

湖南大学法学院 主办

SPONSORED BY LAW SCHOOL
OF HUNAN UNIVERSITY

主编 郭道晖

执行主编 屈茂辉

YUELU
LAW
REVIEW

岳麓法学评论

第一卷 Vol.1

湖南大学出版社
HUNAN UNIVERSITY PRESS

岳麓法学评论

湖南大学法学院主办

主 编 郭道晖

执行主编 屈茂辉

湖南大学出版社

2000年·长沙

岳麓法学评论

Yuelu Faxue Pinglun

郭道晖 主编

-
- ☐ 责任编辑 秦 川 塔鹏飞
☐ 封面设计 吴颖辉
☐ 出版发行 湖南大学出版社
社址 长沙市岳麓山 邮编 410082
电话 0731-8821691 0731-8821315
☐ 经 销 湖南省新华书店
☐ 印 装 长沙环境保护学校印刷厂
-

- ☐ 开本 787×1092 16 开 ☐ 印张 16 ☐ 字数 390 千
☐ 版次 2000 年 11 月第 1 版 ☐ 2000 年 11 月第 1 次印刷
☐ 书号 ISBN 7-81053-341-X/D·24
☐ 定价 28.00 元
-

(湖南大学版图书凡有印装差错, 请向承印厂调换)

《岳麓法学评论》编委会

主 任 李步云

副 主 任 郭道晖 刘定华

委 员 (按姓氏笔画为序)

王远明 邓成明 石柏林 孙昌军

刘定华 李步云 郑远民 屈茂辉

郭道晖 韩 虹 温晓莉

主 编 郭道晖

执行主编 屈茂辉

目 次

立法要维护整体权益与法制统一	郭道晖(1)
我国公民的法律意识状况及其特点	刘作翔 王海山(4)
法的模糊性初论	陈云良(9)
司法公正三论	余松龄(15)
物权法上的自由与限制	王泽鉴(21)
先买权:理论与立法	戴孟勇(46)
论用益权及其在中国物权法中的价值	屈茂辉(61)
关于医疗合同若干问题的探讨	龚赛红(73)
论知识产权的合法性	
——兼评洛克的财产权劳动理论	李 扬(91)
按揭与按揭权	宁教铭(106)
美、日完善公司治理结构的经验及其启示	周剑龙(115)
票据伪造的票据责任及风险承担	刘定华(126)
论我国加入 WTO 与竞争环境的完善	王远明(136)
中国财税法的新渊源	
——WTO 财税规则与我国财税法的完善	徐孟洲 杨明宇(142)
加入 WTO 对中国社会保险业的影响及法律对策	龙翼飞(153)
论环境法的环境伦理学基础	常纪文(157)
构成要件理论的沿革	马克昌(167)
论刑罚的负价值	谢望原(174)
论英美刑法学中行为的构造	李居全(185)
破坏交通设施罪新解	林亚刚(197)

非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪之情节认定	段启俊(206)
关于增值税犯罪的若干思考	刘建民 谭光荣(210)
试论现代商人法在国内法上的效力	郑远民(215)
简论中国古代法制文化中的民主性因素	张晋藩(222)
《钦定宪法大纲》评析	
——兼与日本明治宪法比较	李 靛(229)
为谋华夏法治篇	
——访著名法学家李步云教授	刘仁文(235)
从辨异到寻求联系	
——试评张中秋教授的法文化研究	杨 帆(240)
WTO 与构建科学的、有中国特色的用益物权体系	
——兼评屈茂辉先生新著《用益物权论》	车益坚 申良洪(243)

Contents

Legislation Should Uphold the General Interests and Legal Unity	
.....	<i>Guo Dao-hui</i> (1)
The State and Characteristics of Chinese Citizens' Legal Consciousness	
.....	<i>Liu Zuo-xiang Wang Hai-shan</i> (4)
On Legal Ambiguity	<i>Cheng Yun-liang</i> (9)
Three Strategies of Judicial Justice	<i>Yu Song-ling</i> (15)
On Freedom and Restrictions in the Law of Real Right	<i>Wang Ze-jian</i> (21)
Preemption Right: Theory and Legislation	<i>Dai Meng-yong</i> (46)
On Usufruct and Its Value in China's Legislation Concerning the Real Right	
.....	<i>Qu Mao-hui</i> (61)
Studies in the Various Problems Concerning the Contract of Medical Service	
.....	<i>Gong Shai-hong</i> (73)
On legality of the Intellectual Right—Coherent Studies in John Locke's	
Theory of Labour and Property Right	<i>Li Yang</i> (91)
Mortgage and Mortgage Right	<i>Nin Jiao-ming</i> (106)
The Experience of Perfecting Administrative Structure in US and Japanese	
Companies and Its enlightenment	<i>Zhou Jian-long</i> (115)
The liability Evoked by Bill Forging and the Risk-bearing	
.....	<i>Liu Ding-hua</i> (126)
On China's Entry to WTO and the Improvement of Competitive Environment	
.....	<i>Wang Yuan-ming</i> (136)
The Fresh Source of China's Financial and Tax Laws — WTO Rules of	
Finance and Tax and the Improvement of China's Financial And Tax Laws	
.....	<i>Xu Meng-zhou Yang Ming-yu</i> (142)
The Influence of China's Entry to WTO on china's Social Insurance Industry	

and the Corresponding Legal Measures	<i>Long Yi-fei</i> (153)
On the basis of Environmental ethics for the environmental law	<i>Chang Ji-wen</i> (157)
The Evolution of the Theory of Structural Elements	<i>Ma Ke-chang</i> (167)
The Negative Value of Criminal Penalty	<i>Xie Wang-yuan</i> (174)
On the Structure of Behavior in British and American Criminal Jurisprudence	<i>Li Ju-guan</i> (185)
A Fresh Interpretation of the Crime of Sabotaging Transportation Facilities	<i>Lin Ya-gang</i> (197)
The Determination of the Circumstances of the Crime of Illegal Hunting, Capturing or Killing Rare and Endangered Species of Wild Animals	<i>Duan Qi-jun</i> (206)
Reflections on VAT Crimes	<i>Liu Jian-min Tan Guan-rong</i> (210)
The Validity of Modern Merchants Law in the Domestic legal Institution	<i>Zheng Yuan-min</i> (215)
On the Democratic Elements in Ancient China's Legal Culture	<i>Zhang Jin-fan</i> (222)
A Critical Review of The General Principles of Royal Constitution — In Comparison with Japanese Constitution of 1889	<i>Li Jing</i> (229)
In Pursuit of the Establishment of the Rule of Law in China—An Interview with the Distinguished Jurist Professor Li Bu Yun	<i>Liu Ren-wen</i> (235)
From Differentiation to the Pursuit of Connection — On Professor Zhang Zhong Qiu's Research on Legal Culture	<i>Yang Fan</i> (240)
WTO and the Establishment of a Scientific system of Usufructary Right with Chinese Characteristics — a Corresponding Review of Mr. Qu Mao Hui's New Book On the Usufructary Right	<i>Che Yi-jian Sheng Lian-hong</i> (243)

立法要维护整体权益与法制统一

郭道晖

立法要从整体利益出发,维护社会主义法制的统一和尊严。部门保护主义与地方保护主义是立法工作上常出现的问题,本文针对其危害表现与性质进行分析,并提出防止和克服两种“保护主义”的对策建议。

关键词 立法 保护主义 防治

作者郭道晖,《中国法学》原总编辑,主要研究法理学、宪法学。

《立法法》第4条规定,立法要“从整体利益出发,维护社会主义法制的统一和尊严”,这一立法总则也是我国宪法原则在立法上的体现。但过去在立法工作中常出现的部门保护主义和地方保护主义,是对这一原则的直接违反,造成立法侵权、越权,妨碍法制统一,耽误立法时机,影响立法质量与效率,被称为立法上的一大“公害”。贯彻《立法法》,必须认真克服这一公害。

一、两种“保护主义”的表现与危害

这两种“保护主义”主要是在草拟和审议法律草案和制定法规、规章及其他规定过程中,政府部门为了本部门和本地方的权益,而不顾国家和全民的整体利益。他们不是立法为公为民,而是立法为本部门本地方争权夺利;不是立“国家之法”,而是立“自家之法”。其立法方略主要表现为:

1. 以法扩权。

把法案草拟权变成抢先“圈地”即扩张自家权力范围的凭借,有权必争。于是,每立一法,争管辖权、许可权、罚款权、收费权,纷争不已,以致立一个法,就多一个主管部门,多一道批准手续,多一项收费、罚款。譬如,一些地方在《高速公路管理条例》制定过程中,交通部门和公安部门争夺交通事故的管辖权;在《房地产管理条例》制定过程中,房产和土地管理部门各自要求分别核发房产证、地产权证,不愿为便民而单由一个部门统发房地产证。再如城市地下水资源的管理,涉及水利、城建、地质三个部门的管辖权之争。在《劳动法》草案中,把国家机关和事业单位的公务员也扩入它的调整范围,从而引起人事部门与劳动部门权益之争。这些管辖权之争,虽确有权界难分的客观矛盾,但背后无不是事关本部门的收益。

2. 权力垄断。

把本属多部门分权管辖的事,据为己管,侵夺别的部门应有的权力。如过去《海上交通安全法》草案(1983)中,把本属渔政渔港监督管理机构的交通安全监管权都收归交通部门所独占;把行政处罚的终极裁决权归属港务行政机关,否定法院的终审权。又如在《烟草专卖法》草案(1991)中,将全国146个卷烟厂的产量、品种计划的决定权,种子、原料等等的分配、调拨权都统由国家烟草专卖局垄断。《邮政法》草案(1986)规定,任何非邮政机构都不得经营通信业务等等。有的地方为保护本地落后的经济,还作出禁止外地某类商品入境的规定。

3. 惟利是图。

有的地方和部门为了与民争利,与国分“糕”,可以不顾国家法律,擅自制定减免上缴税收的优惠规章。一些地方与部门擅自规定各种罚款、收费、摊派项目,等等。北京市为限制外地户口入京(掺杂有借机谋利的目的),以地方性法规规定高额的“城市增容费”(每个户口10万元之巨),陡然增加了中央各部委从外地进入的负担,引起中央40多个部委的质疑,并向全国人大反映不满足意见,该法规刚出台就不得不搁置。

4. 推卸义务与责任。

把本属本部门的义务,尽量削减或模糊化,而将公民或其他部门的义务则规定得具体而繁多,如《邮政法》草案中,将邮件损失不予赔偿的项目,罗列详细具体,而应予赔偿的项目则很笼统抽象。

以上表现不胜详述。其对立法的危害是:

第一,造成立法侵权。侵犯公民与法人的权利或其他部门的权力。

第二,损害他人利益。包括国家的全局利益,人民的根本利益,公民和法人的切身利益。

第三,扰乱法制统一。以“两种保护主义”为指针的立“法”,多是与宪法和法律(包括宪政精神和立法原则)相抵触的“劣法”,甚至是“恶法”。

第四,降低立法效率。由于在草拟和审议过程中争权不让,协调费时费力,导致久调不决,拖延了立法时日,大大影响了立法效率。

二、两种“保护主义”的性质

立法上的部门保护主义和地方保护主义的危害很大,性质则是违反立法公正与立法道德的。立法者可能还以为自己是在为“公”争权谋利,理直气壮;实则是在为他那个小“公”,立法谋私,损害国家和人民的总体利益。以“三个代表”来衡量,既不能保护和发展先进的生产力,又不代表先进的法文化,更有违最广大人民的根本利益。具体说,有以下四大“违反”:

1. 违反共同利益原则。

法是人民共同意志与利益的体现,正如列宁所强调的:“人民的利益是最高法律”。社会主义立法应当以各民族中最大多数人的最大利益为归依,同时也照顾少数。在社会多元化时代,利益群体也多元化,立法应当兼顾多元群体的利益,以及某些特殊群体的特殊利益。但这并非只顾局部利益而牺牲或抹杀他人和全局利益。部门与地方利益应当保护,但不能搞片面的损人利己的“保护主义”。

2. 违反权力平衡与监控原则。

我国的权力结构体现为人大权力至上,司法机关独立行使职权,对政府有授权就有控权。政府的权力不是无限的,不是为某一部门独霸的,不是不受制约的。行政部门之间的权力是各

司其职,互不取代或侵犯;行政机关的权力与公民和法人的权利总体上也应是平衡的;公民和法人的权利起点,就是政府权力的终点。立法就是要在这些权力与权力、权力与权利的矛盾焦点上,找出最佳的平衡点或结合点。各部门的权力各守疆界,不能借法扩权侵权。权力与责任也要平衡统一,不能只要权力,不尽义务,不承担责任。

3. 违反立法民主原则。

立法是各种权益平衡,国家与社会各种势力相互妥协的产物。在立法中,要发扬民主。依照立法程序,听取各方面、各种不同意见,特别是利益相关人和权力相关、相邻机构的意见。不应当由立法者独断专行,为争权而互不相让,搞立法专横,影响立法的顺利进行。

4. 违反法制统一原则。

我国立法体系是以宪法为核心,以全国人大制定的法律为基础和根据的。任何部门或地方的法规、规章和其他规定,都不得与宪法和法律相抵触,法律与法律之间也不能互相冲突,部门与地方非法扩权卸责,垄断权益,必然败坏整个立法体系的和谐统一。

三、防治两种“保护主义”之道

1. 恪守立法道德与操守。

包括坚持“人民的利益是最高法律”的原则,“立法为公、为民”的思想,全局观念,权力自律观念,民主法治思想,民主协商精神等等。

2. 严格执行《立法法》。

《立法法》是保障立法民主、有序,科学合理地规范权力与责任、权利与义务的立法准则。其中有关起草、审议法案时要召开座谈会、论证会、听证会,听取各方面的意见(第34条、第58条);听取其他专门委员会的意见(第30条,旨在防止主持该项立法的专门委员会受其对口政府部门的偏见影响);涉及两个以上部门职权的事项,应由国务院制定行政法规或由有关部门联合制定规章(第72条);要将行政法规草案及其说明、各方面不同意见送国务院法制机构审查(第59条);法案有关机关应派员列席专门委员会说明情况,回答询问(第32条),以及公布重要法律法规草案,征求意见(第35条);有关机关和公民、社会组织有权对与宪法、法律相抵触的法规、规章提出审查申请(第90条);等等。这些都是有助于人民参与立法,监督立法,部门协调立法,防止两种“保护主义”污染立法的重要程序,应当切实遵守,认真执行。

3. 加紧推进政治体制改革。

(1)完善人大制度,使人大的最高权力地位名副其实;在坚持党对立法工作的领导的原则下,防止和抵制党政机关对人大立法的越权或非法干扰;改善人大特别是人大常委会的知识结构,充实法律专业人才。(2)改进人大的立法起草制度,改变法律法规起草由一两个政府部门包办的状况,改由人大专门委员会主持起草,各相关政府机关和社会组织以及有关专家参加法律法规起草小组。(3)加强立法监督,建立宪法监督委员会,严格执行法规、规章的备案审查制度;建立受理立法审查申请制度与程序,对与宪法、法律相抵触的法规、规章,依法定权限与程序,严格予以变更或撤销。

我国公民的法律意识状况及其特点

刘作翔 王海山

我国是一个传统法律意识极浓的国家。在传统法律意识里,法的地位很低,作用有限,权利意识淡薄。改革开放以来,我国公民的法律意识发生了较大的变化,呈现出一些新的发展特点,这些特点主要有:一、对法律的认知有所提高,但还不尽如人意。二、对法律的本质、作用的理解也突破了“礼”的界限,但与法的真正本质作用相去甚远。三、对法的信任程度有所增强,但距法所要求的信仰则相差太远。四、权利意识有所增强,但理想与现实仍相距遥远。

关键词 法律意识 法律信仰 权利意识

作者刘作翔,中国社会科学院法学研究所教授、法学博士;王海山,西北政法学院法律系讲师、法学硕士。

我国是一个传统法律意识极浓的国家。在传统法律意识里,法的地位很低,作用有限,权利意识淡薄,人们普遍有一种耻讼、贱讼的观念。正如法国比较法学家勒内·达维德先生所言,“中国人民一般是在不用法的情况下生活的。他们对于法律制定些什么规定不感兴趣,也不愿站到法官面前去。他们处理与别人的关系以是否合乎情理为准则。他们不要求什么权利,要的只是和睦相处与和谐”^①。“中国人尊重的传统是,解决争端首先必须考虑‘情’,其次是‘礼’,然后是‘理’,只有最后才诉诸于‘法’”^②。美国比较法学家亨利·埃尔曼也说:“在儒家思想的影响占统治地位的国家,像传统的中国和日本,社会秩序的基础是礼而不是法。在这些社会中,既不把立法活动,也不把司法程序作为维护和恢复和谐的正常手段。”^③武树臣先生也撰文指出:中国传统法律意识的最大特征就是“礼”。“礼”是社会差异的理论术语,是人们政治等级(君臣上下贵贱)和生理等级(亲疏长幼男女)的集合体,几千年来,“礼”支配着法律实践活动的内容和形式,它不仅被法典化、制度化,使古代法律制度的每一个关节都散发着公开的等级、不平等的气息,而且还支配着人们的思维形式。中国传统法律意识主要包括:(1)泛神主义的等差意识;(2)“亲亲”的宗法意识;(3)“尊尊”的权力意识;(4)静止的私有权意识;(5)轻法贱讼意识;

^{①②} [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第487、486页。

^③ [美]Henry W. Ehrmann: *Comparative Legal Cultures*, Prentice-Hall, Inc, Englewood, Cliffs, New Jersey, 1976.

(6)混合法律意识。^① 武先生的分析是切中要害的,他准确地概括出了传统法律意识的主要内容和最显著的特征。

改革开放以来,我国公民的法律意识状况发生了很大的变化。现代中国公民的法律意识状况已经不是勒内·达维德当年所说的那种由传统法律意识“继续主宰着中国社会的实际生活”的状态,但传统法律意识肯定还渗透在我国公民的法律意识之中,从整体上影响着我国公民的法律意识状况不是一件容易的事,它需要系统全面、科学的实证调研。官方的这种系统调查目前还没有,但近些年来,一些学者在一定范围内进行了一些专题性调查,取得了一些调查数据,形成了一些调研成果。比如,关于农民法律意识的调查(郑永流等的《农民法律意识与农村法律发展》),关于行政诉讼法实施情况的调查(龚祥瑞主编的《法治的理想与现实》),关于公民权利意识问题的调查(夏勇主编的《走向权利的时代》),关于中日韩法律意识的比较调研(董璠的《中日韩的法律意识调查及其比较研究》、《中日法律意识比较研究》),关于当代中国村落家族问题的调查(王沪宁著的《当代中国村落家族文化》),关于中国政治文化的调查(闵琦的《中国政治文化》)等等。以上这些调查研究,对于我们认识当代我国公民的法律意识状况有相当大的帮助。

大致说来,当代我国公民的法律意识状况呈如下特点:

第一,对法律的认知有所提高,但还不尽如人意。改革开放 20 年来,我国制定了大量的法律、法规,这些法律、法规涉及社会政治、经济、文化等各个领域。但这些法律、法规、规章真正能为我国公民所了解、认知的较少,即使是一些非常重要的与公民的生活息息相关的基本法律,也有不少不为我国公民所认知。比如对行政诉讼法这一直接关系到我们每一个人的基本法律的认知就不尽人意。据抽样调查显示,有 62.6% 的公民不知道行政诉讼法,即使知道行政诉讼法,对其内容也知之甚少。其中有 72% 的农民不知道行政诉讼法,其他群体不知道行政诉讼法的比例也在 50% 以上,大部分人对行政诉讼法内容的了解不足该法的 46%。^② 据对我国农民法律意识的情况调查显示,有 13.7% 的人对法律一无所知,甚至连相对准确的名称也说不出,人均知道法律名称的数量为 4.23 个,知道最多的法律名称依次为:婚姻法、宪法、刑法、土地法、诉讼法、森林法、兵役法。而对于民法通则、继承法、村民委员会组织法等主要的法律,他们都知之甚少,甚至完全不知。^③ 调查说明:(1)公民对法律的了解、认知多寡与公民的文化素质直接相关,一般说来,文化素质高的人的兴趣较为广泛,获得信息的渠道也较多,因此他们对法律的认知就多,文化素质低的人则正好相反。(2)公民对法律的认知程度与法律和他们利益相关程度及法律的实现程度有关。一般说来,与公民的利益关系密切并实现程度较好的法律就容易为公众所知晓,那些与公民利益不太直接关联的法律以及实现程度差的法律则很难为公众知晓,那些与公民利益不太直接关联的法律以及实现程度差的法律则很难为公众知晓。(3)公民对法律的认知程度与法律的普及宣传的深度和广度有关,那些被反复宣传、灌输的法律,知道的人就多些,反之就少些。

第二,对法律的本质、作用的理解也突破了“礼”的界限,但与法的真正本质作用相去甚远。

① 武树臣:《中国法律意识探索》,《自修大学》1987 年第 5 期,第 34、37 页。

② 龚祥瑞主编:《法治的理想与现实》,中国政法大学出版社 1993 年版,第 82~84 页。

③ 郑永流等:《农民法律意识与农村法律发展》,武汉出版社 1993 年版,第 3~4 页。

法的本质和作用在于法是区分善恶的标准,是正义的化身,是达到正义的一种制度,一种秩序。然而,有 73.8% 的法官却教条地认为法是统治阶级意志的体现,只有 25% 的法官认为法是正义的化身,是达到正义的一种制度,一种秩序。^① 法官作为正义的主持者,本该最了解法的本质、价值和作用,但法官对这一问题的回答,却颇令人失望。法官对法的本质尚且如此理解,其他社会公众的认识更是可想而知了。

在对农民的法律意识调查中,调查者设计了关于人情与国法的关系看法,有 50% 以上的农民认为人情大于国法或有时大于国法。^② 这标明人情观念在农民的心灵深处仍是大于国法的。在对“法律与政策”的关系回答中,有 55.72% 的人认为法律与政策差不多,^③ 在对“农村经济发展主要靠什么因素”的回答中,只有 4.57% 的人回答法律是支撑农村经济发展的主要因素。^④ 上述调查表明我国公民在对法的本质、价值作用的理解上比较模糊,甚至存有严重的错误。造成这种误解和错误的主要原因有:(1)传统法律意识中的亲亲、尊尊等观念的影响;(2)长期教条灌输的误导;(3)社会现实中法的作用的有限性等因素决定的。

第三,对法的信任程序有所增强,但距法所要求的信仰则相差太远。在我国传统法律意识中,人们对法律抱有一种畏惧、不信任的心态,人们耻于诉讼、贱于诉讼,所谓“饿死不偷盗,冤死不告官”。这种情况在近年来有所改变。首先人们的耻讼、贱讼观念已有所改变。费孝通先生在《乡土中国》一书中,描述了 20 世纪 30 年代后期中国的农村社会,认为当时仍是“礼治社会”,人们仍习惯于一种“无讼”的社会生活。今天的情况已有很大的改观,人们已不再把打官司作为一件不光彩的事了。有问卷设计“如果您与亲戚、朋友、邻居或同事发生纠纷到法院打官司,您会感到光彩,还是丢脸?”有 2.44%、2.00% 的人认为很光彩、比较光彩,有 17.85%、18.31% 的人认为比较丢脸、很丢脸,有 60.2% 的人认为不光彩也不丢脸。^⑤ 上述调查结果表明,大多数人对打官司抱有中性态度,这说明中国传统诉讼观念已发生了很大的变化,但仍然还有 35.36% 的人认为打官司比较丢脸或很丢脸,说明了把打官司看做是不光彩事的传统观念仍然有很大的影响。其次,在对解决纠纷方式的选择上,诉讼所占的比例逐渐增大。中国传统解决纠纷的方式主要有调解、讲和、忍让、信访、诉讼,其中诉讼的比例很低。近年来,诉讼的方式已为许多人所接受,人们日益倾向于通过司法机构解决纠纷。1980 年全国各类法院一审收案数是 76.8 万件,1986 年为 161.1 万件,1990 年为 291.6 万件,1993 年为 341.5 万件;而同期的调解组织受理的纠纷却呈徘徊,甚至下降状态。1980 年调解组织受理纠纷 614.3 万件,1986 年为 730.7 万件,1990 年为 740.9 万件,1993 年为 622.3 万件。同期的来信来访则呈急剧下降态势,1986 年人民法院来信来访分别为 473.4 万件,433.6 万件;1990 年为 223.0 万件,304.6 万件;1993 年为 183.8 万件,382.0 万件。从上述数据的对比中,我们可以明显地看出诉讼这一解纷方式正逐渐为人们所普遍接受。^⑥ 但其他解纷方式仍大量存在,人们仍有回避诉讼的倾向。在对“当你自己或他人的权利受到侵害时,你想提起诉讼吗?”的回答中,有

① 龚祥瑞主编:《法治的理想与现实》,中国政法大学出版社 1993 年版,第 73 页。

② 郑永流等:《农民法律意识与农村法律发展》,武汉出版社 1993 年版,第 6 页。

③ 郑永流等:《农民法律意识与农村法律发展》,武汉出版社 1993 年版,第 11 页。

④ 郑永流等:《农民法律意识与农村法律发展》,武汉出版社 1993 年版,第 14 页。

⑤ 夏勇主编:《走向权利的时代》,中国政法大学出版社 1995 年版,第 36 页。

⑥ 夏勇主编:《走向权利的时代》,中国政法大学出版社 1995 年版,第 33~35 页。

28.30%的人回答立即想,有48.89%的人回答有时想,有18.88%的人回答不太想。“立即想”的不足3成,而且想法与实际之间还有相当的距离,不一定都能提起诉讼。^①在对“如果政府决定不合理,侵犯了您的利益,例如无中生有的摊派、乱收费,您怎么办?”的回答中,有34.8%的人回答直接向有关政府部门反映,有8.3%的人回答向新闻单位反映,有8.5%的人回答找熟人向有关部门说情,有13.7%的人回答忍了算了,有30.2%的人回答向法院控告。^②回答直接向法院控告的比例,也勉强凑足3成,而且想法都能变为现实吗?在对农民的法律意识的调查中,在对“当您遇到经济纠纷时,您认为哪种方式费时最少?费钱最少?最能圆满地达到您的要求?”的回答显示出了中国农民解决纠纷的矛盾心理,各有44.73%的人认为“干部解决”和“私了”最省时间,有53.92%的人认为“干部解决”费钱最少,35.84%的人认为“私了”费钱最少,只有10.38%、9.34%的人认为“打官司”费时最少、花钱最少。而对何种方式“能圆满地达到您的要求”的回答与前面的回答恰成显明的对照,有47.29%的人认为“打官司”可以圆满地达到他们的要求,也就是说比较符合公平正义,有34.34%、17.47%的人认为“干部解决”、“私了”能达到其要求。^③可以合理地推定,农民在对待纠纷的解决上,80%以上的人会选择“打官司”以外的方式。造成我国目前诉讼利用率低的原因大致有四:其一,传统法律意识中的无讼、耻讼、贱讼的观念仍有一定的影响,但不是主要原因;其二,诉讼成本太高、周期太长则是影响诉讼利用率低的主要原因,诉讼成本不仅包括案件受理费和律师代理费,还有其他一些不必要的开支;其三,执行难也是影响诉讼利用率低的原因之一,在实践中,赢了官司赔了钱的现象比比皆是;其四,人们对司法公正没有信心,诉讼结果太难预料,许多人害怕“赔了夫人又折兵”的结果出现。

第四,权利意识有所增强,但一切才刚刚起步,理想与现实仍相距遥远。权利意识是现代法律意识的核心,一切政治、经济、文化、人身等方面的利益均表现为法律上的权利。甚至可以极端地说,现代法律意识就是权利意识,权利意识的发展变化体现法律意识的发展变化。一般说来,传统中国社会中人们权利意识淡薄,这无庸讳言,也无需争辩,但这并不是说中国人生来就缺乏权利意识,甘为奴隶,而只是说明传统中国的政治、法律抑制了人们的权利意识。新中国成立以后,特别是改革开放以来,人们的权利意识开始苏醒,有所增强。首先,人们对权利的认知上表现出了前所未有的热情,人们通过各种渠道了解自己应享有的权利,越来越多的人参加了普法学习,越来越多的人关注广播、电视、报纸的法制节目,越来越多的人接受法律方面的宣传和教育。其次,人们对权利主张的要求日益强烈,权利主张的范围在不断扩大,权利救济的强度在加大。近几年来诉诸法院的纠纷越来越多,表明人们已习惯于寻求强度较大的救济方式。这几年来关于人格权、身份权、知识产权案件的增长也标明了权利的范围在扩大。但我国公民的权利意识仍存在很多问题。首先,人们对权利的本质和来源存有误解。在权利的来源上有两种对立的观点:一种观点认为权利是与生俱来的,是神圣不可侵犯的;另外一种观点认为权利是国家和政府给予的。前一种观点符合法治的理念和要求,后一种观点则是国家本位的体现,是一种被动的权利观。在对“根据我国的宪法和法律,您享有以下权利,您认为这些权利从哪里来

① 董瑞奥:《中日韩的法律意识调查及其比较研究举例》,《法律与社会发展》1999年第4期,第4、5页。

② 龚祥瑞主编:《法治的理想与现实》,中国政法大学出版社1993年版,第59页。

③ 郑永流等:《农民法律意识与农村法律发展》,武汉出版社1993年版,第16~18页。

的呢?”问题的回答中,有 32.38%的人认为生命安全权是国家和政府给予的,只有 8.15%的人认为该权利是与生俱来的;有 49.99%的人认为被监禁的人不受虐待权是国家和政府给予的,只有 2.95%的人认为该权利是与生俱来的。对其他诸如生活保障权、选举权、劳动致富权、享受初等教育权的回答与上述回答相当。^①其次,人们对权利的认知不甚理想。在权利意识的三层次即权利认知、主张和要求中,认知是前提,如果不认知,则主张和要求就无从谈起。在对“我国宪法中有专章对公民基本权利的规定,您知道这些权利吗?”的回答中,完全知道的占 34.6%,只知道一点的占 59.8%,完全不知道的占 5.7%。^②再次,在权利的主张上不尽人意,有很多人在权利被侵犯时,不知道权利被侵犯或知道后采取忍让、逆来顺受等息事宁人的方式解决问题,而不愿也不采取合法的手段保护权利。人们的群体权利意识较差,当群体权利被侵犯时,却没有人意识到权利被侵犯,或者虽然意识到了,却没有人敢站出来主张权利,抱有明哲保身和“天塌下来大家顶着”的观念。最后,大多数中国公民把权利理解为一种实然的权利,即法律已经规定的所谓法律权利,而没有意识到权利还包括应然的权利,即公民应该享有的权利,更没有对这些应然权利的要求和争取。

影响我国公民权利意识提高的主要原因有:其一,公民的文化素质与权利意识有密切的关系,而我国公民的整体文化素质比较低,制约着我国公民权利意识的形成和提高。其二,传统观念的影响。权力大于权利,义务优于权利,等级身份观念,群体价值趋向等传统观念也是制约权利意识的重要因素。其三,法制现实的现状。立法领域的漏洞和立法技术的落后,执法不严、司法不公、法律监督不力等现实领域的问题制约着意识领域权利意识的增强。

综上所述,当代中国公民的法律意识已不同于传统的法律意识,但与法治社会所要求的现代法律意识相距甚远,还夹杂有太多的传统成分。要改变目前的这种状况,需要从经济、政治、文化等许多方面入手,需要经济的市场化、政治的民主化、文化的理性化、法律的法治化、社会的现代化与之配套,这是一个漫长而艰辛的过程。

① 夏勇主编:《走向权利的时代》,中国政法大学出版社 1995 年版,第 46 页。

② 龚祥瑞主编:《法治的理想与现实》,中国政法大学出版社 1993 年版,第 57 页。

法的模糊性初论

陈云良

法永远是模糊的,法的模糊性是其绝对属性,法的确定性只在相对意义上存在。法的模糊性是指法律所具有的归属不完全的属性,它是与法的普遍性相伴生的基本技术特征。对法的模糊性现象,可以用模糊理论来研究,本文认为可以用模糊数学方法对其进行量化。

关键词 法 模糊性 不确定性

作者陈云良,湖南省政法管理干部学院副教授,主要研究经济法学、法理学。

模糊一词源于英文 Fuzzy,意指“界限不明确”、“含意不分明”。模糊性是指人们认识中关于对象类属边界和性态的不明确性。^① 在《辞海》中,模糊性是被这样定义的:它是指事物所具有的归属不完全的属性,表示事物属性量的不确定性。模糊性这一概念的本源意义出自模糊数学,出自美国加利福尼亚大学札德(L·Zaden)教授提出的模糊集理论。自札德教授 1965 年发表“Fuzzy sets”(模糊集)一文以后,模糊数学作为一门新的数学学科在不到 40 年的时间里得到了飞速发展,在实际领域得到了广泛的应用。在语言学、历史学、社会学、经济学等人文社会科学中模糊集理论亦得到推广和应用。人们应用模糊数学可以处理经典数学无法解决的人文社会科学中大量的模糊现象和模糊概念。模糊数学为人们提供了对事物模糊属性的精确认识。

一般认为法是明确的,清晰的,易于领会和把握,不会产生歧义,所有法律问题都会有一个惟一正确的答案。随着法制的向前发展,法学研究的深入,人们经常发现,抽象的、明确的法律规则在丰富多彩的现实生活面前往往显得苍白无力、模糊不堪。意识到法除了明确性的一面以外,还有模糊性的一面。

法的模糊性,如果依照札德的模糊集合论来推导,是指法律所具有的归属不完全的属性。这当然应当是法的模糊性所包含的最主要内容,但法的模糊性又不仅仅局限于此,这仅仅是狭义的模糊性(能够用模糊数学方法量化的模糊性,美国学者苏珊·哈克称之为单维模糊)。法的

^① 李小明:《模糊性:人类认识之谜》,人民出版社 1985 年版,第 12 页。