

GUANG HUA
LAW REVIEW

光华法学

第四辑

《光华法学》编委会 编

- 埃里克森的挑战？
- “海龟”比“土鳖”跑得更快吗？
- “立法先行”现象的制度分析
- 公平价值：经济分析法学的软肋？
- 论民主政治转化与中国的首次试验
- 迈向理性的风险规制



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

GUANG HUA
LAW REVIEW

光华法学

第四辑

《光华法学》编委会 编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

光华法学. 第4辑 / 《光华法学》编委会编. —北京: 法律出版社, 2009. 12
(光华法学文库丛书)
ISBN 978-7-5118-0143-2

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 210048 号

光华法学. 第4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 787×1092 毫米 1/16
版本 2009 年 12 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 保定市中国画美凯印刷有限公司

印张 16.5 字数 321 千
印次 2009 年 12 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 张宇东

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 978-7-5118-0143-2

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)

知之不足

衆為移學

石印材大從新
光學從學題之

江中

2005
12月

《光华法学》（第四辑）编委

主 编：唐清利

执行主编：沈冬军

编 辑：牛忠江 唐林军 汪 强 蒋昆玲 张申党
 陈党伟 安瑞鹏 刘 燃 江小娅 李娉萍
 邱 洋

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;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(设有人口学、民商法、经济法学、经济刑法学方向)、法律经济学2个博士学位授权点;是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、刑法学、国际法学、诉讼法学、法学理论、法律硕士(JM)、法律经济学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法学学科。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。学院现有全日制学生1078人,其中,本科生707人,硕士研究生333人,博士研究生38人。此外,学院还招收了法律硕士和在职法律硕士400余人。

学院着力坚持“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,其中博士生导师14人;已获得博士学位及在读博士的占全院教师的85%左右;具有在美国、英国、德国、日本、荷兰等国留学背景的教师近20名。多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、四川省法学副会长等学术职务。同时,法学院还聘请了包括北京大学、清华大学、香港大学、香港城市大学、日本大阪学院等名校的20多名国内外知名法学专家担任特聘教授或兼职教授。学院与美国、德国等国,以及台湾、香港等地区的大学建立了密切联系和交流渠道。

法学院设有法学系、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、民间金融与法律规范研究所和地方法制研究所。此外,学院还与教育部人文社会科学重点研究基地西南财经大学中国

abroad By June 2009, among the total 50 faculty members, there are 18 professors, 14 associate professors, and 14 doctoral tutors. Over 90% faculty members are below age of 50 years-old and about 85% of them have or are studying for doctor degrees. More than 20 faculty members have studied in USA, UK, Germany, Japan, and Holand. Several faculty members are advisors of ministries, commissioner of Guidance Commission on Legal Education of Law School 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, and vice president of Sichuan Provincial Law Association. In addition, Law School has invited about 20 famous experts of law from Peiking University, Tsinghua University, Hongkong University, Hongkong Chinese University and Japan Osaka College as special hired professors or adjunct professors. Law school has established close contract and communication channel with universities in USA and Germany, Taiwan and Hongkong of China.

Law school has Department of Jurisprudence, Institute of Economics of law, Institute of Economic Law, Institute of Civil and Commercial Law, Institute of Criminal Law, Institute of International Law, Institute of European Union Law, Institute of Folk Finance and Legal Norm and Institute of Local Law. In addition, through the cooperation with China Financial Research Center and College of Finance and College of Taxation, Law School established Institution of Financial Law and China Research Center of Taxation Law.

Law School always works for building a school which emphasizes research, and actively provotes development ideas of “promoting teaching through research”, “co-development of teaching and research”, and “eaqual emphasis on theory and practice”. Through the implementation of research outstanding project, and strengthing mechanism of resarch incentive, the scientific research level and the quality of research of law school have been making steady progress year by year. Up to 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 more than 80 research projects of national and provincial levels. They have won more than 50 awards of provincial and ministerial level or above, including the Award of “Five Ones” Project, National Outstanding Social Scientific Research Achievement Award for Young Scholars, Awards of the Ministry of Education and the Ministry of Justice, and Outstanding Philosophy and Social Science Research Achievement Award of Sichuan Province.

院长寄语

《光华法学》是法学院指导下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作的卓越贡献而言,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》这项工作是难能可贵的。

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。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。

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 谨识

编者按

二十一世纪赋予了中华民族伟大复兴的际遇,这场复兴固然离不开物质的丰腴,但更离不开包括学术和法治在内的软实力的增长与输送。怀揣着令人神往的憧憬,我们希冀《光华法学》能与时代步伐一起脉动。本期在延续本刊具有特色的“法律经济学”栏目的同时,围绕方法与制度设计了“法学理论与制度”和“法学译文、书评与文献综述”两个栏目。

法律经济学(Economics of Law)栏目通过和艾佳慧商量,尝试性地设立栏目主持人。本栏目试图通过抽象的理论分析、评介与反思,初步彰显法律经济学在制度设计(尤其是立法)中的运用价值,同时也试图集中地通过本栏目的文章回答当下针对法律经济学本身的质疑。如艾佳慧的《埃里克森的挑战?》通过对科斯《社会成本问题》的解读,认为埃里克森的研究成果没有构成对科斯定理的挑战,科斯之所以忽略个人伦理和民间规范这两种有效预防和解决纠纷的制度,是因为推导出科斯定理的案例大都发生在资本主义经济急剧转型时代。张巍的《“海龟”比“土鳖”跑得更快吗?——针对中国一流法学院师资学术表现的一个计量研究》针对中国法学界中“海龟”已成为法学教育与法学研究的重要力量,借助计量分析的方法,对目前执教于中国一流法学院的海外学位获得者与国内学位获得者的学术表现进行了比较并得出了相关结论。李亮通过《公平价值:经济分析法学的软肋?》回应了法律经济学缺乏对法学公平价值的关注的质疑。他认为法学所追求的公平价值不但没有被舍弃,而且被更加关注和重视。在法律经济学得到理论认肯的基础上,何远琼的《“立法先行”现象的制度分析》通过分析指出“立法先行”策略是一种在现阶段各种制度约束下对原制度改革创新的路径依赖,我国目前的立法先行应以将来不用再“立法先行”为宗旨。我国现阶段的诸多产业立法应该被改造成为一门政策科学;而法律人,特别是校园法律人,如果不具有经济学家的能力和政治家般的决策眼光,迟早会被立法“市场”淘汰。而王贵、邵兴全通过一则文献综述《企业产生、企业本质与企业边界》,进一步展示了产权理论、交易费用经济学和代理理论等理论在微观制度设计中的运用价值。为了更加清晰地将法律经济学的学科发展历程与具体的人联系起来,我们试图通过对法律经济学代表人物的观察获得“全景式”的缩写以捕捉其中的寓意,我们选择了吴锦宇的《简述亨利 G. 梅恩教授前半生“法和经济学”教学科研历程》以飨读者。

法学理论与制度栏目的作者则主要通过生活与历史的观察,在经济法学、司法制度、宪法学等方面展开了颇有建树的理论贡献。鄢梦萱的《广告领域中国家干预理论

的特质及表征》选择了嵌入生活每一个角落的广告产品为分析对象,观察我国现行《广告法》中渗透着的国家干预特质,其分析思路体现了宏观理论与部门法的融合趋向。辜明安的《反思与展望:改革以来中国民法发展刍议》认为,改革以来我国民法在恢复重建基础上得到了不断发展,并为我国经济发展、政治文明、法治进步作出了重大贡献,但民法发展过程中还存在着公法(权)与私法(权)关系不清,导致民法观念与调整对象的偏离,移植与融合关系的疏离使民法制度本土化整合的自觉不足,民法学术研究水平亟待提升等问题,克服当前所面临的问题,营造民法发展的生态环境,是我国民法未来发展的必由之路。黄维智的《论刑事推定》则将部门法的研究推进到司法制度运行中思考,认为刑事推定作为一种特殊的证明方式,可以减少控方一些不必要的举证,使刑事诉讼中的证明责任分担尽可能合理,使犯罪构成中某些无法通过直接证据证明的要素得以确认,缓解某些证明上的困难,避免诉讼陷入僵局,体现出立法上对社会政策、价值取向的某种特殊考虑。通过完善刑事推定制度,有利于在无罪推定原则下有效地打击犯罪。历史是一面镜子,通过对制度演进的历史考察无疑有助于我们理解制度变迁的路径,为此我们选择了汪伊举的《论民主政治转化与中国的首次试验》一文,该文将对宪政思考的宏观视角放置于历史的运动中考量制度的得失与经验,这对当下的制度研究无疑是有启发的。谢鹏程的《论我国的二元司法体制》对我国“二元司法体制”的反思,重点论述了检察权和审判权在司法权体系架构中的合理位置。具体到金融制度领域,蓝寿荣、李成生在《美国证券法之证券含义探讨》分析构成《证券法》规定之证券的实质要素的同时,对股票债券等金融工具和果园等不动产投资合同构成证券进行了具体分析,并指出了构成《证券法》调整之证券的例外,该文解决了证券法中“证券”概念这个理论前提。作为证券法体系中的具体构成制度,对冲基金法律制度也是一个值得关注的问题,而王刚的《国际对冲基金法律监管制度比较研究与启示》认为应从改进治理结构等方面和主要运营当事人两条线索完善对冲基金现有监管法律制度。在金融市场全面开放背景下,在放开私募管制基础上根据市场和金融产品发展进程推进我国对冲基金逐步合法化。近年来,“三农”问题是学界关注的一个非常重要的社会现实问题,而农村土地是农村发展的核心问题之一,集体土地产权配置又是其中一个重要方面,高飞的《集体土地所有权主体制度的理论探索与评析》认为集体土地所有权主体形式中“集体”的内涵并不是一项孤立的制度安排,而是与集体土地所有权的性质结为一体的,集体土地所有权主体制度需要进一步的制度安排,并加以完善。而作为一项从实践中来的调研性成果,四川省高级人民法院民二庭课题组针对法人格否认制度在司法实践中存在的问题从完善其适用的主体规范、赋予公司债权人更多权利等方面来推动法人格否认制度在司法实践中的合理适用。

法学译文、书评与文献综述栏目主要关注当前某类法学的研究走向,并以此促进知识的累积。施鹏鹏翻译了法国西尔维·西马蒙蒂教授的《故意致人于危险及其刑事责任》,该文对故意致人于危险之过错的定义及作用、因故意致人于危险而引发的刑事责任以及如何评估故意致人于危险这一过错,尤其是在故意致人于危险罪中等

问题进行了探讨,这对完善我国相关刑事法律制度具有启发意义。为了因应当前正在发生的金融危机,所以我们选择了有关风险规制宋华琳针对《**Breaking the Vicious Circle:Toward Effective Risk Regulation**》的书评,他在评论中对风险规制的溯源、风险规制所面临的困扰、风险规制领域中的“恶性循环”、风险规制的因应之道及其对我国的启示等问题进行了分析。在此基础上,我们把选择视角投放到了当下各界都在关注的民间金融问题,庞永等所著的《民间金融风险控制文献综述》一文对民间金融概念界定与功能、民间金融存在的社会基础及表现形式、民间金融产生的风险与风险控制的路径选择等方面进行了比较系统的综述,这或多或少地对促进民间金融理论研究和制度规范提供了必要的准备。最后回到了一个古老而又现实的问题,我们选择了唐林军的《宪政视野下的税收制度——兼读〈宪政经济学〉》,该文通过对政府的契约起源假说的解读以及《宪政经济学》借鉴意义,探讨了如何从宪法层面对政府的征税权加以限制,说明当下中国从税收转型中需对税收的契约精神进行深入的发掘和研究。

目 录

Contents

(第四辑)

法律经济学

- 3 埃里克森的挑战?
——对科斯定理的再思考及对法学的方法论意义 艾佳慧
- 13 “海龟”比“土鳖”跑得更快吗?
——针对中国一流法学院师资学术表现的一个计量研究 张 巍
- 29 “立法先行”现象的制度分析
——从构建社会信用体系切入 何远琼
- 44 企业产生、企业本质与企业边界:一个文献评述 王 贵 邵兴全
- 54 公平价值:经济分析法学的软肋? 李 亮
- 67 简述亨利 G. 梅恩教授前半生“法和经济学”教学科研历程 吴锦宇

法学制度与理论

- 81 广告领域中国家干预理论的特质及表征 郝梦莹
- 91 论刑事推定 黄维智
- 99 论民主政治转化与中国的首次试验
——对民初议会政治的回顾及其他 汪伊举

117	反思与展望:改革以来中国民法发展刍议	辜明安
132	论我国的二元司法体制	谢鹏程
144	美国证券法之证券含义探讨	蓝寿荣 李 成
158	国际对冲基金法律监管制度比较研究与启示	王 刚
170	集体土地所有权主体制度的理论探索与评析	高 飞
185	法人格否认制度分析及其问题研究	四川省高级人民法院民二庭课题组

法学译文、书评与文献综述

197	故意致人于危险及其刑事责任 [法]西尔维·西马蒙蒂 著 施鹏鹏 译	
208	迈向理性的风险规制 ——评布雷耶《打破恶性循环:迈向有效的风险规制》	宋华琳
217	民间金融风险控制文献综述	庞 永
238	宪政视野下的税收制度 ——兼读《宪政经济学》	唐林军

法律经济学

栏目主持人:艾佳慧博士后

埃里克森的挑战?

——对科斯定理的再思考及对法学的方法论意义

■ 艾佳慧*

〔内容摘要〕 社会秩序是什么、从何而来,以及社会规范和正式法律的关系历来是法理学研究的重要命题。与传统的法哲学研究进路不同,埃里克森在田野调查的基础上运用信息经济学和博弈论的工具确立了民间规范是社会秩序的根本以及正式法律的源头这一普遍性命题。但本文不同意埃里克森的研究成功挑战了科斯定理。通过对科斯《社会成本问题》一文的细致解读,认为科斯之所以忽略个人伦理和民间规范这两种有效预防和解决纠纷的制度,是因为该文中引发科斯定理的案例大都发生在资本主义经济急剧转型时代,涉及的纠纷双方当事人几乎没有重复博弈的可能,邻里规范当然就不可能生发和起作用。以一种社会控制理论的视野,正式法律和社会规范各有其适用的范围和边界。

〔关键词〕 社会规范 正式法律 科斯定理 博弈论

* 作者简介:艾佳慧,女,法学博士,北京大学光华管理学院博士后研究人员,E-mail:jiahuiai2004@sina.com。本论文研究基于罗伯特·C.埃里克森的《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》(苏力译,中国政法大学出版社2003年版)以及罗纳德·哈里·科斯的“社会成本问题”,载《企业、市场与法律》,盛洪、陈郁译,上海三联书店1990年版,对本文研究的问题有兴趣的读者可以去寻找原文本来仔细研读,说不定会有更有意思也更有价值的发现。