

ELR
ECONOMIC LAW REVIEW

CSSCI 来源集刊 2011年上卷 总第二十卷

经济法论丛

ECONOMIC LAW REVIEW

漆多俊 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社



CLC 中国法学网 中国法律网 中国法律网

经济法论丛

ECONOMIC LAW REVIEW

康敬明 主编

ELR
ECONOMIC LAW REVIEW

CSSCI 来源集刊 2011 年上卷 总第二十卷

经济法论丛

ECONOMIC LAW REVIEW

漆多俊 主编



WUHAN UNIVERSITY PRESS

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

经济法论丛. 总第二十卷/漆多俊主编. —武汉: 武汉大学出版社, 2011. 7

ISBN 978-7-307-08863-4

I. 经… II. 漆… III. 经济法—法学—文集
IV. D912. 290. 1-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 115454 号

责任编辑:郭园园

责任校对:刘欣

版式设计:马佳

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷:通山金地印务有限公司

开本: 880 × 1230 1/32 印张: 14.625 字数: 376 千字

版次: 2011 年 7 月第 1 版 2011 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-08863-4/D · 1096 定价: 32.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

《经济法论丛》编委会

常务编委（按姓名拼音排序）：

陈云良 冯 果 郭振兰 蒋建湘 李国海 漆多俊
王 健 王新红 徐士英 颜运秋 张德峰

主 编：

漆多俊

本卷执行主编：

孙 晋

英文编辑：

王红霞

编辑部办公室主任：

王红霞（兼）

ECONOMIC LAW FORUM
Member of Editorial Committee
Administrative Editor

Chen Yunliang

Feng Guo

Guo Zhenlan

Jiang Jianxiang

Li Guohai

Qi Duojun

Wang Jian

Wang Xinhong

Xu Shiyong

Yan Yunqiu

Zhang Defeng

Editor-in-Chief

Qi Duojun

Executive Editor

Sun Jin

English Editor

Wang Hongxia

Office Director

Wang Hongxia

卷首语

2011年3月召开的十一届全国人大四次会议指出：我国已经建成具有中国特色的社会主义法律体系。经济法是其中一个重要的部门法。它伴随经济体制改革和国家法制建设而兴起和发展，又极大地推动体制改革和国家法制建设。由于经济法乃是国家调节经济之法，是国家经济调节权行使的依据和保障，也是在这种国家权力的重要法律规制，因此，它不仅密切关系到国家的经济体制和经济发展，也密切关系着国家的政治体制改革问题，关系到民主法治和宪政建设。有鉴于此，2010年的全国经济法学年会和漆多俊学术团队每年一届的博士论坛，均以“经济法与我国的民主宪政建设”为主题展开研讨，与会专家学者提交了许多质量较高的论文。所以本卷《经济法论丛》专设了“经济法与民主宪政”栏目。

本栏目重点推出3篇文章。李永成和刘德刚先生合著的《协商民主与经济法民主观的建构》认为，作为民主在当代最新发展的协商民主对公共参与和理性协商的强调及其作为程序民主的特质，完全契合经济法的实践诉求，而且协商民主观还意味着经济法视野下国家（政府）与市场的“共和”，彰显着经济法的社会正义理念。李国海教授的《经济民主：反垄断法的宪政价值》重点论证了反垄断法推动和维护经济民主的功能和价值，立论高远，结论令人信服。王新红教授的《也论国家调节权——兼与陈云良先生商榷》是一篇难得的学术争鸣文章，针

对陈云良教授提出的国家调节权是与立法权、行政权、司法权并列的“第四种权力形态”，该文认为国家调节权与立法权、行政权、司法权不是一个逻辑序列的概念，19世纪末期以来出现的“第四种权力”中包含有国家调节权，但并不等同于国家调节权，文章观点令人耳目一新。也欢迎读者围绕这一问题开展进一步讨论。

2007年底始于美国的金融危机浪潮现已基本消退，但其影响将持续存在，值得我们国际国内两个层面进行反思。本卷特设置“金融法”栏目，刊发了几位金融法专家学者的5篇论文。武汉大学的冯果教授和赵金龙博士合著的《我国网络证券欺诈监管法律体系和反欺诈措施的构建》一文在后危机时代为我国预防网络证券风险和监管网络证券欺诈进行了有益探索。辽宁大学的杨松教授等合著的《金融危机以来的欧盟银行法变革：发展趋势与经验借鉴》为我们及时呈现了危机之后欧盟银行法的变革，正可谓“他山之石，可以攻玉”。湖南大学的黎四奇教授撰写的《我国银团贷款所遭遇的瓶颈与对策问题分析》，主张银团贷款具有风险分散与团队协作等比较优势，但是其功能的释放必须以良法为基础，并以特定的社会土壤作为其发扬光大的先决条件，进而雄辩地指出我国有必要从立法理念的创新、自律强化及银行体制变革等方面来促进其规范化发展。在应对金融危机的诸多措施中，最具争议的当属政府的救助责任，北京大学叶姗博士在《金融危机救助中的政府责任》一文中对这个问题做了论证，提出设立金融稳定基金，确立政府救助金融危机以已经善尽审慎监管义务为前提的有限责任，以阻断金融危机向财政危机的转化。与人们通常热衷于宏大叙事和关注大的金融机构不同，武汉大学博士生臧博等人关注解决中小企业融资难问题，认为化解该问题需要协调好中小企业、融资性担保机构与银行机构三者的关系。

我国作为现代法学和法治后发国家，兼具有特殊的国情，所

以比较法研究在我国从来都具有特别的意义。本卷收录了3篇制度比较研究之佳作合为“比较法研究”栏目。澳门科技大学张国华博士生就我国内地与澳门在缺陷产品的救济与管制上的法律冲突和协调的路径展开了比较研究。石金平先生具有法官和学者的双重背景，他从中美比较的视角对当前我国房地产市场宏观调控的相关法律问题展开了比较和实证相结合的研究，问题意识突出，富有现实意义。陈彬博士后的文章围绕我国服务贸易法律制度与管理体制的完善成功进行了较为全面的比较法分析。

近年来国际上掀起了一个反垄断立法的高潮，把境外最新的立法成果及评介及时介绍给国内读者也是我们一直专注的事情。本卷中，孙晋博士和王菁律师合撰的《〈澳大利亚2008年合并指南〉评析——兼论我国经营者集中控制制度的立法完善》，对澳大利亚的经营者集中控制制度的演进与最新发展进行了梳理和归纳，对我国相关立法完善极具借鉴价值。韩伟的《后危机时代的竞争制度拓展》实际上是对2010年4月美国律协第58届反垄断法春季大会的综述，文章对金融危机与反垄断、文化对竞争制度的影响、美国2010年横向合并指南修订、合并救济、竞争视域下的专利制度等会议热点问题分别进行了梳理，相信会给我们带来不少新的信息和启示。另外，曾长期在日本留学的经历使得王玉辉博士《日本公正交易委员会审判规则》的翻译非常精到，对我国反垄断司法机制构建完善极具借鉴意义。

一定意义上而言，法律的实施比立法本身更重要，可是我国关于经济法实施和程序法的论文一直偏少。本卷专门设立了这个专栏，刊登了3篇力作，就是想能些许改变这一研究窘境。理论界和司法实务界密切合作的研究成果总是让人很期待，周礼文、颜运秋等合著的《经济法案件中检察能动性研究》，其关于检察能动性的发挥是经济法案件的特殊性即维护社会公共利益、促进实质公平的司法理念所决定，以及经济法案件中检察能动性的发挥应当明确检察能动的向度和限度，这些论述都非常深刻。此

外，厦门大学李晓辉博士的《经济法责任研究路径的反思与突破》和南京大学法学院张辉博士后的《从权力设定、行使到违法责任追究》两文从不同的侧面围绕经济法的责任展开了富有意义的探讨，值得一读。

执行主编

2011年3月12日

目 录

■ 经济法与民主宪政

- 协商民主与经济法民主观的建构 李永成 刘德刚 (1)
- 经济民主：反垄断法的宪政价值 李国海 (26)
- 也论国家调节权 王新红 (45)

■ 金融法

- 论网上证券欺诈监管措施的构建 冯 果 赵金龙 (68)
- 金融危机以来的欧盟银行法变革：
发展趋势与经验借鉴 杨 松 王 勇 (108)
- 我国银团贷款所遭遇的瓶颈与对策问题分析 黎四奇 (135)
- 系统性金融危机的经济法应对 叶 姗 (158)
- 中小企业融资性担保风险防控机制研究
..... 臧 博 何永新 (182)

■ 比较法研究

- 缺陷产品的救济与管制：澳门与内地法律冲突
与协调 张国华 (202)
- 经济法视域下中美房地产市场宏观调控
之比鉴与反思 石金平 曹丽萍 (239)

中国服务贸易法律制度与管理体的完善:

一个比较法的研究 陈 彬 (270)

■ 域外法

《澳大利亚 2008 年合并指南》评析 孙 晋 王 菁 (303)

后危机时代的竞争制度拓展 韩 伟 (332)

日本公正交易委员会审判规则 王玉辉译 (358)

■ 经济法的实施

经济法案件中检察能动性研究

..... 周礼文 颜运秋 王 力 (380)

经济法国际化发展趋势下对经济法责任

研究的反思 李晓辉 (400)

从权力设定、行使到违法责任追究 张 辉 (425)

CONTENTS

■ Economic law and Democratic Constitutionalism

- Deliberative Democracy and Construction of Economic Law's
Democracy Viewpoint Li Yongcheng Liu Degang (25)
- Economic Democracy: Constitutionalism Value
of Anti-monopoly Law Li Guohai (44)
- Study on the State of Regulating Power Wang Xinhong (67)

■ Financial Law

- On the establishment of Supervision Measures
on Internet Securities Fraud Fengguo Zhao jinlong (107)
- The Reform of European Banking Law Subsequent to Financial Crisis:
Development Trends and Experiences
..... Yang Song Wang Yong (134)
- The Bottleneck and Corresponding Suggestions about Chinese
Syndicated Loan Li Siqi (157)
- Response on Economic Law of Systematic Financial Crises
..... Ye Shan (180)
- The Study on Safeguarding and Controlling Risk Mechanism
for SME'S Financing Guarantee Zang Bo He Yongxin (201)

■ **Comparative Law**

- Remedy and Management on Defective Product: Legal Conflict
and Coordination between Macau and Chinese Mainland
..... Zhang Guohua (238)
- The Comparasion and Introspection from the Mcro-control
of Sino-US Real estate Market in Economic Law
..... Shi Jinping Cao Liping (269)
- The Improvement of China's Servie Trade Legal and Management
System: a Study of Comparative Law Chen Bin (301)

■ **Foreign Law**

- Analysis on ACCC Merger guidelines November 2008 —aslo
on Perfect of China's Business Concentration Control System
..... Sun Jin Wang Qing (330)
- Development of Competition Institutions in the Post-crisis Era:
Highlights of the 58th ABA Antitrust Law Spring Meeting
..... Han Wei (357)
- Japan Fair Trade Commission Judge Rules Wang Yuhui (358)

■ **Implementation of Economic Law**

- The Study of Judicial Initiative of Procuratorial Organ
..... Zhou Liwen Yan Yunqiu Wang Li (399)
- The Reconsideration about Liabilities of Economic Law study
under the Trend of Globalization of Economic Law
..... Li Xiaohui (424)
- From Power Setting and Practice to Pursuit of Illegal Accountability
..... Zhang Hui (450)

经济法与民主宪政

协商民主与经济法民主观的建构

李永成 刘德刚*

内容提要：民主之于经济法有着重要的意义，它关涉经济法视野下政府干预权合法性的判断和社会整体利益模糊性的澄清问题。协商民主超越了传统民主理论的纷争，在一定程度上弥补了直接民主与间接民主的不足，而成为民主在当代的最新发展。协商民主对公共参与和理性协商的强调及其作为程序民主的特质，完全契合了经济法的实践诉求，因此，可以以协商民主来建构经济法的民主观。而且，协商民主观还意味着经济法视野下国家（政府）与市场的“共和”，并内含着经济法的社会正义理念。

关键词：协商民主 经济法 民主观

从某种意义上说，现代法治发展的关键就在于法治的民主化

* 李永成，西南政法大学经济法学院副教授，硕士生导师，法学博士；刘德刚，西南政法大学经济法专业硕士研究生。

与民主的法治化。作为现代法的经济法无疑应关注民主,建构其视野下的民主观,这对经济法的理论架构与实践运行都有着重大的影响。建构经济法的民主观旨在表明,经济法为什么需要民主、需要什么样的民主以及这种民主之于经济法的意义。作为当代民主的最新发展,协商民主在很大程度上革新了近代以来的传统民主观念,契合了现代社会的发展潮流,而很可能成为未来民主的发展样式。笔者认为,以协商民主建构经济法的民主观正是经济法走向实践的关键。经济法学界虽然对经济法视野下的民主问题已有所探讨,^①但尚未形成较为系统的经济法民主观理论,而且对协商民主也缺乏关注。基于此,本文拟对以协商民主建构经济法民主观的问题做一分析。

一、协商民主理论简析

(一) 协商民主理论之缘起

谈论协商民主 (deliberative democracy), 就需要从民主谈起, 因为协商民主毕竟是西方民主理论的一个重要组成部分。“民主这一政治概念经历了不同时代和文明, 在实践中取得巨大的成功, 成为人类政治文明建设的重要价值取向。”^② 民主之理论与制度滥觞于古希腊罗马, 历经近代启蒙思想家的阐发而广为

① 目前, 学界在研究中涉及经济法视野下民主问题的文献, 比较有大致有: 王全兴、管斌:《经济法与经济民主》, 载《中外法学》2002年第6期; 李昌麒、鲁篱:《中国经济法现代化的若干思考》, 载《法学研究》1999年第3期; 王新红:《经济法的时代精神——经济法学若干热点问题的冷思考》, 华龄出版社2006年版; 刘文华:《中国经济法的基本理论纲要》, 载《江西财经大学学报》2001年第2期; 李永成:《经济法人本主义论》, 法律出版社2006年版; 等等。

② 韩冬梅:《西方协商民主理论研究》, 中国社会科学出版社2008年版, 第1页。

流传，并在自近代以来的政治理论架构和实践运行中大放光彩。就现代社会而言，民主不仅是与自由并驾齐驱的人类共同的理想与追求，更成为了人类建构政治制度与组织社会生活的必备因素。

自古希腊罗马以降，民主理论及其实践呈现出两种不同的演进态势，即共和主义民主与自由主义民主。^①相对而言，共和主义民主更强调大众参与，其实践形态是直接民主，而自由主义民主则更多地是一种精英民主，其实践形态是间接民主。共和主义民主与自由主义民主之间的论争构成了西方民主演进的宏大历史图景。就共和主义民主而言，古希腊罗马之民主共和国是其最初的实践，近代的卢梭、约翰·斯图加特·密尔等思想家则在理论上对其进行了富有成效的总结和归纳，并经现代卡罗尔·佩特曼、约翰·罗尔斯和于根·哈贝马斯等人的创造性升华和转换而传承至今。就自由主义民主来说，它同样发源于古希腊罗马，在近代约翰·洛克、孟德斯鸠和美国联邦党人的阐释下走上了与共和主义民主截然不同的发展道路，并以代议制民主的形式在近代欧美政治实践中获得巨大成功，进而成为了当今主流民主样式而为各国及其政治理论家奉为民主之圭臬。

协商民主是共和主义民主的重要分支，崛起于20世纪后期，是西方民主的最新发展，并在很大程度上表征着未来民主理论与实践的发展方向。就其理论演变而言，“协商民主的观点起源于古希腊，强调由自由和平等的公民参与公共协商以影响决策。然而这一观念在后来并没有得到充分的重视和实践，直到最近二三

① 民主理论形态有多种。虽然学界对于民主谱系的划分尚未取得一致的看法，但无疑，共和主义民主与自由主义民主的分野与争论是民主理论演化的主线。参见〔美〕卡罗尔·佩特曼：《参与和民主理论》，陈尧译，上海人民出版社2006年版，推荐序言第2页。