

THEORETICAL HOT TOPICS AND
PRACTICE OF ECONOMIC LAW

经济法理论热点与实践

李晓辉 著

本书内容主要分为两大部分，即经济法理论热点分析和经济法实践热点分析。前者立足近五年我国对20世纪90年代经济立法“大换血”修订或者出台实施细则和解释的大背景，围绕经济立法和司法中存在的问题展开分析，并结合经济法基本理论和原则提出创新性的理论分析路径和方法；后者集中关注近五年的典型案例，剖析经济法理论在实践中存在的缺陷和不足，并对新的立法和修法活动提出改进意见和建议。



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

中央高校基本科研业务费专项资金资助 项目编号: 20720151249

Supported by the Fundamental Research Funds for the Central Universities

THEORETICAL HOT TOPICS AND
PRACTICE OF ECONOMIC LAW

经济法理论热点与实践

李晓辉 著



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

经济法理论热点与实践/李晓辉著. —厦门:厦门大学出版社, 2016. 5

ISBN 978-7-5615-5961-1

I. ①经… II. ①李… III. ①经济法-法的理论-中国 IV. ①D922.290.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 088341 号

出 版 人 蒋东明

责任编辑 甘世恒

封面设计 李夏凌

美术编辑 李嘉彬

责任印制 许克华

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181253(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmupress@126.com

印 刷 厦门市万美兴印刷设计有限公司

开本 720mm×1000mm 1/16

印张 13

插页 2

字数 226 千字

版次 2016 年 5 月第 1 版

印次 2016 年 5 月第 1 次印刷

定价 45.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

前言

促成我将这些散见于各期报刊的法律时评短文汇集出版的主要原因有二：

其一，由于在2013年10月1日前美国众议院没有批准下一年度即2014年度的财政预算报告，联邦政府的非核心部门重蹈1995年暂时关门的覆辙。2013年10月10日，我在《法制晚报》上发表《美国政府停摆的启示》的短文。2013年10月14日，美国《外交》杂志刊登了Isaac Medina的《中国人民如何看待美国政府关门(What China Thinks of the Shutdown)》一文，引用我的内容如下：“Yet other commentators find the federal shutdown inspiring. Dr. Li Xiaohui, Assistant Professor of Law at Xiamen University writes, ‘The life of the average American has not been greatly affected by it and the economy has continued to grow. This reflects the clear limits between America’s government and the market. Our country should likewise move forward and decouple the government from the economy.’”中文翻译为：“然而，其他时事评论人员主张吸取美国政府关门的教训。比如，厦门大学法律系助理教授李晓辉认为：‘美国普通民众的生活并没有因此受到巨大冲击，经济依然保持复苏增长态势，体现了美国政府与市场关系的清晰界定，我国也应进一步厘定政府与市场的边界。’”

其二，2015年8月13日早上7点左右，我还没有起床，无界新闻高洪浩记者打电话给我，说看到我2014年8月5日在《法制晚报》发表的《高危行业员工意外险该强制推进》一文，便向《法制晚报》报社要了我的联系方式，征求我对高危行业员工意外险强制购买的意见，我反问他：“你问这干什么？要解决什么问题？”他回答说昨晚天津滨海新区发生了爆炸，造成许多人伤亡，大部分是企业的员工，而且初步了解部分没有购买员工意外险。此时，我还没有打开电视或者电脑，并不知道2015年8月12日晚11时左右，位于天津滨海新区塘沽开发区的天津东疆保税港区瑞海国际物流有限公司所属危险品仓库发生火灾，在消防队员灭火过程中，现场发生爆炸，造成数百人伤亡。我说具

体情况我要后续了解清楚才能回答,如果他急需的话,可以引用我在文章中的观点。三个小时后的10点左右,我看到高洪浩以《天津爆炸摧毁汽车仓储场 保险公司接报案过百起》为题目对天津滨海新区的爆炸进行了新闻报道,其中引用我的内容如下:“厦门大学法学院李晓辉博士曾在《法制晚报》上撰文表示,团体意外险和高危行业险都是企业和个人自愿参与保险的险种,并不具备强制性。目前国内的高危行业也尚未形成一套保障机制,有关部门也没有具体的法律法规来推行。李博士建议我国在高危行业企业中应尽早通过立法手段强制推行这两种保险。”

以上两篇文章对我在报刊上发表的短文内容予以引用,使我开始重新考量这些根本算不上学术论文的关于经济法领域立法和修法的时评的作用和价值。自2004年硕士阶段开始学习经济法以来,我深刻感受到经济法是一门实践性很强的学科,而且往往与国家的经济体制改革交织在一起,要么通过立法固化前期的改革成果,要么直接进行新的制度体系构建,体现和影响了国家在调节社会经济活动过程中的权力授予和约束,维护和规定了经济法主体在参与社会经济活动中的权利与义务,而脱离了具体实践的观点无疑容易陷入“书斋”学说的窠臼。

2012年2月,《法制晚报》新开设了“法家论坛”栏目,其宗旨是从法学家的视角对社会现象进行法律思考,同时对相关部门进行一定的舆论监督。2012年4月至2014年12月,我陆续发表经济法短评约60篇。这个时期又恰逢我国对20世纪90年代经济立法的“大换血”修订或者出台实施细则和解释阶段,包括消费者权益保护法、预算法、政府采购法、税法、金融法、反垄断法、能源法、企业社会责任、农村土地承包经营权流转等。这些短文围绕上述经济法领域立法和司法中存在的问题展开分析,结合经济法的基本理论和原则提出解决的意见和建议。有的问题伴随着修法进程被反复论述,例如地方政府发债问题,《预算法》“一审稿”中允许有条件发债,“二审稿”中不允许发债,“三审稿”又允许在总额控制的范围内有条件发债。我围绕地方政府发债问题不同阶段撰写的短文对此过程进行了深入分析,比较全面地反映了修法过程中的利益权衡和风险考量。

鉴于在经济法基础理论研究中,将经济法的部门法体系主要划分为宏观调控法和市场规制法已经成为经济法学界的共识,本书在汇编时也做了大致的区分,宏观调控法领域的内容在前,市场规制法领域的内容在后,同时与经济法相关的部门法内容也包含在内,这种划分只是为了方便阅读和学习,并不是严格按照理论划分的。

当然,由于这些短文写作时间紧迫,往往是每天下午两点左右编辑才能得知第二天是否有版面,最迟第二天7点之前要交稿,所以大部分稿件是在工作一天之后的晚上熬夜到凌晨两三点或者天亮完成的,而文章的内容往往是关于当时最新立法和修法内容的分析,所以可以参考的资料十分有限。在极其有限的时间内完成任务的煎熬滋味只有亲身经历才能体会,这无疑也会导致谬误、纰漏以及不可避免地存在不成熟的建议、意见和看法等,权当是一种争鸣存在吧,所以汇编时并没有改动。同时,文中还收录了部分在其他刊物上发表的和没有来得及发表的短评,发表过的均注明了出处。

这些经济法时评短文的撰写和发表特别要感谢《法制晚报》的编辑张琼、曾炜、林涛等,他们的充分信任和催促电话促成了一篇篇短文的诞生,同时他们对部分标题做了适合报刊发表的加工和修改,往往简短而醒目,而我原来文绉绉的类似于“分析”“研究”“构建”等字眼则被统统拿掉,部分文章还添加了政策出台背景,增强了短文的时效性,在此深表感谢。十分感谢厦门大学2015年度“校长基金”专项项目(著作出版类)的资助和厦门大学出版社甘世恒编辑的高效工作,使本书能够及时出版。最后,感谢厦门大学法学院2015级财税法学硕士生李翔在时评短文汇集和校对方面所做的辛勤工作。

李晓辉

2015年12月28日

目 录

第一部分 宏观调控法领域

预算被否后责任必须有人扛·····	003
谁敢乱花钱 百姓上告应有“门”·····	005
细化违法种类 减少私设“小金库”·····	007
预算出了错 单位也受罚·····	009
预算透明点 财政浪费能少点·····	011
看好钱袋子不妨从乡镇做起·····	013
地方政府借钱 堵不如疏·····	015
政府花钱 人民心里应有数·····	017
社会保障预算应有“独立”时间表·····	019
构建公开透明的预算制度·····	021
修预算法规 祛“突击花钱”痼疾·····	025
《预算法修正案(草案)》二审稿:进退之间的权衡与取舍·····	027
《预算法》修改需要关注法律责任制度的完善·····	034
反腐新“七寸” 盯好政府钱袋子·····	042
规范裁量权可防财政腐败·····	044
如何花最少的钱办最多的事·····	046
地方债“黑洞” 宜疏不宜堵·····	048
私设小金库 助长乱报销·····	050
转变一刀切禁发 地方债市场做主·····	054
地方债“开闸” 注意制度风险隐忧·····	056
国企勿做“利润的巨人,红利的矮子”·····	058
撬动 A 股大盘还需强大支点·····	060
遗产税征收宜急脉缓受·····	062

财税法律改革应体现“削富济贫”功能·····	064
开征网税 可参考美国·····	066
成品油消费税 调整不能任性·····	068
积极应对我国加入 WTO《政府采购协议》后的挑战·····	071

第二部分 市场规制法领域

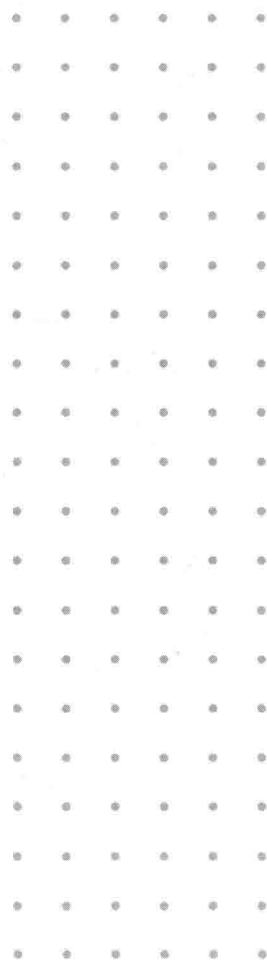
垄断行为要控制 经济诉讼不能少·····	077
如此修补反垄断法依旧乏力·····	079
应对老美刁难 要“国际着眼”·····	081
石油上游市场 该打破“玻璃门”·····	083
宽恕制度让反垄断更有效率·····	085
电力体制改革 要兼顾价格与效率·····	087
反垄断法实施五周年经验与得失 ——以纵向价格协议案为例·····	089
消费者吃后悔药的权利可以有·····	092
为电商立规范 治网托刷销量·····	094
网购纠纷 诉讼管辖咋认定·····	096
知假买假者属于消费者吗? ·····	098
金融消费者也应适用《消法》·····	100
“消法”草案难掩“赢官司输钱”尴尬·····	102
汽车“三包”实施中的问题分析·····	104
石油储备 立法步子要加快·····	111
土地流转谨防大资本排挤小农户·····	113
土地承包经营权:物权抑或债权? ·····	115
农村土地流转 立法待细化·····	117
“公司+农户”的法律困境·····	119
确权登记要强化物权性质·····	121
集体土地入市 须配套财税改革·····	123
农村土地私有化并不能为农民带来天堂的福祉·····	125
农民土地承包经营权流转应谨慎稳妥推进·····	127
农村土地承包经营权流转亟须以完整赋权为依托·····	129
为电力体制改革提供法律保障·····	132

电力体制改革的法治化路径分析·····	139
防雾霾 修法分歧宜早解·····	144
油品提升别推责 公开账本更透明·····	146
立法拆除土壤污染“定时炸弹”·····	148
光大“乌龙指”仍存三争议·····	150
路边停车这块“唐僧肉”如何吃好·····	152
上海自贸区潜藏风险待化解·····	154
美国政府停摆的启示·····	156
延长社保缴费年限需迈三道坎·····	158
新一轮改革堪称“二次股改”·····	160
高危行业员工意外险该强制推进·····	162
社会责任标准 专治企业“缺德”·····	164
逼企业流“道德的血液”·····	166
“嵌入”责任让企业更有良心·····	168
附录一 宏观调控法案例分析·····	170
附录二 市场规制法案例分析·····	179



第一部分

宏观调控法领域



预算被否后责任必须有人扛*

我国《预算法》对预算违法行为类型的规定过于粗糙,仅在第十章的第73条、第74条和第75条中做出规定,包括擅自变更预算的行为、擅自动用国库库款或者擅自以其他方式支配已入国库库款的行为和隐瞒预算收入或者将不应当在预算内支出的款项转为预算内支出的行为三种。这种过于简单的规定导致实践中本应受到严厉惩处的预算违法行为,却长期游离于预算法律法规的规范之外。

虽然在《财政违法行为处罚处分条例》中又规定了23种财政违法行为,在一定程度上弥补了《预算法》的不足,但是由于该“条例”法律位阶较低,发挥作用的空间受到较大的限制。从整体上看,实践中大量预算违法行为仍无法进入预算法规约束的范围之内,从而导致因司法程序无法启动而难被追究的尴尬情形。而导致此种情形最大的原因之一就是预算被否的责任在法规中的缺失。

预算编制在各国均是一项耗费时间、财力和物力的巨大工作,一旦被否,不但会造成大量的公共资源的浪费,还会直接导致一个地区政府陷入财政危机之中,对社会经济的整体运行会造成巨大的破坏。所以强化预算被否的责任,才能更好地督促预算相关部门及领导人,在预算编制的过程中尽到谨慎、勤勉的义务。

在此次《预算法》修订中,我们应呼吁增加预算被否的责任,且需要明确以下几点:

第一,预算被否的责任是一种无过错责任,即不管预算主体有无过错,均应承担相应的责任。预算被否的责任形式一般可以分为两种,或者由相关责任人主动提出辞职,或者由国家权力机关依法罢免相关责任人的职务。

第二,在我国,预算被否的责任的承担应以预算编制体系的全面改革为背景。在目前的预算体制下,广为诟病的预算编制内容过于笼统、编制时间过

* 原载:《法制晚报》,2012年4月25日,第A61版。

短、人大监督流于形式等问题的存在,导致形成详尽、具体、科学、合理、高水准的预算报告十分困难,在旧体制不改变的情况下,直接规定预算被否的责任,则对负有预算责任的相关责任人有失公允。

第三,如果规定预算主体因一次预算被否或未通过,就要求责任人承担主动辞职的责任,从制度设计上看则过于严苛,会存在法律过度调整的可能。可以考虑借鉴美国议会的预算修正权。具体到我国,通过赋予人民代表大会及其常务委员会以预算修正权,可以要求政府对预算进行修正,只有在多次(建议三次)修正预算仍不能通过,或者政府及其领导人拒不修正预算的情况下,才能追究预算被否的法律责任。

伴随着近年来人大代表对预算审查权和监督权的重视,预算被否的情况已经在实践中发生。1995年,河北省饶阳县人大审议预算时,针对预算安排不能保证教工人员工资并出现赤字的问题,两次审议两次被否决;2002年,湖南省沅陵县人大否决了县财政预算报告,加开了一次县级人代会才批准预算报告;2005年,新疆维吾尔自治区昌吉市人大常委会首次否决了市政府2004年财政决算和2005年上半年财政预算执行情况的报告。

因此,在《预算法》修订中,建议增加预算被否的责任的相关规定并非无病呻吟之举。

谁敢乱花钱 百姓上告应有“门”

2006年4月3日,湖南常宁市荫田镇爷塘村村委会主任蒋石林,以一名普通纳税人的身份将常宁市财政局告上了法庭,要求法院认定该市财政局超出年度财政预算购买两台轿车的行为违法,并将违法购置的轿车收归国库,以维护纳税人的合法权益。这是全国首例公民以纳税人身份提起的与预算有关的诉讼。

蒋石林的行为引发一个新的问题:如果预算相关单位在预算收支活动中有违法行为,如何追究预算违法主体的责任?民众能否以普通纳税人的身份提起诉讼呢?

众所周知,法的可诉性是指一旦权力(利)被滥用或误用,社会主体能够通过诉讼的途径求助于司法机关追究相关者的法律责任。而法律可诉性的实现前提在于法的可归责性。

就《预算法》的可归责性而言,从本质上是因为预算行为实际上是一种委托代理关系,政府行使的预算权源于纳税人对自身财产权的让渡,其目的在于为纳税人提供公共产品和公共服务。

因此,政府作为纳税人委托的提供公共产品和公共服务的代理人,其预算权的行使应以公共利益为内容和限度。而当预算主体发生滥用权力或不正当行使权力时,不但应当能在法律文本中找到相应的责任形式,而且还可以通过司法途径追究相关主体的法律责任。

目前,可诉性的理念并未被引入《预算法》之中,致使预算违法行为不能进入司法诉讼领域,而《预算法》本身在很大程度上被看作是一份“政治宣言”性质的法律文件,缺乏作为法律应有的司法威慑力。

在司法实践中,追究的预算主体的法律责任,往往来源于对贪污、贿赂、挪用公款等违法犯罪进行调查时,或者在“审计风暴”等预算审计活动中,发现其另有预算违法行为,而作为委托代理关系中委托方的纳税人,并无相应的司法

* 原载:《法制晚报》,2012年5月2日,第A37版。

途径和程序,提起对预算违法行为主体的诉讼。

为了提高《预算法》的可诉性,有的学者提出预算公益诉讼的设想和建议,即通过赋予纳税人对预算违法行为提起诉讼的权利,借以实现我国宪法所确定的人民主权原则和权力制约原则。

公益诉讼制度是基于保护和促进社会公益的目的而设计的,它的诉讼主体突破了传统诉讼中“直接利害关系人”的限制,使全体纳税人或公民,都可以以自己的身份而提起诉讼,前述的蒋石林以普通纳税人身份提起的诉讼,即属于公益诉讼的范畴,在预算法领域也可以称为“预算公益诉讼”。

在《预算法》修订中引入公益诉讼制度,可以将政府预算活动全部纳入全体公民和纳税人的监督之下,而且政府预算的投入方向往往是与公共利益直接相关的公共产品和公共服务的提供,所以纳税人通过提起诉讼,在惩罚预算违法行为的同时,也能够使被损害的公共利益得到及时、全面的救济。

目前,我国政府预算过程的一个重大的制度设计缺陷是缺乏社会公众的广泛参与,虽然浙江温岭市和上海闵行区在预算编制过程中,已经开始探索“参与式”预算模式,这种探索对传统的“关起门来预算”有积极意义,但是在现实中“参与式”预算本身就因没有预算而举步维艰。

法律的生命在于实施,司法又是社会救济的最后一道防线,因此落实和提高《预算法》的可诉性,建立法律责任追究机制,其重要性不言而喻。就司法诉讼机制而言,在我国目前公益诉讼制度缺失的背景下,预算公益诉讼制度的构建还需继续在空白中探索。

而在预算公益诉讼制度构建中,需要强调的是,不是纳税人不愿意参与预算活动,而是相关法律限制和封堵了公众通过诉讼方式参与预算监督的有效通道和途径。

细化违法种类 减少私设“小金库”^{*}

我国现行《预算法》对预算违法行为界定的种类过少、设定的责任形式过轻,不足以达到其应有的对预算违法主体的预警、威慑和制约作用,建议在《预算法》修订中增加预算违法行为的种类,并引入宪政责任和刑事责任。

在我国《预算法》中,对于预算违法行为的责任形式仅规定了行政责任和行政处分两种,与预算主体拥有的预算权力相比,明显处罚力度过轻,法律应有的威慑力不足。例如,在预算外资金的管理中,对于因违反预算外资金管理的要求,私设单位“小金库”而引起的预算法律责任形式,最后真正落实到违法个人身上仅为行政处分,无法上升到刑事责任的高度,这也是“小金库”问题屡禁不止的重要原因之一。

目前,我国《预算法》中规定了三种违法行为,《财政违法行为处罚处分条例》中又列举和补充了一些具体化的预算违法行为,但后者由于法律位阶较低而无法发挥其威慑的作用。因此,在修订《预算法》时,可以考虑将二者合二为一,共同归入《预算法》的“法律责任”一章,通过提高后者的法律位阶,增加预算违法行为的种类。

同时,通过《预算法》和《财政违法行为处罚处分条例》的列举式的方法确定预算违法行为的种类,难免存在僵化的问题,面对种类繁多、形式多变的预算违法行为时,可能会使一些新出现的预算违法行为游离于《预算法》的规制之外。基于此,可以考虑在列举的形式之外,采取主观故意与客观损害结果相一致的原则,规定一种范围涵盖广泛的预算违法行为,作为对法律疏漏的填补,建议可以定性为“预算渎职行为”。

在此方面,南非预算法律中确定的“财务渎职行为”可以借鉴。南非《财政管理法》规定,部门或立宪机构官员的财务渎职行为、财政部官员的财政渎职行为、会计主管和公共实体官员的财务渎职行为,对国家预算主体“造成或准许未授权支出、不正常支出或无效浪费的支出”,以及“如果因为故意或疏忽未

^{*} 原载:《法制晚报》,2012年5月14日,第A45版。

能行使委派权力或履行委派职责,则该官员有财务渎职行为”。

从我国目前的预算立法情况来看,《宪法》对预算权进行了一般的、原则性的规定,《立法法》和《预算法》则对预算权的行使进行了细化和具体化。可以说,从制度上构建预算宪政的法制基础是有的,缺乏的是相关预算宪政责任形式的确定和追究程序的设计。

这种责任制度设计的优点,在于可以从根本上督促政府以及预算编制部门广泛征求民意,审慎编制预算草案。具体到我国,建议考虑由全国人民代表大会及其常务委员会追究预算违法主体的宪政责任。全国人民代表大会及其常务委员会有权撤销同宪法、法律相抵触的预算决定。

同时,预算违法行为,从性质上而言,已不仅仅是财政系统内部的财务违规行为,有的行为涉及的数额特别巨大,有的行为对社会经济社会秩序造成了特别重大的影响。就其危害性而言,可以考虑将部分预算违法行为,特别是其中的故意行为,纳入到刑法的调整范围,并规定与其社会危害性相当的刑事责任。

第一,可以在《预算法》和《财政违法行为处罚处分条例》所规定的预算违法行为应承担的行政责任和行政处分的基础上,规定某些故意行为的加重情节应该承担一定的刑事责任。例如,对擅自变更预算的行为、擅自动用国库库款或者擅自以其他方式支配已入国库库款的行为和隐瞒预算收入,以及将不应当在预算内支出的款项转为预算内支出的行为,如果数额特别巨大,或有其他重大社会影响的,应规定相应的自由刑或罚金。

第二,可以对前文所述的“预算渎职行为”所应承担的法律责任进行划分,对其中数额特别巨大,或者能够造成特别重大影响的行为,规定预算违法主体承担与其危害性相当的惩罚。