

GUANG HUA LAW REVIEW

光华法学

第六辑

《光华法学》编委会 编

-
- 论网络服务提供者在第三方侵权行为中的责任——基于法经济学的视角分析
 - 立法的明确性及其限度——基于规则与标准的经济分析
 - 案例指导制度与积极参与社会管理创新
 - 试论金融消费者权益保护
 - 外国罚金刑实证分析：规范借鉴与罚金刑重构
 - 公民、组织公民及其重叠法律义务



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

1471003

GUANG HUA
LAW REVIEW

光華法学

第六辑

《光华法学》编委会 编



淮阴师院图书馆1471003



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

J-12/R-999

图书在版编目(CIP)数据

光华法学·第6辑/唐清利主编. —北京:法律出版社, 2011. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3504 - 8

I. ①光… II. ①唐… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 091493 号

光华法学·第6辑

《光华法学》编委会 编

责任编辑 郑 导
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16

版本 2011 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 廊坊市飞腾彩印制版有限公司

印张 15.25 字数 305 千

印次 2011 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3504 - 8

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

品之之

聚为移

石为材大论新
发学论学之

12月

2005
12月

《光华法学》（第六辑）编委

主 编：唐清利

执行主编：项婷婷 张安静

编 辑：谭博文 刘文力 熊劼杰 唐 静 邵文秋
 韩之璐 付 旭 江 楠 米传振 刘济澄

西南财经大学法学院简介

西南财经大学前身院校之一的正阳法商学院,其前身是创建于1946年的重庆朝阳学院,1949年更名为私立重庆正阳法商学院。当时的院长、院董事长均为国民政府司法院院长居正兼职,副院长由国民政府司法行政部次长、最高法院院长夏勤担任。同样为西南财经大学前身院校之一的、创建于1946年8月的相辉文法学院也设有法律专业。1987年5月,在原学校基础部经济法教研室和人口研究所基础上组建法学系,开设经济法专业和人口学专业。1992年,在企业管理专业下招收经济法方向硕士研究生;1998年,本科经济法专业调整为法学专业;2001年10月,组建法学院。

西南财经大学法学院是学校“211工程”重点建设学院。现有法学一级学科博士学位授权点,招收民商法学、经济法学、刑事法学、理论法学专业博士研究生,同时设有法律经济学博士学位授权点;拥有法学一级学科硕士学位授权点,有权招收法学各专业硕士研究生,目前招收民商法学、经济法学、刑事法学、国际法学、法律经济学、法学理论、诉讼法学和法律硕士专业学位(J.M)等8个专业硕士研究生。法学学科整体实力连续多年稳居全国财经院校前列。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;法学一级学科硕士学位授权点是四川省级重点一级学科。拥有经济法、民法、刑法、国际经济法、商法等五门四川省精品课程。学院现有学生1078人,其中,全日制在校本科生707人,硕士研究生333人,博士研究生38人。

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。截至2009年6月,有专职教师50名,其中教授18人,副教授14人;有博士生导师14人;50岁以下的中青年教师人数占教师总人数的90%;已获得博士学位及在读博士的占全院教师的80%左右。学院教师中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。同时,法学院还聘请了二十多名国内外知名的法学专家担任特聘教授或兼职教授。

法学院设法学系、法经济学研究所、经济法学研究所、民商法学研究所、刑事法学研究所、国际法学研究所、欧盟法律研究中心。此外,学院与教育部人文社会科学重点研究基地西南财经大学中国金融研究中心、财税学院合作设立金融法研究所、中国税法研究中心。

学院始终坚持“科研强院”的科研发展思路,实施科研精品工程,强化科研激励机制,学院教师科研水平和科研成果质量稳步提高。截止到2009年8月,学院教师在

《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》、《经济研究》、《管理世界》等权威期刊发表论文 500 多篇,并在法律出版社等知名出版社出版专著 70 余部。迄今为止,本院教师主持国家社科基金重大招标课题、国家社科基金重点课题及省部级社科课题 80 余项,获得省部级以上奖励 50 多项;先后获得中宣部“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;学院教师的博士论文还成为全国首篇获得优秀博士论文提名的经济法博士论文。

Introduction of SWUFE Law School

The development of the Law School is a key effort of Southwest University of Finance and Economics since it was selected into “211” national education project. Its predecessor was the former Chongqing Sunrise College founded in 1946 which changed its name into Zhengyang Business and Law School in 1949. The president and director of the college at that time was Ju Zheng, President of Judicial Yuan of the Republic government and deputy president was Xia Qin, then the vice minister of the Judicial and Administrative Ministry. Xianghui College of Humanities and Law, another predecessor of Southwest University of Finance and Economics also had its own law department. In May 1987, Department of Law was established based on the Staff Group of Economic Law and Institute of Demographics and it had two principles—economic law and demographics. In 1992, a master degree of economic law was begun to be granted as a branch of corporate management major. In 1998, the major of economic law was adjusted into major of law. In October 2001, Law School was formally founded.

At present, Law School has two doctor degrees conferring disciplines: law (including civil and commercial law, economic law and economic criminal law) and economics of law. It is the first level institution to grant master's degrees of law and is authorized to confer master degrees of law of various research directions. It is now has eight master degrees conferring disciplines: civil and commercial law, economic law, criminal law, international law, legal theory, legal proceeding law, jurist master (JM) and economics of law. It is among the premier law schools of universities and colleges of finance and economics. It is also a key talent training basis for fostering undergraduate law majors in Sichuan Province. Its courses of economic law, civil law, criminal law, commercial law and international law are among the best college courses of Sichuan Province. At present, it has an enrollment of 707 undergraduates, 333 post-graduates, 38 studying for doctor degree.

Law School always persists in the stratagem of bringing in talents from home and abroad. By June 2009, among the total 50 faculty members, 18 are professors and 14

associate professors, 14 doctor advisors. Over 90% faculty members are below 50 years age and about 80% of them have or are studying for doctor degree. Several faculty members are advisors of ministries, commissioner of Guidance Commission on Legal Education of Law Schools under Ministry of Education of P. R. C., executive members of China Commercial Law Study Association, China Criminal Law Study Association, China Economic Law Society, China International Economic Law Study Association, and China Labor Law Study Association. In addition, Law School has invited about 20 famous experts of law from home and abroad and lawyers with high theoretical levels and plenty practical experiences as special hired professors or adjunct professors.

Law school has the Department of Jurisprudence, Institute of law of Economics, Institute of Economic Law, Institute of Civil and Commercial Law, Institute of Criminal Law, Institute of International Law, Institute of European Union Law. Through the cooperation with China Financial Research Center and College of Finance and Taxation, Law School established Institution of Financial Laws and China Research Center of Taxation Laws.

Law School has always adhered to the principle of "emphasizing research" and gives great effort to the development of selected outstanding projects. It has strengthened the incentive mechanism for research. As a result, the scientific research level and the quality of research result of Law School have been making steady progress. By August, 2009, over five hundred thesis have been published in such authoritative periodicals as *Social Science in China*, *CASS Journal of Law*, *China Legal Science*, *Economic Study* and over 70 books have been published by such well-known press as Law Press. Since 2000, faculty members of Law School have organized 80 research projects of national and provincial levels. They have won the Award of "Five Ones" Project, the Award of Outstanding Social and Scientific Research Result, Outstanding Philosophy and Social Science Research Result of the Ministry of Education and the Ministry of Justice, National Outstanding Social Scientific Research Award for Young Scholars and other 50 some provincial and ministerial level awards. The doctor thesis of Law School teacher was the first doctor paper on economic law that was nominated as Selected National Doctor Thesis.

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,享誉全球并成为世界法学研究水平代表的《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,他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。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所折服,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,每届编辑部都有可能出于对学术的高尚情感而产生超越前辈的思想,从而为刊物的发展提供源源不断的动力。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。从而,《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的意义。

《光华法学》的编辑一再要求我在创刊卷为他们写点东西,我却唯恐自己的语言给刊物造成某种选择的偏好,而一直有所踌躇。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作出应有的贡献。

高晋康

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”简约为中国近代的符号。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。尤其是随着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是今非昔比,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,亟需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、全球化与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积累作出贡献,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学科,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多学术之根源。这或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内对社会现实的回应不够,法学的特性没有得到很好的彰显,甚至在一段时期仅为注脚。法学研究受到了或多或少的束缚,甚至法学本身的独立性都曾受到质疑。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基础,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”,以期在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积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兴作出应有的贡献。

《光华法学》编辑部 谨记

编者按

编者按

与侧重于经济分析的“法律经济学”栏目不同,“法律社会学”栏目是运用社会学知识来对社会现实中存在的相关法律问题进行解释和研究。在本期栏目中,我们选取了三篇运用实证分析的方法解释现实社会法律现象的文章,以使读者感受社会学对现实与时俱进的解释力。在《试论契约治理机制的应用——以宗教信仰为例》一文中,张志鹏、吴锦宇运用实证分析的方法对中国社会现实中影响契约机制发挥作用的各因素进行解读,让我们看到了一种新的视角。李晓东在《案例指导制度与积极参与社会管理创新》的文章中,对现行司法系统推行的案例指导制度进行了深入地解读和探讨,为我们展现了司法系统新的发展思路。司法实践的发展离不开法官这一群体,而对现实中法官是如何思考的就有必要进行探讨,李西川在《镶嵌在现实中的法官思维与行为模式——基于基层法官参与社会管理的实证分析》一文中,选取法官参与社会管理中的两个约束条件,对法官的思维及行为模式进行实证分析,使我们看到了法官这一群体在参与社会管理中所作出的重要贡献。

在“法学制度与理论”栏目中,我们选取了八篇文章,从不同角度对我国现实中的法律制度进行探讨。马芳、查碧然在《地方法院推行案例指导制度的必要性及路径选择》中指出,推行案例指导制度在促进司法公正、防止司法腐败、规范法官与当事人和律师关系、监督司法活动、完善立法和司法解释、提高审判质量和效率、调动法官工作激情、缓解“案多人少”矛盾、避免网络事件、拓展替代性纠纷解决机制方面都将起到

重要作用。《刑法修正案(八)》的公布给我们带来了关于刑罚体系的思考,李晓东在《从许霆的量刑看我国的刑罚体系之重构》一文中,结合许霆案对我国司法实践中刑罚的现实情况探讨我国刑罚体系存在的问题,并对刑罚体系的重构提出了相关建议。曹光顺、柴伟在《对我国预告登记制度立法的反思》一文中,就我国立法中的预告登记制度进行了一定程度的探讨。刘艳凤在《美国的司法能动主义理论及其学术启示》一文中,深入介绍了关于司法能动主义的国内外观点,并在此基础上对美国的司法能动主义对中国的启示进行了法理方面的探讨。面对越来越多的金融理财产品,消费者的权益如何保护成为问题,而廖淇、刘建强在《试论金融消费者权益保护》一文中运用规范法学和比较法学的方法,立足中国国情,借鉴国际经验,对构建我国金融消费者权益保护机制提出了初步构想。针对现实中罚金刑无处不在的情形,熊谋林、陈树娇在《外国罚金刑实证分析:规范借鉴与罚金刑重构》一文中,通过对英国和德国罚金刑适用的情况进行分析,指出我国在执行罚金刑过程中应注意的问题。而国家对危险驾驶立法带来社会关注的情况下,李凯在《危险驾驶罪的二维考察——基于立法论和解释论的视角》一文中,从立法论和解释论的角度对危险驾驶罪的合理性及其和其他罪名的区别和联系进行研究,指出应结合个案决定是否适用危险驾驶罪。在学界百家争鸣的同时,学者也关注到了我国的环保法律问题,吴义龙在《环保政策的价值取向:规制还是激励——以排污权许可交易制度为例》一文中,运用法律经济学的方法对中国传统环保政策进行分析,在分析的基础上提出了排污许可交易制度,并进行了相应论证,为我们展现了学界对环保法律问题的深切关注。

“法学译文”栏目延续了往期的栏目设置,为知识的循序渐进、渐次发展和传承搭建平台。李京颖、沈冬军翻译的《公民、组织公民及其重叠法律义务》一文为 Orly Lobel 所著,文章从公民组织的两个定义展开,在此基础上展示在信托中难以界定的忠诚义务,从而展开了对角色和冲突义务的探讨,通过一系列的研究,提议在组织内部出现问题时应通过组织内部调和行为进行解决,并基于组织忠诚说指出权力机关及相关组织在建立相应制度时应遵循一定的规则,注意组织忠诚所能发挥的作用。

“杂谈”栏目的设立,主要立足于在中国司法制度改革过程中,学者对中国司法制度发展历史的反思和对司法制度未来的展望而进行的一些探索,以期找出一些新思路,走出中国的司法特色。本期“杂谈”栏目选择了一篇文章,来展现学界对中国司法制度的发展历史的反思和探索。安国胜在《乱世悲歌:中国撤废领事裁判权的艰难历程》一文中,结合中国近现代历史谈论领事裁判权撤销的艰难历程,并在此基础上深化了中国司法发展历程中法权与法律的纠葛。

目 录

Contents

(第六辑)

法律经济学

- 3 论网络服务提供者在第三方侵权行为中的责任
——基于法经济学的视角分析 姜旭东
- 11 立法的确切性及其限度
——基于规则与标准的经济分析 雷振斌 汪全胜

法律社会学

- 25 试论契约治理机制的应用
——以宗教信仰为例 张志鹏 吴锦宇
- 36 案例指导制度与积极参与社会管理创新 李晓东
- 44 镶嵌在现实中的法官思维与行为模式
——基于基层法官参与社会管理的实证分析 李西川

法学制度与理论

- 59 地方法院推行案例指导制度的必要性及路径选择 马 芳 查碧然
- 72 从许霆的判刑看我国的刑罚体系之重构 李晓东

78	对我国预告登记制度立法的反思	曹光顺 柴伟
86	美国的司法能动主义理论及其学术启示	刘艳凤
98	试论金融消费者权益保护	廖淇 刘建强
106	外国罚金刑实证分析:规范借鉴与罚金刑重构	熊谋林 陈树娇
129	危险驾驶罪的二维考察 ——基于立法论和解释论的视角	李凯
140	环保政策的价值取向:规制还是激励 ——以排污权许可交易制度为例	吴义龙

法学译文

151	公民、组织公民及其重叠法律义务[美]Orly Lobel 著 李京颖 沈冬军 译
-----	--

杂谈

205	乱世悲歌:中国撤废领事裁判权的艰难历程 安国胜
-----	-------------------------

211	——关于“法外之地”的讨论 王全玉 陈林
-----	----------------------

225	关于“法外之地”的讨论 王全玉 陈林
230	——关于“法外之地”的讨论 王全玉 陈林
244	——关于“法外之地”的讨论 王全玉 陈林

250	——关于“法外之地”的讨论 王全玉 陈林
255	——关于“法外之地”的讨论 王全玉 陈林

法律经济学

