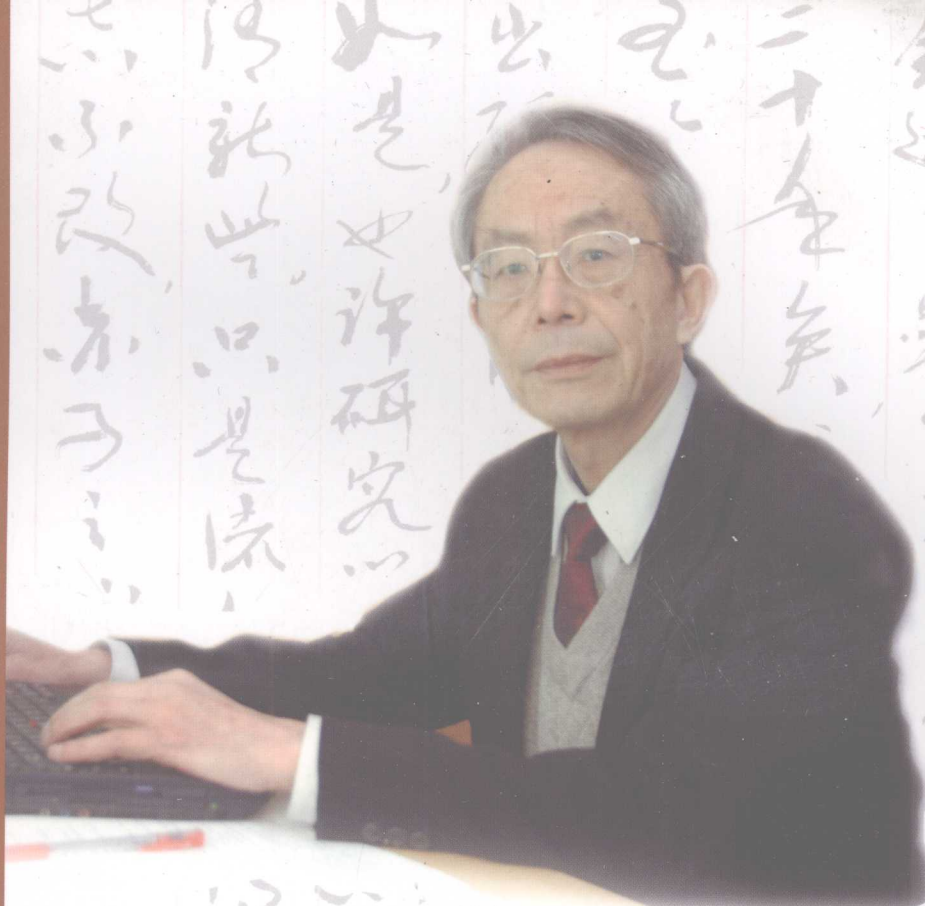


新世纪经济学的反思与挑战

漆多俊题



徐士英
王健

主编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

新世纪经济法的反思与挑战

徐士英题



徐士英 王健 主编
李微 李胜利 副主编

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

新世纪经济法的反思与挑战/徐士英, 王健主编.

—北京: 中国法制出版社, 2008. 8

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0742 - 7

I. 新… II. ①徐…②王… III. 经济法—研究—
中国 IV. D922. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 129047 号

新世纪经济法的反思与挑战

XINSHIJI JINGJI FANXI YU TIAOZHAN

主编/徐士英 王 健

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/787 × 960 毫米 16

版次/2008 年 8 月第 1 版

印张/36.5 字数/492 千

2008 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0742 - 7

定价: 98.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66034242

邮购部电话: 66033288

第九届经济法博士论坛
暨经济法再分配功能学术研讨会



漆多俊先生和他的博士生们——2007年10月第九届博士论坛合影

人生七十如赤子
赤子之心如白紙
白紙彩筆寫新詩
新詩輝映夕陽里

七十自勉戊子仲秋長沙

漆公俊書



漆先生七十岁题诗自勉

序 言

每年的金秋时节，我们都会相聚在导师——漆多俊教授的身边，在“博士论坛”上纵横时事、放言学术、谈古论今、直抒胸臆。这是既令人期待又让人感动的日子，国计民生、学术争论、师生叙情，每次都是满载而归，极为舒心。今年的九月，喜逢恩师七十大寿的喜庆。除了期待在法学理论的研讨更有收获之外，弟子们又多一层心愿，那就是向恩师献上一份最能够表达我们心愿的礼物。思量再三，最好的贺寿礼物还是出一本文集献给尊敬的导师，以弟子们在学术上的点滴心得和成就来表达我们对恩师的不尽感激和反哺之情！

中国经济法的研究在世界上占有重要的地位。在新的世纪，经济法学者需要对经济法的理论研究进行认真的梳理，回顾、反思理论研究中存在的问题和不足，同时也要勇于挑战理论和现实中亟需解决的重大问题，为社会、经济发展作出应有的贡献。

在经济法基础理论方面，我们的研究视点应充分考虑中国目前所处的时代背景和社会经济环境。陈云良教授的《转轨经济法学：西方范式与中国现实之抉择》一文是这方面研究近年来不可多得的佳作。他提出“转轨经济法学”概念，可以使中国的经济法学研究回归到转轨中国的社会现实中来，解决改革现实中的真问题。该文发表后受到了广泛的关注，有着很大的影响力。程序经济法的研究长期被中国经济法学者所忽视，但近几年已经成为经济法学界研究的热点问题。颜运秋教授和王新红教授这几年对该领域进行了全面深入的研究，并在国内处于领先地位。他们的论文《经济法与公益诉讼的契合性分析》和《经济法的可诉性及其实现》是这方面研究成果的代表作，其中的观点要么具有创新性，要么具有重大的现实意义和应用价值。“国家调节说”是中国经济法学最重要的理论学说之一，吴伟达教授的《“国家调节说”的法哲学考察》从哲学

的高度对“国家调节说”进行了解读，提升了“国家调节说”的理论解释力。经济法具有再分配功能，李微博士的论文《论经济法的功能》与薛江武博士的论文《完善我国收入分配机制的法律思考》认为经济法应充分发挥再分配功能，要对现实中迫切需要解决的问题作出回应，为构建社会主义和谐社会作出贡献。她们的研究很有价值，有利于提高经济法的社会影响力，发挥经济法在经济改革中的重要作用。20世纪80年代以来，国际调节日益发达，这对经济法提出了一系列的课题和挑战。任何一国的国家调节必须考虑和接受正当而必要的国际调节，国内经济法应当考虑国际经济法的规定，并尽量同其协调一致；另一方面，国际调节也应当考虑各国情况，尊重各国正当的国家调节，国际经济法应当考虑和尊重各国经济法的规定。丁作提、李运华等博士的论文对这方面的问题进行了较为深入的研究，认为加入世界贸易组织后，将加速中国经济法的全面转型，从过渡经济法向市场经济法转变。观点鲜明，论证充分，对于发展中的中国经济法的定位基本上是准确的。

竞争是市场经济的核心动力，竞争法素有“经济宪法”的美称，在经济法体系中占有重要的地位。徐士英教授对于竞争法的研究颇有造诣，是我国著名的竞争法专家，其论文《竞争文化与和谐社会》论证了中国反垄断法立法的社会基础，认为我们应该充分利用反垄断立法的广泛讨论来推进中国竞争文化的建设和发展，就如合同法律的讨论推进了诚信文化的建设一样，反垄断法的讨论一定会推动竞争文化的发育，而且反垄断法立法的过程本身就是为了在更高层次上构建“和谐社会”的有效途径。这种讨论有利于人们更深刻理解竞争理念，从而为反垄断法创造良好的守法环境。王健教授和李国海教授长期从事反垄断法的实施及外国竞争法的研究，相关研究成果受到学术界的广泛关注。他们的论文《威慑理念下的反垄断法刑事制裁制度》和《反垄断法公共利益理念研究》更是从理念的高度对反垄断法中的刑事制裁问题及公共利益条款进行了深入细致的研究，对于强化反垄断法的实施效果大有裨益。在反垄断法实施过程中，反垄断执法机构通常要考虑竞争政策与产业政策、竞争政策与贸易政策之间的关系，刘桂清博士和阮赞林教授分别对这两个专题进行了研究，提出了若干有针对性的意见和建议，具有较大的应用价值。我国反垄断法在实体制度

上规定了垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中、行政垄断四种垄断行为。游钰博士、王玉辉博士、郑艳馨博士、郭宗杰博士分别对这四种垄断行为中的一些典型行为进行了研究，是具体制度研究的佳作。李胜利博士的论文将触角伸向合作社的反垄断豁免问题，提出我国法律应当明确给予哪些合作社以反垄断豁免，明确给予行为豁免还是部门豁免，并应规定反垄断豁免的期限及审查。这是个非常重要但很容易被人们所忽略的问题，反映了作者有着很强的研究敏锐性。我国反垄断法立法和实施离不开对外国有益经验的借鉴，王天习教授和武晋伟博士的论文为我们带来了美国和日本反垄断法的经验教训，对于完善我国反垄断法和加强我国反垄断法的实施大有好处。反垄断法具有极强的应用性，孙晋博士的《三峡旅游公司涉嫌垄断经营的法律思考》是一篇用反垄断法基本理论分析具体案例的优秀作品，对于宣传反垄断法、执行反垄断法有着积极的作用。

国家投资经营法在我国经济法体系中处于核心地位，但有关该制度的研究在经济法体系的三个基本构成中相对比较薄弱。欧阳恩钱博士这几年对国有企业民营化问题进行了卓有成效的跟踪研究。其论文《公用事业民营化法律控制的价值目标》是其系列研究成果的一部分，认为公用事业民营化法律控制的价值目标指工具合理性目标和价值合理性目标：前者即公用事业民营化的目标，法律的控制相当于“工具”以保障目标的实现，包括提升经济效率、转变政府职能、满足民需等；后者是公用事业民营化所外生的，即公用事业民营化法律控制本身符合社会公认的价值观念，包括实现公益目标、平衡公私利益、促进社会公平等。两者性质截然有别，价值合理性目标指导、保证民营化的正确方向；工具合理性目标反过来也能促进价值合理性目标的实现。研究公用事业民营化改革的价值目标可以为我国公用事业改革指明正确的方向，少走弯路。2003年，我国成立专门的国有资产管理机构——国有资产监督管理委员会。王新红教授等学者合作的《论国资委的性质》一文对国资委的性质进行了详细的分析，认为国资委既不是行政机关，也非事业单位，目前是一个政府兼具国家出资人和担负部分行政职能的政府“直属特设机构”；但在具体规定方面，仍然存在行政色彩浓厚、没有按照出资人应有的权利内容来规定国资委的权利，同

时存在权利“越位”和“缺位”的情况，需要进一步完善。该文对于进一步理顺我国国有资产监管体制有着重要的意义。在国有企业和公司法中，有关企业/公司的治理结构问题往往是研究的热点和焦点问题。孙光焰博士以独特的视角从方法论高度检视了公司治理演进趋势的争论；漆丹博士认为，表决权信托可以为中小股东提供集中行使表决权的手段，解决股权分散带来的监督公司经营的困难，同时起到保护中小股东合法权益的作用，建议我国完善相关的立法。石金平、陈云博士则对上市公司控股股东控制权保障机制进行了针对性的研究，提出上市公司控股股东公司控制权的正当行使，有利于建立公司股东之间的信任基础，有利于提高公司运行的效率，对公司的长远发展能发挥关键的推动作用。蒋建湘教授对股权与股权诉讼进行了认真的解读，认为股权诉讼是指现代公司制度下的股东基于股权而在符合条件下对不当主体和事项提起的一类特殊的民事诉讼。上述学者的研究对于完善我国国有企业/公司的治理结构及相关问题是大有帮助的。

现代社会，国家对经济的宏观调控越来越频繁，宏观调控法在经济法体系中的地位也越来越重要，而且将成为未来经济法体系的核心。国家对经济的宏观调控可以采取多种方式，实践中以税收、金融最为常见。在宏观调控法中，税法、金融法的研究成果也最为丰富。李刚博士自硕士阶段以来就一直坚持研究税法，是我国青年税法学者的优秀代表。其论文《税法与私法关系探源——国家、税收和财产所有权》研究了税法学中的一个基本命题，纠正了一个错误观点，即中国传统税法研究过于强调税收的“权力性、强制性与无偿性”，因而使税法异化为侵犯（私人）财产权的“侵权法”，与作为“维权法”的私法形成对立。实际上，从依法治国的宪法意旨和市场经济的内在要求来看，税法与私法本质上应为统一，并具有内在、广泛的联系，其本源就在于“对（私人）财产权的确认和保障”。李刚的观点，不仅可以对传统税法的概念和特征等基本理论问题重新加以认识，从而构建现代税法学的基本理论框架，而且指明了我国今后朝向“法治的租税国”发展的趋势。韩灵丽教授、黎江虹教授长期以来专注于税法学的研究，是我国税法学研究的中坚力量，她们的论文对税法的某一具体制度作了详尽的论述。其中，韩灵丽教授研究了技术标准化的税制问题，

认为税收法律制度是支持创新国家建设的重要法律制度，应当通过税制改革和税收法治化，构建“以促进企业自主创新为基础、技术专利化、集群化、产业化、标准化为目标”的税收激励机制，促进具有国际竞争力和产业发展前景的，国际性、开放性的中国技术标准体系的建立。黎江虹教授则对后农村时代的农村税收制度进行了研究，认为在后农业税时代，必须加快农村税收制度的构建。我国农村税收制度应选择以财产税为主的直接税税制，以宪政、公平等理念诠释区别于农业税的新的税收制度，并以开征土地税为主、所得税为辅的思路完成对制度的构建。2008年1月1日，我国新的企业所得税法开始实施，沈明宇博士以我国新、旧企业所得税法为评价基石，对政府阶段性政策偏好对税收公平的影响展开了研究，认为政府阶段性政策偏好对税收公平的侵蚀并不具有当然的合理性，在企业所得税法中必须做出精当的制度设计，尽可能减轻或减缓政策偏好对税收公平的侵蚀。许多奇博士对金融法研究较深，尤其在债权融资、资产证券化等法律问题的研究上有着独到的见解，其文章《银行保密义务与信息披露的冲突和法律整合》是其近期的代表作，提出中国可借鉴发达国家经验，在商业银行法或者资产证券化的专门立法中建立起银行、客户、客户信息受让者之间的金融隐私权与信息披露的平衡关系，并建立与完善具有中国特色的信用信息制度，在打通间接融资与直接融资的信贷资产证券化过程中实现全方位的信息监管。许多奇的观点无疑对我国正在开展的信贷资产证券化业务中如何处理银行保密义务与信息披露义务之间的冲突提供了非常有价值的参考意见。这几年，张德峰博士一直致力于宏观调控法基本理论的研究，其论文《德国经济协调储备金制度之内容与借鉴》对德国《经济稳定与增长促进法》中的经济协调储备金制度进行了较为全面的研究，这种储备金制度是克服经济衰退实现宏观经济调控目标的有效工具，我国建立经济调节储备金制度非常必要。关于宏观调控行为是否具有可诉性，学者们有着不同的观点。丁国民教授旗帜鲜明地认为，政府作为宏观调控法的主体与相对人之间会产生纠纷，这种纠纷应当纳入司法审查范畴。传统诉讼法律制度无法解决宏观调控法诉讼问题，应当建立我国的违宪审查机制解决包括宏观调控法诉讼及其他用传统诉讼机制不能解决的违宪诉讼问题。这种基于违宪审查建立宏观调控法诉讼机制令人耳目一新，

具有较大的参考价值。

作为我国著名的法学家，恩师长年从事经济法理论的研究和教学，不仅研究视角独特、研究方法新颖，还以创立“三三理论”为核心的经济法理论体系而蜚声学界。老师常常教导我们：“为学，苦事也，亦乐事也；作为博士，在研究过程中应常追问自己‘什么是你的贡献？’”。如今，漆老师指导的博士已经在各高等院校、司法部门、行政机关、企业发挥着越来越重要的作用。学生们的成就是老师辛勤教育、培养的结果，这份礼物虽然不够昂贵，但确是弟子们心血凝成。天涯海角有尽处，唯有师恩无穷期。我们衷心地感谢您，老师！真诚地祝愿您，快乐，健康，长寿！

编者

2008年8月

目 录

专题一 经济法基础理论问题研究

转轨经济法学：西方范式与中国现实之抉择	陈云良 (3)
经济法与公益诉讼的契合性分析	颜运秋 (18)
经济法的可诉性及其实现	王新红 (32)
“国家调节说”的法哲学考察	吴伟达 (45)
转型国家市场干预法体系初探	王红霞 (63)
经济法视野中的政府和市场	陈雄根 (79)
论经济法的功能	李 微 (91)
完善我国收入分配机制的法律思考	薛江武 (101)
——以经济法为视角探求收入分配不公解决路径	
人世与中国经济法的转型	丁作提 (118)
——兼论国际调节对国家调节的影响	
论国际市场经济的调节及其法律规制	李运华 (134)
国际经济指导调控的产生及其内涵	宋 威、张德峰 (146)

专题二 市场竞争与反垄断法律制度研究

竞争文化与和谐社会	徐士英 (163)
——论中国反垄断法立法的社会基础	
反垄断法公共利益理念研究	李国海 (172)
——兼论我国《反垄断法》中的公共利益条款	

反垄断法与产业政策的矛盾冲突和协调发展	刘桂清 (186)
论反垄断法与贸易政策的互动关系	阮赞林 (201)
论掠夺性定价的法律规制	游 钰 (215)
论投标人串通投标的法律规制	王玉辉 (231)
论我国企业混合合并的反垄断法规制	郑艳馨 (240)
威慑理念下的反垄断法刑事制裁制度	王 健 (251)
多元主体与复合责任	郭宗杰 (272)
——论反垄断法关于行政性垄断的责任设置	
合作社反垄断豁免制度研究	李胜利 (282)
论美国反托拉斯法“模糊性”的三大表现	王天习 (295)
——从微软垄断案说起	
日本反垄断法及其对中国的借鉴	武晋伟 (313)
三峡旅游公司涉嫌垄断经营的法律思考	孙 晋 (324)
竞争起点公平与过程公平的实现	张 辉 (338)
——我国构建公平竞争的 legal 保障制度刍议	

专题三 国有经济与公司法律制度研究

公用事业民营化法律控制的价值目标	欧阳恩钱 (349)
论国资委的性质	王新红、谈琳、周俊桦 (372)
——兼评《企业国有资产监督管理暂行条例》之不足	
公司治理演进趋势争论的方法论检视	孙光焰 (380)
中小股东表决权的信托行使	漆 丹 (407)
上市公司控股股东公司控制权保障机制法律问题	
研究	石金平、陈 云 (417)
论股权与股权诉讼	蒋建湘 (432)
中国烟草工业组织结构制度模式设计	贺运生 (441)
论破产法的价值定位及相关制度完善	陈丽华 (451)

专题四 税制改革与金融监管法律制度研究

税法与私法关系探源	李 刚 (467)
——国家、税收和财产所有权	
技术标准化的税制法律制度研究	韩灵丽 (499)
后农村时代的农村税收制度研究	黎江虹 (510)
政府阶段性政策偏好对税收公平的影响	沈明宇 (523)
——以我国新、旧企业所得税法为评价基石	
银行保密义务与信息披露的现实冲突和法律整合	许多奇 (532)
——以信贷资产证券化为中心	
德国经济协调储备金制度之内容与借鉴	张德峰 (548)
藉由违宪审查的宏观调控法诉讼机制探究	丁国民 (565)



新世纪经济法的反思与挑战

漆多俊题

专题一

经济法基础理论问题研究

转轨经济法学：西方范式 与中国现实之抉择^{*}

陈云良^{**}

摘 要：当下中国经济法学的逻辑假设是建立在西方经济法范式的基础之上，无法与中国现实达成和谐。提出“转轨经济法学”的概念可以使中国的经济法学研究回归到转轨中国的社会现实中来，解决改革现实中的真问题，自觉区别于西方范式，消解中国经济法学严重的正当性危机。转轨经济法的历史使命不是要通过政府来弥补市场缺陷而是要培育市场；转轨经济法的核心任务是反行政干预而不是反垄断；转轨经济法的基本功能是控权而不是授权；转轨经济法应以公平为第一价值取向。

关键词：转轨经济法学；西方范式；中国现实

一、为什么要提出“转轨经济法学”的命题

时下的中国经济法学尽管仍然存在数种学说，分歧却越来越小，经过不断的修正、扬弃，大多数学者无不以下假设为论析基础：经济法的产生是以市场失灵或者说是市场有自身无法克服的缺陷——外部性、垄断、公共失灵——为前提条件的，

^{*} 此文原发于《现代法学》2006年第3期，人大复印报刊资料《经济法学、劳动法学》2006年第10期全文转载，《新华文摘》2007年第1期论点摘编，《郑州日报》2007年1月12日第11版观点速递。2007年11月在重庆市第七届好作品评选中获一等奖。

^{**} 陈云良，中南大学法学院教授、博士，博士生导师。