

经济法学评论

Economic Law Review

第十四卷

中文社会科学引文索引来源集刊CSSCI

史际春 主编

中国人民大学经济法学研究中心主办

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中文社会科学引文索引来源集刊CSSCI

经济法学评论

Economic Law Review

中国人民大学经济法学研究中心主办

史际春 主编

14

第十四卷

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14卷/史际春主编. —北京: 中国法制出版社, 2014. 12

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5962 - 4

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 (2014) 第 296521 号

责任编辑 周琼妮 (zqn - zqn@126. com)

封面设计 周黎明

经济法学评论 第十四卷

JINGJI FAXUE PINGLUN DI SHISI 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/710 × 1000 毫米 16

版次/2014 年 12 月第 1 版

印张/21.5 字数/294 千

2014 年 12 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5962 - 4

定价: 58.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

值班电话: 010 - 66026508

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66067023

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

卷首语

Economic Law Review

走出封闭的体系：求知时代的挑战

走出封闭的体系：求知时代的挑战

邓 峰*

提笔之际，得知《经济法学评论》荣幸地入选了南京大学中国社会科学研究评价中心的 CSSCI（2014 - 2015）来源集刊，感慨于多年的坚持，终有了一份收获。记忆犹新的是，本刊初创时期，我为第二至五卷写过卷首语或类似的学术漫谈，为它的推广及为社会认可贡献过微薄之力，这是想来十分高兴的事。

今天我要写的，承接着十几年前的想法，即知识的开放和交流问题。第3卷的卷首语曾以“融合、交流与开放的经济法”为题，以下也可谓其续篇吧。

对未知领域的探索经验，构成了迄今为止我们所积累的知识。这种对知识探索、追求和尝试的坚持和执着，是作为人的特质，更是以知识、思想、观念为业的知识分子，乃至任何接受过大学之道——无论现代还是古代，都是“在明明德，在亲民，在止于至善”——教育的我们的固有特性。非独人的知识局限了其能力、生活乃至命运，组织、制度、国家亦然。唯有不断地探索、寻求和反思，以新知去理解自身和社会所面临的问题，才是从个人到国家的生存、成长和进化之道。当然，这种新知并不必然是历史上没有人提出或者探索过的，但其之所以成为新知，在于人自身的理解深化或提高，而认识到其曾被忽略的价值或意义。比如今天对人之权利的尊重，并非在20世纪之前没有类似的概念，而是现在对其重要性的解读不同，这种解读来自于对既有经验的反思——如何防止诸如希特勒在德国可以凭借选举机制而获得异化于政体的权力等

* 法学博士，北京大学法学院副教授。

现象的发生。当下对环境的重视,也不仅仅是有了更多地衡量物质损害及其相互关系的自然科学,成为社会系统的普遍共识,而在于我们体会到了自然环境损害的社会成本。保持开放的心态,回应不断涌现的社会问题,以及认真慎重地对待不同群体的诉求。

保持开放和学习的心态探求解决问题之道之难,在于人和制度、组织都会有一种“固化”(institutionalization)的趋势,从而使其丧失这种能力和特质。“慢”是在“贪嗔痴”外对理性和存在更为致命的弊端。非但人如此,组织亦然,任何系统在学习过程中都会存在只有其能够接受的信息被吸收的现象,也即偏见。^①一旦丧失了反思和学习能力,偏见、错误乃至停滞也就不可避免;而一旦偏见、错误或停滞形成,群体间的观念冲突就变成了赤裸裸的物质暨利益争夺,冲突、斗争乃至战争,结果则是“零和博弈”或“负和博弈”。

让人担忧的是,这种缺乏真正的反思和学习能力的问题在当下中国已经成为一种通病,价值上的冲突,立场的选择,压倒了对解决细致、具体和复杂问题的关心。知识、学问、思想的交流、辩论和讨论,变成了主张的宣示、重申和强调。这并非夸张,左中右的划分、鉴别和标识,替代了对具体如何去做的讨论,任何现象的分析和评价都可以简化为标签式的立场分析。这种通病也延伸到了法律和法学之中,当诸如法律被信仰压倒的时候,就会忽略——何种法学,何种法律,何种解决方式,何为合理或正确,如何实现,如何做——这些更为具体、深刻而棘手的问题。这背后,本质上是一种偷懒和傲慢的作风。

这种偷懒和傲慢,直诉人心,就是一种“我所知道和掌握的,足以处理现有问题”的态度。经过30年的开放学习,现在的我们有能力直接诉诸已经有过的人类经验,而中国的现实和未来在当下流行的法学看来,都已经有了明确的答案,可以直接将那些明确或者隐性的解决原则上升至信仰乃至教条的层次,而相应的立法规则已经完成,所需要的只是解释法律和法律适用的问题了。与之相应,实践部门则称中国的法律体系已经完成建设,学问所讨论的并不“适

^① See Barbara Levitt and James G. March, "Organizational Learning", 14 *Annual Review of Sociology* (1988), pp. 319-340.

合”国情，理论探讨和法律实践相轻的趋势也形成了。

价值之争掩盖的常常是知识上的盲目并缺乏历史视野，典型的例子是“司法独立”（或者被某些信奉现行法的称之为“审判独立”），对立立场的双方要么是司法独立是解决当下中国问题的首要出路，要么是反对来自于他国的经验。这种立场的对立，并不能掩盖对司法独立原则在具体情形下应当如何判断和解决之知识上的薄弱，也不能掩盖在法治诉求下理解法律作为社会治理的一个专业独立系统之重要性的漠视。停留在这个层面上的口水战，不能提供诸如人大对法院的问责与其个别干预行为之界分，不能解释为什么人大要对法院的工作报告投票表决，不能解决一个连认定证券欺诈赔偿过错的能力都不具备的现有系统如何能够独立成为社会怨气的最后出气筒。从这一命题存在的根本意义，到其具体的制度规则组成，以及中国的现有情形和如何转型，都缺乏理论研究的基础，以至徒然成为纯粹的意识形态之争。没有人无视意识形态争论的重要性，但忽略具体和细致的问题更无助于任何解决方案。

至于教义法学——我更愿意将其翻译成为教条，也有人将其翻译为信条——在中国的兴盛，则是在政治性不那么强的领域内出现同样弊端的例子。将法律乃至法学等同于框架、原则、条文甚至分析思路都已固化的模式，认为可以用现有的、甚至现成的规定和经验去指导生活中的具体问题。在这种生搬硬套、按图索骥的做法背后，是对现实中人的具体苦难、喜怒哀乐乃至灵魂的漠视。这种所谓对方法论的强调，不过是将19世纪某个国家的解决方式来替代当今复杂问题的颟顸态度。

除了这些不同领域的典型例子之外，还有一种程度有所不同的偷懒和傲慢更为普遍，甚至可以说成了中国法学研究的“公害”——标题党、新瓶装旧酒、新问题旧方法，等等。很多的新问题、新领域的研究仅仅是一个标题，方法照旧，思路固化，对问题的探讨、分析和回答，常常是平面的简单重复，或者不过是旧思路的简单重复。有了“虚假”的问题意识，采用旧有思路的“设问”，而非真正的调查和分析，更多地为了跑马占地，而非对知识的探索。

对社会更为有损的是，这些偷懒和傲慢，借助于某种意义上的权威，借助于低层次目标的宏大叙事——权利优先救中国，借助于“法律必须被信仰”的

口号,而打包地塞给了我们。不同的法律体系,黑箱一样地照搬了过来。这种流行的潜意识变成了:启蒙阶段已经结束,答案已经明确,剩下的只不过是教育并内化为信仰的问题。

这些偷懒和傲慢对待知识和求知的态度,本质上是一种掩耳盗铃式的自我封闭,其背后反映的是心灵封闭,缺乏听的能力,缺乏对现实问题之复杂性(sophistication)的辨识、体会和认知的能力。一些案件被炒作所产生的负向社会效应,仅仅从法院判案的技术细节分析,单单从新闻媒体的炒作入手,都很难解释人们为何选择性地接受法院判决所传递的信号。我要强调,如果因为是法律人而只看到法律规则的解释层面,则肯定是一种对社会存在问题所持的鸵鸟视角。

这种偷懒和傲慢真的能起作用,能让民众接受么?尽管受话语权的影响,许多人使用类似的概念或者语言,比如“某某权”的泛滥,但是法律、制度越来越脱离在人们心目中应有的正义,越来越丧失其权威,越来越成为自我封闭的语言体系,恐怕已然成为当下最大的社会困境。法律规则越来越多,“法律专家”、“法律人”越来越多,与之相应的则是,法律权威越来越薄弱,法律的专业性越来越偏离常识和共识。用一个不成熟、不合理,不能真正面对问题的封闭体系去裁剪现实,并不会产生真的现实,而只能是封闭体系的衰落。

作为回应型法的经济法,虽然是一个部门法,不过更大程度上则是一个基于不同于传统视角的新哲学观念的产物。开放的心态和体系,多元的方法和学科,不断回应现实问题的挑战,探索新的价值下的解决方案,寻求最为符合成本收益的调整方法,历来是经济法学的活力所在。在今天这种充斥着“慢”的制度、研究和理论背景下,恪守经济法学的反形式主义,就更凸显了其必要性。

本卷的文章众多,稿源多元,也充分地展现了从实践出发探讨新问题的特点。其中有传统命题价值的重申或意义挖掘的专题探讨,就税收、预算、财政问题的集中探讨;值得注意的是,国外的学术会议常常会发表会议共识,本卷登载的一个关于税法哲学的宣言,既介绍了税法哲学的研究框架,还使读者了解到国际上的学术会议共识这种形式。卷中还有新鲜火辣的热门话题,比如股权众筹、协议控制;以及诸多对新的问题和领域的探讨,公立医院、三网融合、钢铁产业、汽车分销等等。这在时下流行的封闭体系内,展现了经济法学的开

放、包容和“接地气”。尽管不能说这些研究和探索都是成熟、锋利和切中要害的，可能也或多或少地存在前文所说的“旧酒”式思维，不过，在这样的一个时代，已然难能可贵地走在了正确的方向上了。探索本来就无止境，答案总有不同层次，提出问题，揭示现实，是持续不断努力的起点。

以此与经济法学人共勉。

征稿启事

《经济法学评论》是中国人民大学经济法学研究中心主办的学术集刊,自2000年创刊每年连续由中国法制出版社出版,2014年入选中文社会科学引文索引来源集刊 CSSCI 法学类集刊(2014-2015)。

《经济法学评论》以学术性为惟一评价标准,热忱欢迎经济法总论、主体制度、规划和产业法、财税法、金融法、竞争法、消费者法、对外贸易法等领域内规范且有创见的力作。来稿字数不限,尤其鼓励精辟的点睛之作以及深入、系统且富有新意的专题研究。

来稿请发至电子邮箱:yaohaifang@ruc.edu.cn、fenghui19832003@aliyun.com。投稿请以 WORD 文档形式,邮件暨文档名均请按“作者+文章名”的方式标注。一个月内未收到编辑部用稿反馈的,可自行处理。本刊不允许一稿多用,相关责任由作者自负。本刊已按惯例授予数据库电子版权,凡投稿的作者视为同意本刊的授权,本刊支付的稿酬中已包含上述著作权使用费;如不同意请在投稿时注明。

来稿请附中文摘要、关键词、作者简介及联系方式等相关信息。本刊采用文内脚注,每页重新编号。

脚注格式示例如下(非直接引用请标明“参见”或“转引自”):

著作:作者:《书名》(卷或册或版次),出版社及年,页码。如:史际春、邓峰:《经济法总论》(第2版),法律出版社2009年版,第17页。

论文:作者:《论文名》,《杂志名》年及期。如:史际春、冯辉:《“问责制”研究》,《政治与法律》2009年第1期。

译著:[国籍]作者:《书名》(卷或册或版次),译者,出版社及年,页码。如:[英]哈耶克:《立法、法律与自由》(第一卷),邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第12页。

文集：作者：《文章名》，编辑作品编者或单位：《编辑作品名称》，出版社及年。如：冯辉：《论“经济国家”：概念、发生及其意义》，史际春主编：《经济法学评论》（第十卷），中国法制出版社 2009 年版。

报纸：作者（或单位，或无）：《文章名》，《报纸名》，出版时间。如：赵娟等：《预警余额宝类基金》，《经济观察报》2014 年 2 月 24 日。

网站：作者（或单位，或无）：《文章名》，网址链接，访问时间。如：叶檀：《优先股折射普通股民的可怜》，http://blog.sina.com.cn/s/blog_49818dcb0102fyjf.html，访问时间：2014 年 3 月 24 日。

外文或其他注释采用通行惯例，标注信息务必充分，本刊统一予以编辑。

中国人民大学经济法学研究中心

《经济法学评论》编辑部

2014 年 12 月 1 日

CONTENTS | 目录

卷首语

走出封闭的体系:求知时代的挑战 邓峰 / 3

专题

财政民权:理念、价值及中国意义 危浪平 / 3

国家支出预算授权效力之界分与实现 张洪松 / 31

市场化视域下我国债券市场改革及其法律选择 杨梦 / 45

税法二论 罗亚苍 / 64

税法学课程建设的新思维 张辉 / 82

税法哲学课程宣言 宋彪 / 92

论坛

完善我国公立医院补偿机制之思考 秦季红 / 105

我国“三网融合”中的政府监管法律问题研究 于雷 / 135

中国钢铁业之产业法规制研究 林红珍 / 167

幻相与思辨:汽车分销的现实困境及其归责逻辑探究 刘乃梁 / 208

实践研究

股权众筹的法律规制

——以投资者保护为视角 成琳 吕宁斯 / 229

资本市场中“协议控制”模式的合法性辨析 朱归壘 / 241

香港保荐制度最新改革及其对注册制下内地投行业务监管的启示

陈思远 / 264

以史为镜

乱世经典：“平均地权”视野下的民国土地金融法史论 李永伟 / 277

他山之石

走出困顿之城：《重塑底特律》的探索 宋彪 / 295

澳大利亚 2011 年竞争与消费者(修订)法(1号) 慕书纬 / 314

专 题

Economic Law Review

财政民权：理念、价值及中国意义

国家支出预算授权效力之界分与实现

市场化视域下我国债券市场改革及其法律选择

税法二论

税法学课程建设的新思维

税法哲学课程宣言

财政民权：理念、价值及中国意义

危浪平*

目次

引言

- 一、从民权生发的概念：财政民权
- 二、代议制与问责制：保障财政民权的核心制度
- 三、困境与进路：财政民权的中国意义

引 言

纵观人类历史，每一次政治制度的革新均伴随着财政危机，而财政危机往往引发于民众对财政民权的诉求，化解于民众对财政民权的满足，滚滚潮流势不可挡！何谓民权？何谓财政民权？其中国意义何在？笔者试图在此作一个符合逻辑的回答。民本内涵于民权，民权实现于民主与法治。创财政民权，目的在于强调财政理念、理论、制度、实践中人民的主体地位，以及推动人民的各项财政权利或权力落实机制的人本化设计与构建，藉此推广财政民本理念和财政宪政理念，实现财政民主及财政善治，保证理念、理论与制度、实践的良性互动。整个财政理念、环境和财政制度、机制设计及实践，均要从国家本位财政中彻底解放出来，突出以民为本的民本财政、制权（力）维权（利）的宪政财政，更加凸显财政公民权和财政人权的基础地位，切实加强财政人权、财政

* 法学博士，最高人民法院司改办干部。

民主和财政法治的基础建设,最终以财政民权中介财政民本理念和财政宪政理念,确保财政民主的正当性,走向财政善治。

一、从民权生发的概念:财政民权

何谓财政民权?理论界并未对此有明确的论述,甚至本文属首次提出这一概念。研究财政民权首先要对其基础理论进行阐释,财政民权基础论是本文的论述原点,只有对财政民权的源流、概念、属性、内涵等进行深入剖析,才能更好地论述财政民权的理念、价值、制度和实践。

(一) 民权与财政民权内涵

1. 民权内涵

中国近代民权概念,一方面不同于西方民主但又受到西方代议制民主的深刻影响,即政府权力受制于人民主权,来源于人民同时对人民负责;另一方面又有中国传统的民本资源作支撑,但又超越了封建统治下君民孰轻孰重的关系架构,即人民以自身为本而非统治者以民为本,间接通过政府以民为本来实现。^①因此,民权是中国近代知识分子把传统民本思想与西方激进民主概念相调和而创设的中国人可以接受的一个新东西。^②

(1) 政权意义上的民权。近代民权思想的集大成者是孙中山先生,其思想集中体现在三民主义中的民权主义中。他认为“民权就是人民的政治力量”,“管理众人的事便是政治”,“有管理众人之事的力量,便是政权”,“今以人民管理政事,便叫做民权。”^③孙中山认为,民权政治就是还政权于人民。但是在“还”的方式上,他认为应该权与能分开,“国民是主人,就是有权的人,政府是专门家,就是有能的人。”^④政治之中含有两种力量,一是政权,是管理政府的力量,一是治权,是政府自身力量。“要把政权完全交到人民的手内,要人民有充分的政权可以直接去管理国事,这个政权便是民权;要把治权交到政府的机关之

① 夏勇教授认为:“在政治方面,至少是主张民众有秉天述己、替天行道、借天易君、起义暴动一类的权利。我们把这类权利称作民权,是没有疑问的。”他认为在中国传统思想中已然发育出了天赋人权的要素。参见夏勇主编:《民权公约评注》,三联书店2003年版,总序,第2页。

② 参见王人博:《宪政的中国语境》,《法学研究》2001年第2期。

③ 孙中山:《三民主义》,九州出版社2012年版,第69页。

④ 孙中山:《三民主义》,九州出版社2012年版,第141页。