



Tribune of Economic Law

经济法论坛

(第19卷)

主 编 / 岳彩申 盛学军

副主编 / 江 帆 邓 纲

法律治理促进金融服务能力提升的路径和措施

——“金融服务能力提升与法律治理”研讨会综述 / 岳彩申 徐玖玖

政府决策立法的模式重构研究 / 冯子轩

社会科学科研经费管理法律规制研究 / 张怡 廖呈钱

资本市场中介机构利益冲突隔离的制度解决方案

——基于监管案件、经营数据、制度实效的数据分析 / 张稷铎

法学类人文社科研究基地法治人才培养的需求错位与机制创新 / 卢代富 杨青贵



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊 (2017—2018)

Tribune of Economic Law

经济法论坛

(第19卷)

主 编 / 岳彩申 盛学军

副主编 / 江 帆 邓 纲



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

经济法论坛. 第19卷 / 岳彩申, 盛学军主编. -- 北京: 法律出版社, 2017

ISBN 978-7-5197-1882-4

I. ①经… II. ①岳… ②盛… III. ①经济法—文集
IV. ①D912.29-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第325865号

经济法论坛(第19卷)
JINGJIFA LUNTAN(DI 19 JUAN)

岳彩申 盛学军 主编

策划编辑 陈妮
责任编辑 陈妮
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 马丽
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经出版分社
开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 19.25
字数 370千
版本 2017年12月第1版
印次 2017年12月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1882-4

定价:68.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会委员

(以姓氏笔画为序)

王怀勇	王煜宇	邓	纲
卢代富	叶明	刘	俊
江帆	许明月	李	树
张怡	陈步雷	岳彩申	
胡大武	胡元聪	唐烈英	
黄茂钦	盛学军		

本卷执行编辑

(以姓氏笔画为序)

邓	纲	卢代富	许明月
李	树	张怡	岳彩申
盛学军			

本卷技术编辑

胡元聪 杨青贵

中文目录英译

邵海

出版说明

中国经济法学作为一门新兴的、发展中的学科,迄今已走过 30 余年的风雨历程。经济法作为我国社会主义法律体系的组成部分,已得到了无可辩驳的承认。随着我国市场经济的进一步发展和依法治国战略的全面推进,经济法必将迎来更加美好的未来。

中国经济法的理论构建和制度建设已经取得了显著成就,为推动我国法治发展作出了重要贡献。但也必须清楚地认识到,经济法在它的发展进程中,仍然面临着新兴学科通常容易存在的一些问题,需要我们以锲而不舍的精神去探索。

西南政法大学经济法学科点是教育部确定的国家级高等学校重点学科点之一,近年来一直紧紧跟踪经济法学科的发展,并在经济法理论和实务研究方面作了不懈努力。经过全体成员的共同努力,学科点在学科建设和学术研究方面取得了一定成果。但我们深知,只有广大经济法理论工作者和实践工作者共同努力,才能形成研究合力,推动经济法学科的进一步发展。正是基于这种考虑,我们本着学术性、实践性和开放性的宗旨,继《经济法博士精品文库》之后,又创办了《经济法论坛》,一方面为广大经济法理论与实务工作者展示学术研究成果和进行学术交流提供更加广阔的平台;另一方面也为我校经济法学科建设开辟一个新的学术阵地。

既然是“论坛”,在指导思想我们力求把它办得活跃一些。在栏目的设置上,既有相对固定的栏目,如“基础理论”“制度研究”“国际视窗”“学术争鸣”“农村法治”等,又可以根据每期的组稿情况,开辟新的栏目。《经济法论坛》将坚持“百花齐放,百家争鸣”的方针,以关注民生、跟踪理论前沿、服务法治实践作为基本追求。

我们热忱希望各界学者一如既往地关注经济法学科的发展,并欢迎惠赐佳作。我们期待着法学界同人以你们辛勤的汗水浇灌《经济法论坛》这株法学百花园的幼苗!

西南政法大学经济法学科点
《经济法论坛》编辑委员会

目 录

基础理论

政府决策立法的模式重构研究
论经济法权利的生成

冯子轩 / 3
范水兰 / 15

制度研究

论国有企业并购的公司治理效应
——基于国有企业改革的视角

袁金华 / 29

论承租方向国企承担债务之约定的法律性质

徐新星 / 41

国情与惯例的结合：我国上市公司之收购、要约及豁免

唐林垚 / 56

食品起诉召回法律制度研究

徐 蓓 / 69

创新识别与规制回应

——以分享经济为例

承 上 / 82

互联网新型不正当竞争案件中的竞争关系认定研究

吴太轩 / 95

论银行理财主体缔约能力差异对法律制度设计的影响

赵万一 宋禹君 / 109

银行业垄断行为：法定类型与特殊问题

刘乃梁 / 119

资本市场中介机构利益冲突隔离的制度解决方案

——基于监管案件、经营数据、制度实效的数据分析

张稷锋 / 133

美国社区银行：股权结构、公司治理与多维度规制

——以我国民营银行批量设立为时代背景

马 一 王庆立 / 154

互联网下数字化产品增值税征收管理问题研究

蒋亚娟 潘 欢 / 170

论我国税收预约裁定的制度构建

李 帅 / 181

量能课税原则制度化实现困境的法经济学分析

羊海燕 / 192

社会科学科研经费管理法律规制研究

张 怡 廖呈钱 / 203

我国需要制定一部平等就业法

李 雄 / 215

农村法治

- 收回国有土地使用权性质论 刘俊 陈建 / 231
- 农村耕地撂荒问题的法律规制
——逻辑、方法与机制 张明玖 / 246

法学教育

- 法学类人文社科研究基地法治人才培养的需求错位与机制创新 卢代富 杨青贵 / 259
- 创新型法律人才培养模式的反思与完善
——以法学实践教学之不足为视角 赵忠奎 / 269

会议综述

- 法律治理促进金融服务能力提升的路径和措施
——“金融服务能力提升与法律治理”研讨会综述 岳彩申 徐玖玖 / 281
- 《经济法论坛》(第20卷)稿约 / 296

CONTENTS

Fundamental Theories

On the Mode Reconstruction of Legislation of Government Policy	Feng Zixuan / 3
On the Formation of Economic Law Rights	Fan Shuilan / 15

Institutional Researches

The Effects of SOE M&A on Corporate Governance; From the Perspective of SOE Reform	Yuan Jinhua / 29
The Legal Nature of the Agreements about the Assumption of Debts to SOEs by Lessees	Xu Xinxing / 41
The Combination of National Conditions and Conventions; The Acquisition, Offer and Exemption of China's Listed Companies	Tang Linyao / 56
Legal System for the Suing and Recalling of Food	Xu Bei / 69
Innovation Identification and Regulatory Responses; Taking Sharing Economy as an Example	Cheng Shang / 82
On the Identification of Competitive Relations in New-type Unfair Competition Cases under the Background of Internet	Wu Taixuan / 95
Impacts of the Differentiated Contractual Capacities of Banking Finance Parties on the Design of Legal Systems	Zhao Wanyi Song Yujun / 109

Monopolistic Conducts of Banking Industry: Statutory Types and Special Problems	Liu Nailiang / 119
Institutional Solutions to the Segregation of Interest Conflicts among Intermediaries in Capital Market; Based on the Analysis of Regulatory Cases, Business Data and Institutional Effects	Zhang Jifeng / 133
Equity Structures, Corporate Governance and Multidimensional Regulations of US Community Banks; Under the Background of Massive Establishment of China's Private Banks	Ma Yi Wang Qingli / 154
The Collection and Management of Digitalized Products' Value-added Tax under the Background of Internet	Jiang Yajuan Pan Huan / 170
On the Establishment of Advance Tax Ruling Systems in China	Li Shuai / 181
Problems of the Institutional Realization of Ability-to-pay Principle from the Angle of Law and Economics	Yang Haiyan / 192
Legal Regulation of the Management of Research Funds for Social Sciences	Zhang Yi Liao Chengqian / 203
On the Necessity of Making Equal Employment Act in China	Li Xiong / 215

Legal Systems in Rural Areas

On the Nature of Taken-back Rights to Use State-owned Land	Liu Jun Chen Jian / 231
Legal Regulation of Leaving Arable Land Uncultivated in Rural Areas; Logics, Methods and Mechanisms	Zhang Mingjiu / 246

Legal Education

Misaligned Needs of the Cultivation of Legal Talents for Law Research Centers of Humanities and Social Sciences and the Mechanism Innovations	Lu Daifu Yang Qinggui / 259
---	-----------------------------

Reflections on the Cultivation Modes for Innovation-type Law Talents and the Solutions; Focusing on the Shortcomings of Practical Teaching of Law	Zhao Zhongkui / 269
---	---------------------

Meeting Summaries

Paths and Measures for the Enhancement of Financial Service Abilities through Legal Governance; A Summary of the Symposium on the Enhancement of Financial Service Abilities and Legal Governance	Yue Caishen Xu Jiujiu / 281
Instructions for authors	/ 296



基础理论

政府决策立法的模式重构研究^{*}

冯子轩^{**}

目 次

- 一、政府决策的立法现状
- 二、政府决策立法的法理解明
- 三、政府决策立法模式与制度要点构想
- 四、结语

在行政权力渐次增强与行政治理日益复杂的时代背景下,传统的法学研究范式面临重大挑战,其研究范围、概念体系与研究方法正经历深刻变革。这种变革可以被概括为,从单一限制政府权力逐步转向利用多种方法寻求行政权力良善行使,并促进社会公益最优化的实现。作为一种新的法律现象,决策立法在行政法结构性变革过程中尤其引人关注。长期以来,政府决策并不为法学界所关注,现有法律概念体系亦难以对政府决策进行有效解释;与之不相适应的是,基于政府转型与社会治理的迫切需要,尽管理论供给匮乏,我国国家与地方层面开始快速推进决策立法活动。法学界应当关切这一热点立法领域,并进行充分的理论回应。

一、政府决策的立法现状

与行政法学结构性变革的历程高度契合,国家层面于21世纪初开始关注决策法治化问题,并做了原则性指引。2004年国务院出台《全面推进依法行政实施纲要》,该

^{*} 基金项目:国家社科基金青年项目“基于环境风险防控视角的决策规制法律问题研究”(项目批准号:15CFX054);重庆市社科规划一般项目“重大环境行政决策风险防控的法律问题研究”(项目批准号:2014YBFX111);西南政法大学最高人民法院应用法学研究基地项目“中国特色判例体系建构与司法适用”。

^{**} 西南政法大学应用法学院副教授,法学博士。

文件首次明确提出法治政府的建设目标之一是规范政府决策活动。^{〔1〕}此后,理论界与实务界围绕规范政府决策展开了一系列理论争鸣。2008年国务院发布《关于加强市县依法行政的决定》,细化了基层政府决策规范事项。^{〔2〕}2010年,围绕《全面推进依法行政实施纲要》的实施,国务院又出台《关于加强法治政府建设的意见》并提出决策规范的若干制度要点。^{〔3〕}2014年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》详细释明了政府决策程序法治化的基本环节和特殊机制。^{〔4〕}

梳理上述历程,以《全面推进依法行政实施纲要》为开端,国家对政府决策法治化的认识历经了由浅入深、由虚到实的变化,地方政府也得以在此背景下开展决策法治化的有益探索,逐渐形成了地方先行推动的决策立法格局。

当前,我国政府决策的地方立法模式可被归纳为三类:第一,“专门决策程序”立法模式。截至2017年8月,地方层面的“专门决策程序”立法(地方规章)文件共有36份,^{〔5〕}涉及20余个省、直辖市、自治区,该模式也是最常见的立法模式。采取该模式的行政区域以城市(包括直辖市、省会所在地市、较大市、地级市)居多,省域范围不常见。

〔1〕 根据《全面推进依法行政实施纲要》的要求,“科学化、民主化、规范化的行政决策机制和制度基本形成,人民群众的要求、意愿得到及时反映。政府提供的信息全面、准确、及时,制定的政策、发布的决定相对稳定,行政管理做到公开、公平、公正、便民、高效、诚信”,该文件进一步对行政决策的制度安排提出了基本思路,包括“健全行政决策机制”“完善行政决策程序”“建立健全决策跟踪反馈和责任追究制度”。

〔2〕 具体内容包括:“完善重大行政决策听取意见制度”“推行重大行政决策听证制度”“建立重大行政决策的合法性审查制度”“坚持重大行政决策集体决定制度”等。

〔3〕 这些要点包括:“规范行政决策程序”“行政决策风险评估机制”“重大决策跟踪反馈和责任追究”等。

〔4〕 这些环节包括:“健全依法决策机制,把公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查、集体讨论决定确定为重大行政决策法定程序,建立行政机关内部重大决策合法性审查机制,建立重大决策终身责任追究制度及责任倒查机制。”

〔5〕 通过北大法宝中国地方法规规章全库(<http://vip.chinalawinfo.com/NewLaw2002/lar/index.asp>)检索,分别是:《重庆市行政决策听证暂行办法》(2004年)、《重庆市政府重大决策程序规定》(2005年)、《贵阳市重大行政决策听证规定(试行)》(2005年)、《汕头市人民政府行政决策听证规定》(2008年)、《汕头市人民政府行政决策法律审查规定》(2008年)、《大连市重大行政决策听证办法》(2009年)、《深圳市行政决策责任追究办法》(2009年)、《贵阳市人民政府重大行政决策合法性审查规定》(2010年)、《广州市重大行政决策程序规定》(2010年)、《汕头市人民政府重大行政决策量化标准规定》(2014年)、《内蒙古自治区重大行政决策程序规定》(2015年)、《南宁市重大行政决策程序规定》(2016年)、《鞍山市人民政府重大行政决策程序规定》(2016年)、《四川省重大行政决策责任追究暂行办法》(2016年)、《上海市重大行政决策程序暂行规定》(2017年)、《德州市重大行政决策程序规定》(2017年)、《南通市人民政府重大行政决策程序规定》(2017年)等。

其立法思路为:将政府活动中的行政决策(主要是重大行政决策)分离出来,划定范围,提出总体原则,设计决策程序要素,明确政府决策必须按照程序严格执行,并设置完整的责任条款。以《重庆市政府重大决策程序规定》(2005年)为例,该文件以“重大行政决策”为范围,^[1]分为七章,依次为总则、决策形式、方案准备、审议决定、决策执行、法律责任、附则,按照重大决策程序环节来进行结构安排。第二,“一般行政程序”立法模式。这一模式即在统一行政程序立法中,专设“政府决策”或者“行政决策”章节进行规范。截至2017年8月,地方层面的“一般行政程序”立法文件(地方规章)共9件,^[2]省域范围的规章层次立法较多,但地方性法规层次的立法尚未出现,体现了政府推动立法的显著特征。值得注意的是,部分省、自治区、直辖市会出现“一般行政程序”立法与“专门决策程序”立法并存的现象,如《浙江省重大行政决策程序规定》(2015年)与《浙江省行政程序办法》(2016年)。在这些情形下,立法者原则上会将“一般行政程序”立法内容处理为总则形态,将“专门决策程序”立法内容处理为分则形态,因此未见冲突情况发生。第三,“偏好型决策程序”立法模式。这一模式即放弃“大”而“全”的程序体量设计,对于决策程序的设计具有明显偏好,特色鲜明,采用该模式的地方较少。以《杭州市人民政府重大行政事项实施开放式决策程序规定》(2009年)为例,立法偏向非常明确,即通过“开放式决策”程序促进民主决策,扩大参与,提高决策质量。^[3]具体而言,遵循民主要求,用公开程序去覆盖“事前—事中—事后”全环节,包括:事前公开征求意见;事中进行决策类别识别,邀请人大代表、政协委员和市民代表列席进行重大决策的政府常务会议,进行网络视频直播互动,列席人员与网民发言(发帖)表达意见,参与决策过程;事后政府对群众意见进行答复,决策事项公文在政府网站和《杭州政报》公布,会议视频也予以公开等。“偏好型决策程序”立法模式具有明确的问题导向性,试图破解当前我国政府决策困境中的关键问题——封闭决策引发的利益权衡不当,从而迅速提高政府的决策质量。这种模式的运行成本较高,也有赖于市

[1] 各种立法文件对于“重大决策”内容的认识不尽相同,如有地方规定明确将“制定行政规章”排除在外,有些地方规定则持肯定态度;立法方式也不相同,有些采取列举+兜底条款的立法模式,有些采取设置建议+确认程序界定是否属于重大决策事项条款的立法模式,有些采取定义+列举条款的立法模式。

[2] 通过北大法宝中国地方法规规章全库(<http://vip.chinalawinfo.com/NewLaw2002/lar/index.asp>)检索,分别是:《湖南省行政程序规定》(2008年)、《汕头市行政程序规定》(2016年修正)、《山东省行政程序规定》(2011年)、《西安市行政程序规定》(2013年)、《海口市行政程序规定》(2013年)、《江苏省行政程序规定》(2015年)、《宁夏回族自治区行政程序规定》(2015年)、《兰州市行政程序规定》(2015年)、《浙江省行政程序办法》(2016年)。

[3] 蔡奇:《开放式决策是政府工作的创新探索》,载《中共杭州市委党校学报》2009年第1期。

民社会的积极互动,因此并非适合所有区域。三种立法模式虽特点各异,但均体现了行政程序法治的立场,即程序规制不应局限于行政行为,而应当放眼于整个行政活动过程,决策作为行政活动过程中的首要环节,也必须接受程序规制。三种模式形成了不同的决策程序解决方案,对于国家层面的统一立法提供了难得的经验。

经过10余年的地方立法实践,全国统一立法已经被提上了日程。2017年6月国务院法制办公室就行政法规《重大行政决策程序暂行条例(征求意见稿)》向社会公开征求意见,重点内容包括“决策事项范围”“总则”“决策动议”“决策执行”“公众参与”“专家论证”“风险评估”“合法性审查”“集体讨论决定”“法律责任”等,与地方立法思路基本一致。^[1]所以,当前的政府决策立法也可被理解作为一种中央政策推动,地方先行立法并反哺国家立法的路径。在经济体制与社会结构深刻变动的当下,中国政府的精英决策体系仍须改良,行政法规层面立法远不是终点,复杂的社会现实决定我们应当寄希望于一个兼顾地方实际的、央地良好互动的、多层次的立法体系形成。

二、政府决策立法的法理释明

法学界应当如何去解释政府决策立法现象?法律学科又应当如何对政府决策进行有效供给?正如我国台湾地区学者翁岳生所言“传统行政法建立起来的行政行为理论已经完全无法涵盖现代政府的所有活动”,^[2]现代公共行政的变革和风险社会的时代背景使行政法研究再也无法囿于条块分割的传统研究径路——仅仅关注行政的合法性构建、违法行政的治愈与监督。与此同时,对行政行为理论的深刻反思也使行政法获得了更开阔的研究视野与更丰富的研究方法。^[3]政府决策作为重要的行政现象与行政过程的首要环节,被纳入行政法学范畴也就顺理成章了。

(一)“行政过程论”推动决策入法

一方面,当代行政法学研究范式正在从“司法审查中心”向“行政过程中心”转向。行政法学的此种结构性变革为将政府决策研究纳入法学视野提供了可能,行政过程理论亦为政府决策提供了一种新的法解释方案。^[4]德国学者彼得·巴杜拉曾评价了奥拓·迈耶所建构的自由法治国行政法理论在基本构造、研究方法上的局限性,认为其社会法治国的背景下应以目的论为主导重构行政法总论的立场(1966年)。巴霍夫提出现代行政法学应从行政行为论转向法律关系论,强化对行政内部关系法的探究,

[1] 顾金喜:《地方政府决策创新的实践与启示》,载《理论探索》2011年第1期。

[2] 翁岳生:《行政法》(上),中国法制出版社2009年版,第109~110页。

[3] 朱新力、宋华琳:《现代行政法学的建构与政府规制研究的兴起》,载《法律科学》2006年第1期。

[4] 石佑启:《论公共行政与行政法学范式转换》,北京大学出版社2003年版,第47~50页。

并充实行政法各论内容等(1971年)。日本学者室井力提出“行政领域论”,认为面对日益复杂庞大的行政现实,应当在各个行政领域对行政活动及其法律构造进行客观分析,这种针对各个行政领域的实证分析是不可或缺的。20世纪60年代末期到70年代远藤博也、盐野宏等学者提出“行政过程论”,^[1]并成为很多行政法总论教科书的内容。例如,佐藤英善的《行政法总论》(1984年),远藤博也的《实定行政法》(1989年)等。目前,行政法研究的变革趋势日益明显,如美国行政法学者托梅恩和夏皮罗提出了著名的“行政法学者终结”的观点,认为传统行政法学者无法解答什么是好政策的问题;^[2]美国行政法学者盖尔霍恩研究形成程序问题;英国学者卡罗尔·罗也指出,行政法的功能被界定为控制权力以及维持行政管理方与公民之间相互冲突的利益的适当平衡。这些新方法和新成果拓展了行政法的研究视野,使行政法研究不再囿于行为论,开始触及行政活动全过程。^[3]当前,我国政府非权力行政行为的兴起正是此种变革的实践注脚,如行政合同的普遍运用、公共事业民营化、“告知—承诺”等协商型手段在行政管理领域的探索等。^[4]

另一方面,复杂的风险社会背景又进一步推动了“行政过程论”的发展。各国行政法学者致力于细化风险社会语境下行政法研究范式的具体变化,逐步认同面对当前风险社会中的威胁时,政府无论是利用传统适合于控制物质风险的干预行政方式,还是通过社会给付、社会补偿与社会救助等给付行政方式来减轻社会风险,均已无法完全应对潜在的对于不特定大多数人群的危险。因此,现代风险社会背景下的行政法研究范式应予变化,通过“预防行政”概念的建构将行政法研究对象扩展至行政全过程,强化法律程序主义,将创造性的风险决策管理与紧急状况下的危害防止活动运用于行政过程中去;法律主体间通过对“预防行政”行为的正当性、形式合法性与目的真诚性进行有效性论证,能够完成具有建设性的法律协商,促成理性共识的达成,形成实现社会福利最大化的治理方案。政府风险规制理论将行政法研究对象扩展至整个行政过程,贯穿“决策—决定—执行—监督”的所有环节,强调对于行政任务风险的预判以及控制。^[5]在行政治理方式深刻变革的当下,“行政过程论”及其深刻的风险社会背景使我们获得了认知政府决策活动的新视野,即政府决策虽然并不是传统意义上的行政行

[1] [日]盐野宏:《行政法总论》,杨建顺译,北京大学出版社2008年版,第80~87页。

[2] [美]约瑟夫·P.托梅恩、西德尼·A.夏皮罗:《分析政府规制》,苏苗罕译,载《法大评论》(第3卷),中国政法大学出版社2004年版。

[3] 杨海坤、李兵:《建立健全科学民主行政决策的法律机制》,载《政治与法律》2006年第3期。

[4] 朱新力、梁亮:《公共行政变迁与新行政法的兴起》,载《国家检察官学院学报》2013年第1期。

[5] [德]汉斯·J.沃尔夫等:《行政法》(第3卷),高家伟译,商务印书馆2006年版,第3~7页。