



经济法文库 (第二辑)

Economic Law Library

经济法前沿问题(2008)

The Economic Law Herald 2008

◎ 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 (2008)

The Economic Law Herald 2008

◎ 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. 2008/顾功耘, 罗培新主编. —北京: 北京大学出版社, 2009. 9
(经济法文库·第2辑)

ISBN 978-7-301-15551-6

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

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第121216号

书 名: 经济法前沿问题(2008)

著作责任者: 顾功耘 罗培新 主编

责任编辑: 刘秀芹 黄蔚 杨丽明 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-15551-6/F·2255

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> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027 出版部 62754962

印 刷 者: 涿州市星河印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 26.75印张 495千字

2009年9月第1版 2009年9月第1次印刷

定 价: 48.00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 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

《经济法文库》总序

我国改革开放二十余年来的经济法制状况,可以用“突飞猛进”这几个字来形容。仅从经济立法来看,在完善宏观调控方面,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,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。

二十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:国有的资本究竟应当由谁具体掌握和操作?投资者是否应与监管者实行分离?国有企业应当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、方法及手段?对各类不同的要素市场,实行法律规制与监管有什么异同?

.....

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与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

论商业特许经营法的经济法属性	陆 川
一、商业特许经营制度特征与法律现实引发的思考	1
二、经济法调整商业特许经营的必要性	7
三、经济法调整商业特许经营的合理性	12
四、经济法调整特许经营的研究价值	16
企业社会责任:基于不完全契约与动态平衡	
理论的思考	李嘉宁
一、对“利益相关者理论”的反思	18
二、非完全契约——社会责任产生的根源	21
三、企业社会责任的立法界定	26
我国行业协会法律地位探析	赵 静
一、行业协会的法律地位	33
二、目前行业协会之错位与缺位	35
三、行业协会的归位	38
四、行业协会的监管	41
五、结语	42
论我国循环经济法制化进程中的政府作用	李丽华
一、循环经济的法制化	43

CONTENTS 目 录

二、德国循环经济法制化的经验借鉴	45
三、我国政府在循环经济法制化进程中的 作用分析	48

公司治理中产业民主问题探析	李 庆 国
一、公司资本制度与产业民主:相生还是相克	53
二、德国共同决定制中的产业民主	55
三、产业民主与公司治理关系的再认识	57
四、我国产业民主的迷思和出路	59

第二编 宏观调控法律制度

房地产宏观调控法律问题	王 丹
一、宏观调控法的基本问题	64
二、2003—2007 年我国房地产市场宏观 调控政策回顾	66
三、当前我国房地产宏观调控行为分析	70
四、国外房地产市场宏观调控的做法	75
五、完善我国房地产宏观调控法律的建议	77

宏观调控权纵向配置研究	
——以房地产市场为视角	张 骏
一、问题的提出:宏观调控权纵向配置的隐语	81
二、宏观调控权法学定义的检讨	82
三、宏观调控权纵向配置主流理论观点研评	84
四、宏观调控权纵向配置的再思考	
——中央、地方共享宏观调控权	88

CONTENTS 目 录

五、宏观调控权纵向配置的例证 ——房地产市场的宏观调控	91
六、结论	94

论宏观调控法与社会政策的关系	
——一个解释我国宏观调控有效性不足的分析路径	吴晓晖
一、我国宏观调控有效性不足分析路径之反思	96
二、我国宏观调控法与社会政策脱节现象分析	100
三、宏观调控法与社会政策关系厘定：区分与兼容	103
四、赋予宏观调控法以社会的维度	107
五、余论	110

物价规制的经济法思考	
——以临时价格干预措施为视角	丁宇飞
一、问题的引入——临时价格干预措施的出台	112
二、政府在市场经济中的角色	114
三、问题的提出：物价规制——“毒药”还是“良药”？	116
四、各国物价规制的实践与借鉴	120
五、问题的解决：物价规制方式的法律化	121

试论纳税人权利保护	全淑英
一、纳税人权利概述	125

CONTENTS 目 录

二、加强纳税人权利保护的理论分析	128
三、主要发达国家纳税人的权利保护	131
四、我国纳税人权利保护现状及成因	133
五、加强和完善纳税人的权利保护	135
六、结语	140

第三编 市场秩序规制法律制度

特许经营合同的限制竞争问题与两岸竞争法	牛 锐
一、特许经营与竞争法的基本问题	142
二、两岸竞争法对特许经营合同限制条款的合法性判断	144
三、结论	157
反垄断法的立法宗旨解析	丁茂中
一、维护市场竞争	162
二、提高经济效率	168
三、保护消费者利益	173
四、保障经济民主	178
五、保护社会公共利益	182
论中国反垄断法的域外适用制度	崔元铎
一、由一则案例引起的问题思考	188
二、反垄断法域外适用的基础理论	189
三、世界主要国家或地区反垄断法域外适用的立法模式和选择	191
四、中国的立法选择和实践操作	196

CONTENTS 目 录

论《反垄断法》对我国商事审判的影响	徐子良
一、反垄断商事纠纷及司法介入限度概述	198
二、垄断协议纠纷及司法应对	201
三、滥用市场支配地位纠纷及司法应对	204
四、反垄断损害赔偿纠纷及司法应对	209

论我国广播传媒行业的反垄断管制	姚岚秋
一、垄断：我国广播传媒行业的实然形态	215
二、双面性：我国广播传媒行业的应然属性	217
三、混乱：我国广播传媒行业的垄断弊端	220
四、完善我国广播传媒业反垄断管制的建议	222

外资并购反垄断问题研究	黄挽澜
一、外资并购概述	226
二、外资并购反垄断规制现状	231
三、完善外资并购反垄断规制的几点思考	232

第四编 国有经济参与法律制度

略论履行金融国资出资人职能机构之选择	江翔宇
一、金融企业的范围界定	243
二、金融国资监管应当使用“国有资本” 的名称	244
三、金融企业国有资本出资人及履行出资 人职能的机构的法律性质	246
四、金融企业国有资本出资人职能行使 的突出问题	247

CONTENTS 目 录

五、关于我国国有金融资本履行出资人 职能的机构模式的几种观点	250
六、金融企业国有资本履行出资人职能的 机构选择的原则	252
七、汇金模式是金融企业国有资本履行 出资人职能的机构模式之首选	253

韩国国有企业的民营化对中国的启示	金俊镐
一、导言	257
二、韩国国有企业的发展历史	258
三、韩国国有企业改革	262
四、韩国国有企业民营化对中国国有 企业改革的启示	278
五、结论	278

第五编 对外经济管制法律制度

关于台商投资保护法令之研究

——兼论签订两岸投资保障协议之 必要性	张金城
一、前言	280
二、有关双边投资条约的现状	283
三、对台商投资保障法令之研究	286
四、比较综合分析	297
五、总结	300

CONTENTS 目 录

第六编 市场运行监管法律制度

上市公司退市的法律监管	曲冬梅
一、退市监管的主体——交易所与证监会	303
二、退市监管的对象——主动退市与强制退市	306
三、退市标准——数量标准与质量标准	311
四、退市监管的配套制度	315
中国企业境外上市监管制度探析	
——以经济法理论为视角的解读	郑 彧
一、中国企业海外上市的模式选择	320
二、境外上市监管制度的沿革	322
三、对境内企业境外上市行使监管权的法源反思	325
四、结论	339
我国股指期货风险控制制度研究	
——以监管层对市场风险宏观控制为视角	裴 斐
一、股指期货风险概述	342
二、我国股指期货风险的主要成因	344
三、对加强我国股指期货风险控制的对策和建议——以宏观市场风险管理为视角	347

CONTENTS 目 录

中国私募股权基金发展的法律问题与对策	章于芳
一、私募股权基金的概念界定	351
二、我国私募股权基金发展现状	353
三、我国私募股权基金的现有法律支持与 约束	356
四、对我国私募股权基金规范发展的 法律建议	357

论证券投资基金关联交易的法律规制	晋入勤
引言	359
一、证券投资基金关联交易的概念	360
二、证券投资基金关联交易的原因分析	363
三、基金关联交易法律规制的理论解释	364
四、证券投资基金关联交易的专门法律规制	367
五、证券投资基金关联交易的综合法律规制	373

 美国金融控股监管体制及其对中国的借鉴意义

徐琳琪

一、美国金融主体多元化的分业监管制度	378
二、美国金融控股公司监管的主要内容	381
三、对我国建立有效的金融控股公司监管 制度的建议	383
四、结论	386

 金融信用法律制度完善研究

赵园园

——以银行信用为主要研究视角	
一、金融信用制度之法律界定	387

CONTENTS 目 录

二、金融信用交易法律制度完善	390
三、金融信用风险的预防与控制	396
信托治理及相关问题思考	沈吉利
一、信托治理的框架结构	401
二、我国的信托治理及其重构建议	403
三、营业信托治理相关问题的思考	408

第一编 经济法总论

论商业特许经营法的经济法属性

陆 川

一、商业特许经营制度特征与法律现实引发的思考

(一) 商业特许经营的概念

“特许经营”一词翻译自英语“Franchising”^①。《布莱克法律词典》对 Franchising 的解释是由政府授予个人或公司的一种特权,这种特权区别于一国公民所享有的普通权利。在英国,Franchising 原指王室的一种特权,后又被引申为授予或出售的诸如使用某个名称或销售产品或服务的权利,即制造者或供应商授权销售者按照约定的条件使用其产品和名称的权利。^② 从“特许经营”涵义的演进过程不难看出,特许经营至少存在以政府授权经营和商主体授权经营两种类型。

20 世纪以来,“Franchising”一词被广泛使用于商业领域,泛指制造商、供应商授予批发商或零售商使用其商标、商号、专有技术和经营模式等从事批发、销

^① “Franchising”除了译为“特许经营”之外,也有译作“特许连锁”或“加盟连锁”、“合同连锁”的,但“特许经营”是一种最为常见的汉语译法。将“Franchising”译为“特许连锁”或“加盟连锁”等是从连锁经营的类型出发,将其与“直营连锁”和“自由连锁”并列作为连锁经营模式的三种不同类型。

^② See Black's Law Dictionary, 5th ed., West Publishing Co., 1979, p. 592.

售活动的商业模式。本文探讨的特许经营范围亦限定在商业特许经营的范畴内,如无特别说明,本文中的“特许经营”即指“商业特许经营”。

关于特许经营的法定概念,我国《商业特许经营管理条例》第3条规定:“本条例所称商业特许经营(以下称特许经营),是指拥有注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源的企业(以下称特许人),以合同形式将其拥有的经营资源许可其他经营者(以下简称被特许人)使用,被特许人按照合同约定在统一的经营模式下开展经营,并向特许人支付特许经营费用的经营活动。”

但世界各国对“特许经营”所下的定义不完全一致,略有差异:

1. 国际特许经营协会(International Franchise Association, IFA)所下定义为:“特许经营是一种持续的关系,在这个关系中,特许人提供需经许可的商业经营权,并在组织、训练、商品计划和管理上提供援助以作为从加盟者处获得报酬的回报。”^① IFA 网站上对特许经营还有如下描述:“特许经营是一种销售产品或服务的模式,这一模式中至少包含两层人士的参与:(1) 特许人,将其商标、商号或商业体系加以出租;(2) 受许人,支付特许费(通常还需另外支付入门费),以获得使用特许人商标、商号和商业模式的授权。”^②

2. 世界知识产权组织(World Intellectual Property Organization, WIPO)在1994年发表的《特许经营指南》中将其定义为:特许经营是这样一种安排:开发出经营某种商业体系的一方(特许人)允许另一方(受许人)按照特许人规定的条件使用其体系同时取得一定的对价。这种关系是一种持续性关系,受许人按照特许人确立的标准和商业实践开展经营,并接受特许人的监督以及持续的援助和支持。

3. 作为现代特许经营的发源地,美国商务部将特许经营定义为:主导企业将自己开发的商品、服务和营业系统(包括商标、商号、企业形象的使用权,经营技术等),以合同的形式授予加盟店在规定的区域内经营使用,加盟店则交纳一定的营业权使用费,并承担约定的义务。而该国的联邦贸易委员会(FTC)则这样定义:特许经营是指一种持续性的商业关系或安排,不论其称谓如何,也不论是口头或者书面形式,特许人或特许合同明确承诺:(1) 受许人将有权经营带有特许人自身或指定商业标识的产品或服务;(2) 特许人对受许人的经营方式进行实质性控制或提供实质性帮助;(3) 受许人向特许人支付取得特许经营权时所被要求支付的特许费。^③

① 徐印州、肖怡:《特许连锁经营》,广东经济出版社2000年版,第8—9页。

② An Introduction to Franchising, <http://www.franchise.org/industrysecondary.aspx?id=10008>, visited at 2007-12-16.

③ See US Federal Regulation Section 436.1(h).

上述定义虽然表述各不相同,但概括起来其基本特征是一致的,即特许经营是一种以特许协议(Franchising Agreement)^①为连结点的商业模式,合同一方为特许人,他将自己所拥有的经营模式,连同知识产权(商标、专利、专有技术、商业秘密、商业外观)的一种或数种,按照协议约定授予受许人(或称为被特许人)使用,受许人按协议约定在统一的业务模式下从事经营活动,并向特许人支付相应的费用。

在典型的特许经营模式中,几乎所有的受许人都以独立身份加入,在人事、财务上保留自主性,但在经营业务及运作模式上保持和特许经营的高度统一,并接受特许人的指导和控制。各个受许人既作为独立的商业实体存在,又须在特许协议的约束下形成一个统一的对外企业形象。特许经营系统内部通常只存在特许人和各受许人之间的纵向关系,而各受许人之间不发生横向联系。

(二) 特许经营制度产生的原因

与一个法人实体直接设立直营附属法人(直营店)经营不同,在特许经营模式中,一般特许人和受许人是相互独立的法人体,不存在资本上的关联。特许人和受许人通过特许协议,约定由受许人拥有独立产权并进行日常经营,特许人对受许人的经营进行指导、培训和必要控制,并拥有对该受许人的剩余索取权,按照契约分成。国外学者对于这种经营模式成因的分析主要有以下几种学说:

1. 资本筹集说^②

该学说认为,对于刚刚建立的企业(特许人),由于缺乏资金,可通过特许经营的方式筹集资金,以达到企业快速扩张的目的。

2. 风险分担说^③

该学说认为,特许经营关系类似于地主与佃农的关系,假设合约当事人都存在规避风险的倾向,地主和佃农就会自愿接受分成合约。经济学家张五常认为,只要分担风险所带来的收益高于相关的交易成本,人们就选择签订分成合约,而不选择签订固定收益合约。

3. 信息搜索说^④

由于特许人对当地的情况不了解,即使监督费用为零,特许人也可能无法对

^① “Franchising Agreement”在中文里有特许经营契约、特许契约、特许合同、特许协议等不同译法。本文统一使用“特许协议”一词。

^② See Caves, Richard E. & Murphy, William F., Franchising: Firm, Markets, Intangible Assets, Southern Economics Journal, Vol. 42, 1976, pp. 572—586.

^③ See Cheung, S. N. S., The Theory of Share Tenancy, University of Chicago Press, 1969.

^④ See Dnes, A. W., The Economic Analysis of Franchise Contracts, Journal of Institutional and Theoretical Economics, Vol. 152, 1996, pp. 297—324.