

· 中国政法大学学生课外科技文化活动系列丛书 ·

学术繁星

——中国政法大学学生课外学术
科技竞赛获奖作品集

顾问/马抗美 张桂琳

主编/项云

副主编/王明宇 郑真江

中国政法大学出版社

中国政法大学学生课外科技文化活动系列丛书

学 术 繁 星

——中国政法大学学生课外学术
科技竞赛获奖作品集

顾 问/马抗美 张桂琳

主 编/项 云

副主编/王明宇 郑真江

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

学术繁星：中国政法大学学生课外学术科技竞赛获奖作品集 / 项云主编. —北京：

中国政法大学出版社，2007.7

ISBN 978-7-5620-1064-7

I. 学... II. 项... III. 法学 - 论文 IV. D925

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第19935号

书 名	学术繁星：中国政法大学学生课外学术科技竞赛获奖作品集
出版发行	中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号) 北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088 zf5620@263.net http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社) (010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
承 印	北京汇林印务有限公司
规 格	787×1092 16开本 47印张 1255千字
版 本	2007年7月第1版 2007年7月第1次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-1064-7/D·1014
定 价	79.00元

声 明 1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

丛书编辑委员会

顾问:马抗美 张桂琳

主编:项云

副主编:王明宇 郑真江

编委:侯同晓 邹顺 孙园植 邱文栋 秦东瑞

姚震 侯月娟 王莉 王长瑞 李佳凝

励小康 江睿 王斌 刘锋丽 杨颖梅

章宁环 梁赐聪 师彦哲 孙培训 池欣欣

任芹

责任编辑:姚震

教育自诞生之时起,即承担着传承、选择与创新文化,培养受教育者,以促进人类社会进步发展的重任。近代以来,人类文明进入突飞猛进的现代化时期,生产方式的巨大变革促使社会结构和生活方式发生了彻底变迁:人类活动的时空和场域可以绵延拓展到世界的任何一个角落,生存资源在全球范围内重新配置,全球化浪潮将知识经济迅速推向整个人类社会,国与国之间的核心竞争力正经历着由军事实力到科技实力再到整体国民素质的转换历程,国民素质成为一个民族在21世纪屹立于世界民族之林的根本依托。人的素质的现代化是社会现代化的逻辑基点。基于知识学习基础之上的主体性、创新精神、实践能力和人格素质已经成为当前时代背景下个人素质的核心内容。因此,如何伴随全球范围内高等教育大众化进程,实现受教育者思维方式、价值观念、能力素质和人格品质由传统到现代的转换,促进人的全面发展,是当前世界各国大学教育的根本使命。

教师、学生、知识、课堂,学校教育自成系统,其自我封闭的天然特质一直是造成高等教育因无法跟随不断变化的社会发展要求而导致教育与社会之间产生巨大鸿沟的主要原因。面对飞速进步的社会,如何适应社会发展变化跟随社会进步要求,是当前教育存在的主要危机和面临的主要挑战。法国教育思想家埃德加·富尔在其1972年提交给联合国教科文组织的研究报告《学会生存——教育世界的今天和明天》中提出“学会认知、学会做事、学会共同生活、学会生存”的应对策略,将受教育者置于人类的完全生活场域之中,“使他作为一个人,作为一个家庭和社会的成员,作为一个公民和生产者、技术发明者和有创造的理想家,来承担各种不同的责任”。由此,教育的内涵得到全息拓扑式的延展:作为培养人的实践活动,教育的本质内涵从“传递知识”延伸到“培养创新精神、提高能力素质、提升人格品质”,其实践范围从“课堂”伸展到了“自然世界、社会生活和精神世界”,大学素质教育成为沟通社会发展要求与学校教育方向、衔接大学与社会的实践平台。作为大学素质教育的载体,学术实践、社团活动、社会实践和志愿者服务等第二课堂的团学实践活动,已成为大学教育实现人的全面发展的主要途径。

作为教育部直属重点高校,我校深谙高等教育的终极意义,一直将受教育者的全面发展作为办学指导思想,将全面提高大学生实践能力和创新精神作为第二课堂的主旨和目的。在校党委的领导和校团委的组织下,几年来,我们的团学工作通过学术实践、社团活动、社会实践和志愿者服务等第二课堂的教育实践活动,将“教育的世界”、“人的世界”和“生活的世界”贯通,秉承我校“以学生为主体”的办学理念,以培养独具“厚德、明法、格物、致公”特质的杰出人才为目标、培育我校学生创新思维和实践能力为重点、全面提升我校学生的综合素质为出发点和归宿,不断探索,不断创新,正在逐年取得新成绩,获得新进步。

2003年以来的4年,是学校改革发展蒸蒸日上的4年,也是我校共青团事业蓬勃发展的4年。在这4年里,我校各级共青团组织积极贯彻落实中共中央国务院《关于加强和改进大学生思想政治教育的意见》,大力推进校党委党建新体系和德育新体系,实施大学生素质教育,取得了长足进步。4年前,团委曾组织编写团学活动文集《奋斗与思索》,时隔四年,我们将几年来学生学术竞赛的优秀作品和社团、实践活动的真实记录集结成册,在新的历史发展阶段,从新的视角来回顾总结

几年来的团学工作,尤其是丰富多彩的学生课外科技文化活动,我认为是非常有意义的。因为本《丛书》是对我校团学工作行动成果的凝练和经验的固化,记载了4年来我校团学工作成长发展的足迹和获得的阶段性成果:

首先是实现了工作理念的更新。以“以学生为主体”的教育理念,充分体现了学生的主体地位和自觉意识,展示了学生的自我教育能力。我们通过培育和扶持重点学生社团和精品社团活动提供丰富多彩的实践平台,采取各种鼓励性举措支持大学生参与社会实践活动和志愿者服务活动,有效地激发了大学生自我教育的热情,引领我校学生从专业领域走进现实生活,走进人的生活世界,引导他们在学术实践和能力实践中学会自主、学会认识、学会体验、学会理解、学会协作,学会创造,实现了大学教育开发潜能提升素质的目的。

其次是实现了工作模式的转变。几年来,我校团学工作积极适应新形势要求,主动贴近年轻大学生的学习、生活实际,把共青团工作当作一个长期性持续性的实践领域,主动去探索掌握团学工作规律,在工作中不断总结经验,建立长效机制,逐渐实现了由突击型向建设型、由经验型向科学型、由被动型向主动型的工作模式转变。同时,学校在课外活动中坚持以“四化”为导向,即活动品牌化、形式多样化、管理项目化、参与大众化;构筑“五类”载体,即品牌讲座拓宽学术视野、文化活动培育人文环境、能力竞赛激发素质提升、社会实践增强责任意识、社团活动促进全面发展。这套丛书里收录的学术十星、学术新人论文大赛,学生社团活动,尤其是具有我校优良传统的社会实践和志愿服务等活动,记录着我校团学工作正逐步实现向这种模式的转变历程。

再次是彰显了我校团学活动的特色。高校团组织特殊性在于不仅作为先进青年的群众组织发挥着党的助手和后备军的作用,还作为高校传播知识、科学研究等教育教学各方面不可或缺的重要辅助部分,发挥着辅助高校实现办学目标的生力军作用。我校的团学工作把各个工作环节都和培育浓厚的法治文化氛围和培养独具政法特质的杰出人才这一目标有机结合起来,尤其在课外学术科技活动、社团活动、社会实践和校园文化建设中,通过精心设计、全程把关,力求体现我校法科强校的特性和我校法学人才的培养特色,体现我校推进国家政治昌明和法治进步的办学宗旨,彰显法治文化的独特魅力,潜移默化地影响和提升着我校大学生的学术品行、人文品格和文化生活的品位,在发挥了团学工作比较优势的同时实现了工作特色的创新。

最近,胡锦涛总书记对青年人提出了“四个新一代”的要求,鼓励青年人“努力成为理想远大、信念坚定的新一代;品德高尚、意志顽强的新一代;视野开阔、知识丰富的新一代;开拓进取、艰苦创业的新一代。”培养符合“四个新一代”要求的现代新青年,必将成为激励我校团学工作不断前行的新动力,鼓励着我校团学工作历久弥新,再创新辉煌。值此之际,《丛书》付梓印刷,既表征着告别过去几年前路历程的点滴成就,也寄予着对我校未来团学工作和大学生课外科技文化活动不断进步愈加繁荣的鞭策。古希腊哲学家德谟克里特说,智慧生出三种果实:善于思想、善于说话、善于行动。所以,面对未来,我满怀期待。

是为序。

马礼

2007年5月

前言

学术立校是中国政法大学的一项重要治校理念,共青团中国政法大学委员会作为学校开展学术活动、推进学生学术创新的生力军,多年来创办和举行了一系列学术价值高、学生参与广、社会影响好的大型学术竞赛,并从获奖学术成果中遴选出优秀作品,代表学校参加历年“挑战杯”全国大学生课外学术科技作品竞赛,获得优异成绩。本册分三编收录了共青团中国政法大学委员会举办的历届本科生“学术十星”课外学术作品竞赛和研究生“学术新人”课外学术作品竞赛获奖论文,以及代表我校参加近几年“挑战杯”竞赛的获奖作品,借以展示我校繁星璀璨的学生学术氛围和可持续发展的学术创新机制。

一

中国政法大学“学术十星”学生课外学术作品竞赛于2002年我校五十年校庆之际正式举办。该项竞赛活动是专门针对本科生设立的专业学术奖项,注重培养本科生的学术创新精神,强调纯学术性质的思想研究和实践,同时赋予其充分的学术自由,给全体在校本科生一个充分展示自我才华的天地。

“学术十星”学生课外学术作品竞赛以“扬务实之学风,树开放之品质”为宗旨,由我校四位终身教授江平先生、陈光中先生、张晋藩先生、李德顺先生担任竞赛顾问。2002年至今,该项学术竞赛已成功举办了四届,共收到参赛作品700多份,朱苏力先生、黄京平先生、崔敏先生、马怀德先生、方流芳先生、郑永流先生等校内外知名专家学者近50人担任竞赛专家评审委员会委员,参与论文的评审和指导工作。郑成思先生、孙国华先生、陈兴良先生等都曾应邀参加“学术十星”的颁奖典礼。四年的时间,“学术十星”已经逐渐成为我校规模最大、范围最广、影响最深的本科生课外学术竞赛活动。

四年来,共有33篇论文在众多的参赛作品中脱颖而出,这些论文代表了我校本科生的科研能力和学术水平,其中4篇论文由学校选送参加第八届、第九届“挑战杯”全国大学生课外学术科技作品竞赛,并取得了4个三等奖的优异成绩。2006年,我校教务处正式认定获得“学术十星”荣誉的同学可以以特殊研究专长推荐免试攻读硕士研究生。

二

为活跃我校研究生院的校园文化氛围,给广大研究生提供一个课外学术舞台,促进研究生第二课堂建设,在校领导的亲切关怀下,共青团中国政法大学委员会、中国政法大学研究生会从2003年起正式启动了中国政法大学研究生“学术新人”课外学术作品竞赛。该项赛事是专门针对在校硕士研究生和博士研究生设立的专业学术论文竞赛,不同专业、不同年级同学的作品均可参赛,经过严格的初审和复审,最终产生10名“学术新人”。

中国政法大学“学术新人”研究生课外学术作品竞赛以“弘扬法治精神,砥砺法学学术;激扬学术新风,培育学术新人”为宗旨,聘请了我校终身教授江平先生、陈光中先生、张晋藩先生和李德顺先生担任学术顾问。自2003年至今,该项大赛已经成功举办了三届,共收稿近400篇,参赛稿件涵盖了我校所有学科门类,三年来共评选出30名“学术新人”。马怀德、王卫国、卞建林、曲新久等近百位专家为大赛担任评委;江平、陈光中、邓正来、许章润等十余位校内外知名学者先后担任了大

赛的颁奖嘉宾。经过三年的发展,该项赛事已经成为与本科生“学术十星”课外学术作品竞赛遥相辉映,具有较大影响的我校主要学术赛事。该项赛事在校内外产生了广泛的影响,对促进校内学术研究和校际学术交流起到了积极的作用。

回顾和认真总结“学术新人”三年来走过的历程,我们发现,始终坚持学术自由、鼓励学术创新才是“学术新人”不断成熟和发展的根本动力,“创新”才是“学术新人”的根本宗旨。正如我国著名教育家陶行知先生所说,“处处是创造之地,天天是创造之时,人人是创造之人。让我们至少走两步,退一步,向着创造之路迈进吧。”

这次我们将现有的第二届、第三届“学术新人”18篇获奖论文编辑整理、结集成编,借以充分展示我校研究生深厚的学术功底和突出的创新能力,我们期待在前三届“学术新人”的激励、启迪下,更多致力于学术创新的研究生能够从“学术新人”大赛中脱颖而出,引领我校研究生科研创新能力的全面提高。

三

“挑战杯”全国大学生课外学术科技作品竞赛是由共青团中央、中国科协、教育部、全国学联主办的大学生课外学术科技活动中一项具有导向性、示范性和群众性的竞赛活动,每两年举办一届。该项比赛以崇尚科学、追求真知、勤奋学习、锐意创新、迎接挑战为宗旨,以引导和激励高校学生实事求是、刻苦钻研、勇于创新、多出成果、提高素质,并在此基础上促进高校学生课外学术科技活动的蓬勃开展,发现和培养一批在学术科技上有作为、有潜力的优秀人才为目的,以发现和培养在学术上有所作为的尖端人才,为青年大学生提供了实现自我价值与理想的途径而著称。由于其在较高层次上展示了我国高校的育人成果,有效推动了高校与社会之间的交流,如今已成为高校学生课余科技文化活动中的一项主导性活动,更因在全国大学生课外学术科技领域的导向性、示范性和群众性而被冠以中国大学生学术科技界“奥林匹克”的美名。

我校作为“挑战杯”的发起高校之一,对历届比赛都高度重视、积极参与,并取得了优异的成绩。在第八届挑战杯的比赛中,我校获得一个特等奖、两个二等奖、一个三等奖;在第九届挑战杯的比赛中,我校获得了一个特等奖、四个三等奖的骄人成绩。作为一个以法科为主的学校,能取得这样的成绩是相当不易的,与同类学校相比,这样的成绩也是非常突出的。

我校在“挑战杯”中取得的优异成绩离不开学校领导的重视和关怀。第九届“挑战杯”获奖喜讯传来后,我校召开了获奖团体及个人表彰大会,校党委副书记兼副校长马抗美教授亲自主持了大会,并对我校学生的科技创新活动提出了“四个结合”的要求,即现实问题和学科优势相结合、个人智慧和集体智慧相结合、教师指导和同学努力相结合、日常学术活动和参加重大比赛相结合,这成为我校学生课外科技文化活动的重要指导思想。在会上,学校党委还对参加第九届“挑战杯”的指导老师和同学给予了通报表彰和物质奖励。

第三编收录了我校在第八届、第九届“挑战杯”全国大学生课外学术科技作品竞赛中获奖的9篇论文,它们是我校学生学术科研成就的阶段性总结,是对同学们迸发出的思想火花的展示。同时,我们期望通过这一编的介绍,增进广大同学对获奖作品及“挑战杯”的了解,鼓励我校学生积极参与校内学术竞赛和全国“挑战杯”竞赛活动,激励他们创作出更多更具学术价值的作品。

目 录

总序	(1)
前言	(1)



第一编 “学术十星”获奖作品	(1)
----------------------	-----

第一届	(1)
-----------	-----

1. 法律效力的实现:一个社会选择的过程 ——来自法社会学田野调查的研究进路	(1)
2. 司法距离论	(10)
3. 建筑物区分所有权概念之探讨	(19)
4. 精神损害赔偿:一个比较法的视角	(27)
5. 商标反向假冒行为的性质和立法实践研究	(32)
6. 我国检察机关的领导体制的反思与改革	(40)
7. 自然法视野中的权力分配学说 ——一个法律思想史的考察纲要	(52)
8. 海外新儒学研究	(64)
9. 太平天国运动的特点和影响	(90)

第二届	(103)
-----------	-------

1. 关于我国法定证据种类立法体例的反思	(103)
2. 公共利益保护机制与公益诉讼	(108)
3. 论格式免责条款的效力	(115)
4. 政府合法性片思 ——源于历史和现实的思考	(123)
5. 浅析刑法上的义务冲突问题 ——从新郎的难题说开去	(137)
6. 重析斯科特案	(143)
7. 形式理性抑或经验理性 ——透过《司法过程的性质》看法律的发展	(160)

第三届	(169)
-----------	-------

1. 论当代宪法中的人格保护 ——一个德美宪法研究的复式进路	(169)
2. 积极转变政府职能:建立公共服务型政府	(182)
3. 由农村土地交换引发的思考	(187)

4. 论动产质权的善意取得制度	(192)
5. 变动社会的历次立宪尝试	(204)
6. 试论当前我国农村专业经济合作组织	(224)
7. 论孔子的“平民化”天命观 ——从《论语》中看孔子的天命思想及其价值	(233)
第四届	(243)
1. 从三峡工程看新时期我国中央政府与地方政府间的博弈关系	(243)
2. 对侵权法归责原则的伦理思考 ——兼谈侵权法解释理论的重构思路	(249)
3. 简论中国社区矫正制度 ——从公正和效率出发设计	(269)
4. 论法的艺术性及其对近代法制的巨大影响 ——兼以考察罗马立法与司法之间博弈的历史	(280)
5. 论弱势群体越轨行为的主动性 ——北京市地摊生态状况调查分析	(297)
6. 论仲裁协议效力的扩张	(305)
7. 乡土社会中的国家法与民间法的冲突与互动 ——论乡土社会法治进程的二元建制	(318)
8. 一种情怀 两种姿态 ——某种寻找卢梭、康德思想线索的努力	(330)
9. 由港译动画电影《狮子王》透视动画片对白翻译的“忠实”原则	(341)
10. 知识与话语,权力与解释 ——对李慧娟的案件的的分析	(351)



第二编 “学术新人”获奖作品	(370)
1. 北魏孝文帝法律改革述评	(370)
2. 论不纯正不作为犯的可罚性根据	(379)
3. 交往理性:如何擎举自由民主的苍穹	(390)
4. 竞争秩序维护:律师协会自律行为的合理性及其边界 ——美国联邦最高法院就 Goldfarb v. Virginia State Bar 一案的判决所引发的 问题及其思考	(396)
5. 略述唯理论自然法的法典编纂思想 ——以“总则”思想为中心	(403)
6. 论刑事辩护的质量标准	(409)
7. 品格证据初探	(418)
8. 我国引入恢复性司法的程序设计	(428)
9. 新行政行为理论纲要 ——一个法理学的视角、分析与结论	(450)
10. 论有限公司章程的自治空间	(465)
11. 管制抑或竞争:选择权应该交给谁?	

——探析“州政府行为豁免原则”背后的问题意识	(471)
12. 论检察官的客观义务	
——以理论与实践的差距为中心	(484)
13. 试论物权变动新模式——以揭示买卖合同中物权合意的存在为基点	(493)
14. 方法和限度:回到事情“本身”	
——解读考夫曼《类推与“事物本质”》	(502)
15. 《老子》“无为”观念的两种解读方式及其历史效用	(519)
16. 犯罪范畴初论	(530)
17. 诉讼要件与我国民事起诉条件研究	(540)
18. 二十一世纪行政法背景下的公众参与:公众参与机制的再评价	(556)



第三编 “挑战杯”获奖作品	(566)
1. 中国中学生压力与越轨行为相关性调查报告	(566)
2. 从现状角度看中国法治	
——关于促进中国法治的若干因素的调查与研究	(584)
3. 当代首都大学生社团在群体意识整合方面功能的研究报告	(597)
4. 媒体与司法	
——怎样通过在新闻自由与司法独立之间寻求均衡以实现司法公正	(613)
5. 新交法第76条之规范分析	(624)
6. 法律离中国的农民有多远	
——中国农村国家法实际效力的实证研究	(635)
7. 流动人口的选举问题	(672)
8. 从转型期到和谐社会	
——政治社会与道德信仰的双进路解读	(685)
9. 社区矫正试点调查与研究	
——一个法社会学的研究范式	(712)
附录一:中国政法大学“学术十星”论文大赛章程	(728)
附录二:第五届“学术十星”论文大赛评审规则	(730)
附录三:中国政法大学第五届“学术十星”论文大赛专家评审委员名单	(732)
附录四:评分标准	(734)
附录五:论文方向分类	(735)

第一编 //

“学术十星”获奖作品

第一届

法律效力的实现：一个社会选择的过程

——来自法社会学田野调查的研究进路

王 旭(法学院99级6班)

在理解权利对我们的影响时,实践比信仰更为基本。^{〔1〕}

一、材料和问题

本文的材料来自我一次充满诗意的田野调查:H村位于浙江省杭州市东郊(属西湖区管辖),由于依靠采茶、旅游副业(包括导游、出售旅游纪念物品、出租车业务)、房屋租赁等经营人均月收入高达1500元,在上海及浙江省农村如此经济富裕的亦不多见。且“在发挥产业优势,地缘优势的同时,精神文明建设亦成绩斐然,获得了浙江省旅游窗口村等系列荣誉”。^{〔2〕}然而,该村一年前发生的一起15名初中生辍学事件却意外成为我全部思考与问题的缘起之处。

H村每年3月到5月是采茶的季节,很多小孩从小就帮着家里采茶,而这其中就有相当一部分初中生(H村离市区非常近,车程15分钟,所有初中生原来都在市内S小学就读)。为了补落下的功课,村里有文化较高的村民办起了非正式的补习班,其实H村自古教育香火鼎盛,尤其是私塾教育,有完整、独特而纯熟的方法与内容。^{〔3〕}于是,在这样一个更为熟悉和宽松的环境里,初中生越来越被吸引,有人甚至干脆离开课堂,补习班也从季节性的发展成为常年的没有经过正式核准和登记的课堂。S小学的领导知道后,将情况反映至区政府,区政府很快阻止了补习班(其依据是《中华人民共和国义务教育法》第十四条,该条赋予地方政府对不接受义务教育的组织和个人以批评及行政处罚权)。结果招致家长和学生的强烈反对,导致15名初中生全部辍学。区政府采取批评、

〔1〕 南希·雷德泽:《福柯的面孔》,王明安等编,文化艺术出版社2001年版,第176页。

〔2〕 这是杭州的《钱江都市报》在1998年对该村的专门报导中的一段话,出于对我的受访对象的尊重,我在文中以H村替代该村。

〔3〕 根据交谈,我得知该村如浙江的很多地方一样,自古尊师重教,私塾很多,且从书本到实际生活经验都有教授,如采茶、炒茶都曾经是孩子的学习内容,“狮峰山下茶飘香,采茶忙里读书郎”,这是在交谈中学到当地的儿歌中的一句话,显然这就是从前学生们的生活。

行政处罚等种种手段,收效依然不好。最后,政府求助区法院,法官们将家长集中起来,在法院的会议室开会,多次进行《义务教育法》的宣讲与教育。可村民们纳闷了:我们也知道孩子们要读书,可在村里学怎么就违法呢?最后法官以恫吓的方式表达了法律的威严:再不让学复学,就把你们全部抓起来。在这种情况下,15名学生才得以重返课堂,但时至今日,又有3名学生背井离乡,外出打工,各方当事人均无可奈何。

在整件事里,一直让我挥之不去的是那句话:“我们也知道孩子们要读书,可在村里学怎么就违法呢?”从实质理性的角度看,村民的疑问是有道理的,但在形式理性的现代法律面前,它们却没有合法性。更引起我进一步思考的是:《义务教育法》作为国家的局部意志,在这里却没有得到很好的满足。作为控制社会教育事业的法律,在整件事情中,它的效力是受到削弱的,规范的力量没有转化为现实的力量,效力没有最大化的转变为实效。按照凯尔逊的观点:法律效力是一种国家赋予的强制力,它来自于一种形式的规范,人们应该按照法律规范所规定的行为模式行动,应当服从和适应法律。而法律实效的概念来自于法律的运动与社会的接触,它是规范的法律被现实遵守的状态。^[1]从更一般的层面讲,法律效力的实现是一个关乎到法律秩序合法性的问题,M.韦伯认为所谓的秩序效力就是一种引导的力量,当这种力量发生作用时,社会行为才不会背离社会秩序。^[2]既然如此,H村15名初中生辍学时,《义务教育法》在那里构建的教育秩序无疑受到了挑战,这不仅表现在规范的法律没被遵守,而且官方教育的正当性,地方政府的权威性全都受到了动摇。^[3]如果这件事情发生在纯粹的乡土社会,即按费孝通的说法:“乡土社会的生活是富于地方性的,在这样的社会里法律是用不上的,社会秩序主要靠老人的权威、教化以及乡民对于社区中的规范的熟悉和他们服膺于传统的习惯来保证。”^[4]也许我的疑问不会那么大,因为法律在那里既然没有天然的合法性也就谈不上必然的被遵守,但H村却是一个很特殊的例证:它不是一个纯粹的乡土社会,从时间的维度看,它是改革开放最先发展受益的地区之一。长期的旅游事业早已让H村形成一种开放的结构同时充分享受到了现代文明所带来的利益。从空间的维度看,它也不具有乡土社会地理上的闭塞,离市区仅15分钟的车程,每天村民都要频繁地往返于村庄与市中心,也要接待大量访客。所以从心理结构上说他们对于现代的交往方式与生活习惯早已领受。最重要的是,H村的社会关系从本质上看,已经纳入了法律的权利义务关系,也就是说H村的村民不是陌生于法律,不是不需要法律,相反,由于时空的原因,由于一种介于陌生人社会与熟人社会之间的复合形态^[5]他们的利益需要法律来保证,他们的纠纷需要法律来协调。除此之外H村并没有更多传统的解决利益冲突的手段。^[6]因此从整体上说H村是一个和现代社会没有太多冲突的地方,它已经尘封了太多的传统,这种教育传统与现代教育的冲突在H村应该是不多见的。但现代国家与

[1] 凯尔逊:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中华大百科全书出版社1996年版,第225页。

[2] M.韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中华大百科全书出版社1996年版,第57页。

[3] S小学的合法地位受到了动摇,居然有学生舍它而求其他;区政府的批评、行政处罚都没有效果当然也是一件很恼人的事情,而堂堂的国家法律也被规避这更不能容忍,所以我认为H村村民之所以违法不是他们反对受教育,而是反对受什么形式的教育让他们惹火上身,而这种形式仅仅是一种意志的代表(国家意志),所以法律的确是在以形式上的平等掩盖实质的不平等。

[4] 费孝通:《乡土社会》,法律出版社1985年版,第104页。

[5] 费孝通先生在《乡土社会》一书中提到了“陌生人社会”与“熟人社会”这样一对概念,城市是一个陌生人社会,是一种契约文明保证下的社会,因此法律会很自然的成为一种维持秩序的工具,而完全的熟人社会则有它自己的内部规则,实际上在二者中间的形态是最能考察出两种社会背后秩序观念的冲突及原因的,所以我在选择调查对象上不去城市,也不去纯粹的农村,因为它们很难暴露权力运作的“异象”。

[6] 如据我的了解,H村从前因为政府禁止农民自己出售茶叶的具体行政行为而提起过行政诉讼,而在平时村民处理社会关系也没有传统乡土社会的手段,他们不是拒绝法律,相反是相信法律的,他们不妥协的不是内容,而是形式。

法律却是绝对的不宽容:任何传统都不能没有合法性。

既然H村决不是纯粹意义上的乡土社会,那么据我有限的关于乡土社会秩序的阅读,已经不能为我提供答案:为什么并不缺乏法律意识,法律已经作为有力的控制工具,建立起了权力网络的H村,会在教育问题上与法律如此的不妥协?而进一步扩展思路:H村的复合结构是否恰如现代中国的国家结构,法律已经为现代国家找到了合法化依据,法律也在最一般的层面上获得了权威。如我们常说法律神圣不可侵犯,法律面前人人平等,但要注意的是,这种权威实际上没有经受具体生活的考验,当法律的权力末梢与社会接触于不同时空、事态下,效力的实现会很不一样。也就是说,法治的过程中没有被动的接受者,每一个当事人都会根据自己的情势,试图影响改变法律,每一个人都会努力让法律满足自己的欲求,又都会因为另一种欲求而影响甚至规避法律,这是否能看作法律效力实现的应该实质过程呢?所以,福柯两种权力关系模式:城市型模式与田园牧歌型模式在现代国家的真实图景中是不能截然分开的,当我们理解法律这种权力的实际效力如何成为可能时,不应该再以“法律君临世俗世界”^[1]的心态来理解,在这里,法律效力的实现来自于社会当事人的选择,在不同的时空与情势下,法律效力实现的程度、成本及后果都是不同的。文本的法律效力概念是死亡的,它的复活来自当事人的践行。正如迦达默尔在表达语言的本质时说的那样:不是人在说语言,而是语言自己在表述,不是人造就了语言,而是语言造就了人。^[2]下面我将论述为什么法律效力的实现是一个社会选择的过程以及影响这一过程的具体因素。

二、社会选择的必然性的一种研究进路:从社会当事人分析

法社会学家L. M. 弗里德曼认为:现代权威无论真假都是经过选择后的权威,现代国家依赖于法律的权威,二而法律依赖于个人选择的权威。^[3]因此,现代法治的根本前提是个人选择或同意。H村是一个需要法律的地方,但这种需要不是绝对的,也就是说,对待每一件事情,村民都会有自己理性的判断,^[4]是诉诸法律还是该规避法律,是该影响法律还是彻底接受法律,而与村民发生社会关系的其他当事人也必然会有同样的思考。如S小学会找到区政府,区政府又会在百般无奈之下来一个官告民,正是由于法律处于一种人的博弈之中,它的效力不可能完全符合规范预设,不可能完全实现最大化,而只会在冲突中达到一种均衡,当情况严重的影响一方的偏好时,法律的效力就会受到严重影响:如当补习班被取消后,15名学生全部辍学,《义务教育法》对人的效力就在局部受到严重削弱,而这一辍学结果马上严重影响了政府的偏好,于是在政府诉至法院之后,在法官的恫吓下《义务教育法》被强制地得到了服从,效力得到了实现。但请注意“强制”一词的涵义,强制就意味着国家彻底剥夺了村民的全部选择权,所以这种效力的实现就不是以同意为前提,所以这种效力绝对实现的情况势必不能维持长久,不到半年,就有人背井离乡外出打工,从而彻底规避了法律,这也是一种选择,一种“不同意”的选择结果。

制度经济学的分析告诉我们,制度是在每一个人的偏好之中形成的,偏好是一种主观的效用,即人对某一特点方面的主观满足欲求。^[5]人的偏好是这个世界丰富多彩的根本原因,S小学的偏好在于维护自己的教育正统性,政府的偏好在于维护它认为的秩序统一性和局部利益,而H村的村民不予妥协的根本原因也在于在这件事情上他们的偏好与态度是倾向于在自己喜欢的环境里

[1] 这实际上是认为法律安排的人间秩序在任何时候都是最好的,其实不是这样,法律安排的秩序并不具有天然的优越性与正当性,《义务教育法》正是认为它确立的官办教育从内容到形式都是最好的,才会视现实传统于不顾,这又是一种理性的自负。具体我在正文里就该法的第3条,第8条,第13条都有分析。

[2] 迦达默尔:《解释与真理》,三联书店1999年版,第165页。

[3] 转引自季卫东:《法治与选择》,载黄之英编:《中国法治之路》,北京大学出版社1999年版,第29页。

[4] 每一个人的知识都是一种偏见,做出的判断都是自己知识的产物,都具有一种理性。

[5] 柯五刚、史漫飞:《制度经济学——社会秩序与公共政策》,韩朝华译,商务印书馆2000年版,第63页。

接受“教育”。因此,偏好的不同必然引起斗争与选择,而在一个现代的国家,一切利益斗争又必将纳入法律的实体与程序的层面进行解决,法律规范实际上已经预设立法者自己的偏好,当一方的偏好与立法者的偏好恰好大致吻合时,就出现了法律对他的支持,但法律不可能覆盖一切当事人的偏好。因此在特定的时空与情势下,每一个人都会努力影响法律的现实形态,都会有可能肯定法律的效力,也都会有可能选择削弱法律的效力,无论是一方的最后恫吓还是一方最后的偷偷离开,法律的效力都在各自的偏好选择下从规范的形态开始被一步步异化。《义务教育法》的效力从文本(规范)形态上看是绝对的,国家的每一个公民都应该遵守,但当他的权力末梢与具体的社会事实接触时,首先时被补习班削弱,而后又被辍学事件削弱,虽然最后村民“选择”被强制,但最初的规范效力形态已经被改变——它总会在一定程度上被不同的人影响。这就是一个异化的火车,从一个逻辑上的当然状态逐渐转变成为现实上的实然状态,无论是谁,都努力“修改”法律,知道一个动态的平衡状态,说是动态的,因为法律的效力随时变化,只要情势继续发展,它不会有一个终点。

因此,从社会当事人的角度分析,一切的选择源于每一个人的偏好,我认为法律的效力的绝对实现的状态实际上包含两层意思,①它对时空和人的约束力最大化;②能动的发生约束力。^[1]要实现这种理想的状态只可能有两种情况:一是社会上每一个当事人的偏好都取消,而具有共同的主观态度,如村民和学校及政府都只认可官方教育,且都认可九年义务教育。二是每一个当事人的偏好都根据法律的要求而主动调整,如村民的确意识到《义务教育法》符合他们的利益,当他们接触到文本的《义务教育法》时,他们就已经被收服,“不是肉体的收服,而是来自灵魂的认可”,实际上现代法律的一个重要技巧就是想方设法改变人在某一件事上的偏好,使之与立法者的偏好吻合,这样我们就可以理解为什么法律总要以戏剧化的形式和特定的程式表达出来。如伯尔曼在《法律与革命》中引述的梅特兰的观点:“法律只要是不成文的,它就必定被戏剧化和表演。正义必须呈现出生动形象的外表,否则人们就看不见它。”^[2]其实从偏好的角度看,所谓的正义也只是一偏好意义下的正义,没有满足一切当事人偏好的正义,只有立法者偏好的正义。所以中国才有一句话:“你说你公道,我说我公道,公道不公道,只有天知道。”所以法律总是要借助戏剧化形式的力量按照它的意图影响和改变当事人的偏好,于是我们可以理解威严的法庭,严格的程序甚至法官的假发为什么不是多余的,这一切不仅表现了一种对法律的信仰,也的确是作为一种功利的手段而存在。事实上本例中法官之所以要专门召集家长开会,且最后用恫吓的方式,都是在企图改变家长的偏好,只是 H. L. A. 哈特指出了这种恫吓的局限:“如果一个规则体系要用强力加于什么人,那就必须有足够的成员自愿接受它,没有他们的自愿合作,这种创制的权威,法律和政府的强制权力就不能建立起来。”^[3]

同时,要指出的法律效力的实现之所以基于当事人不同偏好的选择,还在于政府立法者都是一种独立的利益集体,也就是说,在现代民主社会,政府与立法者都具有一种真实的追求自我利益

[1] 实效的理想状态不仅要求在对时空和人的效力上最大化,而且应该要求其承办最小,即需要付出的社会代价最小,所谓的“能动的发生作用”实际上是对法律的实效进行效率分析。现代法理学认为效率也应该是法律追求的价值,在这里,效率是一种成本分析下的概念,制度经济学告诉我们,法律制度是有服从成本的:即民众的服从是要付出他们自己的代价的。同时相对于民众来说,政府还存在一种执行成本,如果执行阻力越大,那执行成本就越大。如果法律都要靠最后强制力来执行,那说明民众的服从成本和政府的执行成本都太大了,那么这样的法律就是没有效率的,而“能动能力”越强则说明法律是越有效率的。所以凭最后的暴力实现的效力,并不是一种理想的状态。关于执行成本与服从成本的理论具体可以参见柯五刚、史漫飞著的《制度经济学》第一部分,商务印书馆 2001 年。

[2] 伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中华大百科全书出版社 1996 年版,第 175 页。

[3] H. L. A. 哈特:《法律的概念》,张文显等译,中华大百科全书出版社 1996 年版,第 196 页。

的人性因素,他们虽然具有民选基础,但一旦存在就必然有自己的价值偏好与独特的利益诉求,现代国家法律能否支持一个具体的诉讼请求,根本前提就在于这个诉讼请求背后的偏好是否与立法者的偏好相同,这也是本例中法律支持政府而反对农民的根本原因。《义务教育法》充分体现了宪法精神:受教育不仅是权利,也是义务,这是全国人大的主观偏好,还有一种偏好就是九年义务教育只能在国家举办的或得到国家承认的学校里进行(即便是在已经鼓励社会办学的今天,民办学校也有相当严格的资格准入制度和登记程序),这样的偏好当然从根本上否定H村自古的教育传统,全国人大的第三个偏好就是体现在该法的第八条:要求制定统一、官定的教科书,这势必就是在教育内容上要求整齐划一,同时相信官定教科书的绝对优势。在该法的第13条对老师的资格选任也做了严格的规定,这种偏好也必然要反对其他人实质意义上的教育行为,而且不问具体效果如何。在这件事情上全国人大与地方政府的偏好有很大的一致性,但在其他事情上,如遇有行政诉讼的情况,这两个主体的偏好就有可能存在较大的冲突,从而又会对法律效力的实现产生不同的影响。

三、社会选择的必然性的另一种研究进路:法律的空缺结构(the open texture of the law)

在第二部分我曾分析立法者有自己的偏好,一个社会由于各当事人的偏好不同,因此防止偏好而出现机会主义的制定也必然在偏好的冲突与平衡之中产生,然而,制定是有层次的。正如哈耶克所提到的:一切规则可分为内部规则和外部规则,内部规则是一个社会肌体的自发秩序,经历了反复的测试与实验,渐进发展,而外部规则则是一中理性主义的建构行为,它相信人类理性可以像解方程一样的在一个规范的体系解决一切社会问题,立法正是一种建构性的外部规则,它的一个基本前提正如哈耶克指出的是假设一个有全知全能的主体,能洞察一切人的偏好,从而作出最好的决定。^[1]然而正如前面所论,立法者本身也具有偏好,因此,它必定不可能在立法中覆盖一切社会当事人的偏好。哈特认为法律具有一种空缺结构,一是立法对目的的相对模糊状态,他说:“这个世界不是我们的世界,人类立法者根本不可能有关于未来可能产生的各种情况的所有结合方式的知识,这是一种预测未来能力的缺乏。”二是立法还存在对事实的相对无知,这从本文的观点看就是从自己偏好出发可能造成与大量其他事实的冲突与背离。以上关于法律空缺结构的分析,哈耶克的论证是在“概念的天国里”,从语言哲学的角度开展的,而本文的观点则是:法的空缺结构一方面是立法者能力的问题,另一方面亦是立法者偏好的结果。立法者的偏好只是一定情势下的状态,它必然无法对未来和现实的一切进行敏锐的分析,即偏好只有即时性。《义务教育法》一个重要的偏好就是赋予公办教育唯一合法性,因此无法预计将来和现实中实际存在的教育形式的多元化,且在形式理性的法律面前,概念越来越明确,事物的性质也必定越清楚,所以补习班肯定不算教育的法律概念。因此,才会有村民大惑不解:为什么在村子里念书就违法了,就不算念书了?可见由于特定的偏好,导致了对未来和事实的相对无知,即《义务教育法》并不能成为一切效力所及时空的偏好,并不能符合每一个时空的独特情势,在H村,村民的私塾教育从来就是当地教育香火鼎盛的一个重要原因。另一个方面,为什么教育要成为一项义务,这是基于立法者的一个偏好:立法者认为必须通过这一途径提高全民基本文化素质(见《义务教育法》第3条),它实际上是假定全国的教育传统、经济状态、社会结构都是同一层次的。实际上不同地区教化之风与重教程度是不同的,杨念群在《儒学的地域形态》中就曾详细的论说了江浙地区的教育水平之发达与教育风尚之浓郁。^[2]在H村,既有学的传统,也有学的具体经济社会条件,《义务教育法》的悲观逆

[1] 详见哈耶克:《法律,立法与自由》,邓正来译,中华大百科全书出版社1996年版。

[2] 杨念群:《儒家知识的地域形态考察》,三联书店1997年版,该书详细考察了儒家知识在不同地域形态下的发展,作者用丰富的史料证明江浙地区自古就教育香火鼎盛,且极富特色与自己的传统。

辑假设:如果没有法律,会有大量辍学,影响全民基本素质——在这里是不存在的(该法第三条的实质)。所以从实质理性的角度看,即便接受传统的教育也是正当的,中国是一个强调实质正义与实质理性的国家,但在形式理性的法律看来,却会对这一行为做出否定的评价。^[1]

正是由于形式理性下的法律空缺结构的存在,导致了社会按照自己的偏好对法律进行再解释的过程,每一个当事人会在法律的规定下作出符合自己偏好的选择,在这一个过程中,法律的效力必然不可能再如规范形态一样毫发无伤地发挥出来,不同的时空维度里,如果既定的法律不足以概括一切情势(事实上也不可能),那法律的效力必然会受到影响。对于H村的学生来说,补习班更具有比较优势,于是他们就不会愿意走进国家举办的学校的大门,于是《义务教育法》的效力就要在选择过程中被削弱。

法律的空缺结构是社会选择的又一个原因,法律效力的实现程度及其实施是立法者的偏好的满足程度,因此它并不具有普世的价值与绝对的正当性,而又由于个体偏好在时空视觉上的局限性,它必然要引起社会其他当事人的选择,立法者的偏好导致了法律的空缺结构,而这种局限必然导致法律在调整社会关系时所有当事人必定要作出自己对法律的理解与解释:司法者有他的司法解释与自由裁量,政府有他的具体的执法行为(当然也可能有规避行为),公民也会有他的理解与对法律的实际的选择。正是法律的空缺结构激活了一切当事人,反而令自己陷入了被选择的局面,所以法律的效力的实现也就在选择之中进行,正如有的学者指出:“法律是在各种社会关系的交互影响下实现可以实现的制度,而脱离具体地方性知识和社会关系的法治是没有现实对应物的。”^[2]

四、影响法律效力实现的选择性因素:一个量化分析的研究进路

法的效力的实现过程其实就是立法者的自我利益与偏好的满足程度——这是本文的一个基本逻辑原点,而法律最终要面向世俗社会,因此立法者的偏好必然有一个被社会当事人根据自己的偏好进行选择的过程。选择并不是一个简单的同意或否定的过程,而是一个可以不同人、不同程度解释法律,影响法律的动态过程,社会学的一个基本工作就是将各种非量化的社会因素转变为可量化的因素,而后考察它与其他因素的函数关系,从而得出一些结论。在分析了社会选择是法律效力实现的原因后,本文尝试将法的效力实现,即法的实效视为一个目标函数,结合田野调查的事例,希望给出法的实效与社会选择因素的变化关系,以求更具体发现法律的实效是如何变化的。

当然,将法作为一种量进行分析是美国学者布莱克有过的作业,^[3]但布莱克的目标函数是法律的量,亦即进行的是法律的需要程度的量化的分析,而本文的目标函数是法律的实效的量,且它和法律的量是不成正比的,它有自己的自变量,而且法律的实效的量和法律的量最大的不同在于它们揭示的问题是不同:法律的量仅仅是揭示了法律对现代社会的控制程度与实际深入程度,它追求的是一种工具的作用,比如布莱克对法律的界定就是政府对社会的控制工具。法律的实效

[1] 关于实质理性和形式理性是M. 韦伯提出来的,虽然韦伯推崇形式理性下的法律,但他也认为形式理性是有局限的,所以他才特别强调要重视对英国判例法的研究。在中国的传统文化里,我们习惯的是实质意义上的结果如何,而不是这一结果是如何发生的。对“正义”的理解就是一个很好的例证,我们的正义是一种结构和实质内容的正义,它强调的不是实现正义的方式与过程,所以在外国人眼里,梁山好汉就成了土匪。在本事例中村民关注的是实际上是否在接受教育,而法律关注却是实际上在接受怎样的教育。

[2] 郑戈:《法制的可能性及其限度》,载《司法公正与权利保障》,北京大学出版社1998年版,第76页。

[3] 布莱克:《法律的运作行为》,唐越、苏力译,中国政法大学出版社1994年版。准确地说,布莱克的方法是行为法学的科学方法,处理法律这一社会模型有使之简化之嫌,所以本文的意图不是揭示绝对真实的量变关系,而是为了找一个偏好的场域。