



经济法文库 (第二辑)

Economic Law Library

经济法前沿问题(2014)

The Economic Law Herald 2014

◎ 顾功耘 罗培新 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

经济法前沿问题(2014)

The Economic Law Herald 2014

◎ 顾功耘 罗培新 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

经济法前沿问题. 2014/顾功耘, 罗培新主编. —北京: 北京大学出版社, 2015. 7
(经济法文库·第2辑)

ISBN 978-7-301-26078-4

I. ①经… II. ①顾… ②罗… III. ①经济法—研究—中国—2014 IV. ①D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 161709 号

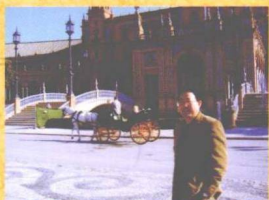
- 书 名** 经济法前沿问题(2014)
- 著作责任者** 顾功耘 罗培新 主编
- 责任编辑** 刘秀芹 朱梅全 朱彦
- 标准书号** ISBN 978-7-301-26078-4
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn>
- 电子信箱** sdyy_2005@126.com
- 新浪微博** @北京大学出版社
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021-62071998
- 印 刷 者** 三河市博文印刷有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 730 毫米×980 毫米 16 开本 26.5 印张 490 千字
- 2015 年 7 月第 1 版 2015 年 7 月第 1 次印刷
- 定 价** 68.00 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



顾功耘 1957年生，

华东政法大学副校长、经济法律研究院院长、经济法学科带头人，教授、博士生导师，北京大学法学

学士，享受国务院政府特殊津贴。兼任中国法学会商法学研究会副会长、中国法学会经济法学研究会常务理事、中国法学会审判理论研究会常务理事、上海市法学会商法研究会会长、上海市法学会经济法研究会会长、中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员等职。

主持国家社科基金重点项目一项、国家社科基金一般项目一项，主持或参与省部级项目十余项；独著和合著学术著作二十余部；在核心报刊发表学术论文八十余篇。

曾获“全国五一劳动奖章”“上海市劳动模范”“上海市领军人才”“上海市优秀中青年法学家”“司法部优秀教师”“上海市曙光优秀学者”等荣誉。曾荣获第九届上海市决策咨询研究成果一等奖，并多次荣获省部级优秀教学成果奖，哲学社会科学优秀成果一等奖、二等奖。



罗培新 1974年生，上海市

人民政府法制办公室副主任，曾任华东政法大学国际金融法律学院院长、科研处处长，教授、博士生导师，北京大学国际金融法专业博士，中国社会科学院法学研究所博士后，美国耶鲁大学访

问学者，英国牛津大学访问学者。

出版《公司法的合同解释》《公司法的经济结构》《公司法基础》《公司法剖析：比较与功能的视角》《公司金融法律原理》《WTO中的争端解决：程序与实践》《转型经济和政治环境下的公司治理》《股利政策与公司治理》《法律与资本主义：公司危机揭示的全球法律制度与经济发展的关系》等多部专著和译著，在《中国社会科学》《中国法学》《法学研究》等刊物发表多篇学术论文。

曾获“全国十大杰出青年法学家”“国家教育部新世纪优秀人才”“上海市领军人才”“上海市劳动模范”“上海市优秀中青年法学家”等荣誉，连续多年被评为华东政法大学“学生心目中的最佳教师”。



经济法文库 (第二辑)

Economic Law Library

上海市高校一流学科（法学）建设计划（经济法学科）
阶段性成果

“经济法文库”总序

我国改革开放三十余年来的经济法制状况,可以用“突飞猛进”这几个字形容。仅从经济立法看,在完善宏观调控方面,我国制定了预算法、中国人民银行法、所得税法、价格法等法律,这些法律巩固了国家在财政、金融等方面的改革成果,为进一步转变政府管理经济的职能,保证国民经济健康运行提供了一定的法律依据。在确立市场规则、维护市场秩序方面,我国制定了反不正当竞争法、消费者权益保护法、城市房地产管理法等法律,这些法律体现了市场经济公平、公正、公开、效率的原则,有利于促进全国统一、开放的市场体系的形成。

然而,应该看到,建立与社会主义市场经济相适应的法制体系还是一个全新的课题。我们还有许多东西不熟悉、不清楚,观念也跟不上。尤其是面对未来逐步建立起的完善的市场经济,我们的法制工作有不少方面明显滞后,执法、司法都还存在着许多亟待解决的问题。

三十余年的经济法研究呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面,各种学术观点和派别不断涌现。但是,总体来说,经济法基本理论的研究还相当薄弱,部门法的研究更是分散而不成系统。实践需要我们回答和解释众多的疑难困惑,需要我们投入精力进行艰苦的研究和知识理论的创新。

在政府不断介入经济生活的情况下,我们必须思考一些非常严肃的问题:政府介入的法理依据究竟是什么?介入的深度与广度有没有边界?政府要不要以及是否有能力“主导市场”?我们应如何运用法律制度驾驭市场经济?

在国有企业深化改革过程中,我们不能不认真研究这样一些问题:国有的资本究竟应由谁具体掌握和操作?投资者是否应与监管者实行分离?国有企业应覆盖哪些领域和行业,应通过怎样的途径实现合并和集中?如何使国有企业既能发挥应有的作用,又不影响市场的竞争机制?

加入WTO以后,我国经济、政治、社会生活的方方面面都会发生重大影响。我们必须研究:市场经济法制建设将面临什么样的挑战和机遇?在经济全球化

的背景下,我们的经济法制将如何在国际竞争中发挥作用?国外的投资者和贸易伙伴进入我国,我们会提供一个什么样的法律环境?我们又如何采取对策维护国家的经济安全和利益?

面对环境日益恶化和资源紧缺的生存条件,循环经济法制建设任务繁重。如何通过立法确定公众的权利义务,引导和促进公众介入和参与循环经济建设?怎样增强主动性和控制能力,以实现经济发展与环境资源保护双赢,实现利益总量增加?如何发挥法律的鼓励、引导、教育等功能,通过受益者补偿机制,平衡个体与社会之间的利益?

在市场规制与监管方面,如何掌握法律规制监管的空间范围、适当时机和适合的力度?在法律上,我们究竟有什么样的有效规制和监管的方式、方法和手段?对各类不同的要素市场,实行法律规制和监管有什么异同?

.....

我们的经济法理论研究应当与经济生活紧密结合,不回避现实经济改革与发展中提出的迫切需要解决的问题,在观念、理论和制度等方面大胆创新。这是每一个从事经济法科学研究者和实际工作者应尽的义务和光荣职责。我们编辑出版“经济法文库”,就是要为经济法研究者和工作者提供交流平台。

“经济法文库”的首批著作汇集的是上海市经济法重点学科和上海市教委经济法重点学科的项目成果,随后我们将拓展选择编辑出版国内外众多经济法学者的优秀研究成果。我们坚信,这些优秀成果一定会引起社会各方面的广泛关注,一定会对我国的经济法制建设起到推动和促进作用。

期望“经济法文库”在繁花似锦的法学苑中成为一株奇葩。

华东政法大学 顾功耘

CONTENTS 目 录

第一编 经济法总论

超越“自由市场”与“监管国家”

—— 经济法视野中政府的角色定位	罗慧明
一、自由放任还是政府干预:西方经济思想的历史解读	1
二、市场失灵还是政府失灵:中国政府与市场关系的历史梳理	6
三、经济法视野中的有效政府的实现路径	9
四、结语	19

我国纳税人公益诉讼必要性与可行性研究 王国侠

一、问题源起:纳税人公益诉讼的实践与思考	20
二、纳税人公益诉讼定性及构成解析	24
三、纳税人公益诉讼的阶段性:在必要性与可行性间找准界限	31
四、纳税人公益诉讼的原告资格:适度扩张与必要限制相统一	36
五、纳税人公益诉讼的受案范围:法定化和类型化相统一	39
六、纳税人公益诉讼的程序设计:保护诉权与防止滥诉相统一	44
七、小结	49

CONTENTS 目 录

第二编 宏观调控法律制度

政策性银行改革法律问题研究

——以国家开发银行为样本 黄 蓓

引言 51

一、政策性银行存在的必要性分析 52

二、国外政策性银行改革及对我国的启示 56

三、我国政策性银行改革历程回顾及
问题分析 62

四、政策性银行改革之法律保障 69

老龄化社会中财税法的分配问题研究 龚 伟

一、中国的老龄化问题:人口结构
与经济现实之困 75

二、老龄化社会中的财税法分配危机:
风险认知与理论反思 79

三、老龄化分配危机下的财税法律应对
之一:劳动力储蓄计划 84

四、老龄化分配危机下的财税法律应对
之二:养老保险的路径选择 89

五、老龄化分配危机下的财税法律应对
之三:社区福利的财税法促进 92

六、结语 93

CONTENTS 目 录

第三编 市场秩序规制法律制度

论我国纵向垄断协议的法律规制原则

——条文解读、理论选择及路径优化	武 彬
引言	95
一、反垄断行政执法与司法在规制原则上相互抵牾	96
二、我国纵向垄断协议规制原则的立法目的探求	99
三、域外纵向垄断协议规制原则理论与实践的双重考察	105
四、我国纵向垄断协议规制的理论选择	113
五、我国纵向垄断协议规制标准优化的一种可能	117

“百度诉 360 案”的竞争法思考：商业道德与自由竞争之界分

郑依彤

一、“百度诉 360 案”的第一重思考：从判决结果中的犹疑说起	121
二、“百度诉 360 案”的第二重思考：爬虫协议的性质界定	125
三、“百度诉 360 案”的第三重思考：商业道德与自由竞争的界分	130

CONTENTS 目 录

反垄断法抑或民商法

——“零供”通道费法律调整之分析	黄贤华
一、问题的提出——“零供”通道费现象	139
二、通道费合理性、合法性争议与实践做法	141
三、“零供”通道费反垄断法调整的学理解释	145
四、对“零供”通道费法律调整的若干思考	150

欧盟混合兼并概念界定与效用分析

翟巍

引言	157
一、混合兼并概念界定	157
二、在竞争法框架下混合兼并的积极效用	160
三、混合兼并损害竞争的效用	164
四、结语	171

欧美天然气行业引入竞争的路径及法律模式

李玉红

一、欧洲天然气行业引入竞争之路及其法律模式	172
二、美国天然气行业引入竞争之路及其法律模式	183
三、欧美天然气行业竞争法律实践的启示	191

CONTENTS 目 录

第四编 国有经济参与法律制度

国有企业管理者民事责任制度研究	
——以国有资本的法律保护为视角	王长华
一、问题的提出	193
二、国企高管民事责任制度的功能	195
三、国企高管民事责任制度的立法现状	198
四、国企高管民事责任的认定	202
五、国企高管民事责任的承担	208

英美公共企业民营化及其对我国的启示		潘立春
一、英美公共企业的产生、发展及法律保障		215
二、英美公共企业的民营化改革及法律保障		223
三、对英美两国公共企业民营化实施的评论		231
四、英美公用企业民营化对我国的启示		234

第五编 对外经济管制法律制度

自贸区外商投资国家安全审查机制研究		杨飞翔
引言		239
一、自贸区国家安全审查机制的规则适用		240
二、自贸区国家安全审查机制的组织协调		245

CONTENTS 目 录

三、自贸区国家安全审查的范围与标准	252
四、自贸区国家安全审查程序与救济	261
五、自贸区国家安全审查机制的复制 与推广可行性	267

 罗尔斯公司(Ralls)诉美国外国投资委员会(CFIUS)

案

王东光 王 萍 刘 珍

摘要	268
判决书正文	269
一、背景	270
二、程序正义的主张	275
三、针对 CFIUS 命令的诉求	288

 第六编 市场运行监管法律制度

 市场综合监管法律问题研究

——以上海自贸区为视角	薛 峰
一、问题的提出	295
二、美国市场综合监管理论评述及美国 市场监管立法脉络分析	298
三、我国市场监管体制现状分析	301
四、上海自贸区内建立综合监管体系的 必要性分析	306
五、上海自贸区综合监管体系建立的 基本要求	308
六、上海自贸区综合监管的路径选择	309

CONTENTS 目 录

论政府金融监管权之边界	姜 宇
一、政府金融监管权与行政权控制理论	314
二、回归权力的本源:社会契约在金融时代	318
三、监管目标之下的市场与政府关系	324
四、动态法治中行政、司法、学术研究与立法的四元互动	331
五、结论	334
中国(上海)自由贸易试验区离岸金融监管制度研究	王 立
一、离岸金融监管的一般理论	336
二、自贸区离岸金融市场的监管模式	345
三、自贸区离岸金融市场的离岸账户监管	353
四、自贸区离岸金融市场的监管制度框架	364
内幕交易行政处罚推定规则适用之实证分析	程茂军
一、概述	373
二、适用推定规则的一般原则	379
三、推定规则适用类型	386
四、推定规则与证明标准	390
五、推定规则与责任主体	394
六、简要结论	396

CONTENTS 目 录

我国期货市场自律监管权与行政监管权

配置研究

赵国富

一、期货市场行政监管与自律监管的

主体地位及存在的问题

398

二、我国期货市场行政监管与自律监管

权力配置的现状和问题

400

三、我国期货市场自律监管权与行政

监管权运行情况分析

403

四、美国期货市场监管权力配置考察

及启示

405

五、对期货市场自律监管权与

行政监管权的再认识

408

六、完善我国期货市场行政监管权与

自律监管权配置的建议

412

第一编 经济法总论

超越“自由市场”与“监管国家”

—— 经济法视野中政府的角色定位

罗慧明*

一、自由放任还是政府干预： 西方经济思想的历史解读

(一) 自由主义与干预主义之辩

政府的角色定位的争论在不同的社会背景下沿着自由主义或者干预主义的思潮不断往前推进。从最初的古典自由主义开始，理性经济人的假设使得古典自由主义将市场机制奉为经济运行的圭臬。因此，政府在经济运行中只能扮演“守夜人”的角色。无论是萨伊定理还是“阿罗—德布鲁”的一般均衡理论，都演绎了这一观点。长期自由放任的经济实践最终导致了1929年的经济危机和大萧条，凯恩斯主义应运而生，政府干预成为凯恩斯主义的精神信仰。凯恩斯主要以“有效需求不足”为核心，分析资本主义社会市场机制的不足，认为单靠市场的力量难以解决“有效需求”不足的问题。政府通过运用扩张性的财政政策，可

* 罗慧明，华东政法大学2013级经济法学博士研究生。

以刺激总需求,从而拉动经济的发展。凯恩斯的国家干预的思想体系从宏观经济分析的维度论证了市场缺陷的存在。虽然凯恩斯总体上认为自由市场制度是一个有效的机制,能保证个人自由并激发个人释放其创造性,但他承认市场本身存在缺点,只有扩大政府机能才能改正市场缺点,以保持市场经济的正常运转。^① 20世纪70年代并发性的经济危机使得凯恩斯主义陷入了难以自圆其说的境地,新自由主义思潮随之崛起。

新自由主义可以说是向自由主义的一种回归,它开始质疑政府干预政策的有效性。新自由主义同意古典自由主义的基本观点,即市场仍然是资源配置的基本方式,尽管市场存在失灵的现象,但矫正市场失灵的方式应该通过产权明晰等制度来完善,而不是求助于政府干预。哈耶克对此的态度最为直接,他反对任何形式的国家干预,认为:“只是由于生产资料掌握在许多个独立行动的人的手里,才没有人有控制我们的全权,我们才能够以个人的身份来决定我们要做的事情,如果所有的生产资料都落到一个人的手里,不管它在名义上是属于整个‘社会’的,还是属于独裁者的,谁行使这个管理权,谁就有全权控制我们。”^②凯恩斯主义的困境也为公共选择学派的兴起创造了客观的经济环境。公共选择理论使用个人主义的分析方法,利用经济人假设,将政治作为一种交易过程来分析政府的作用。政府也是经济人,不会从抽象的公共利益出发制定政策,只追求自身利益最大化。公共选择理论的个人主义分析方法、经济人假设和交易的政治观,动摇了国家干预经济的正当性。公共选择理论认为,政府和官员对自身利益最大化的追求与其作为公共利益的代表存在持久的冲突并导致了政府失灵,由此得出的结论为:市场失灵并不是政府干预的充分条件,由于存在政府失灵,政府应尽量减少干预,政府的权力应受到约束。诺贝尔经济学奖得主布坎南认为,“市场失败”并不是政府干预经济的根据,因为政府干预与市场经济一样具有局限性和缺陷,存在着“政府失败”,以“失败的政府”去医治“失败”的市场是匪夷所思的。新制度主义经济学的代表人物科斯认为,通过法律对产权进行合理界定与安排并选择合适的经济组织,可以实现外部效应的内部化,而不必依赖于政府的干预。

在对美国次贷危机原因的探讨中,新自由主义被认为是罪魁祸首,金融领域中不受监管的金融创新和金融衍生品的高杠杆率被认为是导致此次危机的重要原因。为此,美国政府出台了被称为史上最严厉的金融改革法案《多德—弗兰

① 参见郑秉文:《强大的国家与发达的市场》,载《政府为什么干预经济》,中国物资出版社1998年版,第4页。

② [英]哈耶克:《通往奴役之路》,王明毅等译,中国社会科学出版社1997年版,第101—102页。