

GUANG HUA
LAW REVIEW

光华法学

第五辑

《光华法学》编委会 编

-
- 美国337条款实施机制之演进及发展趋势
 - 科斯定理的悖论与公共选择的成本
 - 政府立法成本与效益分析初探
 - “矿竭城衰”
 - 从校内网看
 - 三种法律模式：世界法律制度的类型与变革
 - 律师业忠诚：21世纪视野下言论自由及其义务

GUANG HUA
LAW REVIEW

光華法學

第五輯



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

光华法学. 第5辑 / 《光华法学》编委会编. —北京: 法律出版社, 2010
(光华法学文库丛书)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 1601 - 6

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(2010)第 251621 号

光华法学. 第5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 2010 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 字数 312 千

印次 2010 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 - 1601 - 6

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

发学论等题之

12月

2005
12月

《光华法学》（第五辑）编委

主 编：唐清利

执行主编：沈冬军

编 辑：周冠宇 牛忠江 安瑞鹏 刘 燃 江小娅
 邱 洋 李娉萍 李文婧 王 莹 张树天
 齐银川 吕绪勇 郭 炜 李胜慧 代永华

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(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,有专任教师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20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, the then 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, LS has two doctor degree conferring disciplines: law (including demographics, 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 degree 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.

LS always persists in the stratagem of bringing in talents from home and abroad. By June 2009, among the total 50 faculty members, There are 18 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 degrees. Several faculty members are advisors of ministries, commissioners 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 theses 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 LS 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,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。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。创刊至今,《光华法学》已经连续出版至第五辑了,这充分证明了这点。

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。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

本辑《光华法学》分为“法律经济学”、“部门法学”和“法学译文、书评与调研报告”三个栏目。“法律经济学”栏目立足于法学学科传统,借助经济学成本、效益等基础范畴,加上量化分析工具,对制度变迁、社会现象等展开分析。法律经济学的研究方法生成于美国,于洋、吴锦宇以美国法为角度,在《美国337条款实施机制之演进及发展趋势》一文中,结合制度所根源的社会背景、自身发展需求以及社会和规则的互动关联,勾勒了美国《1930年关税法》第337节近八十年的发展轨迹,进而揭示出由制度演化逻辑而形成的路径依赖效应。雷振斌在《科斯定理的悖论与公共选择的成本》中根据科斯定理,当存在外部性损害时,权利应该配置给市场交易成本较高的一方,但如果权利配置需要经过立法的公共选择过程时,结果往往是权利被政治交易成本较低的一方获得,这就是科斯定理的悖论。悖论揭示的问题是有效率的制度不能被有效率地提供,而无效率的制度需要经过“历时性”的公共选择过程才能被矫正,根本原因在于公共选择本身存在外部性,克服这种外部性需要付出公共选择成本,成本的大小会影响制度提供的效率。杨圣坤、冯婕在《政府立法成本与效益分析初探》中,将政府的决策和规则制定行动置于“成本—效益”的分析框架下,为制度分析方法的自我更新注入新的动力,并为我们进行政府立法行为的法经济学分析构建起基本范畴体系。中国的国别特质为法律经济学在中国进一步的延续与发展提供了土壤和空间,王凤涛以更为开放而贴近中国现实的立场,将关注的视角放在中国矿产资源城市的可持续发展上。他在《“矿竭城衰”难题的法律与经济分解——从山西煤改切入》中,探讨了社会转型和生态治理的复杂关系,并进一步设计了回应现实需要的生态补偿制度。徐珉川的《从校内网看既定规则引导下的人类行为》则通过对社交网站用户行为模式的实证分析,梳理行为和既定规范的互动过程,为我们未来探讨如何调整既定规则配置提供了有效的参照。

与侧重于经济分析的“法律经济学”栏目不同,“部门法学”坚持的是不断被锤炼和定义的法学各领域基础理论,借以关注社会现实,解释社会实践。在本期栏目中,我们选取了八篇不同研究角度的文章,以使读者感受传统部门法学对现实与时俱进的解释力。在《剩余劳动力转移:域外经验与现实应对——兼论“返乡潮”中的农民工就业能力提升》中,赵明、张媛立足于中国城乡二元结构,从比较的、历史的角度,梳理域外国家在面临同一个事实性问题——剩余劳动力转移时的应对方式,给出适合于中国本土特点的制度改革建议。对域外判例的考察更像是一场站在法学立场上和

域外文化的对话,林海在《校园里的表达自由》中,通过对 *Tinker v. Des Moines School District* 案件情况、裁判要旨的分析,为我们展示了美国法院对校园管理秩序与表达自由两种价值的取舍过程。突如其来的全球经济危机,为成就中国经济的“一枝独秀”提供了可能,但危机下企业经济权利保障等基本问题仍然是我们必须面对的重要课题,郑书前在《全球经济危机背景下企业基本经济权利保障之中国路径》一文中,以企业基本经济权利为依据,对我国相关的法律体系进行重新定位和修正,其对企业基本经济权利保障的研究在当前的经济条件下具有重要的现实意义。在利益结构深刻变革的社会转型期,司法的作用不可或缺,关倩将司法能动主义的分析框架运用于商事审判领域,《商事司法能动比较分析:以合同法为例》从法官判例角度对法律原则、法律价值的认知和发现活动进行比较分析,进而探讨在全球性法律重构中商事能动司法的价值和限度。陈光结合政治学、经济学、社会学的研究视角,在《我国区域立法得以实现的理论分析与制度改进》一文中,对法学领域地方治理权合作的问题进行了分析,并创造性地论证了区域立法的可能。薛培、杨辉刚在《实证视野下不批准逮捕案件法律说理制度之探讨》一文中认为,对不批准逮捕案件实行法律说理制度,在司法实践中取得了解决异议争端、节约诉讼资源、降低诉讼成本、提升案件质量、减少涉诉信访等诸多明显效果。不批准逮捕案件法律说理作为检察机关探索的新型法律诠释制度隐含了一种制度性的变革进路,改变了基于目前状况下检察机关行使检察权执法办案过程中不说理或者说理不充分,并且在短时间内不能改善的弊端,既能维护检察权的权威,又能提升检察机关的执法公信力。康怀宇将关注的问题焦点放在现行刑事立法上,在《我国刑法中“目的犯”的机能分析与存废研究》一文中,对我国现行刑法涉及“目的犯”的罪名进行了全面的梳理,结合“目的犯”的机能发挥,并站在对“目的犯”成立范围加以限制的立场上提出存废建议。

“法学译文、述评与调研报告”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。施鹏鹏、宰清林翻译的《三种法律模式:世界法律制度的类型与变革》一文为乌戈·马太(Ugo Mattei)所著,文章从时序、背景和基本状态的更替上对世界范围内三种法律模式进行了系统的梳理和描绘。在法律模式演进与成长的基础上,我们选取了李京颖、沈冬军所译的《律师业忠诚:21世纪视野下言论自由及其义务》一文,原著者 Orly Lobel 为传统的律师忠诚义务赋予了新的含义,提出律师执业有对组织忠诚的严格要求,也应该有对公共利益忠诚的严格要求。在文献述评方面,颜运秋对漆多俊先生主编的《经济法论丛》(第18卷)进行了述评,他在《面对金融危机,经济法大有作为》一文中,有感于经济法基本理论对社会经济运行的作用力、解释力,认为在金融危机后,经济法学界应该强调经济法在应对金融危机方面的强大作用。《灾后重建相关法律法规的实施情况调查研究》一文是西南财经大学法学院承担国家社会科学基金重大招标项目《汶川大地震灾后恢复重建相关重大法律问题研究——“政府—市场”关系下的法律选择与社会再建》的阶段性成果,文章立足于对灾区相关法律法规实施情况的实证调查,提出在非常态社会下,对常态法律的变通或放弃执行有助于消解危机,但也可能产生上位法与下位法间的不协调等问题的观点。

目 录

Contents

(第五辑)

法律经济学

- | | | |
|----|-------------------------------|---------|
| 3 | 美国 337 条款实施机制之演进及发展趋势 | 于 洋 吴锦宇 |
| 18 | 科斯定理的悖论与公共选择的成本 | 雷振斌 |
| 28 | 政府立法成本与效益分析初探 | 杨圣坤 冯 婕 |
| 38 | “矿竭城衰”难题的法律与经济分解
——从山西煤改切入 | 王凤涛 |
| 62 | 从校内网看既定规则引导下的人类行为 | 徐珉川 |

部门法学

- | | | |
|-----|--|--------|
| 85 | 剩余劳动力转移:域外经验与现实应对
——兼论“返乡潮”中的农民工就业能力提升 | 赵 明 张媛 |
| 99 | 校园里的表达自由
——评 Tinker v. Des Moines School District 案 | 林 海 |
| 110 | 全球经济危机背景下企业基本经济权利保障之中国路径 | 郑书前 |
| 120 | 商事司法能动比较分析:以合同法为例 | 关 倩 |
| 129 | 我国区域立法得以实现的理论分析与制度改进 | 陈 光 |

- 146 实证视野下不批准逮捕案件法律说理制度之探讨
——以成都市检察机关为视点 薛 培 杨辉刚
- 158 我国刑法中“目的犯”的机能分析与存废研究 康怀宇

法学译文、书评与调研报告

- 175 三种法律模式:世界法律制度的类型与变革
[美]乌戈·马太著 施鹏鹏 宰清林译
- 206 律师业忠诚:21 世纪视野下言论自由及其义务
[美]Orly Lobel 著 李京颖 沈冬军译
- 226 面对金融危机,经济法大有作为
——漆多俊先生主编的《经济法论丛》(第 18 卷)述评 颜运秋
- 233 灾后重建相关法律法规的实施情况调查研究 西南财经大学法学院课题组

法律经济学

