

经济法学

JINGJI FAXUE

QIANYAN WENTI YANJIU



沿问题研究

张学博 © 著 ■



中国政法大学出版社

经济法学

JINGJI FAXUE

QIANYAN WENTI YANJIU



前沿问题研究

张学博◎著■



中国政法大学出版社

2016·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

经济法学前沿问题研究/张学博著. —北京:中国政法大学出版社, 2016. 11
ISBN 978-7-5620-7082-5

I. ①经… II. ①张… 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263469号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm×1230mm 1/32
印 张	8.25
字 数	200 千字
版 次	2016 年 11 月第 1 版
印 次	2016 年 11 月第 1 次印刷
定 价	36.00 元

目 录

— CONTENTS —

■ 第一部分 经济法总论前沿问题研究	1
第一章 国际竞争视野下中国市场经济的法律保障	3
一、国际竞争视野下中国市场经济存在的主要 问题	4
二、中国市场经济的经济学和法学双重视角 分析	11
三、建立诚信机制	14
四、市场经济的社会管理创新	17
第二章 国家治理体系现代化与现代财政制度	20
一、国家治理体系现代化视野中的财政制度	21
二、中国财政制度之问题	24
三、现代财政制度之现实路径	28
四、结语：财政国家的觉醒	33

第三章	历史视野中的宪政、分权与税收	35
一、	作为分析框架的分权理论	35
二、	横向分权与税收	39
三、	纵向分权与税收	41
结 论		49
■ 第二部分	经济法分论前沿问题研究	51
第四章	公司僵局制度研究	
——	指导案例 8 号评释	53
一、	问题的提出	53
二、	司法是否应该介入公司僵局	55
三、	《公司法》第 183 条“公司经营发生严重 困难”及“可能造成重大损失”如何理解 和界定	59
四、	股东提起解散公司之诉的程序如何操作	65
五、	结论和建议	74
第五章	国际运输业反垄断豁免制度研究	
——	兼评彼得·卡斯坦森反垄断豁免理论	77
一、	中国国际运输反垄断豁免制度现存问题	77
二、	美国运输业现行反垄断豁免制度及理论	82
三、	彼得·卡斯坦森对美国现行反垄断豁免制度的 质疑	87

四、彼得·卡斯坦森提出的替代性方案：激进的商 业审查制度	98
五、彼得·卡斯坦森反垄断豁免理论对中国运输业 反垄断豁免制度的启示	101
第六章 中国行政垄断现象及法律规制研究	104
一、转型时期行政垄断现象的初认识	104
二、从法学角度分析我国规制行政垄断的制约 因素	109
三、高效规制行政垄断的法律研究	112
第七章 中国互联网反垄断第一案：360 诉腾讯案引发的 思考	116
一、问题的提出	116
二、相关市场的界定	118
三、市场支配地位的认定	126
四、腾讯 QQ 是否实施了滥用市场支配地位的 行为	130
五、360 诉腾讯案引发的反垄断法思考	132
第八章 政府信息公开制度实施：以中国市级政府 财政公开为样本	135
一、研究基础	135
二、市级政府财政信息公开的主要进步	136
三、市级政府财政信息公开的主要问题	137

四、如何完善信息公开制度	141
第九章 土地财政与当代宪制	144
一、研究基础和问题的提出	144
二、对土地财政的主流解释的反思	149
三、土地财政塑造当代中国宪制	155
四、土地财政往何处去	167
第十章 中欧债务危机法律治理之比较	174
一、中欧债务危机起源之比较	174
二、中欧债务危机产生原因的比较	179
三、中欧债务危机应对之比较	182
四、中欧地方债务危机之展望	188
第十一章 专利侵权诉前禁令程序中的“公共利益理论”研究	194
一、市场竞争视野下的中国诉前禁令程序 ...	195
二、诉前禁令程序中的公共利益理论	205
三、公共利益理论的三种灵活性策略	211
四、诉前禁令程序公共利益理论对于中国的 启示	216
第十二章 WTO 视野下中国农业补贴法律规则 研究	221
一、问题的提出	221

二、WTO 视野下的中国农业补贴法律规则之	
现状	221
三、美国农业补贴法律规则现状	226
四、中美农业补贴法律规则的比较	229
五、学术界对美国农业补贴法律规则之	
反思	231
六、美国农业补贴法律规则对中国的启示 ...	238
七、对中国农业补贴法律规则之建议	244
主要参考文献	246
后 记	252

第一部分

经济法总论前沿问题研究 ■

— 第一章 —

国际竞争视野下中国市场经济的法律保障

今天的中国处于一个十分关键的十字路口。一种观点认为中国现在的问题在于市场化不够彻底，另一种观点认为中国应该保持现有的半市场化半计划的经济模式，还有一种主张完全回到改革开放前的完全计划经济的观点。在这个历史关头，我国必须坚持党在十四大上确立的市场经济的改革目标，按照十六届三中全会的精神进一步完善市场经济，而不是维持现在的半市场半计划的经济，更不是重新回到完全的计划经济模式。只有通过法治的方略，才能有效地约束政府的权力，确立市场为主要配置方式的经济，才能最终完成中国的文明转型，中国也才有真正屹立于世界民族之林希望。

商业文明的基础是市场经济，其前提就是一个广泛的市场中实现自由交换。另外一个就是这种文明必须依赖于理性的发展。具体说来就是马克思·韦伯所言的“勤奋的工作、有序的经济活动、节俭的生活以及储蓄的再投资”。其他的特征，如价值观念人本化、生产方式工业化、生活方式城市化、政治组织民主化、社会管理法治化、趋势全球化等特征都可以从交换方式的市場化和思维的理想化中衍生出来。

今天中国市场经济存在的问题主要也可能与此相关。五四

运动以来的启蒙运动正是试图实现思维理性化的一种努力，但在列强环伺的情势下为救亡所压倒。直到今天，国民的思维很多还是一种非理性的方式。如“大跃进”运动、愚公移山的精神、不计成本地追求 GDP 增长等本质上均是非理性思维的表现。另外的一个问题即还没有形成一个自由竞争的全球的大市场，甚至是国内的市场。

一、国际竞争视野下中国市场经济存在的主要问题

在市场经济中，存在三方主体——消费者、生产者和政府。因而市场经济存在的主要问题也发生于这三者之间，一种是消费者与生产者之间，一种是政府与生产者之间。前者被称为“市场失灵”，后者被称为“政府失灵”。

（一）中国市场经济中的“市场失灵”

中国确立市场经济的目标是在十四大。经过二十年的发展，随着价格管制的放开以及全国大市场的逐步形成，市场在相当的领域中起到了配置资源的作用，中国的市场经济取得了骄人的成绩。但是直到中国加入世界贸易组织十年后的今天，欧盟和美国仍然不承认中国是一个市场经济的国家。不少学者认为这是一个政治问题，但我们反思自身，我们的市场机制真的在整个经济领域能够起到基础的配置性作用了吗？答案是否定的。虽然有相当的领域都实现了自由竞争，但是在大多数利润丰富的产业，能起决定性作用的还是政府，而非市场和企业本身。由于搞市场经济的时间比较短，基本上是“摸着石头过河”，市场本身也暴露出了相当的问题。从改革开放初期的劣质商品，到 2008 年的三鹿毒奶粉事件，都暴露出企业自身追求利润来伤害消费者的问题。大致概括起来，当前市场经济中市场失灵包括以下方面：

1. 不正当竞争与垄断问题

市场经济的基础在于充分有效的竞争,但市场经济中的经营主体为了追求利润,采取各种不正当竞争手段来获取相当于竞争对手的优势,从而获取利润。典型的不正当竞争行为就包括假冒他人注册商标、虚假广告、低于成本销售、串通招投标等。^{〔1〕}这些行为似乎在今天的生活中随处可见,如大量的名人(如郭德纲、赵忠祥等)卷入的虚假广告^{〔2〕}、司空见惯的招投标腐败行为、商业贿赂行为等等。大量的外企也被卷入了商业贿赂之中,如雅芳、西门子公司等。^{〔3〕}

如果说不正当竞争行为还是危害程度比较低的话,那么无处不在的垄断行为已经使得消费者无法回避。每个人都会使用手机,就不得不看几大通信巨头的颜色行事,当你需要注销一个手机号时会遇到无数的霸王条款。每个人都需要使用银行服务,但五大国有银行基本上处于垄断性地位,消费者根本无法选择,只能接受银行无处不在的收费。其收费基本上贯穿于从办卡一直到注销的整个过程。每个人都需要乘坐火车,但你只有一个供货商,就是政企合一的铁路总公司。即便如此,一到逢年过节,还是一票难求。即便 12306 网站比月球还难以登上,铁路总公司仍然坚持不与任何机构合作。航空公司好像有很多,但“匡爷”出事^{〔4〕}后,大家才发现原来航空公司的航线、航油、机票定价等都是控制在发改委的行政审批之下的。

从国际竞争的视野来看,提前实现文明转型的国家和资本

〔1〕 参见《中华人民共和国反不正当竞争法》第5~15条。

〔2〕 参见“名人代言虚假广告”,载正义网:<http://review.jcrb.com/mrxjgg/index.htm>,访问时间:2012年9月25日。

〔3〕 参见陶涛:“雅芳涉嫌行贿在华官员”,载《中国青年报》2012年2月20日。

〔4〕 参见“匡爷传说:发改委小处长的大权力”,载《瞭望东方周刊》2010年7月6日。

必然要试图占据我们的市场,并实现相当程度的垄断。而由于我们没有相关领域的经验,我们在开放市场的过程中,相关方面缺乏有效的法律规制,使得相当领域已经为外国资本实现了一定程度的垄断。国际金融资本操纵中国的大豆、玉米、棉花、大米、小麦的产业链,从种子、生产、加工进行入股、并购到控制中国农产品的定价权、主导农副产品的生产和定价。外资控制农副产品,如猪肉、大豆油等,控制了中国最大的消费市场。^{〔1〕}反观美国,其对于中国资本进入其国内市场是十分谨慎的,最近美国总统奥巴马甚至之间下令终止了中国企业对美国四家风电企业的收购,^{〔2〕}其理由就是国家安全。

2. 外部负效应问题

所谓市场经济中的外部负效应问题,是指某一主体在生产和消费活动的过程中,对其它主体造成的损害。外部负效应实际上是生产和消费过程中的成本外部化,但生产或消费单位为追求更多利润或利差,会放任外部负效应的产生与蔓延。^{〔3〕}通俗地讲,市场经济的经营者为了追求利润,其经营行为对第三者产生了负面的影响。典型的例子是化工厂会排放污水到河流^{〔4〕}中去,从而破坏了环境,对周边生活的人群都产生了负面的影响。

在目前的市场经济中,这种现象也是随处可见。2008年曝出的毒奶粉事件,就是一个典型的奶生产商无视消费者的生命

〔1〕 参见郎咸平:《产业链阴谋3:新帝国主义并购中国企业的真相》,东方出版社2010年版,第98页。

〔2〕 参见“白宫下令阻止中资公司收购美国四个风电项目”,载世界风力发电网:<http://www.86wind.com/html/2012-09/fenglifadian-16344.htm>,访问时间:2012年10月1日。

〔3〕 参见〔美〕保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯:《经济学》(第19版)(上册),萧琛等译,第453~461页,商务印书馆2012年。

〔4〕 参见〔美〕保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯:《经济学》(第19版)(上册),萧琛等译,第453~461页,商务印书馆2012年。

健康,在牛奶生产中加入过量三聚氰胺而导致多人生命健康的伤害的事例。2012年深陷“硼砂门”的全球最大面粉生产企业五得利集团^{〔1〕}也再次激起了公众对于国内食品安全的担忧。除此之外,市场经济发展三十年来对于环境的破坏也是典型的外部负效应问题。如罗布泊的消失、水环境的严重恶化等等。

3. 分配不公

市场经济已经过三十余年的发展,中国的经济总量取得了惊人的发展,已经达到了世界第二的水平。按照世界银行的预测,到了2030年中国的经济总量可能会超过美国,成为世界第一。当前更重要的是收入分配不公问题。其中涉及腐败问题、公共资金的流失问题、不同行业不同领域的收入分配不公问题等等。比如垄断性行业与一般竞争性的行业之间存在着很大的收入差距。这些问题是制度原因造成的,是可以改变的;另外,由于体制不健全,现在在土地市场和资本市场上形成的收入,其分配可能存在很多问题,导致了不公平的分配。^{〔2〕}根据中南财经大学统计学教授徐映梅女士的统计计算,中国1978年的基尼系数是0.2797,而到了2007年中国的基尼系数已经达到0.4520。根据国际上通用的基尼系数警戒线0.4^{〔3〕},我们的分配不公已经到了比较严重的程度。

从国际竞争视野来看,目前的分配不公也与国家对于国企、外企和民企实行不同的对待政策有关。对于国企外企都有相关的优惠政策,唯独对于民企不仅没有优惠政策,反而有歧视性

〔1〕 参见“五得利称硼砂事件震动中央,责成河北通报澄清”,载财经网: <http://biz.cn.yahoo.com/ypen/20120925/1331759.html>, 访问时间:2012年9月26日。

〔2〕 参见王小鲁:“解决分配不公比单纯涨工资更重要”,载《中国商报》2012年9月13日。

〔3〕 参见徐映梅、张学新:“中国基尼系数警戒线的一个估计”,载《统计研究》2011年第1期,第80页。

政策。这样的政策，使得很多民企必须先在海外注册，再以外企的方式回国投资才能获得国民待遇。外企通过与国企的合作，对中国的市场经济进行掠夺式的投资，也是导致分配不公的重要原因。同样的人才在外企和民企干着同样的活，外企的人才收入却远高于民企的，这也是不合理的。

（二）中国市场经济中的“政府干预”

所谓“政府干预”问题也即宏观经济学中所讨论的“政府失灵”问题，简单地说是指政府与市场的关系处理失当问题。因为按亚当·斯密的观点，政府除了必要的外交与国防外，管得越少越好，不应当干预到经济中来，只是到了凯恩斯经济学时代，政府才存在干预市场经济的问题，也才存在所谓政府干预失当和政府失灵的问题。如果按照公共选择学派的观点，政府之所以会失灵，原因在于政府在实践中也会像一个经济人那样追求自身的利益，不断寻求自身利益的最大化，而非韦伯所说的模范的官僚。具体到中国的市场经济，主要体现为以下方面：

（1）政府过度进入到非公共产品领域并挤压了民营经济的空间。在20世纪末的国企改革浪潮中，大批国企被出售和改制，但这并不意味着政府对经济的控制被削弱了，相反，在随后的数年，尤其是在国际金融危机之后，政府和国企全面进入到经济的各个领域，几乎所有利润高昂的行业都充斥着政府和国企的影子。由于国企在融资、税收、政府关系等方面所拥有的强大优势，只要国企进入的领域，民营企业很难与之竞争。而中国政府对于经济的干涉有着深厚的历史传统，从汉朝武帝时代的桑弘羊主张盐铁专卖^{〔1〕}就开始了。当时的盐铁专卖可以说是最早的国企。但商业文明的繁荣依赖于民间资本的活跃，

〔1〕 参见《史记·平准书》。

政府的与民争利会压抑民间资本的积极性。当前的房地产市场之所以如此火爆不能说与此无关。由于利润高昂的行业都为国企所控制，所以民营资本只能投资于已经市场化相对程度较高的房地产。

(2) 政府不断追求预算最大化和自身利益最大化。正如穆勒所说：“假若把权力授予一群称之为代表的人，如果可能的话，他们也会像其他任何人一样，运用他们手中的权力谋求自身的利益，而不是谋求社会的利益。”^{〔1〕}通过对预算最大化和更多的选票的追求，政府可以获得支配权力的增大与支配领域的扩展，从而使政府的地位得到巩固与加强，政府官员的收入与地位也随着提高。^{〔2〕}改革开放以来数次政府精简机构都重复着精简—膨胀—精简—膨胀的过程，就是一个典型的政府自身预算最大化的典型案例。

(3) 行政垄断和审批程序过多。由于政府在供给公共产品时具有垄断性，其提供的公共产品缺乏竞争性，故而呈现出了无效率性。除此之外，处于追求自身利益的考虑，政府倾向于不断设置审批程序来扩展自身的权力。一个典型的案例就是我们的发改委，任何超过2亿元的投资项目都需经过发改委的批准。更生动的案例就是2012年5月27日国家发改委正式核准广东湛江钢铁基地项目开工建设，湛江市长王中丙在国家发改委门前难抑激动地亲吻批复文件。^{〔3〕}

〔1〕 参见〔美〕丹尼斯·C. 穆勒：《公共选择理论》，社会科学文献出版社1999年版，第110~125页。

〔2〕 参见赵刚：“市场经济中政府干预的边界分析”，载《经济师》2010年第8期，第31页。

〔3〕 见凤凰网财经5月29日上午推出的财知道问答《吻增长》。宏观经济学者胡释之点评市长吻图时说道：“这是稳增长带来的刺激盛宴，第一个吃到了当然感觉刺激啊，所以才会出现‘吻增长’这一幕。”