学科的最新研究论文,也有法律文书等方面的最新研究成果。为了便于读者选择浏览,本卷书在编排上继续沿用上卷的体例,对文章按学科进行了分类。

“法学新问题探索系列丛书”的出版,长期来得到了学校领导和有关部门的大力支持,在论文的审定和编辑过程中,我们学院的资深教授苏惠渔、王立民、殷啸虎、张驰、俞子清、胡锡庆、丁以升和金友成等都给予了宝贵的意见和建议。上海社会科学院出版社的周河先生不辞辛劳,鼎力促成本书的出版。刘星先生在经济上也给予了很大资助。在此,我谨代表法律学院向他们表示衷心的感谢!

需要说明的是,论文集中的观点和看法,均是作者个人的见解,作为学术观点仅仅属于“一家之言”,如果有观点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。作为“一家之言”,文中难免有不妥、不周之处,欢迎广大同仁、专家和读者赐教指正。

刘宪权*

2004年7月

* 系中国刑法学会副会长,华东政法学院法律学院院长,教授,博士生导师。

目 录

序	刘宪权
---------	-----

法 理

法律制度变迁的过程研究	潘小军/1
遵循先例原则与判例的识别技术	苏晓宏/18
以法律的视角探视我国社会领域中的艾滋病问题	孙 颖/30

宪 法

宪法平等权类型化及审查基准研究	朱应平/45
中西宪政价值诉求之比较	汤琳俊/59
论民初民主政治失败的原因	沈静怡/77
论宪政制度下的责任制和问责制	王月明/93

行政与行政诉讼法

论行政诉讼司法解释对我国行政法制建设的贡献 ...	沈福俊/106
论反行政垄断	张心泉/123
1987~2002 年长宁区法院行政审判庭工作回顾与展望	
.....	刁振娇 张 旭 唐杰英/145
关于行政权的几个问题之浅议	赵华强/161
论我国政府采购救济机制的发展与完善	
.....	殷啸虎 张 传 朱 敬/179

民 法

论人身权的体系	李锡鹤/195
民法的间接强制性	孙维飞/207
居民委员会和业主委员会的关系及制度化研究	
..... 黄武双 朱 平/221	
关于我国婚姻无效及可撤销制度的探讨	李红玲/249
植物新品种保护体制研究	王 迁/263
有限责任公司股权转让若干问题研究	陆利平/282
现代美国合同法的交易理论	郑云瑞/298

刑 法

证券、期货犯罪的法定刑研究	刘宪权/314
刑事被害人理论的根基	孙万怀/328
反洗钱的国际专门机构	
——评金融行动特别工作组	何 萍/342
我国目的犯立法反思	吴允锋/361
信赖原则的理论问题	王玉珏/379
试论单位累犯制度的确立	孙帅梅/395
刑事政策学理论研究序说	张家宇/411
“严打”政策的评价与实践反思	游 伟 谢锡美/428

民 诉 法

人民调解制度改革的不足与反思	傅雪峰 金 权/441
关于民事诉讼中“新的证据”的操作分析 ..	蒋集跃 杨永华/454
论民事诉讼中的诚实信用原则	洪冬英/467

民事审级制度的反思与改良	姚 远/481
--------------------	---------

刑 诉 法

刑事诉讼的目的与结构	周雪祥 刘爱民/498
权力和权利:刑事诉讼的一个沉重话题.....	杨可中/520
完善我国刑事证据规则的思考	许建丽/534
关于刑事检察监督机制改革与完善的若干思考	叶 青/547
不起诉听证程序探究	邓晓霞/560
完善变更、追加被执行主体和案外人异议审查制度之思考.....	
.....	孙剑明 周理庸 张祖联/575
律师保守职业秘密的法律思考	王俊民 曹雪雅/586

法 制 史

从重大法律事件看澳门人民的爱国主义精神	王立民/600
南宋民事法制分析	
——以《名公书判清明集》为基础	高 珣/612
欧陆法律职业的历史变迁	陈 颐/630
论汉前之“礼”	丁凌华/652

立 法

我国地方立法听证功能及现状研究	卞 琳/668
理性行使人民法院刑事司法解释权	
——以法释(2001)22 号为例	郭清梅/684

法律文书及其他

论裁判文书改革中的几个新问题	李 琴/695
----------------------	---------

西方法律语言学及其对中国法律语言研究的启示 ...	潘庆云/710
诊所法律教育与法律职业——诊所法律教育对法律职业者的培养	牟逍媛/725

法 理

法律制度变迁的过程研究*

潘小军

我们在研究法律制度变迁的经济动因时,马克思的以下论述具有重要指导意义:“人们在自己生活的社会生产中发生一定的、必然的、不以他们的意志为转移的关系,即同他们的物质生产力的一定发展阶段相适应的生产关系。这些生产关系的总和构成社会的经济结构,即有法律的和政治的上层建筑竖立其上并有一定的意识形态与之相适应的现实基础。物质生活的生产方式制约着整个社会生活、政治生活和精神生活的过程,不是人们的意识决定人们的存在,相反,是人们的社会存在决定人们的意识。社会的物质生产力发展到一定阶段,便同它们一直在其中活动的现存生产关系或财产关系(这只是生产关系的法律用语)发生矛盾。于是这些关系便由生产力的发展形式变成生产力的桎梏。那时社会革命的时代就来到了。随着经济基础的变更,全部庞大的上层建筑也或慢或快地发生变革。”^①但这里需要指出的是,马克思的分析主要是从宏观意义上给出的,并未涉及对法律制度变迁的具体过程,对此,很有必要进一步加以研究。

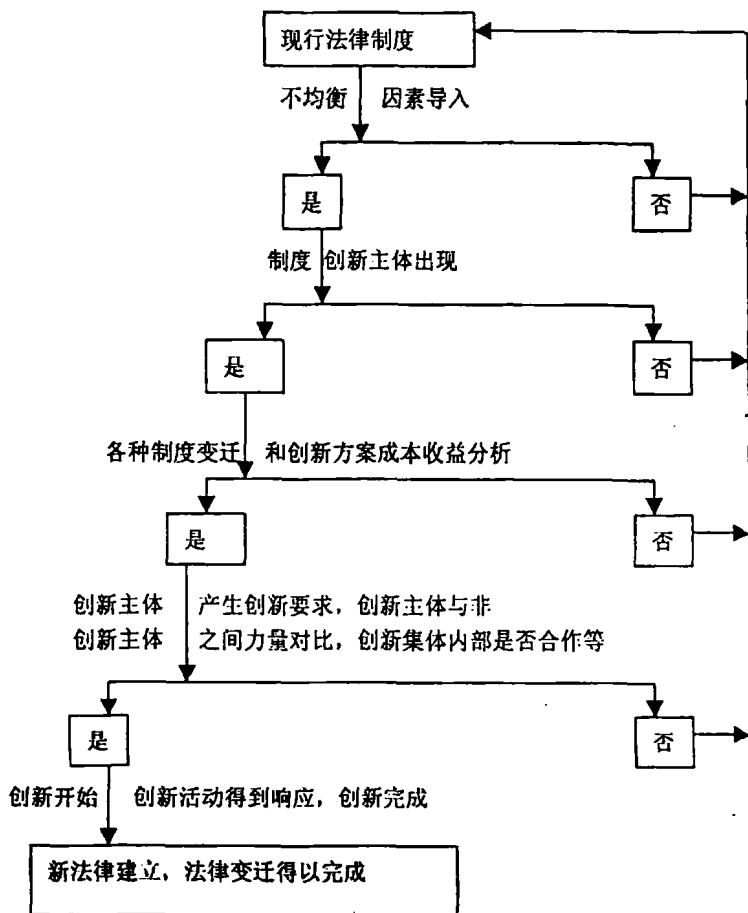
* 华东政法学院“韬奋”青年课题。

随着西方经济学的发展,法律也开始进入西方经济学家的视野。在旧制度经济学派,尤其是新制度经济学派形成以后,法律就成了经济学的一个重要研究对象。在新制度经济学派中,制度变迁理论具有重要的地位。这一理论是由美国经济学家、经济史学家诺斯提出的,并为其他一些经济学家所丰富。诺思的制度变迁理论与新古典经济学和旧制度经济学派的理论不同,其最重要的特点是将新古典经济学的方法和旧制度经济学派与历史学派以及创新理论结合起来,创造出一个新的理论体系。诺思的理论是通过对新古典经济学的批判而建立起来的。他认为,新古典经济学理论在分析时间推移过程中的经济绩效时,包含着两个错误的假设:制度无关紧要和时间无关紧要。他指出:“纯粹的新古典理论具有数学的精确和细致,塑造了一片无冲突的、静态的天地。但把它应用于经济史和经济发展研究时,它只注重技术发展,近来又注重人力资本投资。但是,他忽视了体现于制度的激励结构,而激励结构决定了社会在各个生产要素上的投资范围。”^②因此,诺思的分析增加了制度和时间两个要素,从而把制度、制度变迁和经济增长联系起来。他认为,对经济增长起决定作用的不是技术性因素,而是制度性因素。新制度经济学派对制度的变迁过程作出的细致、精确的分析,将制度变迁的研究向前推进了一大步。

一、法律制度变迁一般过程的研究

法律变迁和创新的过程,实际上是人们响应获利机会采取行动,从而使现行法律发生变化的过程,它“作为对一个非均衡的回应,使得经济活动的重组变得有利可图。它或者通过以现有的可以选择的方式为基础所进行的简单再重组来实现,它也可能需要一种新的制度组织形式的创新。”^③在这一过程中,制度本身经历了由均衡到不均衡再到均衡的变化运动。参照戴维斯——诺思、张宇燕、刘锦等人的制度变迁和制度创新的过程模型^④,法律变迁

和创新的过程可用下图表示：



现在对该模型作一简单说明：

第一，随着有关条件的变化，如制度环境的变化包括某些政策、法律法规限定的放宽等使制度的选择空间得到了扩展；又如，由于相对价格的变化、技术进步、规模经济等使得外部利润得以出现和产生；再如，由于信息搜集手段的改进、费用的降低等降低了

制度成本,从而使原先在经济上不合算的制度变得合算;等等,这样就使得现行制度不再是最优的制度,从而引起制度的不均衡。

第二,面对法律不均衡因素导入所形成的获利机会,法律创新主体即法律创新主体能否出现,对法律创新极其重要。有时,尽管获利机会非常之大,极具吸引力,但由于主客观条件的限制,创新主体难以出现。就其主观条件而言,主要取决于创新主体的认知能力,即能否认识到获利机会的存在;就客观条件而言,主要取决于所能获得的净收益的大小,以及制度环境是否允许创新主体出现。一般而言,法律制度创新的主体可以是个人、团体或政府。政府适合于进行了那些个人和团体无法或不宜进行的法律创新,以及所带来的收益具有明显的外部性、个人或团体不愿承担创新成本的法律创新。当然,调整和变更原有的关于产权结构的基本法律制度并使之适应新的体制要求也非政府莫属。

第三,在法律创新主体出现之后,创新主体对法律变迁和创新的诸方案进行费用——收益的对比分析即经济可行性研究,其结果如何,对法律变迁和创新能否继续进行至关重要。当然,不同行为主体对同一法律变迁和创新方案的成本和收益计算是不同的,它包括个体的成本和收益、社会的成本和收益等。

第四,在法律创新主体对各种法律变迁和创新方案进行比较分析,选择了纯收益最大的法律变迁和创新方案后,能否创新,尚取决于创新集团内部的合作问题是否得到了妥善的解决,以及创新能否得到非创新主体的响应,包括创新主体与非创新主体相比,其力量是否足够大。就前者而言,仅有潜在利益尚不足以促成法律变迁和创新这一集体行动。原因就在于个人之间进行合作的过程中,总会存在外部性问题;而之所以会出现这种情况,是由于合作的好处不可避免地要遇到分配问题。换言之,这些好处常以公共产品形式出现,这就为每个总在寻求搭便车的人从经济上提供了某种潜在的不劳而获或不劳多获的机会,而合作或集体行动又

非免费午餐,它需要有所花费。结果是,法律创新潜在好处的分配及其公共产品的性质便一次又一次地瓦解了合作的可能。最后结果可能是,从表面上看,对每个潜在合作者都有益的集体行动却可能流于失败。就后者而言,如果法律变迁和创新带有强烈的非中性色彩,则逆向行动集团(利益受损集团)的态度或选择对法律变迁和创新的影响就举足轻重了。作为法律变迁和创新的潜在利益受损者,如果捍卫自身利益在经济上是合算的;如果逆向行动集团中出现了某种领袖型的人物,他甘愿为别人作嫁衣;如果逆向行动集团能形成集体行动且力量大到足以与创新集团相抗衡甚至在力量上压倒创新集团,则逆向行动集团的行为有可能使潜在的法律创新陷入失败。

第五,从外部利润(获利机会)出现到外部利润内部化的法律建立完成这一期间存在着时间间隔,即法律创新滞后于潜在利润的出现。有时尽管外部利润出现得很早,但法律创新却迟迟不能发生,皆因时滞问题发生作用,根据戴维斯和诺思等人的研究,时滞可分为四个部分,即:时滞1,认识和组织;时滞2,发明;时滞3,菜单选择;时滞4,启动时间。相比较而言,个人安排的总时滞小于自愿合作安排的总时滞;反过来,个人安排和自愿合作安排的总时滞又要小于政府替代性安排的时滞^⑤。

二、法律制度创新的内生变量和外生变量

1. 内生变量

交易成本是法律变迁的一个重要依据。但为什么当一种法律的交易成本明显低于另一法律的交易成本时,法律创新并没有出现?法律史中经常存在一些为人们所不满意的法律制度,虽然它的交易成本明显不合理,或高得惊人,但是它依然存在。交易成本虽然提供了法律变迁的依据和衡量标准,但交易成本并不必然会“主动”推动法律创新的出现。正如产权经济学家所普遍认可的,

产权制度是人们相互之间的权利关系,产权交易能否实现,取决于不同产权主体的利益衡量。具体地说,在一个社会中,任何新的法律制度的收益不可能仅是客观的,即收益与成本的比较不可能仅是两种制度收益的简单比较,法律收益总是相对于人的主观评价。当某一法律给某人带来净收益时,他会同意这种创新,他此时的评价并不是这一法律给社会带来的收益,而是给他个人带来的净收益。需要将交易成本进一步化解到社会中的人的评价,而人与人的利益冲突就是人对交易成本的不同评价,对某些人认为可以节约交易成本的选择,对另外一些人可能就是交易成本的增加。法律能否实现创新,便取决于由不同的人群所组成的利益集团的选择。当一项法律虽然可以降低交易成本,并能够给社会增加总福利,当其得不到实施时,原因就在于这项法律减少了某一利益集团的收益,为了集团的利益继续维持一项不合理的法律,虽然从法律的总体来说,新法律的成本低于旧法律的成本。问题的关键在于,这里不存在所谓的社会总体利益和整体利益,而只存在不同集团的利益选择,一项新法律给谁带来成本与收益的比较,才是新法律能否实现的核心。因而,集团力量的大小,以及集团对利益的比较是法律创新得以实现的内生变量。

以上分析给出了具有一般意义的理论含义:

第一,交易成本的总体比较为法律创新提供了一个选择的依据,但法律创新的能否实现取决于利益集团对利益的比较和选择。法律创新要得以推进,不仅要衡量社会收益和成本的差异,更要具体化为利益集团的成本和收益之比。当一种新的产权制度对某一集团的收益大于成本时,法律创新才得以进行;

第二,社会的创新之所以难以推动,源自“搭便车”。虽然人们都知道一种新的法律能给大家带来好处,但却没有人愿意去开始这项创新,因为这项创新的成本会被极少数人承担,而收益却为众多的人分享。只有那些虽然认为法律的创新会给别人“搭便车”的

机会,但在支付成本后却能获得更大收益的集团,才有能力进行法律创新。正是因为法律创新内生于利益集团自己的选择,一旦这种创新开始,便呈现出不可逆转的力量。因为这种集团利益之所系,虽然面对既得利益集团的抵制,也会在利益刚性的驱动下开始法律创新。

2. 外生变量

法律创新是一系列利益规则的转化、替代、变换的过程,它不仅取决于利益集团的具体实施,而且还需要某些因素作为外生变量的诱导,从而使一系列的复杂规则逐步得以调整。其中,资源要素相对价格的变化,是最重要的外生变量。林毅夫认为:“从某个起始均衡点开始,有四种原因能引起制度不均衡:①制度选择集合改变;②技术改变;③制度服务的需求改变;④其他制度安排改变。”^⑥但笔者认为:

第一,资源相对价格的变化。资源要素相对价格的变化,又取决于人口因素而导致的资源稀缺性的出现。资源要素相对价格的变化之所以能够推动法律的创新,是因为相对价格的变化,改变了不同集团的利益结构,新的要素资源对不同的集团有了不同的内在激励,从而导致集团间相互利益关系的调整,并进而出现新的利益规则。

诺斯就此曾分析了人类社会从游牧社会转向农业社会的原因。在游牧社会中,未被开垦的土地资源非常丰富,而土地上供人们和动物享用的资源也非常丰富,于是人们相互之间没有什么产权的观念,不同部落间对土地也没有产权的界限,相对于当时的人口数量而言,土地不是一种稀缺资源,因而公有制产权便成为人们所选择的基础规则。随着人口的不断增长,可被使用的土地日益稀缺,土地对人们不再是一种可以无限供应的资源,而成为一种相对稀缺的资源。特别是部落由于土地资源 and 可供狩猎动物的减少,经常性的迁移越来越困难,维持现有土地的产出和资源,对于