

GUANGHUA
FAXUE

光华法学

第一辑

《光华法学》编委会 编

合同违约金的比较研究与法律经济学分析
——以违约金的补偿性为中心

批准《公民权利和政治权利国际公约》两种思考进路
——关于法制与人权价值次序的选择标准

宪政平衡理论的古代渊源
——古希腊平衡政体思想引论

现代化与现代性
——历史 理论 关系

夫妻财产制：流变 困境及其解决
——以民事交易安全视角观之



西南财经大学出版社

GUANGHUA
FAXUE

光华法学

第一辑

《光华法学》编委会 编



西南财经大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

光华法学. 1/《光华法学》编委会编. —成都:西南财经大学出版社,
2007. 3

ISBN 978 - 7 - 81088 - 652 - 9

I. 光… II. 光… III. 法学—文集 IV. D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 157046 号

光华法学 第一辑

《光华法学》编委会 编

责任编辑:李霞湘

封面设计:穆志坚

责任印制:王艳

出版发行:	西南财经大学出版社(四川省成都市光华村街 55 号)
网 址:	http://www.xcpress.net
电子邮件:	xcpress@mail.sc.cninfo.net
邮政编码:	610074
电 话:	028 - 87353785 87352368
印 刷:	成都市书林印刷厂
成品尺寸:	185mm × 260mm
印 张:	14.25
字 数:	285 千字
版 次:	2007 年 3 月第 1 版
印 次:	2007 年 3 月第 1 次印刷
印 数:	1—1000 册
书 号:	ISBN 978 - 7 - 81088 - 652 - 9
定 价:	20.00 元

1. 如有印刷、装订等差错,可向本社营销部调换。
2. 版权所有,翻印必究。

西南财经大学法学院简介

西南财经大学是首批进入国家“211 工程”建设的教育部直属重点大学,坐落在享有“天府之国”美誉的成都平原,毗邻杜甫草堂。1980 年,学校由中国人民银行主管。1985 年更名为西南财经大学。1995 年,学校进入国家“211 工程”建设。2000 年,学校以独立建制划转教育部直接管理。

法学院是西南财经大学“211 工程”重点建设的学院,其前身是于 1983 年成立的经济法教研室,1987 年新增经济法本科专业时与人口研究所合并组建法学系,2001 年更名为法学院。

学院现有人口学(设有人口学、民商法学、经济法学、刑事法学方向)、法律经济学和人口、资源与环境经济学 3 个博士学位授权点;有法学一级学科硕士学位授权点,现招收民商法学、经济法学、刑法学、国际法学、法律硕士专业学位(J. M)、法律经济学、人口资源与环境经济学和人口学 8 个专业硕士研究生。本科法学专业是四川省重点建设的法学本科人才培养基地,经济法学科是四川省内仅有的两个法律类省部级重点学科之一。学院现有各类学历教育学生 1500 多人,其中,全日制在校本科生近 700 人,硕士研究生 500 余人,博士研究生 40 余人,成人类学生 300 多人。

学院设有金融法研究所、欧盟法研究中心、中国税法研究中心和人口研究所 4 个研究机构和 9 个教研室。学院一贯坚持“人才兴院”的发展战略,大力引进海内外优秀人才,不断提升科研教学水平。2004 年来,学院从国内知名院校引进 2 名博士生导师和 3 名国外知名院校的法学博士。现有 46 名教研人员从事法学学科的教学科研工作,其中有教授 18 人,副教授 16 人,博士生导师 10 人。有数名教师分别担任国务院部委的顾问、教育部高等学校法学学科教学指导委员会委员以及中国商法研究会、中国刑法学研究会、中国经济法学会、中国国际经济法研究会和中国劳动法学研究会的常务理事、理事等学术职务。

学院始终坚持“科研强院”的科研发展思路,强化科研激励机制,不断提高学院教师科研水平和科研成果质量。截止到 2006 年 8 月,学院教师共主持国家级与省部级科研课题 76 项,仅 2006 年就有 3 项课题获得国家社会科学基金立项。学院共有 25 项成果分别获得中宣部“五个一工程”奖,全国青年优秀社科成果奖,教育部、司法部以及四川省哲学社会科学优秀成果奖等省部级以上奖励。2004 年司法部优秀成果奖评选中我院教师获奖数占全国财经院校法学学科获奖总数的 1/3。在 2005 年四川省第十一届哲学社会科学优秀成果奖评选中,学院教师获奖数占全省法学学科获奖总数的 57.1%。

賀《光華法學》創刊

和而不同 矜而不爭
周而不比 泰而不驕

封希德
2006.12.6

封希德題辭

光映经世济民大业，
华贵质朴众望攸英，
法治报国铮铮宏愿，
学海无涯若舟文苑。

—贺《光华法学》创刊

王裕国

2006.11.

知之不足
聚为精英
面向未来
发展主题之

江平 2005
12月

江平题辞

繁荣法学

光我中华

为《光华法学》题词

王利明

2006.12.20

江学子思想

成法律人才

赵旭东

为光华法学题词

2005年11月3日

赵旭东题辞

与中国法治共同成长

谢晖

06.10.19日

谢晖题辞

閱讀 反思 批判

西南財經大學

光華法學社之

鄧正來

二〇〇五年十二月

鄧正來題辭

《光华法学》编委会名单

主 编：唐清利

副主编：刘为民 万 江

熊 川

编 委：邓君韬 黄 静

谢耀宇 唐 萍

院长寄语

《光华法学》是以法学院研究生为主体独立编辑的出版物。在世界上,法科学生编辑高水平的学术出版物已不乏其例,饮誉全球并成为世界法学研究水准代表的《哈佛法律评论》就是其中的佼佼者。就这些出版物为法学研究所做的卓越贡献而言,它们至少是世界法律学说与法律制度发展历史的一个见证。在各种数据与现实面前,人们已经相信法科学生完全有能力办好一份学术出版物。西南财经大学法学院经过二十年的开拓与发展,或许也应该有一份法科学生自己编辑的刊物了。但是,由于众所周知的各种原因,创办《光华法学》这项工作足难能可贵的。

在创刊卷的编辑过程中,主持编辑的同学和我谈及了他们办刊的思路、刊物承载的学术理想、具体的制度建设等方面的设想,我觉得他们对《光华法学》的出版已经做好了准备,并且非常重视《光华法学》的发展。更令人欣慰的是,我在交谈中发现同学们为自己能成为一名“刊物”的编辑而充满自豪感和责任感。我既为他们这些初生牛犊所特有的创新精神与严谨的工作态度而折服,也为他们高涨的学术热忱与踏实的工作作风而感动。我相信学子们的这种自豪与追求是发自内心的,也坚信他们能够以学术为乐趣,以“刊物”为寄托,也就能够珍惜自己的“羽毛”,呵护自己的刊物。

正因为这支由研究生组成的团队具有流动性,“刊物”可以经常获得新鲜的“血液”补充,而有利于保持学术与“世俗”之间的适当距离,从而有利于学术的净化与健康。与此同时,每届编辑都有可能出于对学术的高尚情感而产生超越前任的思想,从而为刊物的发展提供了源源不断的动力。如若达此境界,学子们便在编辑刊物的过程中实现了自我价值与社会价值的统一,这正是法学教育的基本诉求。因而,《光华法学》的问世对于提升西南财经大学法学院的研究水准和学术影响,对于进一步提高法学院的教育水平都具有重要意义。

《光华法学》的编辑一再要求我在创刊卷为他们写点东西,我却惟恐自己的言语给刊物造成某种选择的偏好,而一直有些踌躇。然而,内心的感动使我不能自己,很想借此对学子们创办《光华法学》的努力和精神表达鼓励与赞赏,于是应允下来。“千里之行,始于足下”。我希望《光华法学》在不断的学习与反思中创造奇迹,在不懈的努力中追求卓越,我更期待《光华法学》最终能够为中国的法治建设与社会进步做出应有的贡献。

高晋康

2006年12月

卷首语

自英伦以利器叩开中国大门以来,泱泱大国竟为列强争相鱼肉,令人黯然神伤。炎黄子孙为中华之崛起而上下求索,从救亡图存到求富求强,“革命”、“改革”与“社会转型”简约成中国近代的符号。民族革命的胜利开辟了华夏复兴的道路,制度变迁与社会转型迎来了中国空前的繁荣。尤其是随市场经济理念与法治精神的传播,社会、政治与经济所取得的进步更今非昔比,这为中国法学研究带来了前所未有的机遇,但挑战更甚。公平与效率、个人与社会、国家与市民、本土问题与国际化……这些问题日益成为国人关注的焦点,亟须更多的志士努力以解决此中冲突、争端。

中国正重新赢得世界尊重,现代化、全球化和本土化的激荡编织成当下的语境,为学术研究提供了丰富的场域,也是我国学术繁荣的契机。因为社会转型和制度变迁为我们的研究提出了许多新的课题,为解决这些重大问题而进行的探究注定会为知识累积做出贡献,并由此推动法学理论的进步。

法学的语境依赖性决定了法学研究需要对社会现实更为密切的关注。作为法学灵魂的公平与正义也只能在特定的语境中才获得实效。但是,法学精神时刻以特有的保守消解着所在语境的不谐音符,并最终消融于该语境中。或许,法学由此而有别于其他科学,我们大抵也由此找到了法学研究分为自然法学、纯粹法学与实证法学等诸种学说之根源。这也许还是法学富有吸引力而值得我们为之倾洒热血的重要缘由。

然而,由于众所周知的一些原因,中国法学在相当长时期对社会现实的回应不够,法学的特性没有得到很好的彰显,甚至在一段时期仅是注脚。法学研究受到了或多或少的束缚,甚至法学本身的自足性都曾受到质疑。是故,致力于中国法学进步的学人理应承担更多的责任,在回应中国现实需求的基础上不断夯实法学之根基,张扬法学之特质,推动法学研究方法之创新。

《光华法学》以此为宗旨,“点滴之光,聚而为华”,在此社会进步的大潮中略尽绵薄之力。我们感念于“图大学问,治万世平”,以积累知识、解读社会与关涉民生为办刊目标。为此,我们将格外重视关注现实与前沿的法学理论,积极倡导多种学科的融合与方法的创新,力求为法学研究方法与学术范式的转换和沉淀提供一块兼容并蓄的“试验田”,并在同仁的宽容与支持中获得进步,共同为推进中国法学研究的鼎新做出应有的贡献。

《光华法学》编辑部 谨识

2006年12月

编者按

这个夏天,属于世界杯,正是社会的进步,才使我们这些旁观者也有机会融入这一全球化的产品中。我们所属的时代,正处于巨大转型的攻坚时期,社会冲突最为凸现、紧张,二十多年观念的更新、成功的经济改革强制制度发生相应的变迁。社会为理论提供了更多的资料、素材以及一个宏大的场景,而学术需要回应现实并有所创新,以提供一个更为有效、更具解释力的理论体系来贴近生活着的真实世界。冲突着的事实、需要重构的制度以及亟须创新的理论体系自然成为本期的主题:实践、理论的重构与创新。

向法治社会转型的趋势已无法阻挡,人的主体性得到尊重,无论是国际公约还是宪法,都强调人的权利,但如何整合两者的权利规定却是首要之事,书中的《批准〈公民权利和政治权利国际公约〉两种思考进路——关于法治与人权价值次序的选择标准》分析了不同的处理方法,作者认为制定《中华人民共和国人权保障法》是有必要且可行的。关于法和人的关系,古希腊早有讨论,《宪政平衡理论的古代渊源——古希腊平衡政体思想引论》回到了这一古老却富含智慧的时代,当然更重要的是对西方宪政理论起源的跟踪或许对处于向法治国家转变的中国有所启发。现代是什么?现代化和现代性又如何理解?《现代化与现代性——历史·理论·关系》厘清了其间的关联。现代化和现代性同样会带来问题,增加社会冲突,至少在现阶段的我国,无论是基本的人权、财产权,还是国家对犯罪的控制,都产生了新的社会冲突,当然理论的重建和创新也在所难免。

法律固定了犯罪的样态,但现实中的疑难案件纷繁杂呈,理论所假设的犯罪构成也正由此得以修正、完善,是一个开放和封闭不断冲突、交织的过程,因此讨论其间的关系特别是在我国的适用就有必要,这也是《开放性犯罪构成之展开》价值所在。犯罪构成假设了犯罪惩罚的正当性,但要获得坚实的理论支撑,需要追究更为深刻的原因,这涉及的是犯罪论的问题,《犯罪论的哲学根基》给出了部分答案;与行而上相反,《也谈王斌余的罪与罚》则在一具体的真实场景中去分析了犯罪与否。一定程度上法律,包括犯罪论,是回应社会的产物,随社会而不断变迁,同样,对犯罪主体的认定也不断发生着变迁,比如《单位金融犯罪之认定及其刑罚适用研究》。

金融犯罪的主体需要重新研究,而作为社会热点的物业管理的主体制度更需重构,《业主自治的法律主体重构》试图解决这一问题。在社会的不断变迁过程中,社会

的微观单位——家庭的地位也发生了变化,当然包括夫妻财产关系在内都发生了演变,需要制度的重构,《夫妻财产制:流变、困境及其解决——以民事交易安全视角观之》一文从民事交易安全的视角提供了其解决之道。物业管理属热点问题,夫妻财产关涉交易安全,而农地征用则既是热点又牵涉社会安稳,由此引发的冲突更可能导致社会动荡,《农地征用与农村市场交易机制分析》所给出的方案有一定价值。

制度需要重构,法律理论同样需要创新,至少需要借鉴国外理论的新近发展前沿,如此本期法律经济学特别关注了行为法经济学,与传统理解的行为法学有所差异,行为法经济学更强调人的认知,强调对法律核心议题理性的探讨,当然其分析路径和以往法律哲学的讨论有分歧,也许行为法经济学会成为今后的热门。《行为法学:何时返回“形而下”?——中国行为法学发展现状的遗憾》是对中国传统行为法学发展情况的回顾,《合同违约金的比较研究与法律经济学分析——以违约金的补偿性为中心》则把行为法经济学运用到一微观的合同法律理论重构中,而合同法的法律经济分析也逐渐为理论界所重视。

这是忙碌半年的《光华法学》所要交出的答卷,忙碌后有兴奋,但更多是忐忑不安,不知道最终的结晶是否如意,更重要的是我们的“制品”还需各位看官评价。

窗外依旧阳光灿烂着,但明天是否还会有个阳光的午后?无法确定。人类,因为其智识的渺小,只有在实践中不断试错、创新,才可能维持其存续,而理论同样是在对假设、权威、惯说等的不断质疑中得以丰富饱满。“点滴之光,聚而为华”,是为光华。作为新生物的《光华法学》也只有在不断的反思和改进后才会得以成长,我们希望并致力于《光华法学》的长存。

目 录

Contents

(第一辑)

法律经济学

- | | | |
|----|-------------------------------------|---------|
| 3 | 合同违约金的比较研究与法律经济学分析
——以违约金的补偿性为中心 | 樊志斌 周林彬 |
| 23 | 行为法学:何时返回“形而下”?
——中国行为法学发展现状的遗憾 | 杨 吉 |
| 34 | 行为法的过去、现在和未来 | 万 江 |
| 38 | 农地征用与农村市场交易机制分析 | 杨海涛 |

理论探讨

- | | | |
|----|---|-----|
| 49 | 批准《公民权利和政治权利国际公约》两种思考进路
——关于法治与人权价值次序的选择标准 | 莫纪宏 |
| 67 | 宪政平衡理论的古代渊源
——古希腊平衡政体思想引论 | 谢维雁 |
| 80 | 物权请求权解析 | 辜明安 |
| 92 | 犯罪论的哲学根基 | 文海林 |