



经济法研究

Economic Law Review

(第18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18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18卷/张守文主编. —北京:北京大学出版社, 2017. 9
ISBN 978-7-301-28764-4

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(2017)第224260号

- 书 名 经济法研究(第18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 978-7-301-28764-4
- 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 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 三河市北燕印装有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 965毫米×1300毫米 16开本 22.5印张 380千字
2017年9月第1版 2017年9月第1次印刷
- 定 价 56.00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：推进“新常态”下的经济法研究

随着全球经济的持续低迷，我国的经济增长已转入“新常态”。在这一背景下，要推进经济和社会的全面发展，就必须在法治的框架下深化改革，在改革的过程中推进法治，这也是“新常态”的应有之义。

基于国家全面推进改革与法治的“新常态”，经济法研究也应进入新阶段。为了解决经济“新常态”带来的诸多问题，国家力推供给侧的结构性改革，强调要贯彻新的发展理念，这些都需要从经济法基础理论的角度作出回应。其实，无论经济的发展出现何种形态，是否存在波动，都需要思考经济法领域的基本问题，包括经济法的使命和价值、经济法与其他部门法的内在关联，以及如何使经济法与其他部门法相互协调，共同解决经济和社会发展中的新问题，等等。对此，陈乃新教授的《经济法的使命》、金福海教授和金昊宇同学的《新兴法部门与传统法部门法律规范交集融合现象解释——以经济法、社会法为例》等论文，提出了他们的有益思考。

经济法的基本理论问题，在经济法的各个领域均有其投射，都需要深入研究。例如，在促进供给侧的结构性改革方面，金融法应具有哪些功能和价值，应如何体现绿色发展、创新发展的理念？在国家法治发展的新阶段，财税法治建设的目标应如何定位？在推进市场规制方面，应如何体现竞争中性、监管中性的原则或精神？等等。对上述问题的探讨，虽主要立足于经济法的各个部门法，但对于整体的经济法理论研究，同样具有重要价值。对此，徐孟洲教授的《论金融法与供给侧结构性改革》、陈少英教授的《绿色金融：绿色发展理念下的金融调控创新》、翟继光副教授的《论财税法治建设的终极价值目标》、宋彪副教授的《竞争中性的渊源、政策目标与公共垄断改革》等论文，都

作出了有价值的研讨。

考虑到“新常态”也是一种常态,而经济法的制度建设更要关注常态问题的解决,因此,对于经济法各领域的具体制度的细致研究是非常必要的,这也是近年来学界关注较多的领域。

例如,在财税法领域,征税主体的权力和纳税主体的权利问题,始终是研究的热点问题,特别是税收核定的裁量权问题、纳税人的税收监督权和纳税人诉讼问题以及利用信托进行避税的问题等,都需要深入研究。对此,黎江虹教授和孟思聪博士的《核税裁量及其限定》、张富强教授和吴燕婷老师的《论纳税人用税监督权与诉讼代理制度的完善》、刘继虎教授的《防范委托人信托避税的立法对策研究》等论文,都有较为详细而重要的论证。

又如,在金融法领域,如何防范和化解金融风险,如何保障金融秩序,保护金融投资者等相关主体的合法权益,始终是研究的核心问题。对此,杨松教授和石启龙博士的《“恶意做空”的生成逻辑与法律规制》、董新义副教授和刘明同学的《信用风险缓释工具业务监管研究》、杨光博士后的《我国证券投资者保护基金的界定及立法模式》,都作出了积极有益的回应。

此外,在竞争法领域,对限定交易行为、经营者集中行为的反垄断规制,以及对虚假广告等不正当竞争行为的规制,都是需要关注的重要问题。对此,许光耀教授的《限定交易行为的反垄断法分析方法》、韩伟博士的《中国经营者集中附条件案中的长期分持》、吴宇飞博士后的《虚假广告更正制度研究》等论文,都作出了有益的探讨。

在“新常态”的背景下,国家力图通过创新驱动,推进新兴行业、产业的发展。而在这些领域如何加强法治,如何进行具体的规制或监管,是应当更多地运用国家的制定法,还是应当同时引入“软法之治”,无疑是经济法研究值得关注的问题。为此,本卷设置了专题研讨,其中包括黄茂钦教授的《论全球化境遇中产业发展的软法之治》和贺绍奇教授的《新兴行业中的行业自律与软法——基于纽交所早期场内市场自律经验》两篇论文,相信他们的探索会给读者诸多启发。

《经济法研究》作为重要的学术交流平台,集中展示既往经济法研究的相

关成果,有助于学术研究的继往开来。为此,本卷刊发了社科院法学所经济法室席月民主任和刘志远同学的《学科综述:2016年度经济法理论前沿问题》一文。此外,考虑到经济法研究应与法学教育相结合,通过加强法学人才的培养,有助于进一步推动经济法研究,因此,本卷还发表了邢会强教授等的《法学硕士研究生〈经济法学基础理论〉课程的优化》一文。

在本卷的作者中,有多位是全国著名的经济法学者,还有一些是经济法学界的后起之秀。在此非常感谢他们的真知灼见,这是对中国的经济法研究的重要推动。在基本栏目的设置上,本卷仍主要设经济法基础理论、宏观调控法和市场规制法等,只是考虑到论文研究领域的集中度,本卷将宏观调控法专栏分为了金融法和财税法两个部分,并增设了专题研讨和研究综述两个栏目。此外,每个栏目都大略按照从宏观到微观、从理论到制度的顺序排列。

在本卷的约稿、编辑和出版过程中,北京大学法学院经济法专业的博士生王磊、邓伟、谭晨等做了大量工作,在此向他们表示感谢!

2017年3月31日

于北京大学经济法研究所

目 录

经济法基础理论

- | | | |
|----|---|---------|
| 3 | 经济法的使命 | 陈乃新 |
| 13 | 新兴法部门与传统法部门法律规范交集 融合现象解释 ——以经济法、社会法为例 | 金福海 金昊宇 |
| 28 | 分享经济的经济法规制 | 张守文 |

宏观调控法之金融法

- | | | |
|-----|-------------------------------------|---------|
| 41 | 论金融法与供给侧结构性改革 | 徐孟洲 |
| 57 | 绿色金融:绿色发展理念下的金融调控 创新 | 陈少英 |
| 68 | “恶意做空”的生成逻辑与法律规制 | 杨 松 石启龙 |
| 86 | 信用风险缓释工具业务监管研究 ——以信用违约互换(CDS)为中心 | 董新义 刘 明 |
| 100 | 我国证券投资者保护基金的界定及立法 模式 | 杨 光 |

宏观调控法之财税法

- 115 论财税法治建设的终极价值目标 翟继光
- 129 核税裁量及其限定 黎江虹 孟思聪
- 144 论纳税人用税监督权与诉讼代理制度的完善 张富强 吴燕婷
- 159 防范委托人信托避税的立法对策研究 刘继虎

市场规制法

- 179 竞争中性的渊源、政策目标与公共垄断改革 宋彪
- 200 限定交易行为的反垄断法分析方法 许光耀
- 218 中国经营者集中附条件案中的长期分持 韩伟
- 241 虚假广告更正制度研究 吴宇飞

专题研讨

- 259 论全球化境遇中产业发展的软法之治 黄茂钦
- 271 新兴行业中的行业自律与软法
——基于纽交所早期场内市场自律经验
贺绍奇

研究综述

- 289 学科综述:2016年度经济法理论前沿问题 席月民 刘志远
- 328 法学硕士研究生“经济法学基础理论”课程的优化 邢会强 张龄方 吕特 沈安琪
- 349 稿约

Contents

Fundamental Theory of Economic Law

- The Mission of Economic Law Chen Naixin 3
- An Explanation for the Integrations between Legal Norms of
Emerging Law Department and Traditional Law Department
—Taking Economic Law and Social Law as Examples Jin Fuhai, Jin Haoyu 13
- Regulation of Sharing Economy in the Perspective of Economic Law Zhang Shouwen 28

Finance Law of The Macro-control Law

- On Financial Law and China's structural reform of the Supply Front Xu Mengzhou 41
- Green Finance: Innovation of Financial Regulation under Green
Development Theory Chen Shaoying 57
- The Generative Logic and Legal Regulation of "hostile Short-Selling" Yang Song, Shi Qilong 68
- Study on the Legal Regulation System of Credit Risk Mitigation
Regulation Dong Xinyi, Liuming 86

| | | |
|---|---|-----|
| The Definition and Legislative Model of the Securities Investor Protection Fund in China | Yang Guang | 100 |
| Fiscal Law of The Macro-control Law | | |
| The Ultimate Value Goal of the Construction of Rule of Fiscal Law | Zhai Jiguang | 115 |
| The Discretion and Restriction of Tax Assessment | Li Jianghong, Meng Sicong | 129 |
| Study on the Improvement of Taxpayers' Supervision Right for Revenue and Litigation Agency System | Zhang Fuqiang, Wu Yanting | 144 |
| Study on Legislative Measures for Preventing Tax Avoidance in Grantor Trusts | Liu Jihu | 159 |
| The Market Regulation Law | | |
| The Origin and Policy Goals of Competitive Neutrality and its relationship with Public Monopoly Reform | Song Biao | 179 |
| An Analytical Method of Anti-monopoly Law for Exclusive Dealing | Xu Guangyao | 200 |
| Long Run Hold-separate in Merger Remedy cases in China | Han Wei | 218 |
| Study On the Correction System of False Advertising | Wu Yufei | 241 |
| Special Subject for Discussion | | |
| Soft Law Regulation on Industry Development under the Backdrop of Globalization | Huang Maoqin | 259 |
| Self-regulation and Soft Law in Emerging Industry | He Shaoqi | 271 |
| Summary | | |
| Subject Review: 2016 Annual Frontier Issues of Economic Law Theory | Xi Yuemin, Liu Zhiyuan | 289 |
| Optimization of Basic Theory of Economic Law Course for Master of Laws | Xing Huiqiang, Zhang Lingfang, Lü Te, Shen Anqi | 328 |
| Contributions Wanted | | 349 |



经济法基础理论





经济法的使命

陈乃新*

摘要:经济法是调整劳动力关系,保护劳动力权,体现经济发展公平,不断地把人的劳动力从它作为商品的地位解放出来,保障经济可持续健康发展的法。但学界多把经济法律中所前置或者后缀的调整国家干预经济活动所发生的(经济)行政关系的(经济)行政法,当成经济法。实际上在经济法律中,按照客观经济规律的要求,作为干预主体的国家与受干预主体一起与社会整体之间的以经济发展利益为目标的劳动力关系,以及社会个体与社会个体一起与社会整体之间的以经济发展利益为目标的劳动力关系,这才由经济法调整。经济法的使命是保护社会整体经济发展利益而不是社会整体现存利益,学界的“国家干预经济法论”等,把(经济)行政法当做经济法来指导经济法实践,会使经济法失去独立存在的必要,并将影响其完成使命。出于保障经济可持续健康发展的需要,我们有必要把真正的经济法建设好。

关键词:经济法 劳动力权 社会整体发展利益 经济发展公平

经济法是近现代社会的产物,它的使命是调整劳动力关系,保护劳动力权,体现经济发展公平,保障社会整体发展利益,从而保障经济活动参加者的经济发展利益的普遍持续的实现。主流经济法学,存有把不断地被制定出来的经济法律中前置的、调整“国家从社会整体利益出发,对经济活动实行干预、管理或者调控所产生的社会经济关系的法律规范”^①认作经济法的问题。

* 陈乃新,湘潭大学法学院教授。

① 参见中华人民共和国国务院办公厅白皮书:《中国特色社会主义法律体系》,2011年10月。

这是把(经济)行政法当做经济法的错讹,它不能指引人们把经济法建成一个独立的法律部门,不能完成经济法的历史使命。我们要使经济法真正实现其使命,经济法必须突破已有的私权利(财产权人身权)与公权力(立法行政司法权)的局限,公然申明它保护劳动力权,也即要使经济活动的参加者包括社会个体与社会个体一起,以及社会整体的代表(国家)与社会个体一起,与社会整体结成的以经济发展利益为目标的劳动力关系,都能得到法律调整。

一、(经济)行政法被当做经济法的错讹是怎样发生的

在主流经济法学中,无论不同学者对经济法如何具体界定,其中心意思皆大同小异,即都有经济法是调整“国家从社会整体利益出发,对经济活动实行干预、管理或者调控等所产生的社会经济关系”的法律规范的总称,这样一种含义。这是学界把(经济)行政法当做经济法的错讹。那么为什么会发生这种错讹?其原因主要有以下几个:

第一,与受到外国经济法学的影响有关。外国经济法学界有的认为,从资本主义进入垄断资本阶段以来的市场经济中,资本自由逐利的理性开始导致社会整体非理性的“市场失灵”,政府就开始不得不承担起对经济活动实行干预、管理或者调控等,来维持市场经济的运转。这当然会发生政府与市场经济主体之间的经济干预、管理或者调控关系(以下简称经济干预关系),也当然需要法律来调整。这种法律由于与经济有关,人们便大都称之为经济法律,并且最终被一些法学者从中提炼出经济法这一范畴。我国学界的主流经济法学的“国家干预经济法论”等,大都或多或少地接受了外国的这种影响(如日本的金泽良雄提出,经济法是“国家干预经济之法”^②),并已得到较普遍的认可而日益主流化。但它始终存在着一个解不开的“结”,即这种由经济法律来调整的经济干预关系难道不是一种(经济)行政关系吗?此外,经济法律难道不调整其他社会经济关系了吗?这使经济法一直深陷理论不足的困境。

第二,它是经济体制改革中“实行使市场在国家宏观调控下对资源配置起基础性作用”的经济体制的产物。我国的经济法是改革开放之后发展起来的,经济体制改革起先是搞有计划的商品经济,后来搞“使市场在国家宏观调

^② 参见〔日〕金泽良雄:《经济法概论》,满达人译,甘肃人民出版社1985年版,第183页。

控下对资源配置起基础性作用”的经济体制,自2013年起是实行“要使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”的经济体制。改革开放以来实际上长时间内市场是在国家宏观调控下对资源配置起基础性作用,这使它在经济法律上就表现为国家干预经济的法律规范占主导。因此,难免学界从法律文本中看出经济法就是这种国家干预经济之法;而国家依法干预经济,也确实能改变资源配置并影响经济。但是,经济如何可持续健康发展,这仍然难以有可靠的法制作保障,经济法也没有更好地发挥出其重要作用。这是因为它虽可以保障政府改变资源配置,但并不能真正解决保障创造财富(创造财富与劳动有关)的一些问题。

第三,立法界排除经济法对平等主体之间关系的调整,把经济法限于对不是平等的主体之间关系的调整,促使学界把(经济)行政法当做经济法。1986年我国制定《民法通则》,《关于〈中华人民共和国民法通则(草案)〉的说明》(以下简称《民法通则(草案)》的说明)提出,“民法主要调整平等主体间的财产关系,即横向的财产、经济关系。政府对经济的管理,国家和企业之间以及企业内部等纵向经济关系或者行政管理关系,不是平等主体之间的经济关系,主要由有关经济法、行政法调整,民法基本上不作规定。”^③这一说明把经济法、行政法都弄成了只调整不是平等主体之间经济关系,而不调整平等主体间的财产关系,即横向的财产、经济关系的法。因而学界把(经济)行政法与经济法混在一起也是有一定依据的。但民法通则的立法说明对经济法的见解的真理性如何,法律文本的支撑度如何,也一直缺乏分析评价。

第四,主流经济力学的“国家干预经济力论”等的建立,在知识结构依托上也有所不足,是个重要原因。改革开放以来,起初从事经济力学研究的一些学者,创立经济法理论十分艰辛。一方面,他们实际上要突破现有的私权利与公权力的全套法权理论,而须建立经济力的新的法权理论,这就意味着要抛弃他们已经熟知和坚守的知识,这有点勉为其难。另一方面,他们还得面对连经济力学界也难应对的市场经济问题,要为之寻找出有效的法律对策,并作出法理学总结,这也是勉为其难的。不过,出于经济发展的客观需要以及经济力学的推动,我国领先世界各国把经济法已列为中国特色社会主义法律体系的七大法律部门之一,这称得上是一种原创。但问题在于我们又能走多远,把这原创做好呢?这将取决于我们怎样真正把握经济法究竟是什么的

^③ 参见:《关于〈中华人民共和国民法通则(草案)〉的说明》,http://www.law-lib.com/fzdt/newshhtml/20/20050720184626.htm,最后访问时间:2017年2月25日。

问题以及怎样完善真正的经济法。

由于以上原因,使得学界把(经济)行政法说成是经济法成为可能,并得到了某种稳定性的认同。

二、经济法以保障“社会整体发展利益” 为基本假设的可靠性

主流经济法学对经济法的一个基本假设是:国家从社会整体利益出发,对经济活动实行干预、管理或者调控等过程中产生的社会经济关系,由经济法来调整。但这里对经济法的基本假设是存在失当问题的,因而基于这种假设确定经济法是什么,就必出错讹。其理由是:

第一,社会需要经济法,不能笼统地认为是社会整体利益的需要。社会整体利益可分为社会整体的存量利益与社会整体的增量利益。近现代社会发生的经济问题主要是经济如何可持续健康发展即社会整体的增量利益问题。在市场经济中,它作为资本自由逐利的理性行为,必然导致社会整体非理性,即必会出现过剩的金融经济危机、资源枯竭环境恶化的资源环境危机、两极分化的社会危机和人体能力衰退危机等。那么,这能否可以被认为它是源于国家干预经济不足呢?国家干预能解决这些问题吗?实际上,它的根本原因是资本自由逐利的内生性矛盾所致,国家干预不是这种矛盾的根本的解决方法。应当认为,资本逐利以及资本逐利的自由竞争,被认为是市场经济的核心内容与造成经济发展的原动力,这是一个事实,也是实行市场经济的必然性所在;但是,资本逐利以及资本逐利的自由竞争却也存在着内生性弊端。即资本逐利以资本创造利润为前提,而资本虽然能带来利润(剩余价值的重要形式),不过它并不能创造利润,利润不是资本的天然孳息和法定孳息,它是劳动力孳息,仅仅因为资本掌控着劳工(只有劳动力的人不得不为占有劳动的物质条件的他人打工),资本就能获得劳工的劳动力孳息,并成为投资者进行资本逐利竞争的条件。这样,它终于在推动经济发展的同时,日益衍生出以上种种危机,以致造成一国乃至全球的经济不可持续健康发展,甚至面临崩溃。由于这种原因,国家是一定会要加以干预的,只是国家干预只能从外部改变资源配置即改变社会整体的存量利益的归属。犹如战争可以改变财产归属而不能解决财富创造那样,它没有从内部解决保障劳动力权人对其劳动力孳息的权益的问题,社会整体的增量利益将变成无源之水无本之木,国家干预经济也将治标不治本而难以保障经济持续健康发展问题。

第二,对于“经济法是调整国家从社会整体利益出发,对经济活动实行干预、管理或者调控所产生的社会经济关系的法律规范”的命题,一是存在逻辑不顺问题,即国家对经济活动实行干预,直接可发生的只是经济干预关系,而非经济关系,国家干预可以影响市场主体的经济活动;正如家长对婚姻干预,直接可产生的只是婚姻干预关系,而非婚姻关系一样,虽然家长干预可以影响子女的婚姻。二是国家从社会整体利益出发,对经济活动实行干预,是(经济)行政法所规制的行为。它禁止社会个体(局部)损害国家所代表的社会整体利益;国家也有权代表社会整体要求社会个体服从社会整体利益,但也不得损害社会个体(局部)利益,否则,是违法的要赔偿、是合法的要补偿。因此,这一经济法的命题理论上不能成立。

第三,《民法通则(草案)的说明》提出的“民法主要调整平等主体间的财产关系,即横向的财产、经济关系。政府对经济的管理,国家和企业之间以及企业内部等纵向经济关系或者行政管理关系,不是平等主体之间的经济关系,主要由有关经济法、行政法调整,民法基本上不作规定”。这一解释超越了《民法通则》的规定,也不适合用来界定经济法。民法调整“平等主体间的财产关系,即横向的财产、经济关系”的说明,存在着民法包揽了调整平等主体间经济关系的扩大化倾向,因为《民法通则》第2条规定“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系”,并没有“经济关系”的表述,而经济关系比财产关系的范围要大得多,因为民法所指称的财产是主体之外存在的、主体可控(人力得以支配)的财产,不包括与主体不能分离而内在于人体的劳动力,以及不可排他性占有的某些自然资源与环境(它们不存在归属权、不存在流转问题),但这两者都可引发主体间的物质利益关系或者经济关系。因此,不能排除经济法也调整平等主体间的某种经济关系,如劳动力关系(包括生产劳动关系、市场竞争关系与生活消费关系等)。

第四,如何保障社会整体发展利益,关键在于保障主体对人力资源与自然资源环境的权益,尤其是主体的劳动力权益。在法律及其法学领域,称得上新问题的,现代社会主要是劳动力(人力资源)权利与(尤其是不可排他性占有的)自然资源与环境权利,这两种权利超出了原有私法的私权(人身权、财产权)和原有公法的公权(立法行政司法三权分立制衡)范围,而且对个人乃至全人类发展利益关系越来越大。经济法的出现,虽然与政府干预经济的需求有联系,但政府干预经济所发生的经济干预关系的法律调整,只是经济法律中的经济法的前置或者后缀。一部经济法律,例如《反垄断法》《企业所