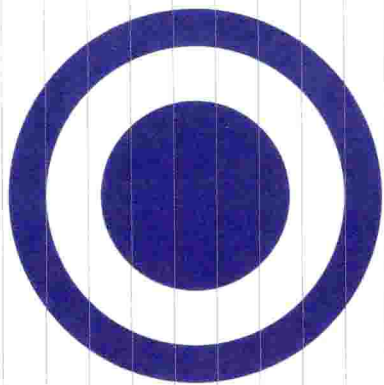

从金融危机 读解经济法总论

朱国华 等 著



同济大学出版社
TONGJI UNIVERSITY PRESS

国家社科基金项目阶段性成果(04CFX010),
同济大学法学院教改项目资助(2010—2012)

从金融危机读解经济法总论

朱国华 等 著

内 容 提 要

本书是在认真了解和分析金融危机这种客观经济现象的基础上,从经济法所要解决的基本问题和基本矛盾入手,依经济法独特的发展轨迹与学术生态,介绍和比较了大量学者对经济法的理解与认识,回顾与整理了学术发展的脉络与成绩,并在此基础上反思与总结了经济法的基础理论,提出了经济法在经济现象中应承担的社会责任及使命等一系列独到的见解。书中还系统地读解了经济法学总论,并作出了从金融危机与经济法总论关系角度对经济法学总论学术现状、正在问题与发展方向的思考。本书具有专著、研究生教材和本科生拓展阅读材料的多重属性,适合本科生、研究生和博士生以及有关研究人员和实务工作者参考。

图书在版编目(CIP)数据

从金融危机读解经济法总论/朱国华,等著. —上海:

同济大学出版社, 2013. 12

ISBN 978-7-5608-5374-1

I. ①从… II. ①朱… III. ①金融法—研究—中国
②经济法—研究—中国 IV. ①D922.280.4②D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 284821 号

从金融危机读解经济法总论

朱国华 等著

责任编辑 徐国强

责任校对 徐春莲

装帧设计 孙晓悦

出版发行 同济大学出版社 www.tongjipress.com.cn

(地址:上海市四平路 1239 号 邮编:200092 电话:021-65985622)

经 销 全国各地新华书店

印 刷 同济大学印刷厂

开 本 850mm×1168mm 1/32

印 张 8.375

字 数 225 000

版 次 2013 年 12 月第 1 版 2013 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5608-5374-1

定 价 32.00 元

本书若有印装质量问题,请向本社发行部调换 版权所有 侵权必究

前 言

本书从深入分析经济现象入手,并从经济法与其他部门法的联系和区别、经济法产生和发展上,论述了经济法产生和独立的历史必然性,它的本质、功能与任务,它的调整对象,它的内容与体系,它的制定与实施等各种基本理论问题。

具体而言,在经济法学的概念和地位上,从金融危机中经济法学的缺位,呼吁着经济法地位的提高、界限的明确、内容的完善。

在经济法学与经济法的关系上,反省了金融危机中两者之间关系的失调,探究经济法与经济法两者之间的应然关系。

在中国经济法学的产生和发展上,从当前金融危机下的经济法进入了新的发展阶段上,探讨当前经济法的特点,以及我国经济法存在有效的市场调节机制、独立性、前瞻性与可预防性的不足,并就我国应对金融危机提出若干建议。

对于经济法的概念,先是比较了国外和国内的主流观点,讨论了国家为什么要进行协调,采用了种差+邻近属概念的定義的基本方法,着重强调从经济法的社会公共利益而得出的。

在经济法的调整对象上,通过对经济法有无特定的调整对象上的质疑,明确了经济法的调整的重要目标,就是通过不断地协调个体营利性和社会公益性的矛盾,来解决两个失灵的问题。

在经济法的地位上,从经济法独特的任务和公共利益出发,强调经济法的重要性,解决了怎样在金融危机下运用经济法的独立地位的问题。

在经济法的体系上,提出了与金融危机相关的经济法体系问题,在构建有中国特色的经济法体系过程中,强调经济法体系应始终以追求效率和安全价值为目标,追求经济的可持续发展,以及经济法体系如何适应实体经济形态的调整、虚拟经济形态的调整,等等。

在经济法的主体上,探讨了金融危机下经济法主体的越位和缺位,提

出了后金融危机下经济法主体如何有效运行的思考和建议。

在经济法的理念上,首先探讨了中西方的经济法理念的产生背景,经济法理念的内涵,提出了在当代中国社会发展金融监管立法应体现经济法理念,并且该理念应跟经济法价值一样具有稳定性与变迁性。

在经济法的基本原则上,认为解决金融危机应遵循的基本原则是:①平衡协调、公私兼顾原则;②社会本位、实质正义原则;③责、权、利、效相统一原则。

在经济法的渊源上,提出将软法机制应用到经济法中,进行软硬结合,以实现经济法的终极目标。

在经济法的制定上,提出经济法的制定与经济危机密切相关,认为金融危机给经济法的制定带来了契机,能促使人们转变经济法制定的价值原则,提出后危机时代经济法的制定尤为重要,但应注意适度性,防止过犹不及。

在经济法的实施上,主要是从金融危机给经济法实施带来的影响中分析能动司法的合理性与必要性,提出法院在能动司法时应当把握好能动与克制的边界。

在经济法的责任制度上,提出金融危机推动了金融行业社会责任的发展,也凸显出了政府对金融机构的监管不力和金融机构自身的自律性不足等问题,提出了建构适合我国金融行业社会责任发展的责任体系。

在经济法的可诉性方面,首先看到了金融危机中经济法的可诉性的重要性以及经济法诉讼模式的缺失,从政府与市场主体方面提出经济法可诉讼性的完善构想。

在宏观调控法上,认为国家宏观调控的重要任务是熨平经济周期性波动,在处理好眼前和长远的关系时,应当避免因调控产生新的市场扭曲以及把握好开放与管制之间的尺度。

在市场监管法中,提出了只有市场监管与市场创新的同步,市场监管与市场信息化同步,市场开放与市场监管同步,才能建立一个真正的适合现代市场化的、全球化的监管体系。

目 录

前言

第一章 绪论	(1)
一、重要意义	(1)
二、文献综述	(3)
三、金融危机始末	(11)
四、本书基本结构	(19)
五、研究方法	(21)
第二章 经济法学的概念、地位与金融危机	(26)
一、次贷危机的影响中折射出经济法学概念的缺位	(26)
二、中国经济法学面临的困境	(28)
三、经济法学的概念革故鼎新——经济法学的软性制约	(29)
四、为应对金融危机中国和美国采取的不同政策	(31)
五、我国经济学对经济危机的反思	(33)
第三章 经济法学以及经济法的关系与金融危机	(36)
一、法与法学的关系	(36)
二、经济法与经济法学的关系	(38)
三、从金融危机看经济法与经济法学的关系	(40)
第四章 研究经济法的指导思想、方法与金融危机	(44)
一、研究经济法的指导思想	(44)
二、研究经济法的方法	(46)
三、金融危机背景下对于我国经济法的思考	(50)

第五章 中国经济法学的产生、发展与金融危机	(53)
一、经济法的产生和发展	(53)
二、现阶段经济法的特点	(58)
三、当前金融危机下我国经济法的不足	(59)
四、我国应对金融危机的若干经济法律建议	(61)
第六章 经济法的概念与金融危机	(64)
一、目前学界关于经济法的定义介绍	(64)
二、由金融危机引发的几点思考	(68)
三、经济法的定义	(71)
第七章 经济法的调整对象与金融危机	(76)
一、研究经济法调整对象的重要性及其现实意义	(76)
二、衡量不同观点正确与否的标准	(77)
三、经济法调整对象问题上的主要观点	(77)
四、上述学说在经济法调整对象上取得的共识	(85)
五、全球金融危机下,针对经济法调整对象的再思考	(85)
第八章 经济法的地位与金融危机	(94)
一、概述	(94)
二、金融危机的产生阐明经济法独立的重要性	(97)
三、怎样在金融危机下运用经济法的独立地位	(99)
第九章 经济法的体系与金融危机	(103)
一、美国金融危机案例	(103)
二、我国经济法体系概述	(105)
三、与金融危机相关的经济法体系问题	(106)
四、以史为鉴,构建有中国特色的经济法体系	(110)

第十章 经济法的主体与金融危机	(113)
一、经济法主体制度基本理论	(113)
二、金融危机下经济法主体运行情况的实例分析	(119)
三、后金融危机下经济法主体有效运行的思考和建议	(123)
第十一章 经济法的理念与金融危机	(127)
一、法理念的概念及特征	(127)
二、中西方的经济法理念的产生背景	(129)
三、经济法理念与相关法律理念的比较	(131)
四、经济法理念的内涵及在当代中国社会的发展	(132)
五、金融危机的成因及对我国经济法理念的启示	(137)
第十二章 经济法的基本原则与金融危机	(143)
一、依法应对经济危机	(143)
二、经济危机调控适度	(145)
第十三章 经济法的渊源与金融危机	(153)
一、软法的定义与作用方式	(154)
二、经济法的渊源与软法	(156)
三、金融危机时期的软法	(159)
第十四章 经济法的制定与金融危机	(162)
一、金融危机的根源	(162)
二、市场缺陷决定经济法制定的必要性	(163)
三、经济法的制定与经济危机密切相关	(164)
四、2008 年金融危机对我国经济法制定的启示	(165)
第十五章 经济法的实施与金融危机	(168)
一、经济法实施基本理论	(168)

二、金融危机对经济法实施的影响·····	(171)
三、金融危机下经济法实施的回应——能动司法·····	(172)
四、金融危机下对经济法实施之能动司法分析·····	(175)
第十六章 经济法的责任制度与金融危机 ·····	(180)
一、金融行业社会责任概述·····	(180)
二、金融行业社会责任的发展·····	(182)
三、我国金融行业社会责任的完善·····	(184)
第十七章 经济法的可诉性与金融危机 ·····	(188)
一、从金融危机中看经济法的可诉性的重要性·····	(188)
二、经济法诉讼模式缺失·····	(189)
三、经济法可诉讼性的完善构想·····	(194)
第十八章 宏观调控法论与金融危机 ·····	(204)
一、宏观调控法的概念·····	(204)
二、宏观调控法的特征·····	(206)
三、宏观调控法的原则·····	(209)
四、宏观调控法的地位·····	(210)
五、宏观调控法的体系·····	(211)
六、宏观调控法的未来·····	(213)
七、宏观调控法与金融危机·····	(213)
第十九章 市场监管法论与金融危机 ·····	(222)
一、市场监管理论基础·····	(222)
二、市场管理法的具体内容·····	(225)
三、金融监管·····	(227)
四、完善借鉴·····	(232)

第二十章 当代法哲学的本质在于经济法哲学——代结论 …	(235)
一、研究结论·····	(235)
二、研究不足·····	(240)
三、未来方向·····	(241)
后记	(244)
参考文献	(247)

第一章 绪论

一、重要意义

经济法基础理论是经济法学的重要组成部分,经济法作为新兴的法学学科和法律部门,也有其提纲挈领地驾驭众多制度和基础理论。如果忽视经济法一般原理的指导作用,只注重经济法的实用性和具体法规的适用,则可能欲速则不达。因此,对于经济法,从其基础理论的角度出发进行研究,提高经济立法的科学性,指导经济行政执法和经济司法实践,从而更好地把握经济法和经济法治的基本精神,加强经济法学学科建设,可以更好地理解和掌握经济法;而对于经济现象,从经济法基础理论的角度出发研究,也可以更好地理解和掌握其发生的根源和本质,从而从更深的层次解决这一问题。^① 所以,从经济法总论对金融危机进行分析和研究,具有重要意义。总的来说,以金融危机为背景研究经济法基础理论有如下重要意义:

(一) 有利于加强经济法学学科建设

经济法是一门富有挑战性的学问。它作为新兴的法学学科和法律部门,历史很短,就世界范围说,其兴起还不到一个世纪,在中国,人们开始对它的研究更短。与民法、刑法等传统法学合法的门类不可同日而语,经济法的基础理论研究虽然已经取得了很大的成绩,但是还是不适应经济法的发展需要。如理论上的定论较少,流派纷呈,而其法规数量多,内容丰富、专业性强、更新速度快,因而时时催人奋进。

经济法的基础理论直接关系到经济法学理论体系的建立和完善,制约着整个学科建设。以金融危机为背景研究经济法基础理论,借此研习经济法总论,把握众多经济法规的共通性、规律性的精神和内容,自

① 史际春,邓峰:《经济法总论(第二版)》,法律出版社,2008年版,第12页。

有助于触类旁通、举一反三,更好地理解和掌握经济法,不断发现问题、解决问题,完善经济法总论和整个经济法学、加强学科建设,这对新兴的经济法学科和部门来说是至关重要的。美国金融危机给中国经济法学和中国经济法学者给予了很大的启示。以美国为鉴,我们更加关注我国的经济法和经济法学的建设情况,作为一门非常年轻的法律部门和法学学科,在我国经济体制转轨之时,国民经济迅猛发展的时期,其重要性不言而喻。而此次金融海啸所带来的满目疮痍给我们敲响了警钟,我国现阶段经济法的缺陷与不足,在这次金融危机中充分地暴露了出来,这次金融危机中所呈现的经济法问题要求我们重视经济法学科建设,跟进时代步伐,不脱离实际。因而以金融危机为背景,为防范再次出现经济危机,而对经济法基本理论进行梳理与研究有重要的意义。

(二) 有利于树立良好的经济法理念,提高经济立法的科学性

经济法是一门公私结合的法律,其调整的社会关系十分复杂、特殊,经济法产生的原因便是经济社会的发展需要有以市场为基础、以国家为宏观调控者的经济法。因此,对于具有十分综合性的经济管理关系、公平竞争关系等进行调整的经济法,其理念、基本原则、调整手段等方面都有一定的特殊性。所以,对于经济立法,应当根据社会实际情况的需要而创制相应的制度。但是,这些制度的创制均需要经济法基本理论的指导,在经济法的基本原则指导下进行。

良好的经济法理念能为成功的经济法立法、司法和执法奠定坚实的基础,从而推动经济立法的科学性。本次金融危机给法律人带来的社会经济发展和经济思想的变化对经济法理念的变迁有重要的意义,最典型的例子是美国的联邦储备系统(Federal Reserve System)的成功实践。美国的联邦储备系统实际上是美国的中央银行,负责制定和执行美国的货币政策,发行美元,维护金融稳定。虽然央行传统上是政府的行政机构之一,但是美联储却体现出了鲜明的独立自主性和专业性。总统提名美联储主席并由国会批准以后,对美国的货币政策没有其他发言权,国会虽然可以通过听证会和立法等方式限制美联储的权力,但是无法直接干预其政策操作。而目前我国制定、修纂经济法的任务很重,其质量和水平高

低,直接影响着经济法律调整的效果。而金融危机针对我国的经济法立法需要和实践提出了一系列的问题,所以,要突破传统法律条框的束缚,制定适合经济社会发展的经济法,就必须研究经济法的基础理论,唯此才能使经济法各制度、法规相互配合,组成一个完善的法律系统。

(三) 有利于指导经济行政执法和经济司法实践

研究经济法基础理论,可以提高对经济行政执法和经济司法的必要性和重要性的认识,从而指导实践。经济法律关系的基本特征之一,是政府意志在权利(力)义务的设定、变更或消灭中起着主导作用,但是社会经济关系之上升为法律关系,要求对政府经济管理及其参与经济活动加以法的规制,决不允许任意怠慢、以权谋私。诸如在对财政、税收、规划进行规制等经济法律关系中,政府能够自觉地发挥主导作用,保护政府的相对人或交易对手的合法权益以及司法最终解决之间求得平衡,不至于不适当地偏重或偏废任何一方面,而对经济法治和社会经济造成损害。

从经济现象后研究经济法总论,深化和普及经济法学,有助于提高经济执法人员和法官深刻理解经济法的特征和精神实质,从而提高理论素质和依照经济法办事的能力,同时,在遇到没有经济法规直接适应的情况下,可以运用经济的理论来分析问题,运用经济法的基本原则来处理问题,以利于问题的解决。

二、文献综述

文献综述从经济法学基础理论的角度对金融危机的研究,对金融危机的经济法学研究进行综述。

自美国的次贷危机引起的华尔街风暴产生,进而扩展为全球性的金融危机爆发以来,对这次金融危机进行不同角度研究的文章层出不穷。综观经济法领域对其的研究,可以看出,主要是从三个方面进行的:对金融危机爆发原因的分析,从各国救市措施中得到的启示以及提出的一些解决措施的建议,最后在上述两个方面分析的基础上突显出经济法的重要地位和价值,涉及范围可谓很广。但是,从经济法学理论角度对其进行

研究和分析的文章却不是很多。

下面我们就对这几篇文章进行分析和综述。

（一）经济危机产生的原因

1. 经济危机爆发的原因

张守文教授在《金融危机的经济法解析》一文中撇开很多直接原因，从深层次进行原因分析，明确指出，金融危机的发生源于“两个失灵”，即市场失灵和政府失灵。^①市场经济的显著特征就是由市场自发进行调节，但是市场“无形之手”调节具有自发性、盲目性和滞后性等天生的缺陷和不足。市场主体为了自身利益，会从事很多不道德甚至是违法的行为，对整个市场秩序造成破坏。所以，这个时候就需要有“另一手”出来进行补充调节——即政府的宏观调控。它具有社会公益性，从社会整体利益出发，可以有效地抑制市场自发调节的不足和缺陷，发挥政府的宏观监管调控职能，维护市场经济的健康运行。

但是，此次金融危机中，市场自发调节因为自身缺陷而导致了市场失灵，政府的宏观调控也没有及时地发挥其弥补市场失灵的宏观调控功能，结果导致政府失灵同时发生，双重失灵的叠加最终引发了此次华尔街的金融风暴。

2. 经济危机蔓延的原因

此次金融危机并不是仅局限于美国华尔街的金融产品，在其产生之后，以很快的速度向其他国家或地区以及不同类型的行业扩展和蔓延。

1) 从国内蔓延至全球

因为经济全球化的原因，现在国际贸易往来的广度和深度都在不断的扩展和加深，一国的国内经济和国外经济紧密联系着，联系非常频繁。一国的国内危机可以很快蔓延到全球；反之，全球性的经济危机也可以以同样的速度影响到国内经济。所以，此次危机尽管是从美国华尔街引发的，但是美国作为国际贸易的大国，其和其他国家的贸易往来频繁，在很

① 张守文：《金融危机的经济法解析》，法学论坛，2009年第3期，第69-76页。

短的时间内影响了世界大多数国家,从而演变为一次全球性的经济危机,也就不足为奇了。

2) 从虚拟经济蔓延至实体经济

由于经济结构的二元结构,且虚拟经济是以实体经济为基础产生的,所以,从二元结构层面看,金融危机从虚拟经济向实体经济蔓延。金融危机开始是因为如信用违约互换(Credit Default Swap, CDS)、打包的房屋抵押债券(Collateralized Debt Obligation, CDO)、抵押贷款支持证券(Mortgage Backed Securities, MBS),以及把 MBS、CDO 捆绑在一起形成的新指数 ABX 等等新的金融衍生品的大量涌现而爆发的,但是在产生之后,此次的危机也就不仅仅局限于这些虚拟产品了,而是不断向实体经济蔓延。这在我国表现得很明显,因为我国外向型经济比重过大,对外依存度过高。所以,我国将重点工作放在了实体经济方面,即在确保金融秩序和金融安全的基础上,通过经济法以及其他相关法律法规的调整,着力解决好实体经济出现的问题。相应地制定了钢铁业、汽车业、轻工业等十大重要产业的调整和振兴规划,以防止整体经济的下滑。^①

3. 小结

但归根结底,是美国根深蒂固的新自由思想造成了此次危机的爆发。在自由思想的支配下,美国对“有形之手”的宏观调控之法——经济法的重视不够,其作用在美国市场没有得到足够的体现。经济过度虚拟化和自由化,金融衍生品又掩盖了风险,致使风险不断积累,造成最后的房地产泡沫,成为此次金融危机的源头。加上经济全球化,使此次危机迅速蔓延至世界大多数国家和地区,演变为一场全球性的经济危机。这次危机使各国充分认识到了经济法作为宏观调控之法的重要性和价值。所以,在解决危机的过程中,也非常重视经济法。

(二) 金融危机的解决

认识到金融危机爆发的原因,学者们也纷纷从不同角度提出了自己

① 张守文:《金融危机的经济法解析》,法学论坛,2009年第3期,第69-76页。

的解决方案,从经济法学理论角度解决金融危机,学者们从经济法的基本原则、责任制度等角度进行了分析。

1. 经济法学的的基本原则角度

尽管都是从基本原则角度进行分析,但是因为每个学者对经济法原则有不同的见解和观点,因此,在其认识基础上提出的解决措施也是不同的。

首先,张守文教授认为,解决金融危机应遵循的基本原则有三:一是法定原则,即要求必须依法办事,而且要求程序必须法定。同时,在确定和采取各类救市方案时,也要确保合法性。二是适度原则,既不要给市场的各类主体带来额外的负担,又要注意兼顾经济和社会的可持续发展等根本性问题。三是绩效原则,既要注意经济实绩和效果,也要注意社会乃至政治、文化等其他领域的绩效;既要注意眼前绩效,也要注意长远绩效。

而有其他学者在其文章中提出,要解决金融危机,需要运用经济法的原理,综合系统地加以分析、审视和应对解决,并应遵循如下基本原则:首先是平衡协调、公私兼顾原则,其次是社会本位、实质正义原则,最后是责、权、利、效相统一原则。^①

2. 经济法的责任角度

在责任问题上,从经济法学基础理论的角度,应当明确两点,一是责任的归属问题,二是责任的形式问题。

首先,应注意明确责任的归属问题,即何种责任应当由谁承担,应当由法律进行明确的规定,到底是由特定的市场主体承担,还是由国家或者政府承担,等等,防止推诿责任或者无人承担责任的现象出现。

其次是关于责任形式的问题,这包括保护经济性责任和非经济性责任,惩罚性责任和补偿性责任等形式。在经济法中,非经济性的责任显得特别重要,比如说信用减等、资格减免、等等。对于一些市场主体,这些责任形式的效果会更加显著,不仅消极地追究主体的责任,而且可以积极地促使其改正进步。

① 孙健波,李妍:《美国对“次贷”的金融监管及其经济法学思考》,法学杂志,2009年第5期,第6-9页。

3. 经济法的体系角度

经济法的体系可谓庞杂,对其的划分也是多种多样,但是,要明确的是,经济法是由诸多部门法组成的。所以,在解决金融危机的过程中,需要各个部门法的综合调整,当然,因为危机始于金融机构的监管不力,所以,金融法的调整尤为突出,但是,这也不能否定其他部门法的作用。经济法是一个整体,只有各个部门的统一协调,协作运行,经济法的作用和宗旨才能够最大限度的地得以实现。

4. 经济法的地位角度

经济法自产生之初,其地位就备受争议——经济法到底是不是一个独立的法律部门。针对这个问题,按照法律调整的社会活动领域及其调整宗旨为标准而进行的法律部门划分,可以得出经济法是独立的法律部门。它和其他法的部门之间的关系,也是其地位讨论的一个重要问题。

由此次金融危机由美国蔓延至全球而引发进一步的思考,即一国的对外开放政策。因为一个国家的对外开放度和对外的依存度,以及受其他国家和国际危机冲击的可能性是成正比关系的。因此,张守文教授就提出:“从经济法的角度看,如何处理好自由与管制,如何适度开放,如何用好内外两个市场,解决好多种二元结构所产生的多种复杂问题,都是非常重要的。”“为此,一国的经济法的调整必须以国内经济与国外经济的关联为基础,结合经济全球化所带来的突出问题,运用法律化的宏观调控和市场规制工具,来防范和化解相关的风险或危机。同时,对应于国内经济与国外经济所形成的两套制度,必须综合协调,以便于一体化地解决国际金融危机。”^①

除此以外,金融领域的国际协调,相关的国际组织、国际条约的重要作用也不可小视,它们对于有效防止金融危机扩展所产生的骨牌效应,对于从根本上解决全球化背景下的国际金融问题,也都是具有重要的意义。^②

① 张守文:《金融危机的经济法解析》,法学论坛,2009年第3期,第69-76页。

② 同上。