

中国人民大学经济法学研究中心主办

经济法学评论

第十一卷

Economic Law Review
Volume 11

主编 / 史际春

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中国人民大学经济法学研究中心主办

经济法学评论

第十一卷

Economic Law Review

Volume 11

主 编 / 史际春

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

经济法学评论. 第 11 卷/史际春主编. —北京: 中国法制出版社, 2011. 10

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3156 - 9

I. ①经… II. ①史… III. ①经济法 - 法的理论 - 文集 IV. ①D912. 290. 1 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 195020 号

责任编辑 周琼妮

封面设计 周黎明

经济法学评论 第十一卷

JINGJI FAXUE PINGLUN DISHIYI JUAN

主编/史际春

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/850 × 1168 毫米 32

印张/14. 625 字数/344 千

版次/2011 年 10 月第 1 版

2011 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3156 - 9

定价: 39.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66067023

市场营销部电话: 66017726

邮购部电话: 66033288

卷首语

创新社会管理体制改革中的 经济法治发展

在飞速过往的一年中，整个世界并不平静：由次债危机引发的金融与经济危机的影响仍在蔓延，其在经济上典型表现为欧洲国家的债务危机，在政治上集中表现为西亚与北非国家社会动荡，在社会治理中突出表现为伦敦地区的骚乱事件等。由于美国不顾其国际责任而一再实施的货币量化宽松政策，加上美国政党政治极尽所能地表演以谋取选举中的优势，终于引发各国对美国债务违约的焦虑、中介机构对美国主权信用评级下降，进而再次引发全球性金融震荡。

极端天气与自然灾害愈发频繁地发生，构成对人类社会的严重危害，迫使人类重新思考人与自然关系的根本道理。同时，在经历日本 3.11 地震及海啸灾害后，核电公司在事故处理过程中的失当作法，更暴露出不可容忍的人祸问题。同样，在英国石油公司墨西哥湾漏油事件、日本核污染超标牛肉事件、挪威爆炸枪击事件等一系列事件中一再暴露出社会管理问题，不断敦促以政府为核心的社会管理机构的反思与改革。

中国国内经济社会环境也错综复杂。一方面，受国际经济大环境影响，国内经济发展中投资、消费与出口的协调关系仍是一个待解的关键问题，而新形势下中国庞大的外汇储备又成为政府

需面临的又一重大问题；另一方面，国内经济发展在投资拉动下保持着高增长率，但产业布局、结构调整等问题仍然存在，在抑制流动性政策影响下如何解决企业生存困境也着实棘手。此外，社会发展和公民权利意识的提高，对政府等公共管理部门要求的不断提升，与部分政府及工作人员沿袭传统而保有的官僚习气、慵懒无能等表现，形成鲜明对照。通过互联网（包括微博等方式）不断产生的“门”事件，鞭策政府改善社会管理，对其提出了更高的应对要求。

诸多现象表明，中国社会在历经 20 世纪 70 年代末以来的体制改革之后，再次来到了深化改革的十字路口。中央的反应和态度是非常明确的，在我国继续深化经济体制改革的同时，2011 年初中央党校省部级主要领导干部社会管理及其创新专题研讨班开班式上，胡锦涛总书记强调要“深化认识，总结经验，把握规律，开拓创新，全面提高社会管理科学化水平。”

在中央提出创新社会管理体制的宏观目标指导下，各级政府及公共知识分子的通力协作、共同致力于具体制度的改革与完善，显得尤为重要：一方面，各级政府（特别是地方政府）作为社会管理的天然主体，应当在理念更新、制度改革和管理实践等多方面大有作为；另一方面，作为社会管理制度创新的重要力量，公共知识分子（无论人文社会科学还是自然科学领域）都应当秉承社会本位原则，为社会管理体制创新提供宏观理念、具体措施、技术方法等多层次、全方位的智力支持，促进社会管理主体的作风转变，监督社会管理措施的实施效果。

宏观层面而言，尽管某些理念和原则一再强调，但在不同历史时期和具体社会环境中，社会管理的现实问题仍表现出对这些理念和原则的理解不透彻、执行不到位的现象。这些宏观的理念与原则，在笔者有限的归纳中，最起码应当包括以下几项：

第一，法治与诚信。经过人类社会历史实践检验，并经诸多

先贤的经验总结，国人终于得出了“法治比人治更可靠”的宝贵结论。中国《宪法》宣誓要建设社会主义法治国家，也是对该理念的政治确认。然则实践中，无论是政府或其部门，还是各种组织或自然人，通过权力寻租、希望找人办事的情形大量存在。我们或许可以将此现象归咎于中国长期的人治思想传统在短期内难以改变，但笔者认为，在法治社会建设中，政府法治建设是最为首要的。具体而言，又可以分为以下几个重要的方面：首先，政府应当尊重、遵守法律。政府在社会（经济）管理中的目标多元化、利益复杂化等因素影响，给目前政府突破法律规定的行为以充分的理由，但试想：若政府行为能轻易突破法律规定，会给整个社会带来如何的示范效应？但现实的情况不容乐观：《预算法》明确禁止地方政府发债，而通过地方政府融资平台、城投公司等多种形式，地方政府债务问题已引起各方的高度关注；在地方政府促进经济发展的意志驱动下，一批违法项目通过改规划、省环评等手段纷纷上马，很多与地方政府违法或协助有千丝万缕的关系。其次，政府应当讲诚信。法治对社会是规则的治理，但具体规则面对错综复杂且瞬息万变的社会现实，往往具有一定的滞后性，需要通过原则来协调两者间的关系。法律及其他社会管理规则的合理修改是必要的，但为迎合长官意志而朝令夕改，无端损害规则的稳定性和严肃性，将直接损害政府诚信的形象。此外，真实准确地公开而非隐瞒、掩饰社会管理情况（涉及国家秘密的除外），对各种虚假或引人误导的消息进行澄清和打击，也是政府取信于民的重要内容。只有争取民众的理解和支持，才可能获得社会管理的成功。

第二，社会本位。政府及其工作人员是社会管理工作的主要承担者，社会管理的根本目的是实现社会和谐。明确政府工作的社会本位，对此目标的达成是至关重要的。但坦率地讲，现实中部分政府工作人员的官本位思想、对上负责的作风，严重影响政

府形象。这其中很重要的制度影响是人事任免和组织考核的指标因素。实践中,人事选拔和组织任用通常需要具备领导赏识和自身才干两方面的条件。部分官员为获取领导赏识,或阿谀奉承、唯上是从,或走权力寻租捷径搞腐败。而证明官员自身才干的要求,在GDP指标冲动下,固然激发官员致力经济建设的积极性,但也存在引起招商引资、征地拆迁等为拉动投资而违法的情况。甚至部分官员为凸显业绩而好大喜功地搞形象、面子、献礼工程,遗患无穷。至于社会民生,对部分官员而言并不是至关重要的,因为其并非官员考核的直接、硬性指标;或者从某方面讲,民众在官员选拔与任用程序中并不具有发言权,因此导致官员对上负责而不对民众负责的心态与作风。甚至在维稳的政治压力下,出现“劫访”、黑监狱等事件,力图压制问题,不当干预社会矛盾纠纷化解。质言之,作为社会管理的最重要主体,政府工作人员如不明确和真正落实管理工作的社会本位,再好的制度创新也将走形、异化。

第三,利益不得冲突。清晰界定各自角色与职能,是实现利益不得冲突的前提。中国改革开放促进经济腾飞的重要秘诀,在于激励各级地方政府积极性,使其全身心投入经济发展之中。殊不见,地方首长扮演管辖区域的“大老板”或经济总管,整天运筹招商引资、产业发展、财税收入等经济大事。官员满腔热忱地追求各种经济指标增长以谋取业绩的行为,客观上促进经济的极大发展,这是有利的一面。但实践中,政府并不总是能够精准把握自身角色,在经济发展事务中或过度介入其中,或当管不管而造成懈怠渎职。本来,政府作为社会公共管理者和经济发展的促进者,其基本职能是创造和谐有序的市场环境,保障各类经营主体公平竞争以促进经济发展。即使政府须亲自介入经济生活从事经营活动,其范围通常也局限于关系国计民生或市场不能自发提供而社会必需的产业或行业。然而,现实情况是在土地财政格

局下，政府为商品房开发商保驾护航，不仅在规划、环评等事务方面做文章，而且过度介入征地拆迁等事务。而另一方面，“住有所居”是社会管理者本应解决的基本问题，但在缺乏利益刺激的情形下，尽管有各种规定和要求，各地安居保障房开工建设的进度仍然不尽如人意。两者相比，部分地方政府在从事社会管理与经济管理事务中，过度热衷于与自身存在诸种利益关系的经济事务，而对本来应当承担的民生保障、社会稳定和谐事务欠缺积极性。

第四，问责制。面对社会管理事务日益复杂、民众对政府的要求日益提升的现实，同时鉴于互联网等技术手段及强大的媒体舆论监督力量，对敏感事件、公众事件等的处理也日益频繁、公开。一批腐败、渎职官员下马，赢得了民众的信任。当然，对问题官员的问责，也需要建立在规则的基础上。理论上，需要界分法律责任与政治责任、领导责任与具体责任，才能解决责任承担的根本依据；要剖析问责制建立的前提是角色职能分工明确、过程与行为要求具体，才能在当为不为、胡乱作为之时依规则问责；实践中，一方面存在行政问责“不问领导”而只追究实际工作人员的倾向，另一方面存在根据民众反映而“胡乱问责”的情形，这样都不利于对官员的管理激励，更无法面对公众作出有说服力的解释。因此，行政问责制对创新社会管理方式、改变社会管理作风无疑具有重大意义，但也不能因此而抛弃“规则之治”的根本，而是应当依法、依规则进行。如此，则一方面保护了勤恳为民的官员积极性，另一方面也能真正落实问责的效果。

在具体层面上，笔者不由想到了黄仁宇先生力倡的“数目字管理”观点。概括而言，“数目字管理”意指国家采用理性科学的方式，利用数学、统计学等手段进行社会管理的一套方法。黄仁宇先生在一系列作品中致力于从技术层面剖析中国传统社会

管理中存在的种种问题,其得出的重要结论是由于“数目字不能”导致中国无法发展出资本主义。这一观点被学术界广泛讨论并在较大程度上获得接受,并且在实践中,社会管理改革也越来越朝向精细化、数字化方向发展,但数目字管理问题仍然纷繁复杂。姑且不论“数目字管理”是否涵盖了现代社会管理方式的全部内涵,单就数字与统计事务,目前仍然不能有效落实。分析数字与统计误差的原因,可能包括:第一,客观原因导致误差,例如在人口普查、经济普查过程中,由于复杂原因出现被调查对象瞒报、谎报的情形,使相应统计数据真实性受损害。第二,主观修改数据,例如部分地方和官员为追求政绩而对GDP等经济发展数据、安全事故损失、重大纠纷案情等具体数据进行修改。无论何种原因,面对上下层级之间就数字统计的各种使人眼花缭乱的花样,管理者本能的反应就是对管理规则的进一步严格限制。如此行为给社会带来的后果是:各领域社会管理者都制定一套系统的管理规则,复杂的管理规则在末端对社会中的人形成各种限制,使人局限在狭小的生活领域;同时,各系统规则之间可能不匹配甚至冲突,在缺乏有效协调机制的情况下,被管理者无法同时满足各方管理者的要求,则该事务办理即被机械地停止,而无灵活变通的余地。

《中国青年报》2011年7月31日报道一则社会消息:江苏南京一位老人在公交车上突然发病,公交司机停车半小时等待救援,而事发地距离最近的医院只有不到5分钟车程。公交司机不送病人去医院的理由是“按规定,遇到突发事件只需停车报警”。等到救护车赶到并将老人送到医院,已回天无力,老人因抢救无效去世。公交司机按规办事本无可厚非,设身处地的为该司机考虑,在当时情形下做出开车送医院的决断也需要有一定的勇气。但是,在规定与生命、常规与紧急情况之间缺少了灵活变通,结果终究令人遗憾。

常规与变通的关系处理，延伸至最为规则治理的法律领域，情形亦是如此。按照普通人的理解，法律就是事先划定的一项规则，必须严格遵照办理。法学研究中的文本主义、释义学方法都沿袭着这样的传统。然而，现实主义对法的理解并不局限于文本的狭义规定，而更多地从历史、经济、心理、语言等文本外的因素看待法的发展。时至今日，法学是否能成为法律科学、作为规范科学的法学与作为社会科学的法学有何区别、教条学（Dogmatic，也有翻译为信条学等不同名称）与现实主义（Realistic）的研究方法如何权衡取舍，殊难定论。但不可否认，相较于概念、规范、原则构建起体系森严的大陆法，英美法在适用上更具有灵活性。庞德在《普通法的精神》中转述一则法律故事，深刻地表现了抽象规则与具体结果之间的协调关系：

一位英国法官讽刺性地陈述 19 世纪的纯粹抽象法律理性。在离婚法庭出现之前的那个古老年代，该法官被要求判决一个工人犯重婚罪，当他问及被告要做什么无罪辩护时，被告讲了一个动人的故事，他的妻子如何同另一个男人逃走了，留给他许多需要照顾的幼儿，而他的艰苦劳动微薄收入又不足以维持生计。为了给孩子们提供一个体面的家，等了几年之后他再婚了。大法官莫尔先生摇摇头说：“我的善良人，”他说，“法律在没有给你足够的补救之前是不会离你而去的，应该首先在你妻子所在地的民事诉讼法庭提起控告拐走你妻子的男人的诉讼。在这个诉讼中，经过两到三年之后，花费 2-300 英镑，你将获得一个胜诉判决，但是损失很可能收不回来。然后，你应该对你的妻子在教会法院提起分居的诉讼。在两三年内花费 2-300 英镑的费用之后，你将达到与妻子分居的目的。然后，你才能够向国会申请完全离婚。这样，用四到五年的时间并用 4-500 英镑的费用，你将获得离婚。”接着，因为他看见被告没有耐心试图去讲什么，便继续说：“如果你告诉我，你从来没有，在你的一生中从来没有过

如此多的便士，那么我的回答必然是：没有一个专门为富人制定的法律和另一个专门为穷人制定的法律，那曾是英国的光荣。”最后，他判决这个穷人一天的监禁。

故事中的莫尔法官判决该工人“一天的监禁”是否属于依法（规则）办事在书中并无交代，但从故事中人们明显地感觉到法官对不符合实际的规则的不耐烦，也庆幸法官能够灵活变通。庞德对此案的评论是“摩尔大法官走在了时代的前面。”

在婚姻案件的审判中尚且存在法律规定与现实操作协调的问题，尽管婚姻案件通常仅涉及到两个个人主体；更何况在涉及无穷多数主体的社会经济事务管理过程中，规则所需要考量的方面会更加复杂。特别是在全球化背景下，一国经济事务的调整往往与本国其他社会事务相关，也与国际经济大局和其他国家社会经济密切相关，这就更增加社会经济管理的难度。尽管各国奉行着依法治国和依法行政的理念，在政府对社会经济事务管理过程中，依据规则处理经济事务是主要方式，但我们也必须清楚地认识到：不可能存在如此完善的规则能够将社会经济管理的方方面面都规定地如此尽善尽美，赋予管理者一定的自由裁量权是完全必要的。如此，治理的方式又必然朝着两个不同的方向发展：一方面，在依法治理的观念下，我们希望能够完善具体的治理规则，期待各种具体事项尽可能有相应规则规定；另一方面，鉴于不可能预先设定完善规则的现实，也必须依靠理念与原则等进行补充。而这些社会经济事务管理过程中所依据的重要理念与原则，已如上文所述。

此外，面对规则与原则关系的问题，笔者还联想到当下大学教育中非常普遍的现象：教师应当教授什么？学生又应当学习什么？在传统教育中，教授侃侃而谈“应然”、理念与原则，而对具体制度性规定内容涉及较少。如此培养的学生能讲大道理而缺乏从事实际工作的能力，固然不受就业市场的欢迎。但近年来为

适应就业市场需求，大学教育又转向了“重器而不重道”的另一面：学生以具体技能学习为首要，甚至某些法学教育以通过司法考试为目标，注重技术性规则而不顾人文科学素养。如此培养的“人才”只能在社会管理中成为依程式而提供结果的“生产线环节”，无法应对复杂多变的具体社会事务管理。更有在在职学习中，学生完全不顾理论，最希望能够通过听课解决目前工作中遇到的实际问题，这种倾向是最不符合大学教育的本质的。尽管在日益喧嚣的商业社会中，这种心态在一定程度上可以理解，但无论是教学还是学习都应当超越这种心态。

将话题转回到卷首语的本意，还是就本卷中的文章作一简单介绍。

林树杰博士的论文《我国主权财富基金的法律治理研究》首先分析了主权财富基金发展的经济、政治和社会背景，并概括其特征为集“政治性”与“经济性”于一身、具有典型的“公私融合”特征。各国分别采用特殊法人、资金池或普通公司的组织形式运作主权财富基金。作者主张，基于理性与现实的考量，以中投公司为代表，我国主权财富基金采用公司制更为适宜。最后，作者梳理了公司内外部治理机制。

连续高涨的居民消费价格指数（CPI）牵动着各方的敏感神经，也有部分经营者趁机以各种方式从事价格违法行为或价格不正当竞争行为。赵向华博士的论文《价格违法行为论》区分12类主要价格违法行为，分析其构成要件、表现类型，比较域外立法与实践，结合我国《价格法》、《反垄断法》和《反不正当竞争法》等主要法律，为规制价格违法行为的实践提供了很好的理论指导。

市场竞争中，经营者的声誉比金子更可贵；诋毁商誉行为也是经营者不正当竞争行为的主要类型。严超硕士的论文《商业诽谤及其法律治理研究》首先界定了商誉的法律属性为一种法

益,其主要应由《反不正当竞争法》进行保护。其次,文章从主体、行为方式、损害后果与主观形态的角度分析诋毁商誉行为的判断,特别是对网络环境下诋毁商誉行为的新特点进行了分析,并提出相关的治理建议,为解决新环境下相关问题提供指导。

“住有其居”一直是千百年来有志之士力图解决的社会问题,我国进行住宅市场化改革十多年来,“炒房投机”现象也日趋严重。有感于政府直接采用“限购”措施抑制房产投机行为,以及市场中为买房而签订假合同、提供虚假纳税证明,直到最近一直为社会关注的“婚房”署名等社会问题,史际春教授、赵忠龙博士与杜远航博士撰文《论住宅市场调控的困局与法治出路》,力陈构建多子系统、多层面的住宅市场调控的法治体系的重要性,包括第一子系统,建立规范、公正的国有土地使用权出让、规划、建设管理体系;第二子系统,建立住宅税收体系;第三子系统,政府加大保障性住房的规划和建设力度,并确保其公共附属设施建设;第四子系统,构建公正、透明、合理的住房市场监管制度;第五子系统,将户口注册制度适时渐进转向户口登记制度,推进公共服务和公民福利的均等化。

赵忠龙博士的论文《论证券监管政策对法律文本的填补》结合中国转型国家特点,考察我国证券监管的发展演变。其从配额制和ST制度两项制度入手分析,认为这两项制度是监管部门在平衡激励国有部门、地方政府与银行金融系统等多方面利益后采用的治理机制。这些制度尽管并不完全符合西方经典的市场原理或监管理论,但对中国地方间金融竞争、经济纵向分权以及资本市场繁荣,无疑具有实际作用。

徐阳光副教授的论文《对口支援与横向财政转移支付立法问题研究》首先区分了政府间财政关系的三种维度,并介绍了德国财政转移支付制度的主要内容;其次,论文结合国家对少数

民族地区、三峡工程库区、经济欠发达地区和汶川地震灾区的对口支援建设实践，主张以此类实践为契机，构建法制化的中国式横向财政转移支付法律制度。

学术研究的根本目的是服务实践，因此，眼光向下而关注基层执法是非常有必要的。陈宏光、戴传利教授的论文《基层经济社会发展与中国乡镇执法职能》在实地调研的基础上，原生态地反映了基层乡镇执法所执法的实际困难，并就加强乡镇行政执法权的方式与具体问题提出了建议。何溪滢同学的论文《药品集中招标采购制度对药品价格的影响》也是基于实习实践，发现问题、查找资料，就药品集中招标采购制度实施中遇到的具体问题提出建设性意见。作为一名本科生，其为该文投入较多时间精力，虽文中尚有需进一步完善的地方，但其勇气和精神诚实可嘉。陈岳琴律师、高斌硕士的论文《从客运车辆“挂靠”经营改革看政府如何配置公共资源》，关注“特许经营权”配置问题，对市场化条件下政府公共资源的配置方法，通过个案进行了展示。这也是陈岳琴博士继本评论第六卷中关注政府治理出租车市场后，再次对公共运输事业法治问题的关注。

面对各种社会时事或重大事件，法律人总有自己的视角。于雷博士的论文《完善面向农民工的文化市场机制》关注“旭日阳刚”组合演唱《春天里》歌曲事件，希望依靠政府引导与市场机制的有机结合的方式，来协调解决著作权保护与农民工精神文化需求之间的价值冲突问题。2010年下半年爆发的计算机桌面大战“3Q案件”备受瞩目，史际春教授、姚海放副教授的两篇论文《由“3Q大战”对竞争执法权配置的再审视》、《论经济规制与反垄断的执法协调》，分别就该案件中竞争执法权力配置、经济（行业）规制与竞争规制之间的配合等问题阐发了意见。

讲座栏目中采用了史际春教授在中国人民大学国际学院的讲

座《转变经济发展方式的法治保障》。史教授结合当前国内外社会经济发展实际,运用法治发展的一般理论和经济法学研究的思维方法,阐述了政府与市场、经济与法治、宏观调控等问题,尽管主题宏大、信息丰富,但论者“治大国若烹小鲜”,生动的例证和清晰的条理,使听者、读者再次享受了一场思想盛宴。

本卷评论的最后,是两位作者介绍了北美两国的相关制度。陈勇博士的论文《信息隔离墙及相关机制研究》以加拿大的立法与实践为基础,对信息隔离墙制度及其运作进行详细的介绍,不仅为监管部门和相关从业者提供了制度借鉴,而且有助于我国建设更加公平公正的资本市场环境。潘志成博士翻译的《欧共体委员会关于第139/2004号理事会条例和第802/2004号委员会条例项下可接受的经营者集中救济措施通告》反映了欧盟立法的最新动态,也为我国反垄断执法与司法审查提供了非常有益的制度借鉴。

简要介绍各文章的内容,相信各位读者也已无心继续驻留于卷首的介绍,还是直接进入各篇佳作直接分享各位作者的思想吧。最后说明,本评论继续欢迎广大读者、学者同仁的善意批评、建议,也欢迎各位的踊跃投稿。为学术规范起见,来稿请遵从《法学家》的注释体例,也方便评论的编辑。

感谢支持!

姚海放

2011年8月25日

来稿请发: shjich@sohu.com; yaohaifang@sohu.com

目 录

卷首语

创新社会管理体制中的经济法治发展 (1)

论 坛

我国主权财富基金的法律治理研究 林树杰(1)

价格违法行为论 赵向华(58)

商业诽谤及其法律治理研究 严 超(117)

论住宅市场调控的困局与法治

出路 史际春 赵忠龙 杜远航(180)

论证券监管政策对法律文本的填补 赵忠龙(200)

——基于配额制与 ST 制度的监管实效分析

专 题

对口支援与横向财政转移支付立法问题研究 ... 徐阳光(222)

基层经济社会发展与中国乡镇执法

职能 陈宏光 戴传利(252)

调查研究

药品集中采购制度对药品价格的影响 何溪滢(268)

从客运车辆“挂靠”经营改革看政府如何

配置公共资源 陈岳琴 高 斌(295)

时 评

- 完善面向农民工的文化市场机制 于 雷(306)
——由“旭日阳刚”与汪峰事件谈起

案例评析

- 论经济规制与反垄断的执法协调 姚海放(312)
由“3Q大战”对竞争执法权配置的再审视 史际春(347)

讲 座

- 转变经济发展方式的法治保障 史际春(352)

他山之石

- 信息隔离墙及相关机制研究 陈 勇(371)
——加拿大的立法与实践及其借鉴意义
欧共体委员会关于第139/2004号理事会条例和
第802/2004号委员会条例项下可接受的经营者
集中救济措施通告(2008) 潘志成(399)