



CSSCI来源集刊 2012年下卷 总第23卷

经济法 论丛

ECONOMIC LAW FORUM

漆多俊 主编

本期专题

- ◎ 经济法基础理论
- ◎ 金融法
- ◎ 竞争法
- ◎ 财税法
- ◎ 交叉研究
- ◎ 书评与动态

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

V 112 1 1
20014
23

四 见

FIR
1994

CSSCI来源集刊 2012年下卷 总第23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23卷 / 漆多俊主编. —北京: 法律出版社, 2012. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4294 - 7

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(2012)第283279号

经济法论丛(第23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

印张 10.625 字数 290 千

版本 2012年12月第1版

印次 2012年12月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印刷厂

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-4294-7

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 刘孔中
刘继虎 应飞虎 张德峰 李国海 陈云良
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

李国海

编辑部办公室主任

王红霞(兼)

ECONOMIC LAW REVIEW

Editorial Committee

Members of Editorial Committee

Wang Jian	Wang Xianlin	Wang Hongxia	Wang Xinhong
Liu Kongzhong	Liu Jihu	Ying Feihu	Zhang Defeng
Li Guohai	Chen Yunliang	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

Li Guohai

Office Director

Wang Hongxia

【卷首语】

本卷共设6个专栏,分别是“经济法基础理论”、“金融法”、“竞争法”、“财税法”、“交叉研究”以及“书评与动态”。

“经济法基础理论”专栏包括3篇文章。杨松教授和郭金良博士合著的论文《我国经济法学研究在转型期的反思与发展》,提出经济社会转型期“问题”与“主义”的核心问题是经济法学研究方法的转型,主张重视对“问题”中的具体理论的研究,强调“跨学科意识”的重要性,并注重跨学科研究方法的运用。漆丹教授与周战超博士合著的论文《风险社会视域下经济法的价值与原则》,以风险社会理论为基点来研究经济法的价值和原则,认为对于经济法价值和原则的研究应从过去的效益、利益、权利本位转移到风险本位上来,从风险本位的角度重新审视我国经济法的价值与原则,以构建开放沟通的、反身性的风险理性的国家经济调节模式。张继恒的论文《现代经济法行为范畴的梳理与提炼》,梳理和分析了国内经济法学界现有的研究成果,认为当前的经济法行为理论研究存在不足,主张以维护社会整体利益之法律价值目标为指引创新经济法行为的设置模式,将“主体——行为”范式作为提炼经济法行为范畴的基本路径。

在本卷中,“金融法”专栏包含的论文数量最多,反映出在全球性金融危机持续发生的背景下,金融领域的法律问题得到了国内法学界同仁们的重点关注。黎四奇教授的论文《后危机时代对监管套利法律问题的检讨与反思》,针对全球性金融危机展开研究,认为金融体制、监管制度、

金融市场结构等方面的差异诱导了“脱法”性的监管套利,提出无论是监管竞争性,还是非竞争性的监管套利,其都会削弱金融监管与货币政策的有效性,并可能引发金融危机。主张各国应当平衡监管不足与监管过剩,对监管套利兼采立法反制与宽容相待。黄韬博士的论文《中国法院的金融法律规则创制功能:现状与评价》,将司法理论与金融法相结合进行研究,认为在现行的司法体制之下,我国法院在事实上行使着创制金融法律规则的权力,提出我国法院的这种角色扮演有可能带来诸多体制性的问题,需要引起学界和实务界人士的警醒。蔡军龙博士的论文《论混业经营趋势下我国金融监管协调机制的完善》,集中关注在混业经营条件下金融业监管协调机制的建构问题,认为伴随着金融混业经营的不断深化,有必要建立一个可统筹运用和有效整合各类监管资源、运转高效且反应迅速的金融监管协调机制。而我国的金融监管协调机制尚处于初步建构中,不能完全适应金融混业经营发展的需要,亟待进一步加强和完善。在此过程中,我国可以借鉴英美等国为应对全球性金融危机在金融监管体制尤其是金融监管协调方面进行一系列重大改革所取得的积极成果。巫文勇博士撰写的论文《中国问题金融机构国家救助制度检思与改革研究》,以批判的视角研究我国的问题金融机构救助制度,认为我国实行隐性担保、全面救助的体制,虽然在特定的历史时期有其合理性与必要性,但是其结果却是加大了金融市场的道德风险,并对国家的经济稳定与发展造成一系列负面影响,必须予以改革。改革的基本方向是建立以存款保险为首的金融消费者保险制度,实行显性、限额的国家担保,规范中央银行最后贷款和国家财政救助行为。汪丽丽博士的论文《农地金融制度创新思考》,选择国内学术界目前较为关注的农地改革问题作为研究对象,认为由于我国农地金融起步较晚,加上农业的弱质性、农业保险的缺失及农村社会保障制度的不健全等因素,决定了我国目前还不具备在全国范围内统一推行农地金融制度的必要条件,但可以遵循“先行先试”的路径,选择部分地区如陕西省等进行农地金

融制度试点,以获取必要的经验。

在“竞争法”专栏里,李国海教授的论文《前现代反垄断法研究》,系统研究了国内外的前现代反垄断法,涉及英美法系、大陆法系以及古代中国等众多国家在1890年之前的反垄断立法,分析了中外前现代反垄断法的共同特征,比较了我国与欧美各国的前现代反垄断法之间存在的差异,也具体探讨了前现代反垄断法与现代反垄断法之间的连接关系。丁茂中博士的论文《经营者集中领域的剥离资产问题研究》,探讨反垄断法规制经营者集中的一种重要手段——剥离资产,认为在采取资产剥离救济措施的经营者集中案件中,如何确定剥离资产是反垄断执法机构需要完成的一项非常重要的工作。根据各国的实践来看,剥离资产的遴选标准、剥离资产的组成与来源、剥离资产的范畴厘定、剥离资产的皇冠钻石条款、剥离资产的适度调整是相关方面的核心问题,文章针对这些问题展开了深入研究,提出了不少有见地的观点。

在“财税法”专栏中,熊樟林博士的论文《烟草税的管制功效及其理性应用》,将关注点投放到烟草税这样一个特殊税种,分析烟草税的正当性问题,认为我国社会大众之所以对烟草税产生抵触情绪,主要原因是对烟草税本身的理解偏差、我国烟草税的制度不透明以及非科学应用,而不是烟草税在控烟方面的功能失效。站在理性的立场分析,烟草税本身是具有正当性基础的,只不过,我国需要进一步明确该种税收的宪政立场,建立程序公正的征收制度和烟草税税款的专款专用制度,只有这样才能缓解烟控政策实施之初对烟草经济带来的冲击,同时也能消解社会大众对烟草税的正当性质疑。韩灵丽教授的论文《反思中国财政预算的正当性》,以批判的眼光对我国财政预算制度进行检讨,认为目前我国的财政预算在收入的组织、增长的速度与方式、财政支出的结构与重点、对经济的调节与收入的分配,以及预算的结构与管理等方面都存在明显的问题,动摇了财政预算的正当性基础。

交叉研究方法越来越受到国内学者们的重视,多学科的交叉研究确

实能够产生更多有价值的成果。为因应此种趋势,本卷新设“交叉研究”专栏,刊发3篇论文。吕炳斌博士的论文《多元化减灾救灾机制的实施与完善》,引入多中心治理理论来研究减灾救灾机制,力主构建多元化减灾救灾机制。认为政府主导,财政支持,社会和商业保险公司共同参与,走政府、社会与市场相结合的道路,是提高救灾水平和效率的一条出路。建议我国制定一部集灾害预防、灾害紧急应对和灾后重建为一体的自然灾害应对根本大法,以促进我国防灾和减灾救灾法律的进一步完善和体系化。梅傲博士的论文《公共利益保护失衡:国际投资仲裁的“阿喀琉斯之踵”》,引入政治学、法哲学理论来对国际投资仲裁的现实展开反思性研究,认为当前投资仲裁实践中,仲裁庭往往片面强调对私人投资者的保护,漠视对东道国公共利益的保护,以致遭遇东道国与国际社会的信任危机。主张国际投资仲裁应制定一系列的“善政良治”,重视对东道国公共利益的保护,平衡私益与公益的冲突,重归公平解决投资争端的理性路径。建议我国须重视投资仲裁庭的此种“迷失”,审慎制定投资协定条款,以防止陷入投资仲裁“诉累”。李宴副教授的论文《土地整理的社会公共性及其法律规制》,则是结合法哲学理论来探讨土地整理法的性质和定位,认为土地整理法是社会本位法、国家干预法、经济民主法和综合调整法。在我国,土地整理制度也要突出其社会公共性,强调土地整理制度的生态环境价值观,并通过法律手段实现土地整理制度的良好运行。

“书评与动态”专栏包括了一份书评和一份学术会议纪要。本刊主编漆多俊教授长期关注国家经济法律的宏观走向,本次借为郑艳馨博士的新著写序的机会,集中表达了他对我国《反垄断法》以及公用企业垄断的重要观点:一是需要正确恰当地认识公用企业的特性及其自然垄断性,不能笼统(概括)地让它们游离于反垄断法之外;二是必须高度重视和加强对当前我国现实生活中主要为害的大型国有企业,特别是同民生密切相关的“公用企业”垄断的法律规制,这才是我国反垄断法所应关

注的重点,是该法主要价值和功效之所在;三是要做到上述要求,虽然完善法律制度是重要的,但更深层次的问题是必须下决心进行政治体制改革,斩断权力同资本的“脐带”。该文表面上是一篇序作,但毫无应景客套之气,实际上是一篇很有分量的论文,其观点鲜明,文字掷地有声,值得一读。此外,2012年9月21日在中南大学法学院召开了“公益诉讼实施”研讨会,江必新、漆多俊等众多著名学者围绕公益诉讼的实施问题在会上发表了重要观点,我们将各位学者发言的核心内容辑录在一起,形成一份会议纪要。

本卷执行主编 李国海
2012年9月

目 录

【经济法基础理论】

我国经济法学研究在转型期的反思与发展	杨 松 郭金良(1)
风险社会视阈下经济法的价值与原则	
——对国际金融危机国家调节的反思	漆 丹 周战超(14)
现代经济法行为范畴的梳理与提炼	张继恒(26)

【金融法】

后危机时代对监管套利法律问题的检讨与反思	黎四奇(48)
中国法院的金融法律规则创制功能:现状与评价	黄 韬(68)
论混业经营趋势下我国金融监管协调机制的完善	蔡军龙(97)
中国问题金融机构国家救助制度检视与改革研究	巫文勇(128)
农地金融制度创新思考	
——以“先行先试”为视角	汪丽丽(153)

【竞争法】

前现代反垄断法研究	李国海(175)
经营者集中领域的剥离资产问题研究	丁茂中(192)

【财税法】

烟草税的管制功效及其理性应用	熊樟林(213)
反思中国财政预算的正当性	韩灵丽(228)

【交叉研究】

- 多元化减灾救灾机制的实施与完善 吕炳斌(246)
- 公共利益保护失衡:国际投资仲裁的“阿喀琉斯之踵” 梅 傲(265)
- 土地整理的社会公共性及其法律规制 李 宴(283)

【书评与动态】

- 我国公用企业垄断法律规制之困境
——读郑艳馨《我国公用企业垄断力滥用行为之法律规制》
的一点感想 漆多俊(303)
- “公益诉讼实施”研讨会纪要
..... 颜运秋 马晓锐 周晓明 整理(307)

《经济法论丛》稿约

CONTENTS

【 Basic Theory of Economic Law 】

Economic Law Research; the Reflection and Development in

Transition Yang Song Guo Jinliang (1)

The Values and Principles of Economic Law in a Risk Society;

Rethinking of the National Economic Adjustment Mechanism Toward

the International Financial Crisis Qi Dan Zhou Zhanchao (14)

Analysis and Refinement of Behavior Category of Modern Economic

Law Zhang Jiheng (26)

【 Financial Law 】

On Regulatory Arbitrage after the Financial Crisis Li Siqi (48)

The Function of Financial Law-Making of the Chinese Court; Status

and Evaluation Huang Tao (68)

Consummation of Financial Supervision Coordination Mechanism

Under the Trend of Mixed Management Cai Junlong (97)

Inspect and Reform Research on the State Help for Chinese Problem

Financial Institutions Wu Wenyong (128)

Institution Innovative Thinking of Rural Land Financial Wang Lili (153)

【 Competition Law 】

Study on Pre-modern Anti-monopoly Law Li Guohai (175)

Study on Divested Business of Undertakings Concentration

..... Ding Maozhong (192)

【 Finance & Taxation Law 】

Tobacco Tax's Efficacy and Its Rational Application

..... Xiong Zhanglin (213)

Reflection on the Legitimacy of Financial Budget in China

..... Han Lingli (228)

【 Crossover Study 】

Implementation and Perfection of a Multi-Mechanism on Disaster

Mitigation and Relief Lv Bingbin (246)

On the Protection of Public Interests Imbalance: Achilles' Heel of

International Investment Arbitration Mei Ao (265)

The Land Consolidation's Social Public and Its Legal Regulation

..... Li Yan (283)

【 Book Review & Research News 】

The Dilemma about Legal Regulation of Public Utility's Monopoly
in China—Reading Zheng Yanxin's "Legal Regulation of Public

Utility Abusing Monopoly Power in China" Qi Duojun (303)

Seminar Minutes of the Implementation of Public Interest Litigation

..... Yan Yunqiu Ma Xiaorui Zhou Xiaoming Compilation (307)

Call for Papers of ELR

【经济法基础理论】

我国经济法学研究在转型期的反思与发展

杨 松 郭金良*

摘 要:经济社会转型期“问题”与“主义”的核心问题是经济法学研究方法的转型。传统法学研究对经济法学研究有巨大的贡献,但经济社会背景的变化要求我们对现有的经济法学研究方法进行反思,包括“问题”中的具体理论的研究、提高“跨学科意识”及跨学科研究方法的运用等。我们应该重视更加具体、多元的历史研究方法,特别是对经济史学的研究和总结,重视史学研究与经济法学实践研究的互动,从社会主义市场经济与经济法学研究的实践中探求适合经济社会转型期经济法学发展的研究路径。

关键词:经济社会转型;传统法学;经济法学;研究方法

一、引言:争论回顾与问题反思

在经济法学研究路径的选择上,有两种不同的观点,即主张优先重点发展经济法具体制度的“问题”^①论者和主张不断加大对经济法基础

* 杨松(1968~),女,辽宁沈阳人,法学博士,辽宁大学法学院教授;郭金良(1985~),男,辽宁沈阳人,辽宁大学法学院博士研究生。

① “问题”论者主张:经济法学的研究应当着重建立和完善经济法的具体制度,重点应放在实践问题的研究和解决上,而不应优先把经济法学的研究重点放在基础理论上。

理论研究的“主义”^①论者。从形式上看,“问题”与“主义”的争论点在于侧重点和优先性问题上,而从方法论的角度讲,一方面,两者的争论点在于经济法学研究方法的路径,即是选择“主义——问题——对策”模式,还是选择“问题——对策——主义”模式;另一方面,在研究路径选择后,还要选择与之相匹配的研究方法,即传统法学研究方法的运用和多元研究方法的结合问题。对于“问题”与“主义”的争论似乎已经是“过去”的事情了,学界基本上都认同了两者并重发展的观点。在两种“合”的问题上,张守文教授认为“强调经济法研究应当‘顶天立地’。所谓‘顶天’,强调理论研究必须不断提升水平,必须能够真正拔高,要真正体现出一种去粗取精、去伪存真的提炼和萃取。‘立地’,即要立足于现实,脚踏实地,而不能成为海市蜃楼。因此,‘顶天立地’,就是要使理论能够上凌高端,下立根基”。^②

王全兴教授则从经济法学方法论的角度对经济法学的研究作了全面的阐述,他认为“经济法学作为新兴的法学学科,需要重视传统法学方法的运用和多元研究方法的优化组合:形而下层次与形而中、形而上层次相结合,侧重形而下层次;立法研究与执法研究相结合,侧重执法研究;定性研究与实证研究相结合,侧重实证研究,尤其是执法实证和案例实证研究;‘主义’研究与‘问题’研究相结合,侧重‘问题’研究”。^③任何事物的发展,在不同的阶段都应当表现出不同的优先性,经济法的发展也应当有所侧重。“问题”与“主义”的争论从形式上讲,可以说是趋于融合,但发展中存在如何“侧重”的问题,而且“问题”的研究也要更加具体地区分为具体问题的“主义”和具体问题的“问题”,而主义的研究也要与经济法实践研究相结合。方法论研究贯彻学科研究的始终,经济法学研究方法能够正确对待“问题”与“主义”的发展。就目前的经济

① “主义”论者主张:经济法学的研究应当首先搞清经济法的独立性的基础问题,应当先夯实经济法的基础地位,即应当先重点研究经济法作为独立法律部门的基本概念和基本理论。它们强调,只有先把这些经济的本质问题解析清楚,才能更好地研究具体的经济法制度。

② 张守文:“经济法研究的‘合’与‘同’”,载《政法论坛》2006年第3期。

③ 管斌:“第十八届全国经济法理论研讨会综述”,载《法商研究》2011年第1期。

法学研究现状来看,对“问题”中基础理论的研究还相当薄弱,例如,金融危机发生后有多种方法、措施、手段应对危机,但从经济法“国家干预”的角度没有形成系统的金融法理论框架,包括金融监管主体权力的范围、权力分配、责任承担等。经济法实施中的程序性问题和司法化问题的研究还比较匮乏。这些问题都需要在分析转型期经济法学研究的“问题”特殊性的基础上,对现有的经济法学研究方法进行“历史性”和“时代性”的反思。^①

(一) 现有经济法学研究的反思

任何事物的发展都需要进行不断的反思,以求创新。经济法学作为“年轻”的部门法,更需要对自身的理论发展进行反思,在这其中研究方法首当其冲。应飞虎教授指出经济法是部门法的一种,是整个法律体系较为新的部分,其产生与发展的时间都较短,经济法学作为独立学科的历史则更短。“经济法作为医治市场经济现代病的一种制度,与传统法律有相当的差异。这就要求经济法学的研究方法、视角及思路体现这种差异”。^② 在此问题上,张守文教授也早有提及:“法学方法论既存的有限研究,对于传统法学研究也许较为适合,但对于具有现代性特征的经济法学研究,却不敷其用……”^③他还提到,经济法学研究方法的选择,或者在特定问题的解决上没有现成可用的方法来论证,则应如何建立自己特有的方法和理论体系,如何形成自己的特有方法论是需要面对的一个重大选择和需要解决的问题。对经济法学研究中“问题”的反思是当下经济法学研究的重点。对此,张守文教授早有提及,“强调经济法理论的研究地位,并不是忽视经济法实践。经济法的理论研究恰恰必须与实践紧密结合,从实践中发现问题,提炼原理,确立规则,这样的理论才是有根基的理论,才可能是生生不息、充满生机和活力的理论”。^④ 在目前

① 此处所指“历史性”和“时代性”均在后文有所体现,即制度背景的比较和当代国际政治关系的考察。

② 应飞虎:“问题及其主义——经济法学研究非传统性之探析”,载《法律科学》2007年第2期。

③ 张守文:《经济法理论的重构》,人民出版社2004年版,第3~4页。

④ 张守文:“经济法研究的‘合’与‘同’”,载《政法论坛》2006年第3期。