



辽宁经济法前沿 (2011)

辽宁省法学会经济法学研究会 编



东北财经大学出版社
Dongbei University of Finance & Economics Press





辽宁经济法前沿 (2011)

辽宁省法学会经济法学研究会 编



东北财经大学出版社
Dongbei University of Finance & Economics Press

大连

© 辽宁省法学会经济法学研究会 2011

图书在版编目 (CIP) 数据

辽宁经济法前沿. 2011 / 辽宁省法学会经济法学研究会编. —大连: 东北财经大学出版社, 2011. 12

ISBN 978-7-5654-0600-3

I. 辽… II. 辽… III. 经济法-研究-辽宁省-2011
IV. D927.310.290.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 230944 号

东北财经大学出版社出版

(大连市黑石礁尖山街 217 号 邮政编码 116025)

教学支持: (0411) 84710309

营 销 部: (0411) 84710711

总 编 室: (0411) 84710523

网 址: <http://www.dufep.cn>

读者信箱: dufep@dufe.edu.cn

大连美跃彩色印刷有限公司印刷

东北财经大学出版社发行

幅面尺寸: 148mm×210mm 字数: 360 千字 印张: 13 3/4 插页: 1
2011 年 12 月第 1 版 2011 年 12 月第 1 次印刷

责任编辑: 时 博 孙佳音 李 彬

责任校对: 贺 鑫

封面设计: 张智波

版式设计: 钟福建

ISBN 978-7-5654-0600-3

定价: 40.00 元

求真务实、坚定方向， 实现辽宁经济法研究创新发展^①

(代序)

王河山^②

各位理事、各位来宾、同志们：

承蒙葫芦岛市政法委、检察院，兴城市人民政府和我们经济法学研究会的共同努力，今天大家相聚在这美丽的兴城召开了这次会议，对此我感到非常高兴！大家远道而来非常辛苦，希望会议的组织者能够珍惜这次机会，既要学习好，也要组织好。在此，我代表辽宁省法学会对此次年会的成功举办，对各位理事、来宾的光临表示热烈的欢迎！对积极创造条件、多方组织酝酿、精心筹备此次年会的领导和同志们表示衷心的感谢！

经济法学研究会是辽宁省法学会 17 个专业法研究会当中的一个，占有很重的分量。这 8 年来我和经济法学研究会荣辱与共地走过，生命之树常青、生命动力不竭之根源在于经济法学研究会始终对我省及各市的经济振兴提供了有力的理论支持，不断地扎实提高工作质量，这也是我们进行经济法学术研究的宗旨——迎合辽宁经济的发展振兴。在这里给大家提几点要求和希望：

第一，学术思想一定要坚持真实、有用。骨头硬、脑子明、眼睛亮才是知识分子应有的东西，学术产品应为国家所用、为民族所用。要面对实践、面对生存、面对发展。多研究实际，多研究百姓。将阳春白雪和下里巴人两者结合起来，没有绝对的阳春白雪，也没有绝对的下里巴人。经济法学研究会应当在我省完善经济法制建设、促进我省经济健康发展等方面继续发挥先锋模范作用，维护我省改革发展稳

① 在辽宁省法学会经济法学研究会 2011 年年会暨学术研讨会上的讲话。

② 辽宁省法学会党组成员、巡视员。

定的大局。

第二,坚持正确、坚定的政治方向,紧跟中央的精神和部署,紧跟党的领导,坚持党的领导,服从党的领导。广大经济法学研究会的同仁们应当始终坚持正确的政治方向。胡锦涛总书记在庆祝中国共产党成立90周年大会上的重要讲话,是做好新形势下政法工作的行动指南。希望在座的各位把学习贯彻胡锦涛总书记重要讲话精神作为当前重要的政治任务,深刻认识和理解胡锦涛总书记在讲话中对世情、国情、党情发展变化所作出的科学判断,深刻认识当前社会矛盾的复杂性和维护稳定工作面临的复杂形势,在喜庆之时不忘居安思危,进一步增强政治意识、政权意识、忧患意识和责任意识,时刻保持清醒头脑,站稳政治立场,保证经济法学研究和法律工作始终沿着正确的方向前进。

第三,要坚持经济法学研究的创新发展。经济法学研究工作者应当坚持以新的思维、新的管理模式来促进经济法治内在的充实和发展,要用创新的思维带领自己在社会管理上创新、在经济管理上创新、在学术研究上创新。创新是国家民族兴旺发达的不竭源泉,也是法学理论和实践不断发展的强大动力。希望我省经济法学工作者切实增强创新意识,坚持解放思想、实事求是、与时俱进,把握时代脉搏,立足理论前沿,着眼新的实践,不断推动社会主义经济法律理论创新、法律制度创新和法律文化创新。要围绕党和政府的中心工作,组织法学研究攻关,开展丰富的法律实践,推出更多高水平的学术成果,促进经济法律制度的完善,更好地为党和政府决策服务,为省的社会主义物质文明、政治文明和精神文明建设服务。

一直以来,在全体理事的共同努力下,经济法学研究会在参与我省及各地地方立法咨询论证、加强我省的经济法学理论和司法实践研究等诸多方面都取得了一定的成绩。我相信,经济法学研究会一定会在已有成绩的基础上,继续在王岩会长带领下,在全体理事、各位专家学者和实务部门同志的共同努力奋斗下,紧紧围绕全党全国工作大局,积极组织经济法学和法律工作者开展形式多样的活动,在繁荣经济法学研究、推进经济法律实践、加强法制宣传等方面发挥积极作

用，继往开来，开拓创新，将我省经济法学研究推向一个新的、更高的阶段。

同志们，此次年会的胜利召开，预示着我省经济法学研究工作又进入一个新阶段，希望你们以开拓创新的精神，大胆实践，创造出有利于推动法学研究、加速成果转化、开展合作研究、培养造就人才、提高工作效率的研究会工作机制。我相信，在经济法学研究会各位理事的积极支持和组织下，在在座各位经济法学专家学者和实务部门同志们的共同努力下，我省的经济法学研究工作一定会取得更加丰硕的成果，为辽宁经济发展做出更大的贡献！

预祝此次年会圆满成功！谢谢大家！

2011年7月

辽宁经济法前沿 (2011)

目 录

上篇 宏观调控法

后危机时代建立金融监管国际合作法律制度的思考	宁立红 (3)
试述我国农村失地人员法律保障问题	刘玉平 (15)
以民生为本 完善社会保障法律制度	于传玲 (22)
私募基金资产保管法律问题研究	陈向聪 (33)
我国私募股权投资基金法律问题探析	孙非亚 (46)
服刑人员未成年子女临时监护研究	王刚义 刘琳琳 (68)
无居民海岛国家所有权理论基础论略	马得懿 (78)
公共听证的理论与实践研究	陶品竹 (85)
科学发展观与农民权益的法律保护	
——以土地承包经营权入股为视角	王子正 (91)
大连市土地征用中的法律问题及对策 ...	费艳颖 邵慧峰 王 越 (101)
我国养老保险基金法律监管探析	赵敏燕 沈 怡 (111)
WTO 框架下农业补贴的法律现状和发展趋势	侯立男 (126)
统筹大连城乡社会保障法律制度的必要性和可行性	林 俏 (132)
论我国法院调解制度的改革	辛国清 (141)
对话式教学的价值和功能	唐延明 (151)
儒家文化与市场经济转型过程中的伦理转换	薛 睿 (158)
论行政规范性文件备案审查	郑秋阳 (170)
遗产税立法研究	孙 勇 (184)
对话式教学法在经济法教学中的应用	王艳红 (195)
实验教学在法学专业学生实践能力培养中的应用	王 松 (205)

下篇 市场规制法

反垄断法域外适用相关法律问题研究	李芹叶	(215)
《反不正当竞争法》的部门法属性之辩正 ... 张学军	吴玉平	(231)
海砂采运法律对策研究	王 岩 院 莹	(238)
浅议农民工合法权益的法律保障问题	姜纪元 孙晓琳	(249)
网络购物消费者安全权问题研究	王子正	(258)
推进中小企业产业技术创新联盟发展的法律路径分析	王 越	(274)
公共企事业单位信息公开的范围及适用	陶品竹	(283)
网络文化市场监管法律问题研究	孙盛山	(290)
跟单信用证汇票的票据法律关系解析	刘琳琳	(301)
司法和谐理念在经济纠纷解决中的价值和功能	唐延明	(314)
改善我国高校科技成果转化的法律环境研究	张万彬	(321)
论产品质量法的完善		
——从提高违法成本角度切入	王艳红	(331)
对我国食品安全监管的反思	周笑含	(340)
初论旅游合同纠纷的实质性解决	侯昌男 齐 伟	(353)
对完善《辽宁省合同监督条例》的几点思考	刘佳星	(359)
债权出资的法律问题研究	孙非亚 骆丽英	(368)
产学研合作中的公司法律问题研究	邵慧峰	(396)
商业贿赂行政案件法律适用问题的实证		
研究	戴东风 吴 博 吴玉平	(402)
论股东知情权	吴雨微	(413)
农村土地承包经营权与“农户”的性别解析	何燕侠	(422)

上篇 宏观调控法

后危机时代建立金融监管 国际合作法律制度的思考

宁立红

(东北财经大学法学院 116025)

摘 要 频繁爆发的国际金融危机使各国都意识到应该加强金融监管国际合作，然而缺乏制度建设的金融监管国际合作并不可靠，国际金融体系的稳定与健康发展必须依靠国际金融监管法律制度的建设与完善。

关键词 立法 “硬法”与“软法” 监管机构 实体规则 程序规则

两次影响深远的国际金融危机可以证实金融监管法律制度对维护金融安全的重要性。一次是发生于发展中国家的东南亚金融危机，一次是发生于发达国家的美国次贷危机。联合国亚太经济和社会委员会于1998年4月8日发表的“亚太地区经济社会调查”年度报告认为：东南亚金融危机暴露出受冲击国家的金融部门的许多严重缺陷。这些缺陷不仅体现在金融机构方面，而且体现在监管这些机构的法规方面。^① 对美国次贷危机的爆发及其蔓延可以从经济、政治、社会等不同角度挖掘原因，但许多学者认为美国现行法律制度的欠缺与漏洞应该是最直接的原因。“美国次贷危机暴露出美国金融法的尴尬，因为面对日益翻新的金融衍生工具，美国金融政策、法律经常没有任何规定，导致金融交易在没有任何约束的法律真空中进行。法律的滞后不

^① 刘颢：《金融安全与法制建设》，96页，北京，法律出版社，1999。

但造成美国金融业的混乱,而且直接导致民众对法律的失信及社会动荡,将会动摇政治稳定和社会基础。”^①“这场金融危机,实际上就是对现行的金融法律体系的巨大挑战。”^②从这个角度来讲,国际金融监管领域的法制化建设怎么强调都不过分。法律至上“是善的国家的标志之一”,这个“善的国家”必须根据法律统治。^③放在国际社会语境中,即法律至上“是善的国际社会的标志之一”,这个“善的国际社会”必须根据法律统治。由于法律具有规范性的特点,因此它在很大程度上成为秩序的象征,同时也被视为建立和维护秩序的手段。一方面,法律通过明确的规则来规范行为主体的行为;另一方面,法律通过强制性的惩罚规定对行为主体起到威慑作用,使其不敢做出有违法律制度的行为。法律具有的透明、公开、稳定、权威等特性,使其成为加强国际金融合作效果与维护国际金融稳定的有效保障。国际金融监管法律制度作为国际金融合作与协调的成果,不仅为当事人从事国际金融活动提供了基本的行为准则,从而具有保障国际金融交易安全的基本功能,而且也是国际金融监管主体行使金融权力以及防止金融权力滥用的基本依据,而法制本身贯穿其始终的稳定、公平、效率的精神也有利于形成有效的国际金融监管合作机制。全球化的金融危机从事实上已经说明了缺乏制度建设的金融监管国际合作并不可靠,要保障国际金融安全必须依靠国际金融监管法律制度的建立与完善。

一、立法的民主性与公平性

“法律是使人类行为服从规则之治 (governance) 的事业”。法治

① 杨松:《美国金融危机引发的法律思考》,载《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》,2009(1)。

② 吴志攀:《华尔街金融危机的法学思考》,164页,载《经济法论坛》,2009(00)。

③ [美]萨拜因:《政治学说史》(上卷),邓正来译,132~141页,上海,上海人民出版社,2008。

要求人们对法律的性质和来源有一种判断标准，即什么样的规则能够使人类服从？它有助于我们理解全球化下法律权威的确立。

当前全球化法律制度研究中无法回避的一个问题是法律的最高（最终）权威来源是什么。这一问题在国际法和国际关系上的体现，曾经表现为要不要有一个世界政府。就目前而言，建立一个世界政府的想法显然不具有现实意义。法律的最终权威不仅仅来自于强制性的发展，也应该来自于公正性和公开性的发展，来源于法律自身是否是“良法”。千年以前，亚里士多德对此曾做过一个历经时间历史考验的界定：已制定的法律能得到公众的普遍遵守，而大家遵守的法律为良法。因此，良法性与规则的普遍遵守性是我们建设国际金融监管法律制度的逻辑起点。

然而，不同国家之间的货币金融市场发育程度和金融法治化发展水平存在相当大的差异，如何将“参差不齐”的国别性金融监管理念与规则在主权相对让予的条件下进行国际法化的“改造”确实是难点中的难点。为了防止出现压制性的金融发达国家对欠发达国家的“法律殖民”现象，为了确保国际社会所形成的规则能如同国内法律一样得到普遍且有效的遵守，就有必要营造一种“法律必须确信，否则形同虚设”的氛围，也就是说，国际金融监管法律必须是能在最大程度上代表国际社会各成员国利益的法则，其必须兼顾各国实力的不同及尽可能地体现各成员方特殊的利益要求。^①民族主权国家仍然是全球立法最重要的参与者，现实情况是主权国家在参与全球性立法上的不平等甚至缺席，这种现象本身是与法治主张相悖的。“每一国家皆有缔结条约的能力。”^②主权平等的原则不仅包括缔约能力，也包括参与全球立法的平等和参与国际组织的平等，唯此才能为全球立法提供正当性来源。

在确立国际金融监管法律制度时，我们必须认识到，国际社会是

① 黎四奇：《后危机时代金融监管国际合作法治化的难点及对策分析》，载《法学评论》，2010（4）。

② 《维也纳条约法公约》第6条。

由大量的经济发展水平不同的主体国家构成的,这种经济上的不平等会直接影响到其法律权利上的平等性。因此,国际金融监管法律制度是调整经济上不平等的主权国家的法律体系,基于公平理念,基于实质平等要求,应该在涉及发达国家和发展中国家关系国际法律制度中建立双重法律规范,即需要有在普遍规范和国际行为守则的范围内的优惠和非互惠待遇。比如,发达国家对发展中国家的援助关系,允许发展中国家保留外汇管制立法等针对发展中国家的例外规定和专门安排,为发展中国家争取更多的经济权利和发展空间,同时,发达国家应该承担更多的义务。因为单靠对发达国家和发展中国家具有同等约束力的普遍性规范,是不可能解决合作中的公平问题的。公平“作为一项法律原则”不能独立存在,“它的适用总是与一项法律规则相联系的”,时而“符合法律”,时而“超越法律”,时而“违背法律”。^①

二、“硬法”与“软法”相互配合发挥作用

目前,国际金融监管组织制定的监管文件就其性质而言分为两种:一种是“硬法”,一种是“软法”。一般认为,“硬法”是指那些需要国家强制力保障实施的法律规范,如国际多边条约《国际货币基金组织协定》。联合国《条约法公约》规定,条约在成员国彼此相互关系中创设权利和义务,并相约遵守这一行为准则。国际条约具有国际法律效力,任何违反的行为都可诉诸国际法的救济方法解决。而“软法”则指那些效力结构未必完整,无需依靠国家强制力保障实施,但能够产生社会实效的法律规范。^②这类文件虽不具有法律约束力,却往往有助于国际习惯的形成和条约的产生,对各国的行为具有一定的影响力。软法具有两个明显的特征:一是软法不具有法律约束力;二是软法是可以产生实际效果的行为规则。如巴塞尔委员会、

① 杨松:《国际法与国际货币新秩序研究》,89页,北京,北京大学出版社,2001。

② 罗豪才等:《软法与公共治理》,49页,北京,北京大学出版社,2006。

国际证券监管委员会、国际保险监管协会以及国际会计准则委员会等行使国际金融监管职能的专门性非政府组织在其职权范围内制定的规范性文件。以巴塞尔委员会制定的监管规则为例，尽管巴塞尔协议本身并不具有法律效力，但由于协议本身的质量、市场压力等因素的作用，巴塞尔协议在实践中起到了约束各国银行监管规则的实际效果。

在国际经济关系中，各国间就一些重大问题都存在着比较激烈的利益冲突，在涉及金融主权让渡方面的国际金融监管合作领域尤为突出，金融监管合作秩序的维系与持续，必须依靠国际经济条约硬法效力的维护，并建立相应的政府间组织作为运作的机构。国家制定的硬法因其强大的约束力构成现代法律秩序的中心，但是硬法因立法和实施成本较高而导致其供给严重不足。而软法的制定和通过的程序和实施机制不需要通过国家领导层或者是繁琐的立法程序，这就节约了相当多的时间和财力，表现出更多的灵活性和更大的自由度，确实给各国政府留下了更大的自主活动和决策的空间，显示了其造法成本低、成功率较高的优点，在经济全球化对国际统一规则的需求不断增加与硬法供给严重不足时起到一定的辅助作用。金融全球化使得各国在处理金融危机等跨国问题时彼此之间不得不进行合作与协调，而各国对于金融主权的坚持使得统一的国际金融监管条约的达成困难重重，巴塞尔协议等这种特殊的监管规则满足了各国监管当局心理和现实的需求，它所提倡的国际金融监管合作是基于各国自愿的基础上开展的，透过各标准制定委员会向各国监管当局提供各个金融领域的最低标准和最佳实践原则，然后各国监管当局可以根据本国的实际情况有选择性地遵守和执行这些标准。

由此可见，我们应该在两个层面上构建国际金融监管法律制度。第一个层面是制定加强金融监管国际合作的多边国际条约。第二个层面是在某些难以短期内达成国际条约的金融监管领域，通过制定和实施软法的方式，实现一定程度上的国际合作。各国对金融监管国际合作具有高度共识却又极度敏感，这一领域的国际合作纷繁复杂又充满矛盾和冲突，存在着相当多的立法瓶颈，软法的通过对国际社会的各成员国来说无疑是一个信号，它指示着国际实践和国际立法的趋势和

方向,为硬法如国际条约的达成创造了有利条件。

三、符合监管职能的国际金融监管组织

国际金融监管组织是国际金融监管合作具体制度形式的承载者,承担着主要决策功能和裁判功能,能够起到强化法律效力和实施效果的目的。在全球范围内加强国际合作,客观上需要建立起相应的多边金融监管机构,执行国际金融监管的职能。建立国际金融监管机构是全球化下国际金融领域无法回避的问题,不论是改造现有国际金融监管组织还是重新建立一个新的国际金融监管机构,只不过是实现方式不同而已,都不会影响国际金融监管机构监管职能的发挥。在金融全球化条件下,能够防控国际金融风险和危机的多边监管机构应该具有如下特征:

首先,它应该是一个全球性的、专门性的、政府间的金融监管组织。国际金融监管组织以维护全球金融稳定为己任,那么它应该是向国际社会所有国家开放的组织,而不是个别国家的俱乐部或区域性组织。国际金融监管组织的宗旨和目的是维护国际金融秩序的稳定,金融行业的专业技术性、复杂性与重要性也决定了国际金融监管组织必须是一个专业性的国际组织。此外,由于金融监管权属于主权国家的行政权力,而国际金融监管组织的跨国监管权来源于主权国家金融监管主权的部分让渡,因此国际金融监管组织应该是政府间的国际组织,而不是非政府组织。

其次,它应该是一个能够凸显国际关系民主化的金融监管组织。国际金融监管组织的成员应该包括具有广泛代表性的主权国家,改变现有国际金融组织受西方大国主导、代表性不强的性质。

最后,它应该是一个具有横向综合监管职能的金融监管组织。在金融业混业经营与金融创新层出不穷的趋势下,银行业、证券业和保险业的业务范围日益融合,使得金融风险具有系统性和复杂性等特征,一旦爆发,就会跨越原来的市场界限而在不同金融市场上迅速传递。建立在分业经营基础上的分业监管机构显然难以对跨市场的金融

风险进行有效监管，具有横向综合监管职能的金融监管机构才能够适应金融混业经营对监管的新要求。

四、国际金融监管具体规则的构建

（一）实体规则

国际金融监管合作的实体规则，就是用以确定国家在参与国际金融监管合作过程中所享有的权利、应承担的义务与责任的规范。它应当以防范和化解系统性金融风险，维护全球金融体系稳定为主要目标。从国际金融监管合作的实际出发，这方面的实体规则应当大体包括：

1. 信息交流制度

在金融监管合作的过程中，国家之间需要交换相应的信息。只有在信息沟通的基础上，各国之间才能相互协调金融政策立场，及时发现并将金融风险控制在尽可能小的范围内，避免大的危机出现。无论从监管成本还是从监管效果来看，对金融风险和金融危机的事前预防都要胜于事后的救济，国际社会亟须构建全球金融体系脆弱性评估机制，通过对国际金融体系的总体稳定程度和发展状况进行定期评估，及早发现风险信号，在多边框架内分析全球体系中的压力，以期在全球层面上识别宏观金融脆弱性，并为政策制定者提供减轻脆弱性的各项选择，及早发现风险信号并迅速地反映可以防范危机的发生。这就必然要求各国在信息方面实现交流和共享。虽然国际社会在长期的监管实践中逐渐认识到，获得和拥有充分的信息是有效实施监管的重要条件，是进行监管合作的基础。但是，由于金融在经济中的核心地位，金融信息必然涉及本国的金融利益和金融安全，国家在金融监管信息的交换中都有尽量保留的倾向，因而在监管合作中必须对此加以明确规定。

首先，要对各国所要交流的金融信息的内容和范围作出规定。可以把《巴塞尔协议》有关金融监管方面信息共享的规定作为一个共