



经济法研究

Economic Law Review

(第17卷)

主编 张守文



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

经济法研究

Economic Law Review

(第17卷)

主编 张守文



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

经济法研究. 第 17 卷/张守文主编. —北京:北京大学出版社, 2016. 11
ISBN 978-7-301-27666-2

- I. ①经… II. ①张… III. ①经济法—研究—中国—文集
IV. ①D922.290.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 246241 号

- 书 名 经济法研究(第 17 卷)
JINGJIFA YANJIU
- 著作责任者 张守文 主编
- 责任编辑 郭瑞洁
- 标准书号 ISBN 978-7-301-27666-2
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn>
- 电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印 刷 者 三河市博文印刷有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 965 毫米×1300 毫米 16 开本 16.75 印张 283 千字
2016 年 11 月第 1 版 2016 年 11 月第 1 次印刷
- 定 价 38.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

卷首语

随着我国全面深化改革和全面依法治国的推进,在经济发展的新阶段,如何处理好改革、法治与发展的关系,是经济法研究需要回应的重要问题。为此,本卷分为“经济法基础理论”“宏观调控法”“市场规制法”“比较法论坛”“综述”五个栏目,每个栏目所收入的论文,都试图从经济法理论和制度建设的角度,回答当前的重大现实问题。

“经济法基础理论”专栏共刊发了五篇论文,主要涉及新时期经济法制度建设的理论和实践问题。陈乃新教授的《论新时期的经济法制建设》一文,提出经济法通过对主体的劳动力要素上的权利义务配置,可以对全面深化改革发挥独特作用,因而应当加强经济法的法制建设,更好地运用经济法的调整原则和调整方法。董玉明教授的《论经济新常态与经济法的回应》一文,认为“经济新常态”是当前和将来一段时期中国的经济社会发展现实,为经济法研究提供了重要素材,为此,经济法研究和制度建设都应作出回应。邢会强教授的《经济法立法如何精细化——精细化的立法技术初探》一文,对经济法的若干重点立法技术进行了探讨,认为经济生活的变动仍频,如果为了追求经济法的稳定性而大量地使用原则性的立法技术和授权立法,就可能造成法律的空洞化,因此,经济法的立法不能忽略细节,否则就形同虚设。袁达松教授和黎昭权同学合著的《经济法类型学与经济基本法的制定次序》一文,基于类型学的视角,认为可以对经济法按照特定属性进行识别和归类,以更好地把握其发展规律与特性,同时强调,现阶段制定《经济法纲要》时机尚未成熟,可考虑先制定“经济稳定与增长促进法”和“发展规划法”。此外,基于公共治理理念的兴起和“软法”现象的大量出现,林益先生的《中国〈上市公司治理准则〉的软法化研究》一文认为,在上市公司治理规则中,除了硬法规范外,还存在着证券交易所、上市公司协会等不同主体制定的软法规范,该文对上市公司治理准则软法化的具体路径进行了探讨。

“宏观调控法”专栏共刊发四篇论文,主要涉及税法和金融法的理论和制度建设。杨小强教授和胡蕙雅同学合著的《论增值税法上的对价》一文认为,在增值税的征收过程中,实现正确征税,避免国家税收流失以及纳税人合法

权益被侵犯的重要手段之一,就是明确增值税法上的对价的定义和确定方式;我国相关法律文件中关于对价的规定不能适应现实需求,因而应当设立更为完善的对价制度。许炎教授的《城市化与居住权:不动产税制的作用》一文,结合香港的制度实践,着重讨论城市化与居住权保护问题,研究不动产税制的引入能否为保护居住权,促进财富再分配和打击投机行为等起到应有的作用。陈越鹏博士的《住宅用地续期问题与房产税改革》一文认为,住宅建设用地使用权续期是否需要收费、如何收费等问题尚无定论,需要后续立法予以解决。刘辉博士生和陈向聪教授合著的《我国信贷政策管理法制化之迷思与路径》一文认为,长期以来,我国信贷政策管理实践呈现出法律依据不足、管理主体混乱、管理手段滞后、管理效率低下等问题,并提出我国信贷政策管理权宜从基础法律框架和配套法律制度两方面进行优化设计。

“市场规制法”专栏共刊发四篇论文,主要涉及反垄断法和金融监管法的内容。刘云亮教授的《反垄断执法责任清单的挑战与对策》一文认为,在简政放权,明晰权力,转变职能的行政体制改革的大背景下,推行反垄断执法机构的责任清单制度,强化反垄断执法机构的责任制度,将有助于全面促进我国反垄断法实施,提升反垄断法在市场经济中的重要地位和弘扬市场经济运行机制的公正性。刘丹副教授的《反抽象行政行为所致行政垄断的司法救济》一文,以《行政诉讼法》的修改为背景,重点探讨了反抽象行政行为所致行政垄断的司法救济问题。此外,推行证券发行注册制是中国证券监管改革的一个重大举措,必将对证券市场发展产生深远影响,对此,黄辉教授的《注册制改革背景下的虚假陈述赔偿制度:现状与未来》一文提出,投资者赔偿制度的构建就是其中一个关键问题,该文分析了我国证券虚假陈述赔偿制度的现状以及未来发展的方向,认为我国证券虚假陈述赔偿诉讼制度的主要问题不在于实体规则,也不在于诉讼形式,而是法院的司法问题。何锦龙先生的《同类资产管理监管规则一致性初探:以银行理财和基金为对象》一文认为,随着资产管理行业的繁荣和规范,银行理财和基金的相似度越来越高,因而监管规则也存在趋同的趋势。

进行比较法研究一直都是法学研究的主要路径之一。实际上,比较经济法研究亦是中国经济法发展的重要推动力。作为后发国家,我国必须自觉充分地学习、借鉴法治发达国家先进的经济法理论智识与制度经验,进而结合本土资源与中国语境,解决现实问题。基于此种考虑,本卷新设“比较法论坛”栏目,共刊发五篇文章,分别从理论与制度层面展开对比研讨。刘大洪教

授、段宏磊博士生的《中美 PCA 立法与实施比较研究》一文,通过对中美具体制度的比较研究,发现我国目前的商业银行即时纠正措施之设置尚离基本的效率要求相去甚远,认为我国商业银行即时纠正措施一方面应细化类别、指标和相应的纠正措施,另一方面可以借鉴美国的不同类别银行的动态传导机制,以达到对即时纠正措施效率的改进。毕莹老师的《丹宗昭信之经济法理论述评》一文,对日本著名经济法学家丹宗昭信教授的代表作《〈经济法(学)的独立性——以“统制”的概念对经济法统一体系化的尝试〉》进行了详细介绍和评述。余涛博士生的《内地与香港外汇基本法制之比较:一个法理的反思》一文,从制度理念和规则构成两个维度,对香港和内地的外汇基本法制进行了考察,认为内地的制度应当从委任性规则数量的配置、外汇法制的市场导向、外汇法制文化的生成等方面去完善。李乃洪博士生的《美国行标组织专利池的反垄断规制与专利池博弈模型分析》一文,运用简易经济模型,检验了中美两国的相关规定和法院判决,认为应采用专门立法的形式鼓励设立 SSO 专利联营组织,仅对于 SSO 成员的少数切割产能等反垄断行为予以明文限制,其余可疑行为则应由政府监管部门以个案方式分析监理而非径行禁止。张妍美博士生的《场外金融衍生品之事前规制措施——以韩国事前审议制度为主》一文,从韩国原有的事前审议制度出发,在对世界其他国家、地区具有代表性的事前审查制度考察的基础上,讨论中国引进事前审议制度的必要性和可能性。

在综述栏目,刊发了一篇年会综述。孟庆瑜教授和刘广明副教授合作完成的《第二十三届全国经济法理论研讨会综述》,整理了中国经济法学会研究会 2015 年年会暨第二十三届全国经济法理论研讨会的会议成果,围绕“全面改革、依法治国与经济法”的主题,对年会论文集、参评青年论文以及会议简报等内容作出了系统综述。

当下的中国已步入“经济新常态”,由此虽给中国带来重要的发展机遇,但诸多问题和挑战也接踵而至。经济法作为促进发展之法,需要合理因应“经济新常态”,以促进经济和社会的良性运行和可持续发展。我国在财税立法、互联网金融创新、反垄断法实施、房地产调控以及食品安全监管等诸多领域,已形成了丰富的实践经验,依法治国也纳入了中共十八届四中全会的主要议题。如何结合既有经济法理论,立足于“经济新常态”,从这些生动的治理实践中提炼出新的理论命题,进一步发展经济法理论,为全面深化改革和经济社会的新发展作出经济法学者的独特贡献,应当是我国经济法学界关注

的重点。《经济法研究》将一如既往地欢迎学界、实务界同仁惠赐优秀研究成果,共同推进经济法的新发展。

北京大学经济法专业的博士研究生覃甫政、董学智、祝远石、王磊,硕士研究生李兆俊、徐温妮,承担了本卷部分约稿、编辑工作,在此感谢他们认真细致的工作。同时,也感谢北京大学出版社法律事业部邹记东主任、郭瑞洁编辑长期以来的大力支持。

张守文

2016年5月30日

于北京大学经济法研究所

目 录

经济法基础理论

- | | | |
|----|----------------------------|-----|
| 3 | 论新时期的经济法制度建设 | 陈乃新 |
| 9 | 论经济新常态与经济法的回应 | 董玉明 |
| 17 | 经济法立法如何精细化
——精细化的立法技术初探 | 邢会强 |
| 24 | 经济法类型学与经济基本法的制定次序
袁达松 | 黎昭权 |
| 39 | 中国《上市公司治理准则》的软法化研究 | 林 益 |

宏观调控法

- | | | | |
|-----|--------------------------|-----|-----|
| 57 | 论增值税法上的对价 | 杨小强 | 胡蕙雅 |
| 84 | 城市化与居住权:不动产税制的作用 | 许 炎 | |
| 100 | 住宅用地续期问题与房产税改革 | 陈越鹏 | |
| 114 | 我国信贷政策管理法制化之迷思与路径
刘 辉 | 陈向聪 | |

市场规制法

- | | | |
|-----|---------------------------|-----|
| 131 | 反垄断执法责任清单的挑战与对策 | 刘云亮 |
| 138 | 反抽象行政行为所致行政垄断的司法救济
刘 丹 | |

- 145 注册制改革背景下的虚假陈述赔偿制度:
现状与未来 黄 辉
- 159 同类资产管理监管规则一致性初探:
以银行理财和基金为对象 何锦龙

比较法论坛

- 175 中美 PCA 立法与实施比较研究
刘大洪 段宏磊
- 186 丹宗昭信之经济法理论述评 毕 莹
- 195 内地与香港外汇基本法制之比较:
一个法理的反思 余 涛
- 209 美国行标组织专利池的反垄断规制与
专利池博弈模型分析 李乃洪
- 225 场外金融衍生品之事前规制措施
——以韩国事前审议制度为主 [韩]张妍美

综述

- 243 全面改革、依法治国与经济法
——第二十三届全国经济法理论研讨会综述
孟庆瑜 刘广明
- 257 稿约

Contents

Fundamental Theory of Economic Law

- The Development of The Economic Law in The New Age Chen Naixin 3
- The Response to China's New Normal from The Economic Law
Dong Yuming 9
- How to refine Economic law legislation—a preliminary study of the
refinement of legislative technology Xing Huiqiang 17
- Typology of Economic Law and the setting of Economic Basic Law
Yuan Dasong, Li Zhaoquan 24
- A study on How to make China's listed company governance principles
become a soft law Lin Yi 39

The Macro-control Law

- Thesis on the Consideration in Value-Added Tax Law
Yang Xiaoqiang, Hu Huiya 57
- Urbanization and Habitatio: the role of real estate tax system Xu Yan 84
- The Issue on the Extension of the Right to Use Land for housing and the
Reform of Real Estate Tax Law Chen Yuepeng 100

The Myth and the Approach of the Legislation of China's Credit Policy Management	Liu Hui, Chen Xiangcong	114
--	-------------------------	-----

The Market Regulation Law

The challenges and countermeasures of the law enforcement responsibility list in anti-monopoly field	Liu Yunliang	131
Judicial Remedies of Administrative Monopoly due to Anti-abstract Administrative Act: In the Core of the Administrative Procedure Law	Liu Dan	138
The Compensation System for The False Statement of Securities Under The Background of The registration Reform: The Status and The Future	Huang Hui	145
The Consistency of Assets Management Supervisory Regulations: Unified Supervision of Bank Financing and Funds	He Jinlong	159

The Comparative Law Forum

The Efficiency of PCA: A Comparative Study Based on "Federal Deposit Insurance Act" in USA and "Capital Ratio Management Approach" in China	Liu Dahong, Duan Honglei	175
Review of Economic Law theory of Tanimune Akinobu	Bi Ying	186
A Comparison between the Fundamental Foreign Exchange Institutions of China Mainland and Hong Kong: A juridical Reflection	Yu Tao	195
Antitrust Regulation of The Line Standard Organization Patent Pool and Patent Pool Game Model Analysis	Li Naihong	209
OTC Advance Regulation Measures of Financial Derivatives: Korea's Review System (Hong-Gi Kim)	Zhang Yanmei	225

Summary

Comprehensive reform, the rule of law, and Economic Law: a summary of the twenty-third National Seminar on Economic Law	Meng Qingyu, Liu Guangming	243
---	----------------------------	-----

Contributions Wanted		257
----------------------	--	-----



经济法基础理论



论新时期的经济法制建设

陈乃新*

在 2001 年即新世纪元年,我国已把经济法列入中国特色社会主义法律体系,经济法已成为构成该体系的七大法律部门之一,同时还决定包括经济法在内的“各个法律部门中基本的、主要的法律应当制定出来”^①。然而,到如今已经过去了十多年,我国尚未制定出类似《民法通则》的基本经济法,而且对经济法作为独立法律部门也还认识不足,这在全面改革与依法治国的当下,经济法的建设显得难以适应客观需要。对此,我认为当务之急就是要弄清两个问题:一是只有确定经济法调整劳动力关系,经济法才能真正区别于民商法以及行政法这两个法律部门,我们才能使经济法作为一个独立法律部门对改革发挥应有作用;二是作为独立法律部门的经济法,应当在“领域立法”^②之中真正得到更多体现与应用,以满足全面依法治国的需要。显然,如果我们能建设好这种经济法,那就将是世界法制史上开天辟地的大事件,也必会产生世界性的影响。

一、经济法只有作为独立法律部门 才能对改革发挥独特作用

我国实行社会主义市场经济,现已确定要使市场对资源配置起决定性作用和更好发挥政府作用。这肯定需要多个法律部门各自独立地又相互协调

* 陈乃新,湘潭大学法学院教授,博士生导师。

① 参见李鹏:《全国人民代表大会常务委员会工作报告》,载《中华人民共和国第九届全国人民代表大会第四次会议文件汇编》,人民出版社 2001 年版,第 162 页。

② 参见《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,第二点之第(四)点“加强重点领域立法”。

地来满足这种改革的需要,但经济法部门现在还很难做好这一点。

(一) 我国经济法现在还未真正以独立的法律部门对改革发挥作用

我们说经济法尚未真正以独立法律部门对改革发挥作用,其理由主要有二:

第一,经济法本身的发展还不甚成熟。在我国经济法虽已成为中国特色社会主义法律体系的组成部分,即对经济法在法律体系中的地位已有所确认;但经济法这个法律部门,目前除了1986年北京大学杨紫烜教授等曾经提起并受托作出了一份《中华人民共和国经济法纲要起草大纲(征求意见稿)》^③外,基本经济法和与经济法相应的程序法的制定迄今都没有提上议事日程;同时,我们也未能在有关的法律中抽出一种可共同归属于经济法这个法律部门的法律规范体系。

第二,对经济法与经济领域立法还有所混同。对于领域立法,例如在有关经济的法律中,学界对运用了经济法特有的调整原则和调整方法的法律规范的例证,尚缺乏学科法学的系统的解释;而经济法作为一个独立的法律部门,它也可能与其他部门法一起共同存在于领域法之中。这是由于为了解决某个领域如经济领域问题的法律,往往会牵涉对主体的财产、劳动力,以及不能排他性占有的资源与环境等三大物质要素的权利义务配置,还牵涉对公权力(尤其是行政权)对主体行使这三要素权利的某种干预的规定;在有关经济的法律中,常会有民商法、经济法和社会法,以及也还可能行政法等各种法律规范。为此,我们既应当防范把某些有关经济的法律,直接说成是经济法;还应当在领域法的研究中,注意研究经济法部门的存在和发展。

经济法在实践上和在理论上的这种欠缺,使得经济法还没有真正作为独立的法律部门对改革发挥独特作用。

(二) 经济法只有以调整劳动力关系作为独立法律部门的调整对象,才能对改革发挥独特作用

显然,我国立法机构是把经济法作为国家管理经济的法律,才确认经济法是中国特色社会主义法律体系七大法律部门之一的。但这也就很容易使

^③ 原载中国经济法研究会北京分会秘书处1986年12月15日所编《会讯》第四期(总第10期)。

人把经济管理领域的法律当成经济法。而国家对经济的管理,此前又主要是通过行政机关行使行政权来进行的,于是有人就把经济法说成是经济行政法。^④再加上我国自改革开放以来开始实行的是资源配置由“政府起决定作用”的市场经济,为适应这种需要的经济立法,本身就又有很多行政权干预经济的规定。这就造成了经济法与经济行政法的混同,以致经济法迄今未能作为独立法律部门对改革发挥独特作用。

实际上,经济法既不是调整财产关系,也不是调整行政关系,而是调整劳动力关系的。我们知道,一是民法调整财产关系已有法律规定,经济法不调整财产关系就可予以确定了,否则经济法就只能作为民法或民法的组成部分发挥作用。而劳动力则与民法所指称的财产不相同,是物质生产的一个必备要素。民法调整财产关系,经济法调整劳动力关系,两者才可并行不悖。二是把经济法说成是经济行政法,这连形式逻辑都违反了。如果经济法就只是行政法的一部分,还能说它是一个与行政法相并列的独立法律部门吗?但我们不否定行政主体可依法干预经济,而且它干预经济,并涉及对市场主体行使财产权、行使劳动力权和行使不可排他性占有的资源与环境的权利等的各种干预,这种立法即经济行政法不过是经济领域中运用行政法的调整原则和调整方法的表现。它与经济法调整劳动力关系并不相干。

以往由于我们没弄清经济法调整劳动力关系,经济法就或多或少与民法商法、与行政法纠缠在一起,以致使经济法存在着“种了别人的田,荒了自己的地”的欠缺,难以作为一个独立的法律部门对改革发挥独特的作用。

二、据实确定经济法调整劳动力关系, 更好实行依法治国

为了实行依法治国,我们既需要一个由若干法律部门构成的中国特色社会主义法律体系,故应当完善经济法部门的建设;又需要“加强重点领域立法”,故应当在经济领域的立法中更好地运用经济法的调整原则和方法。

(一) 确定经济法调整劳动力关系的理论基点

要完善经济法部门的建设,就应当确定经济法调整劳动力关系的理论基

^④ 详见梁慧星、王利明、崔勤之:《经济行政法论》,载王家福主编:《中国经济法诸论》,法律出版社1987年版,第129—194页。

点。经济法学界近来更多的是对经济领域的立法展开研究,并已涉及经济法作为部门法与经济领域的法律的关系的研究。然而,在作为部门法的经济法研究中,较多人仍把其中行政干预经济的法律规范(或可称为经济行政法)当做了经济法;这从其理论基础来说,可能与囿于凯恩斯的国家干预主义有关。学界对于如何从马克思的历史唯物主义出发,去真正弄清市场经济弊端的法律应对,仍存在不足。

笔者认为,市场经济与世界上的其他事物一样,有其利也必有其弊。市场经济之弊在于:它使人的劳动力成了商品,进而对劳动力在生产出自己商品的价值之外还生产出的剩余价值(劳动力孳息)当做了天然孳息,并且还像从前一样将其归为作为投资者的财产权人所有,并无度地展开这种市场竞争,不顾消费者利益地追逐剩余价值(劳动力孳息),直至国家也被卷入其中。这使市场经济在促进生产力大发展的同时也引发了资源环境危机、经济危机、人体能力危机和两极分化危机,这不是行政权力从外部加以干预所能包办得了的。马克思的一部《资本论》,则是强调要把人的劳动力从它作为商品的地位解放出来,实行剩余价值创造者的各尽其能、各得其所的劳动力“个人所有制”^⑤,这样才能应对。经济法正是这种劳动力个人所有制的法律形式。

我们已知,针对人们的生产、流通、分配和消费的经济活动,在为解决其中某种经济问题的立法中,通常就需要有关于主体行使财产权的民法、商法规范,又需要有主体行使劳动力(自益)权的经济法规范,以及还需要有主体行使以不可排他性占有的资源环境为媒介的劳动力孳息共益权的社会法规范。如果某个经济领域的法律侧重这三要素之一种要素的权利义务配置,这个法律可被归属相应的法律部门,但不能就此否定该法律中其他部门法的存在。由于财产、劳动力和不可排他性占有的资源与环境是经济生活的三大要素,对这三大要素的权利义务都作出配置,在要使市场对资源配置起决定性作用和更好发挥政府作用的经济体制中,才能体现全面依法治国的要求。当然,在为解决某种经济问题的立法中,也可能有行政干预经济生活的规定(属于行政法),但因政府对资源配置不起决定性作用,这种属于行政法的规范在经济领域的立法中不应占主导地位。

(二) 经济法调整劳动力关系本是一种客观存在

经济法调整劳动力关系,并非主观臆断,而是可从经济等领域的立法中

^⑤ 马克思:《资本论》(第一卷),人民出版社1975年版,第832页。