



CSSCI 来源集刊 2012年上卷 总第二十二卷

# 经济法论丛

ECONOMIC LAW REVIEW

漆多俊 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

ELR 中国社会科学网 2010年11卷 总第二十二卷

# 经济法论丛

ECONOMIC LAW REVIEW

漆多俊 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

## 《经济法论丛》编委会

编委会委员（按姓氏笔画）：

王先林 王红霞 刘孔中 刘继虎 李国海 应飞虎  
陈云良 张德峰 郭振兰 蒋建湘 漆多俊 颜运秋

执行编委：

漆多俊 蒋建湘 陈云良 颜运秋 李国海 刘继虎  
郭振兰 张德峰 王红霞

主 编：

漆多俊

本卷执行主编：

颜运秋

编辑部办公室主任：

王红霞（兼）

# **ECONOMIC LAW REVIEW**

## **Editorial Committee**

### **Members of Editorial Committee**

Wang Xianlin

Wang Hongxia

Liu Kongzhong

Liu Jihu

Li Guohai

Ying Feihu

Chen Yunliang

Zhang Defeng

Guo Zhenlan

Jiang Jianxiang

Qi Duojun

Yan Yunqiu

### **Administrative Editor**

Qi Duojun

Jiang Jianxiang

Chen Yunliang

Yan Yunqiu

Li Guohai

Liu Jihu

Guo Zhenlan

Zhang Defeng

Wang Hongxia

**Editor-in-Chief**

Qi Duojun

**Executive Editor**

Yan Yunqiu

**Office Director**

Wang Hongxia

## 卷首语

经济法学有其固有的学术品行和体系,“经济法基础理论”、“市场规制法”和“宏观调控法”是其不可或缺的基本内核,这三块的栏目设计不可不有。除此以外,经济法学界经常会产生一些新的交叉性很强的研究成果,这也是社会经济发展的必然和经济法学的强大生命力所在,故本卷还开辟了“信托法”和“公益诉讼”两个栏目。为了拓展读者的知识面,对外国经济法的立法和研究动态给予适度的关注,也是本论丛一以贯之的一大特色。

工欲善其事,必先利其器。法学方法的运用是以法律问题的研究为前提和基础,主要起到技术辅助作用。一旦脱离了具体问题研究,法学方法论必将陷入教条主义泥潭,不仅危及法学方法,而且危及运用法学方法加以论证的问题及相关学科。李昌庚撰文《走出经济法学方法论误区》认为,经济法学界隐含着偏重法学方法论倾向,容易异化新型法学方法,不但不能有效解决经济法学困境,有时反而进一步加剧困扰。经济法学困境实质上不是经济法学所要研究的内容本身,而是形式问题。过分拔高法学方法论,只会助长形式问题。经济法学困境突围关键在于经济法学界学术态度的转型。

中国是世界上单一制历史最长的国家,中央与地方的矛盾始终存在,导致了中国政治生活中集权与分权的不断循环。如何既能让中央对地方行使有效的控制权,又能使地方在享有一定的自

主权的条件下充分发挥它们的积极性，是中央与地方关系问题的永恒主题。刘光华教授和赵忠龙博士的《转型中国宪政视野下的地方经济法治问题》一文通过选取中国西部地区三个具有代表性的经验实证材料，分析了中国地方经济法治在转型宪政背景下存在的问题及动态调整的可能，认为地方民主制度及制度能力的缺失是理解和解决问题的关键，提出了建立地方利益的表达和协调机制以及通过发扬地方民主加强地方与地方协调合作的解决思路，以期探寻区域经济法治基础。

通信传播法是高度复杂的新兴公法律领域，虽与传统电信、广电、互联网法律制度渊源绵密，但又非其简单加总或机械整合，是三网融合进程中对既有问题以及融合挑战的系统性制度回应。王红霞博士的《我国三网融合法制的演进脉络与应然面向：通信传播法的发轫》认为，通信传播法具有高度经济性、强政策导向性和深刻的技术依赖性等特质，定位于促进通信传播业有效竞争，助推产业科技发展，信息普及服务等功能。当前我国三网融合进入实质化推进阶段，通信传播法的建设尤其需要回应技术融合、产业融合和有效竞争的需求，在双向准入、监管融合及市场开放三方面着力构建制度系统。

杜仲霞博士撰文《盐业反垄断问题研究》认为，我国盐业专卖制度形成的垄断阻碍了盐业的生存和发展，损害了市场竞争和消费者的利益，盐业市场化改革日益紧迫。日本和台湾地区盐业专卖的改革为我国盐业引入市场竞争提供了实践经验，而放松管制理论为盐业引入市场竞争提供了理论基础。我国盐业反垄断应坚持适度竞争和适度监管并用，全面适用反垄断法的原则。在制度构建上，取消盐业专卖制度，重建盐业的市场竞争，建立碘盐普及制度。在法律的完善和适用上，废除盐业专卖的相关立法，颁布《盐业法》，并协调《盐业法》和《反垄断法》的适用。

胡元聪教授的《商业秘密及其相关负外部性的经济法解决

探析》一文认为,商业秘密负外部性所致问题的解决需要经济法给予回应。经济法解决商业秘密负外部性应坚持利益均衡、弱者保护、权利失效、适度惩罚等基本原则。具体解决途径是制定专门的《商业秘密保护法》,通过立法内容和立法程序之制度设计,同时在国家及相关行政机关、行业协会、商业秘密权人和劳动者等相关主体的共同努力下,形成商业秘密保护的完备体系,纠正权利义务严重失衡的现状,以期实现商业秘密负外部性的解决。

宏观调控是当前国家关注的热点,所以学者在这方面的研究也颇为丰富。闫海博士撰文《参与民主、参与式预算与预算听证》认为,参与民主是直接民主非体制实现的主要形态。参与式预算改革正在成为世界范围内公共预算制度的变革潮流。预算听证是听证在公共预算过程的应用,也是公众直接参与预算的主要渠道。应当总结我国既有的预算听证实践与立法,在《预算法》修改中建立预算听证制度,推动参与式预算改革的法制化。徐阳光博士撰文《政府间财政关系视野下的预算法修改若干问题论证》认为,预算法修改是政府间财政关系法治化的重要内容,必须从横向、纵向与斜向三个层面考虑预算权力在不同主体之间的配置问题;预算法律关系是预算法修改的基本进路,只有明确参与预算过程的各方主体为其配置合理的权责,预算法才能真正有效运转。

在风险社会中,风险和风险管理已经成为了政治、经济和社会生活中的核心话题。管斌博士的《金融法面向风险的治道变革》一文认为,法律和金融都是制度化的风险管理手段,风险和法律、风险和金融都存在着显见的互动关系。金融法是风险管理法,在风险社会的背景下有必要从金融法的理念、金融法主体制度构建、金融消费者保护、金融法律责任等方面进行反思和重构。

叶姗博士在《欧元区财政约束规则的演进与设计》一文中



认为,在欧元区实行统一货币政策的背景下,各成员国的财政政策必须受到必要的限制。从《罗马条约》规定的收敛标准,到“马约”规定的财政趋同标准,再到《稳定与增长公约》制定的财政约束规则,核心都是为成员国设定财政赤字和公债余额占GDP的比重不超过3%和60%的上限指标,以此保证欧元区的财政安全。然而,由于其惩罚措施的强制性不足,欧洲债务危机还是不期而至。应对欧洲债务危机的主要方案是提供财政救援,根本对策则是通过财政契约来加强财政纪律。

公平正义是每一个现代国家孜孜以求的理想和目标。姜美博士的《公平税负为导向的税制改革探析》一文以我国当前税制改革动向作为切入点,探求促成社会公平之途径,认为我国目前税制改革的基本方向——“公平税负”,既是税制改革的出发点和归宿,又是人类恒久的共同追求。该文指出,针对目前税收法制性不强等问题,需要建立一套适应我国社会主义市场经济体制的公平税收制度,实行税收立宪、具体税收法定,其中,具体税收法定包括税种法定、税收要素法定和程序法定。着重从民营企业 and 普通民众方面谈“公平税负之道”,需注意及时发挥税收的调节功能,调节高低收入差别,做到藏富于民,民富国强。此研究对于我国目前的税制改革具有一定的理论意义和实践价值。

“信托法”是本卷的特色栏目之一。信托财产移转行为不同于普通民事财产移转,极易产生避税后果,需要税法予以特别规制。刘继虎教授的《论信托财产移转行为的税法规制》一文对信托财产移转行为进行可税性评价。税法对信托移转行为应分类规制:对信托财产的形式移转,不课税;对遗嘱信托的财产实质移转,视同遗产继承课征遗产税;对生前他益信托的财产实质移转,视同赠与课征赠与税;对委托人为非自然人信托的财产实质移转,视同受益人的所得课征所得税。美国杜克大学法学院史提芬 L. 舒尔茨教授的《作为商业组织的商事信托:比较法学者的研究课题》一文中建构的分析框架,旨在分析商业信托是否是

比公司更好的一种商事组织形式，是否现有的法律已经足以处理商事信托问题。文章希望本分析框架可以引起比较法学者的兴趣并与他们本国的法律体系相比较并尽可能使之应用。王彬博士在《信托错位引致银信合作失范的纠偏与规制》一文中认为，信托机制度以其强大的资本活化能力，在金融自由化的今天，被广泛应用于金融各业。这种发始于独特文化背景和法律底蕴的制度安排，已完全融入英美国家经济体制之内，成为其金融创新的内生变量，但对于我国而言，建构的路径却在转型经济和制度移植的困境中，纠结于治乱循环的演进，混业经营中的银信合作更是方向迷失。为突破困境，当下亟须理清产权制度、明晰信托信号，在序列博弈中，通过引促式监管，完善银信合作模式。

经济法学界对“公益诉讼”的关注已有时日，这是因为“公益诉讼”与经济法存在千丝万缕的联系。2011年10月29日十一届全国人大常委会第二十三次会议初次审议了《中华人民共和国民事诉讼法修正案（草案）》，第8条增加规定：“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为，有关机关、社会团体可以向人民法院提起诉讼。”这一条简单规定将结束长期以来公益诉讼于法无据的尴尬局面。但在公益诉讼的案件资格、原告范围、程序保障等核心问题上还面临着具体化的需要。颜运秋教授和李明耀的《各界进言公益诉讼立法，跨越公益诉讼制度障碍——“公益诉讼立法建议”研讨会会议综述》介绍，为了对这些问题进行更为全面、清晰的研析，2011年11月25日来自全国各地的60余名专家、学者、检察官、法官、律师、编辑和记者共聚一堂，由中南大学法学院和湖南省人民检察院联合承办的“公益诉讼立法建议”研讨会围绕公益诉讼展开深入讨论，为公益诉讼立法献计献策，并将会议达成的主要共识形成公益诉讼立法建议，提交全国人民代表大会法律工作委员会参考。在“公益诉讼立法建议”研讨会上，韩志红教授提交了《关于公益诉讼若干问题的探讨》一文，认为，公益诉

讼应当是为社会公共利益的诉讼，为“他人”利益的诉讼不应属于公益诉讼；公益诉讼的立法在中国，除立法机关制定的法律之外，需要司法机关制定司法解释为补充；关于公益诉讼的立法模式，现实的选择是不需要专门制定公益诉讼程序法，而是在民事诉讼法中增加民事公益诉讼的规定、在行政诉讼法中增加行政公益诉讼规定即可。关于公益诉讼原告模式，建议中国采取多元化模式，除检察机关和政府职能机构以外，社会组织、公民都可以提起公益诉讼；关于公益诉讼的受案范围采取列举加概括的混合式为好，既有操作性又有灵活性。公益诉讼的程序规则与现有诉讼法在兼容通用的同时，还是要做些特设的规定。

许清清讲师和文勇法官以最高法院公布的以 36 例公益诉讼案件为分析样本，探讨我国公益诉讼的困境与出路。

本卷执行主编

颜运秋

2012 年 3 月

# 目 录

## ■ 经济法基础理论

- 走出经济法学方法论误区 ..... 李昌庚 (1)
- 转型中国宪政视野下的地方经济法治问题  
..... 刘光华 赵忠龙 (17)

## ■ 市场规制法

- 我国三网融合法制的演进脉络与应然面向：通信传播法的发轫  
..... 王红霞 (38)
- 经营者集中救济设计的考量因素  
——基于欧美立法和执法经验的分析 ..... 袁日新 (57)
- 盐业反垄断问题研究 ..... 杜仲霞 (82)
- 商业秘密及其相关负外部性的经济法解决探析  
..... 胡元聪 王小朵 (101)

## ■ 宏观调控法

- 参与民主、参与式预算与预算听证 ..... 闫 海 (118)
- 政府间财政关系视野下的预算法修改若干问题论证  
..... 徐阳光 (138)
- 金融法面向风险的治道变革 ..... 管 斌 张东昌 (155)

|                       |           |
|-----------------------|-----------|
| 欧元区财政约束规则的演进与设计 ..... | 叶 姗 (212) |
| 公平税负为导向的税制改革探析 .....  | 姜 美 (235) |

## ■ 信托法

|                                                  |           |
|--------------------------------------------------|-----------|
| 论信托财产移转行为的税法规制 .....                             | 刘继虎 (250) |
| 作为商业组织的商事信托：比较法学者的研究课题<br>..... 史提芬 L 舒尔茨著 倪受彬 译 | (273)     |
| 信托错位引致银信合作失范的纠偏与规制 .....                         | 王 彬 (294) |

## ■ 公益诉讼

|                                                               |           |
|---------------------------------------------------------------|-----------|
| 各界进言公益诉讼立法 跨越公益诉讼制度障碍<br>——“公益诉讼立法建议”研讨会会议综述<br>..... 颜运秋 李明耀 | (313)     |
| 关于公益诉讼若干问题的探讨 .....                                           | 韩志红 (333) |
| 我国公益诉讼的困境与出路<br>——以 36 例公益诉讼案件为分析样本<br>..... 许清清 文 勇          | (353)     |

## ■ 域外法

|                                    |             |
|------------------------------------|-------------|
| 日本关于行政指导的反垄断法指南 .....              | 王玉辉 译 (382) |
| 医疗保障权在国外农村社会的实现及其借鉴价值<br>..... 李勇军 | (392)       |

## ■ 其 他

|                        |           |
|------------------------|-----------|
| 民营企业自主创新法治保障机制研究 ..... | 王作全 (431) |
|------------------------|-----------|

# CONTENTS

## ■ Basic Theory of Economic Law

- Out of the Misunderstanding Region of Jurisprudence Methodology of  
Economic Law ..... Li Changgeng (1)
- The Rule of Law Issues on Local Economy in the Viewpoint of the  
Transition of Constitutional Politics in China  
..... Liu Guanghua Zhao Zhonglong (17)

## ■ Market Regulation Law

- The Evolution Course and Rational Tendency on the Legal System  
about Digital Convergence in China ..... Wang Hongxia (38)
- Analysis on the Considering Elements in Tailoring the Remedy of  
Undertakings Concentration ..... Yuan Rixin (57)
- Study on the Anti-monopoly of Salt Industry ..... Du Zhongxia (82)
- Solutions and analysis to commercial secret and its related negative  
externalities by economic law  
..... Hu Yuancong Wang Xiaoduo (101)

## ■ Micro-Regulation Law

- Participatory Democracy, Participatory Budgeting and  
Budget Hearing ..... Yan Hai (118)

|                                                                                                               |                                |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------|
| Some Issues Arguments of Budget Act Amendment in the Viewpoint of<br>Intergovernmental Fiscal Relations ..... | Xu Yangguang (138)             |
| Governance Reform of Financial Law Facing the Risk<br>.....                                                   | Guan Bin Zhang Dongchang (155) |
| Design and Evolution of Financial Constraint Rule in EMU<br>.....                                             | Ye Shan (212)                  |
| On Tax System Reform under the Condition of Fair Tax Burden<br>.....                                          | Jiang Mei (235)                |

## ■ Trust Law

---

|                                                                                                      |                   |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------|
| On Regulation of Tax Law about Transfer of Trust Property<br>.....                                   | Liu Jihu (250)    |
| Commercial Trusts as Business Organizations: Comparative<br>Law Scholars' Research Topic .....       | SL Schwarcz (273) |
| How to Correct the Dislocation of Trust and Regulate the Mixed<br>Operation of Trust and Banks ..... | Wang Bin (294)    |

## ■ Public Interest Litigation

---

|                                                                                    |                             |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------|
| Symposium Summary on the Public Interest Litigation Legislative<br>Proposals ..... | Yan Yunqiu Li Mingyao (313) |
| Discussion on Several Issues of Public Interest Litigation<br>.....                | Han Zhihong (333)           |
| The Predicament and Outlet of Public Interest Litigation in China<br>.....         | Xu Qingqing Wen Yong (353)  |

## ■ Extraterritorial Law

---

|                                                                           |                         |
|---------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
| A Guide of Anti-monopoly law on Administrative Guidance in Japan<br>..... | trans. Wang Yuhui (382) |
|---------------------------------------------------------------------------|-------------------------|

# CONTENTS

## ■ Basic Theory of Economic Law

- Out of the Misunderstanding Region of Jurisprudence Methodology of  
Economic Law ..... Li Changgeng (1)
- The Rule of Law Issues on Local Economy in the Viewpoint of the  
Transition of Constitutional Politics in China  
..... Liu Guanghua Zhao Zhonglong (17)

## ■ Market Regulation Law

- The Evolution Course and Rational Tendency on the Legal System  
about Digital Convergence in China ..... Wang Hongxia (38)
- Analysis on the Considering Elements in Tailoring the Remedy of  
Undertakings Concentration ..... Yuan Rixin (57)
- Study on the Anti-monopoly of Salt Industry ..... Du Zhongxia (82)
- Solutions and analysis to commercial secret and its related negative  
externalities by economic law  
..... Hu Yuancong Wang Xiaoduo (101)

## ■ Micro-Regulation Law

- Participatory Democracy, Participatory Budgeting and  
Budget Hearing ..... Yan Hai (118)



# 经济法基础理论

## 走出经济学方法论误区

李昌庚\*

**内容提要：**法学方法的产生与创新不是源自法学方法本身的研究，而是源自法学所研究的问题本身。法学方法的运用是以法律问题的研究为前提和基础，主要起到技术辅助作用。一旦脱离了具体问题研究，法学方法论必将陷入教条主义泥潭，不仅危及法学方法，而且危及运用法学方法加以论证的问题及相关学科。经济法学界隐含着偏重法学方法论倾向，容易异化新型法学方法，不但不能有效解决经济法学困境，有时反而进一步加剧困扰。无论传统法学方法还是新型法学方法本身并没有错误，问题在于如何对待法学方法论。经济法学困境实质上不是经济法学所要研究的内容本身，而是形式问题。过分拔高法学方法论，只会助长形式问题。经济法学困境突围关键在于经济法学界学术态度的转型。

---

\* 李昌庚，南京晓庄学院社会发展学院副教授，南京师范大学江苏法治发展研究院研究员，法学博士。