

经济法 论丛

ECONOMIC LAW FORUM

漆多俊 ■ 主编

本卷专题

- ◎ 经济法基础理论
- ◎ 市场规制法
- ◎ 财税法
- ◎ 金融法
- ◎ 域外视角
- ◎ 书评

EIR
1993

2014年下卷 总第27卷

经济法论丛

ECONOMIC LAW FORUM

漆多俊 □ 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

经济法论丛. 第27卷 / 漆多俊主编. —北京: 法律出版社, 2015. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7512 - 9

I. ①经… II. ①漆… III. ①经济法—法学—文集
IV. ①D912.290.1-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第026554号

经济法论丛(第27卷)

漆多俊 主编

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2014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 三河市龙大印装有限公司

印张 10.375 字数 265千

印次 2014年12月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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 978-7-5118-7512-9

定价:36.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《经济法论丛》编委会

编委会委员(按姓氏笔画)

王 健	王先林	王红霞	王新红	冯 果
刘孔中	刘继虎	应飞虎	张德峰	李国海
陈云良	徐士英	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	张德峰	王红霞		

主 编

漆多俊

本卷执行主编

陈云良

编辑部办公室主任

王红霞

ECONOMIC LAW REVIEW

Editorial Committee

Members of Editorial Committee

Wang Jian	Wang Xianlin	Wang Hongxia	Wang Xinhong
Feng Guo	Liu Kungchung	Liu Jihu	Ying Feihu
Zhang Defeng	Li Guohai	Chen Yunliang	Xu Shiyong
Jiang Jianxiang	Qi Duoju	Yan Yunqiu	

Administrative Editor

Qi Duoju	Jiang Jianxiang	Chen Yunliang	Yan Yunqiu
Li Guohai	Liu Jihu	Zhang Defeng	Wang Hongxia

Editor-in-Chief

Qi Duoju

Executive Editor

Chen Yunliang

Office Director

Wang Hongxia

【卷首语】

本卷共设四个专栏,分别是“经济法基础理论”、“市场规制法”、“宏观调控法”和“域外法”。

经济法基础理论的研究在某种程度上确实存在很多常识性的错误,矫正这些常识性错误对经济法的研究十分关键。焦海涛副教授《论常识主义经济法观》一文从若干经济法基础理论问题入手,批判了长期以来存在于经济法研究中的常识性错误,认为应在学术研究及争鸣中,树立常识主义经济法观,以常识立场来确立经济法边界及构建经济法理论;尊重常识、重视常识,最终回归常识,以常识促进共识。经济法理论的完善不仅需要回归常识,还需要回归现实。刘云亮教授的《国家治理能力现代化的经济法路径》一文从经济法的角度反思了国家治理体系和能力现代化的可能路径。他认为市场经济是法治经济,法治政府是治理政府的核心内容。厘定政府经济管理职权,规范政府宏观调控行为,确保资源配置的市场决定性地位等,都将有力地促进国家治理能力现代化。

“市场规制法”栏目刊登了7篇佳作。游钰副教授从反垄断法角度研究了消费者利益的保护问题,认为在反垄断实践中,消费者利益的实现存在许多困难如立法博弈的弱势、执法过程的缺位、司法救济的阻碍等。为了加强反垄断中消费者利益的保护,我国应当提高消费者的组织化程度,改善消费者在博弈中的地位,规范反垄断执法,促进消费者有效参与,完善反垄断诉讼制度,消除消费者维权障碍。王永强副教授则紧

密结合网络发展的实际,提出网络平台这一新的市场规制主体,认为网络平台的出现,改变了原有的市场规制主体结构,形成新的市场规制主体圈。网络平台的规制证明“政府干预之法”的提法与观点是有害的,至少是不准确的,应予以修正。网络平台的出现,将开启“平台化治理”的新的市场规制时代。彭运朋在《反竞争行为抗辩事由的一般定义研究》一文中认真梳理了现行法中反竞争行为的抗辩事由,并对其进行了一般性分析,认为反竞争行为抗辩事由是反竞争行为在满足正常经营所需和促进公共利益方面的积极作用。这一理论贡献对竞争法的适用和竞争法体系的完善都具有重要意义。蒋言斌教授将视角集中到了个体经济主体的寻租问题,对个体经济主体寻租的根由、形式等进行了全面细致的讨论,并认为需要通过矫治与扶正动摇的法治信仰、主动干预、强化法律常识输入、增加法律需求供给、疏导与完善新型法律问题认知的障碍、多途径增加警示平台和警示提示等方式来解决这一问题。刘廷华副教授、邓廷奎副教授则从法经济学的角度重点分析了证明责任规则,认为在消费者和经营者之间的纠纷中商品瑕疵因何而起并不总是能够查清,法官不得不借助于证明责任规则作出判决以节约司法成本,《消费者权益保护法》第23条规定消费者承担初步证明责任后将商品不存在瑕疵的举证责任转移给经营者,有利于证明成本和错判成本最小化。刘光华教授运用实证统计数据,在梳理乡村集体所有制企业发展历史、现状等的基础上,深入阐释了乡村集体所有制企业的困境及根源,并立足中国社会转型背景及公有制经济法治理演进经验,反思了乡村集体所有制企业未来的发展出路,为现行“三农”法律制度的完善提供一个新的视角。石金平法官对股东清算义务进行了研究,认为当股东不能证明清算的可行性时,债权人可直接要求股东承担偿还责任;股东承担清算责任的理论依据在于第三人侵害债权理论、法定责任说及企业社会责任理论;认定股东清算责任应适用主观过错、因果关系推定及举证责任倒置规则。

宏观调控法方面,叶卫平教授以产业政策制定权限为中心,对地方竞争、区域合作与产业政策制度重构问题进行了探讨。他认为中国产业政策的现行制度安排是将产业政策的制定权限高度集中在中央,但由于产业政策是属于中观层面的公共政策,与地方及区域经济利益密不可分,地方不同层面的产业扶持措施纷纷出台,中央政府事实上已经无法垄断此项公共物品的供给。徐珮菱从高淳陶瓷内幕交易案出发,讨论了证券市场中公开原则所维持的公平性,与内幕信息财产权保障间的衡平问题,极富启发意义。封延会副教授和贾晓燕副教授总结了“发起—分销”证券经营模式的道德风险问题和贷款质量下降问题,并通过对多德弗兰克法案规制经验的介绍,阐述了我国在此问题上的监管思路。彭礼堂教授创新性地提出了一体化税法的概念,认为一体化税法是把税收法和税用法作为一个整体来对待的综合性法律部门,包括税宪法、税债法、税行政法、税刑法等全新内容。胡国梁在《房产税试点何以通过税收法定原则之门》中详细阐述了房产税改革与税收法定原则的问题,认为渝沪房产税改革试点没有法律依据,无法通过税收法定原则之门。这与长期以来形成的重公权轻私权的文化背景、行政主导税改的历史惯性和税收调控经济的过度信仰密切相关。征收房产税是国际通行做法,也是当前中国的改革趋势,但必须坚持税收法定原则,首先进行房产税立法。

在域外法借鉴方面,本卷推出了2篇力作。李胜利教授《论反托拉斯政策在美国经济政策中的地位》一文中研究认为,在汲取了罗斯福新政时期将反托拉斯政策束之高阁而影响了经济复苏的历史教训后,美国将反托拉斯政策作为应对近些年的全球性经济危机的重要举措。在产业政策与反托拉斯政策的关系中,美国政界和学界的主流观点是应该保障联邦反托拉斯政策的基本地位。王健教授和汪望宇在《美国竞争倡导制度研究》一文中介绍了竞争倡导制度的重要功能,并认为随着改革不断深化,应给予竞争倡导优先于行政执法的地位。我国竞争倡导必须建

立多样化的倡导工具,除了导入竞争评估、提倡发布真实消息和法庭之友三种竞争倡导工具以外,还应通过发布各类指南、进行市场研究、召开研讨会等各种形式推进竞争倡导工作。

本卷执行主编

陈云良

2014年10月

目 录

【经济法基础理论】

论常识主义经济法观

——以若干重要的经济法基础理论问题为分析对象

焦海涛(1)

国家治理能力现代化的经济法路径 刘云亮(28)

【市场规制法】

论反垄断中的消费者利益 游 钰(36)

网络平台:市场规制主体新成员

——以淘宝网电商平台为例的阐述 王永强(53)

反竞争行为抗辩事由的一般定义研究 彭运朋(67)

个体经济主体寻租法律边界研究 蒋言斌(84)

《消费者权益保护法》第二十三条评析

——基于证明责任规则的经济分析 刘廷华 邓廷奎(132)

消亡抑或涅槃:乡村集体所有制企业出路法律反思

..... 刘光华 方 岩(143)

困境与抉择:股东清算义务、责任与债权人救济路径之对接

..... 石金平 邹玉玲(162)

【宏观调控法】

地方竞争、区域合作与产业政策制度重构

——以产业政策制定权限制度为中心 叶卫平(177)

证券市场内幕交易规范研究

——公开原则是万灵药吗? 徐珮菱(188)

证券化背景下银行经营模式转变与法律监管研究

..... 封延会 贾晓燕(208)

一体化税法新论 彭礼堂(223)

房产税试点何以通过税收法定原则之门 胡国梁(240)

【域外法】

论反托拉斯政策在美国经济政策中的地位 李胜利(260)

美国竞争倡导制度研究

——兼论我国如何导入竞争倡导制度 王 健 汪望宇(272)

《经济法论丛》稿约 (315)

CONTENTS

【Basic Theory of Economic Law】

- An Economic Law Theory Based on Common Knowledge in
Legal Science Jiao Haitao(1)
- The Economic Law Path of State Governance Modern Capabilities
..... Liu Yunliang(28)

【Market Regulation Law】

- The Consumer Interests in the Practice of Anti-monopoly You Yu(36)
- Network Platform: the New Member of Subject of Market
Regulation
- Taking TaoBao Electric Business Platform as an Example
..... Wang Yongqiang(53)
- General Definition of The Defenses of Anti-Competitive Act
..... Peng Yunpeng(67)
- On the Non-public Legal Values People with Rent-seeking Theory
..... Jiang Yanbin(84)
- The Analysis of the Article 23 for Consumer Protection Law
- Based on Economic Analysis of Burden of Proof Rules
..... Liu Tinghua Deng Tingkui(132)

- Death or Rebirth: The Legal Reflection on the Way out for
Collectively-owned enterprises in Rural Areas
..... Liu Guanghua Fang Yan(143)
- Difficulty and Choice-the Joint of Shareholder Liquidation Obligation, Liability and Creditor Relief Way
..... Shi Jinping Zou Yuling(162)

[Macro Regulation and Control Law]

- The Impacts of Competition Among Local Governments and
Regional Cooperative on Industry Legislation Reconstruction
..... Ye Weiping(177)
- The Research of Insider Trading Regulations in the Stock Market
—is the Full Disclosure a Panacea? Xu Peiling(188)
- The Analysis of Commercial Bank Business Model in Asset Securitization and Inspiration Feng Yanhui Jia Xiaoyan(208)
- The Research on Integrated Tax Law Peng Litang(223)
- Property-Tax Pilot How Through the Door of the Tax Principle of
Legality Hu Guoliang(240)

[Foreign Law]

- On the Position of Antitrust Policy in the United States Economic
Policies Li Shengli(260)
- Research on American Competition Advocacy System
—How to Introduce Competition Advocacy System into China
..... Wang Jian Wang Wangyu(272)

【经济法基础理论】

论常识主义经济法观

——以若干重要的经济法基础理论问题为分析对象

焦海涛*

摘 要:经济法理论的建构以及学界对经济法理论的批判都应
以法学常识为基础,但我国当前很多经济法理论却因刻意追求创新
而逐渐偏离了法学常识,有关经济法地位的很多学术争论也因对经
济法的误解而产生。在这种学术导向下,经济法变得难以捉摸,甚至
与传统法律制度发生了直接冲突。这不利于经济法自身发展,不利
于经济法的实践运作与人才培养,也不利于法律制度之间协同效应
的发挥。重拾经济法的合理性,应在学术研究及争鸣中,树立常识主
义经济法观:以常识立场来确立经济法边界及构建经济法理论;尊重
常识、重视常识,最终回归常识,以常识促进共识。

关键词:经济法理论 常识问题 常识主义 回归常识

一、问题的提出

(一) 经济法理论研究的一个侧面

我国经济法总论研究中,呈现出两种截然不同但都有些极端的现
状:一是很多经济法学者开始回避基础理论研究,制度研究越来越精细,

* 焦海涛(1982—),男,法学博士,安徽大学法学院副教授。

基础理论却十分薄弱,致使制度与理论之间日渐脱离,理论无法统摄制度,制度无法回应理论;二是理论研究的坚守者另辟路径,提出的经济法理论极其抽象,结果却造成经济法到底是什么越发难以说清,经济法甚至显得已经脱离人们的生活常识,离现实生活越来越远。

这两种极端取向都会对经济法自身发展、经济法实践运作及经济法人才培养带来负面影响。一个基本逻辑是,一种制度要想走向先进,在现实中发挥重要作用,首先必须获得人们的普遍认可。但是,经济法的认可度在目前显然是一个严峻问题。^①

在这方面,经济法教学现状是一个有力例证。如果经济法问题在理论上没有共识,在教学中势必就难以说清。在当前经济法教学中,有些老师干脆不讲理论或一笔带过;即便将理论问题作为重点来讲,往往也不得不花费很长时间来解释什么是经济法、为什么需要经济法、经济法与其他法的区分等这样一些在其他法学科中根本无须说明的问题。经济法理论课程由此变得十分枯燥,教师不愿讲、讲不清,学生不愿听、听不明。一个明显的现象是,学完一学期经济法后,大多学生对经济法的印象依然是“大杂烩”,而没有一个系统的认识——很难说得清为什么这样的经济问题就是一个经济法问题而非一个民法问题或行政法问题,经济法总论与分论之间究竟有什么关系,各分论之间的联系又何在?这种情况在其他法学习中,尤其是民商法、行政法、刑法上很少存在。对本科生来说,经济法的课时量可能并不比其他法少,但经济法的教学效果明显要比其他法学学科差。这是客观现实。学生无法理解、接受经济法理论与制度,如何期望这些学生走上社会之后,会自觉树立经济法意识,运用经济法理论、制度来解释、解决现实中的经济法问题。

^① 漆多俊教授曾用“五大反差”来概括中国经济法现状,其中包括“内部的自鸣得意与外界的批评与偏见”以及“经济法理论的现实作用巨大与国家经济管理现实中忽视经济法作用”这两大反差。这种概括较大程度上反映了中国目前的经济法制度及理论研究现状。参见漆多俊教授2013年4月18日在安徽大学经济法制研究中心所作的讲座“论我国经济法的五大反差”。

各种基于误解而产生的“墙内开花墙外香”、“李逵与李鬼”现象,^①亦是经济法理论研究及经济法现实作用的直接反讽。

(二) 可能的原因

问题产生了就需要解决。原因有很多种,但一个长期受到忽视,并由此显得更为重要的原因可能是,现行的经济法研究有时可能偏离了常识;与此同时,学界对经济法的批评有时也产生于对经济法的误解。这是一个方向性问题、前提性问题。方向发生了偏离,走得越快,就会离目标越远。

常识是一般人无须特别学习即能掌握的知识,常识内化在我们复杂的知识体系之中,构成了我们认识一切事物的基础。如果一个事物与我们的常识相吻合,我们会很快接受它,否则便是难以理解,甚至是不自觉地排斥。常识代表着一种集体认可,当各种经济法研究成果、经济法理论与我们一贯持有的常识相冲突时,经济法便难以获得公众的认同。

常识有层次之分,有一般生活常识,每一个学科也有自身的专业性常识。经济法理论除应符合公众的一般生活常识之外,还应符合各法学学科的共同性常识即法学常识。法学常识通常是法理学所应解决的法学基本问题,这是法学入门的第一课,是每个法学学习者都必须掌握的知识。尽管不同法学学科的知识体系、理论架构各不相同,法学常识却构成了所有法学学科的基础,离开了这一基础,任何法学理论都可能是不合理甚至错误的。

按理说,理论构建应符合常识,这本身就是一种常识。但遗憾的是,一些看似构造精巧,却离法学常识越来越远的经济法理论并不少见。重

^① 所谓“墙内开花墙外香”、“李逵与李鬼”现象,主要指人们想当然地将某些问题、制度理解为经济法制度,或将经济法与某些问题错误地对应起来,结果造成经济法在实践或理论中的“虚假繁荣”或“无故恐慌”现象。前者如社会大众认为,经济法就是有关经济的法,因此经济法特别重要,由此导致在考研中经济法相对难考,经济法专业学生就业则相对容易,这显然是一种因误解而产生的“歪打正着”结果。后者如前些年学界,很多学者将经济审判庭与经济法对应起来,将经济审判庭的存废提到事关经济法存亡的高度,这也是一种误解,因为经济审判庭原本就不是经济法纠纷的审判机构,而是经济类纠纷的审判机构。

要表现之一就是,有些学者为了应对经济法作为新生事物而遭遇的各种挑战,人为地突出经济法的与众不同,人为地强调经济法理论的颠覆性,为此,不惜将经济法建立在各种反法学常识的基础之上,即通过对各种法学常识或传统法学理论的批判,来证成经济法的合理性。换言之,面对学界对经济法的质疑时,很多经济法学者并不在意既有理论的解释力有多少,即不是通过解释而是试图通过批判来确立经济法的地位及边界。这样做的结果,不一定是经济法获得认可,很可能是相反,尤其在各种经济法理论之间尚存在差异甚至冲突时,人们对经济法的认同感很可能进一步下降。因此,在非常识主义的研究导向下,经济法可能会变得扑朔迷离、难以捉摸,甚至与传统法律制度发生直接冲突。

事实上,如果将一些法学常识讲清楚了,通过合理解释一些常识性法律问题,经济法上的很多难题也会迎刃而解。经济法只是法学大家庭中的朴素一员,是法律制度发展到一定阶段的必然产物,既不新潮,也不另类。经济法之所以捉摸不定,看似毫无边界,很多时候是各种偏离法学常识的理论解释的结果,而非经济法本身如此。

二、常识是如何被偏离的

(一)对常识的不自觉忽视

常识问题属基础性问题,只要说出来,大家都能理解,但常识通常又是最容易被人们遗忘或忽视的知识。在经济法上,偏离常识的首先表现就是忽视常识——明明是很简单的道理,在解释经济法时偏偏一时忘记了。我们看两个例子。

例1:概念与名称是一回事吗?

概念不同于名称,这是常识。但问及“经济法是什么”,人们很多时候都想当然地将经济法理解为“有关经济的法”。这正是将概念与名称等同的表现。名称是事物的外在称谓,概念则反映事物的内在属性。二者的功能不同,名称力求简洁、易记,概念则应准确、周延。正常情况下,名称是对概念的高度浓缩,从名称即可推知概念,此即名实相符。但简练的名称所反映的事物属性,往往是盖然性的,甚至是片面的,这就需要把握概念。这意味着,在理解某个事物时,着眼于名称显然不够,望文生