



CSSCI来源集刊 2013年上卷 总第24卷

经济法 论丛

ECONOMIC LAW FORUM

漆多俊 ■ 主编

本卷专题

- ◎ 经济法基础理论
- ◎ 市场规制法
- ◎ 宏观调控法
- ◎ 国家投资经营法
- ◎ 金融法专题
- ◎ 域外法
- ◎ 书评



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



CSSCI来源集刊 2013年上卷 总第24卷

经济法论丛

ECONOMIC LAW FORUM

漆多俊 □ 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

经济法论丛. 第24卷 / 漆多俊主编. —北京: 法律出版社, 2013. 5

ISBN 978 - 7 - 5118 - 4888 - 8

I. ①经… II. ①漆… III. ①经济法—法学—文集
IV. ①D912. 290. 1 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 084244 号

经济法论丛(第24卷)

漆多俊 主编

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2013年6月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 13.625 字数 377千

印次 2013年6月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 4888 - 8

定价: 36.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《经济法论丛》编委会

编委会委员(按姓氏笔画)

王 健	王先林	王红霞	王新红	冯 果
刘孔中	刘继虎	应飞虎	张德峰	李国海
陈云良	徐士英	蒋建湘	漆多俊	颜运秋

执行编委

漆多俊	蒋建湘	陈云良	颜运秋	李国海
刘继虎	张德峰	王红霞		

主 编

漆多俊

本卷执行主编

刘继虎

编辑部办公室主任

王红霞

ECONOMIC LAW REVIEW

Editorial Committee

Members of Editorial Committee

Wang Jian	Wang Xianlin	Wang Hongxia	Wang Xinhong
Feng Guo	Liu Kungchung	Liu Jihu	Ying Feihu
Zhang Defeng	Li Guohai	Chen Yunliang	Xu Shiyong
Jiang Jianxiang	Qi Duoju	Yan Yunqiu	

Administrative Editor

Qi Duoju	Jiang Jianxiang	Chen Yunliang	Yan Yunqiu
Li Guohai	Liu Jihu	Zhang Defeng	Wang Hongxia

Editor-in-Chief

Qi Duoju

Executive Editor

Liu Jihu

Office Director

Wang Hongxia

【卷首语】

本卷设有7个专栏,分别是“经济法基础理论”、“市场规制法”、“宏观调控法”、“国家投资经营法”、“金融法专题”、“域外法”和“书评”。

在中国,经济法学自20世纪80年代产生时起,其学科独立性就一直遭受学术界的质疑。时至今日,一些经济法的教材、著作仍然不切实际地传袭着“大经济法”衣钵,不能在经济法与民商法、经济法与行政法之间划出明晰的界限。这样的经济法观缺乏独特的范畴、理论与逻辑体系,使经济法学期长期蒙冤受难。漆多俊教授提出的“国家调节说”,科学地揭示了经济法产生的历史、社会根源,准确地界定了经济法的学科边界,合理地构筑了经济法的理论体系,为拨开笼罩在经济法学科上的迷雾,还原经济法的本真面目,作出了奠基性贡献。

本卷开设的“经济法基础理论”栏目刊登了2篇研究“国家调节说”的新作。张德峰副教授撰写的“经济法的正本清源——国家调节说的生成与意义”一文,分析了“国家调节说”产生的学术背景与思想根源;展现了“国家调节说”在发现“市场—调节机制—法律同步演变”规律的基础上,构筑的“市场三缺陷—国家调节三方式—经济法体系三构成”的理论精髓;揭示了“国家调节说”的理论价值、学科价值和实践意义。李运华教授发表的“经济法的永固基业与拓新图景”一文,则从动态的角度对漆多俊教授经济法理论的创新,作了历时性研究与述评。该文认为,早在20世纪80年代,漆多俊教授就提出了“国家经济调节说”,解决了经济法学的一系列重大理论问题,为经济法学科的健康发展奠定了基础。20世纪末,漆多俊教授又敏锐地观察到国家经济调节在经济全球化背景下遭遇的新挑战,前瞻性地提出了“国际经济调节论”,使一国内的经济法与国际经济法在理论上保持逻辑自洽性,为经济法的发展开辟了新的疆域,也展现了

漆多俊教授经济法理论不断创新学术魅力。

“市场规制法”栏目刊登了3篇论文,对市场规制法特别是反垄断法领域中的一些新问题作了探讨。游钰副教授的论文《论反垄断执法相对人的程序参与》,提出我国应当完善反垄断执法相对人程序参与制度,保障相对人在执法中享有知情权、陈述权、抗辩权和协商权,促进我国反垄断执法的规范化,提高反垄断执法的实效。德国海德堡大学法学院刘旭博士的论文《论大部制改革背景下完善国务院反垄断委员会职能与改革反垄断法实施机制:兼论对欧盟与德国经验的借鉴》,结合我国国务院新一轮大部制改革形势,反思了国务院反垄断委员会职能完善与机构改革问题,通过借鉴欧盟与德国反垄断执法机构改革的经验,提出了进一步推动我国反垄断法实施机制改革的若干建议。罗璨博士的论文《技术品性下的保险交易公平》,强调保险制度所追求的公平价值,只有建立在保险交易技术性特征基础之上才能达成。为此,应兼顾保险交易公平的伦理品性与技术品性,实现弱者保护与技术维护之双赢。

“宏观调控法”栏目刊登了3篇论文。张辉教授的《宏观调控执行权的法律解析》,对宏观调控执行权的性质、设置作了分析,进而深入讨论了宏观调控执行权行使的程序控制和责任追究问题,有助于推动国民经济宏观调控的规范化与法治化。叶金育、藏荣华博士的论文《财政中心主义:对推定课税方式的重新考察》,在分析我国推定课税对国库本位立场的坚守与对稽征经济价值追求后,指出它对纳税人权利的漠视及对税收公平的放弃,提出课税推定应兼顾效率与公平,走出财政中心主义的藩篱。王宗涛博士的论文《房市限购令的合宪性检讨:兼谈基本权利限制的合宪性证成》,以批判的精神审视了我国政府在房地产调控中频繁使用限购令产生的违宪问题。该文尖锐地指出,我国现行房市限购令措施侵犯了公民的交易自由权、财产权和平等权,存在违宪性。提出正确处理政府与市场的关系,将限购令定位为临时性调控措施,并严格限定在必要范围之内。政府在作出限购决策时,要遵循法律保留原则,引入公众参与机制,重塑限购令的合宪性。

“国家投资经营法”栏目刊登了2篇力作。在《国家投资经营法的独立地位再证成:以国家救市为视角》一文中,漆思剑副教授以金融危机背景

下各国政府纷纷出资救市为视角,证明了国家投资经营是国家调节经济的一种重要方式,国家投资经营法是经济法不可或缺的一个独立构成部分。我国台湾地区“中央”研究院刘孔中教授与中南大学法学院王红霞博士合作的《电信民营化与自由化之冲突与调和:两岸比较参鉴》一文,则从民营化的视角反观国家投资经营法的问题。该文提出民营化与自由化改革关系密切,但也存在张力与冲突,民营化并不必然带来市场自由化。中国台湾地区电信业进入后民营化时代后,应从行业监管与公司治理两个层面深化改革;中国大陆则应吸取我国台湾地区电信民营化并不必然带来市场自由化的教训,坚持开放与规制两手抓,尽快制定回应三网融合的《通讯传播法》。

“金融法专题”刊登了5篇论文,对金融法领域的热点、焦点、难点问题作了探讨。田春雷博士的《金融资源的市场配置与国家调节》一文,以“国家调节说”(三三理论)为分析工具,研究了金融资源的市场配置与国家调节问题。金融具有资源属性,需要进行配置。市场在配置金融资源的过程中,存在三个缺陷:市场障碍与风险、市场唯利性、市场宏观运行不稳;国家针对金融市场的缺陷可采取三种调节方式:加强金融监管、兴办政策性银行、实施金融调控。金融资源的市场配置与国家调节相互配合,相得益彰,不能相互取代。李长健教授与罗浩法官合作的《基于金融发展权的农村金融立法初探》,对我国农村合作金融法的立法作出了系统讨论。该文提出,农村金融发展权理论,是农村合作金融法立法的法理基础:设立与组织制度,在于规范金融发展权的主体;产权与分配制度,要立足于金融发展权的保护;经营与竞争制度,要推动金融发展权的实现;监管制度,旨在降低金融发展权的公益困境;责任制度,要强化发展权主体的责任意识。柴瑞娟博士的《社区商业银行:村镇银行之发展定位研究》,从市场定位、性质、区域三个维度探讨了我国村镇银行的发展定位问题。就市场而言,村镇银行应定位于农村金融市场,服务于“三农”;就性质而言,村镇银行应定位于商业银行;就区域而言,村镇银行应定位于社区银行。王天习副教授与田忠洪合作的《证券投资者适当性规则研究:兼论我国投资者适当性规则的完善》,在借鉴美国、欧盟和亚洲部分国家和地区的证券投资者适当性规则的基础上,对我国证券市场投资者适当性规则的完善提出了建议。该文认为,我国应提高投资

者适当性规则的立法层级,统一规定证券市场中各项业务的投资者适当性规则,明确券商违反投资者适当性规则的民事责任。孙晋教授与钟敏法官合作的《论表决权信托在产融结合领域的实现》一文,基于我国产融结合过程中暴露出的金融监管漏洞和反垄断规制无力的问题,提出通过将表决权信托引入产融结合领域,完善公司治理结构,从而解决监管与反垄断的难题。这一新思路,有助于实现对产融结合的外部监管与内部治理的联动效果,促进我国产融结合的健康发展。

“域外法”栏目刊登了2篇论文1篇译文。郭娅丽教授发表的《日本规范放贷业的新动向及其启示》一文,针对日本新修订的《放贷业法》,回顾了日本规范放贷业的历史与立法宗旨,介绍了2010年新修订的《放贷业法》的主要内容,并对《放贷业法》修订过程中的争议与分歧作了分析。该文认为,日本规范放贷业法的经验对我国民间金融的规范化有诸多借鉴意义,包括我国放贷业拟引入渐进式统一规制模式、确立弱者强制保护制度、注重二元规范结构的协调等。留日学者李净植的《日本法下的内幕交易信息受领者责任——现状、问题、展望》一文,在概述日本立法对内幕交易信息受领者法律责任规定的基础上,分析了日本的相关刑事司法和行政执法案例,总结出日本追究内幕交易信息受领者法律责任的经验,为我国规制内幕交易的立法和司法实践提供了借鉴和参考。綦书伟副教授翻译的《加拿大合并实施指南》,是加拿大规制垄断规范性文件。该指南由加拿大竞争局于2011年10月6日发布,取代了2004年的《合并实施指南》及2009年的《合并效率审查公报》。该指南共有13个部分,对合并的定义、反竞争标准、市场界定、反竞争效果、市场进入、抵制力量、买方垄断、少数股权交易与董事兼任、非横向合并、效率豁免、企业破产与资产退出等作了具体规定,该文献对深化我国反垄断法的研究具有重要的参考价值。

“书评”发表了许多奇教授撰写的《在税收公平与税收效率之间寻找平衡》,对刘继虎教授的新著《法律视角下的信托所得税制》作了评介。

本卷执行主编

刘继虎

2013年3月

目 录

【经济法基础理论】

经济法学的正本清源

——国家调节说的生成与意义 张德峰(2)

经济法的永固基业与拓新图景

——漆多俊先生经济法学重大理论创新述评 李运华(25)

【市场规制法】

论反垄断执法相对人的程序参与 游 钰(41)

大部制改革背景下反垄断委员会职能完善与反垄断法

实施机制改革:欧盟与德国经验之借鉴 刘 旭(58)

技术品性下的保险交易公平 罗 璨(106)

【宏观调控法】

宏观调控执行权的法律解析 张 辉(124)

财政中心主义:对推定课税方式的重新考察 叶金育 臧荣华(140)

房市限购令的合宪性检讨

——兼证基本权利限制的合宪性 王宗涛(157)

【国家投资经营法】

国家投资经营法的独立地位再证成

——以国家救市为视角 漆思剑(173)

电信民营化与自由化之冲突与调和

——两岸比较参鉴 刘孔中 王红霞(185)

【金融法专题】

金融资源的市场配置与国家调节

——论“三三理论”在金融市场的应用 田春雷(208)

基于金融发展权的农村合作金融立法初探 李长健 罗洁(224)

社区商业银行:村镇银行之发展定位 柴瑞娟(252)

证券投资者适当性规则研究

——兼论我国投资者适当性规则的完善 王天习 田忠洪(271)

论表决权信托在产融结合领域的实现 孙晋 钟敏(290)

【域外法】

日本规范放贷业的新动向及其启示 郭娅丽(316)

日本法下的内幕交易信息受领者责任:现状、问题与

展望 李净植(336)

加拿大合并实施指南 蔡书纬 译(360)

【书评】

在税收公平与税收效率之间寻找平衡

——刘继虎教授《法律视角下的信托所得税制》评介

..... 许多奇(413)

《经济法论丛》稿约

CONTENTS

[Basic Theory of Economic Law]

The Radical Reform of Economic Law

—The Origin, Form and Significance of State

Regulation Theory Zhang Defeng(2)

Economic Law's Everlasting Foundation and Its

Prospect of Innovation

—Commentary on Important Theoretical Innovation

of Economic Law by Mr. Qi Duojun Li Yunhua(25)

[Market Regulation Law]

Procedural Participation of the Parties in the Enforcement of

Anti-monopoly Law You Yu(41)

Function Improvement of AMC and Implementing Mechanism

Reform of AML on the Background of Institutional

Restructuring; Inspirations from the Experiences of

EU and Germany Liu Xu(58)

The Insurance Justice in the Technical Point of View Luo Can(106)

[Macro-Regulation Law]

Legal Explanation and Analysis on the Power of

Macro-Control Enforcement Zhang Hui(124)

- Fiscal Centrism; Re-investigation on the Presumptive Taxation
..... Ye Jinyu Zang Ronghua(140)
- Review on Constitutionality of Purchase Restriction Order
—Also on the Constitutionality of the Restrictions of
Fundamental Rights Wang Zongtao(157)

【State Investment and Management Law】

- Rejustification for the Independent Status of the National
Investment and Management Law
—From the Angle of National Bailout Qi Sijian(173)
- The Conflict between Telecom Privatization and Liberalization
and Its Mitigation
—A Cross-Strait Comparative Study
..... Liu Kungchong Wang Hongxia(185)

【Financial Law】

- Market Allocation and Country Regulation of Financial Resources
—The Application of “State Regulation Theory”
in Financial Market Tian Chunlei(208)
- Study on Rural Cooperate Financial Legal System Based on
the Financial Developing Rights Li Changjian Luo Jie(224)
- Community Commercial Bank; the Development Orientation
of Village Bank Chai Ruijuan(252)
- Study On the Suitability Rule for Securities Investors
—Also on the Improvement of Suitability Rule for
Investors in China Wang Tianxi Tian Zhonghong(271)
- The Implementation of the Voting Trust in the Integration
of Commerce with Finance Sun Jin Zhong Min(290)

[Extraterritorial Law]

The New Development of Lending Industry Norms in

Japan and its Enlightenment Guo Yali(316)

The Liability of Insider Trading Tippee under Japanese Law:

Actuality, Issue and Forecast Li Jingzhi(336)

Merger Enforcement Guidelines Qi Shuwei(360)

[Book Review]

Look for the Balance Between the Tax Fair and the Tax Efficiency

—A Review of Trust Income Taxation System from

Legal Perspective Xu Duoqi(413)

Call for Papers of ELR

【经济法基础理论】

【编者按】一门学科的独立,必须有其独特的研究对象和方法,有其独特的范畴和理论体系。经济法基础理论是经济法学安身立命的根本,经济法学界的同仁,只有坚持学科自信,不断实现理论创新,才能使经济法学之树根深叶茂。

20世纪80年代以来,我国经济法学界不乏学科理论体系的创新成果。“国家调节说”就是其中的典型代表。漆多俊教授在考察市场、调节机制与法律同步演变的过程中,归纳出了“市场三缺陷”、“国家调节三方式”、“经济法体系三构成”的“国家调节说”(或称“三三理论”)这一经济法理论。该理论对经济法产生的社会根源、调整对象、本质特征、基本价值、功能和任务、制度体系等作了系统地回答,从根本上划清了经济法与民商法、经济法与行政法的界限,为经济法成为一个真正独立的法律部门,奠定了理论基础。这种理论学说符合100多年来世界各国经济、国家职能和法律发展演变的历史事实,并对当前中国的改革,特别是对解决收入分配不公、反对权贵资本垄断等,具有十分重要的现实意义。

本栏目刊发了2篇研究“国家调节说”的论文。它们探讨了“国家调节说”理论的生成与发展,总结了“国家调节说”理论的精髓与意义,揭示了“国家调节说”理论的广阔应用前景。希望借此两篇文章的发表,引起大家的讨论,推动经济法基础理论的深化与发展。

经济法学的正本清源

——国家调节说的生成与意义*

张德峰**

摘 要:国家调节说在对各种理论流弊的深刻批判过程中产生,矛头直指迄今仍占据很多人脑海并引人误解的大经济法观;在对社会发展规律的深邃总结中形成,建立了科学的经济法学理论体系,拨开了笼罩很多人心头的理论云雾;在时代潮流中发展,及时、中肯地回答和回应了经济法学中不断出现的问题,体现了它的开放性和时代适应性。国家调节说对于经济法学的正本清源和澄清当前的各种误解具有积极的意义。

关键词:国家调节说 经济法学 正本清源

2007年3月8日,《南方周末》刊发旅美法律学者、中国社会科学院法学研究所特聘研究员周大伟先生的《佟柔先生与中国民法学》一文,对当年佟柔先生所论战的经济法观进行了尖锐的批判;接着,周大伟先生于《西部法学评论》2008年第5期再次刊发文章《经济法:一道困扰中国法学界的难题》,重提上文的内容。作者分别在两文中对中国经济法学理论作出如下同一评价——目前,中国经济法理论依然没有摆脱从产生之初就面临的两难困境。一方面,经济法研究者们正在努力探索着将经济法塑造成一个“独立的法律部门”的种种途径;另一方面,他们在理论

* 本文系湖南省重点学科建设项目、WTO与地方经济社会发展法律保障协同创新项目的阶段性研究成果。

** 张德峰,湖南师范大学法学院副教授,博士。

思考上又苦恼于传统法律部门划分标准的难以逾越。一方面,经济法研究者竭力从浩如烟海的具体法律法规中提炼出某种抽象的法律规则;另一方面,在实践中又只能传授一些不甚完整的启蒙知识和部门性规章。可见,经济法理论的现状是“形而下”的,而不是“形而上”的,是“器”而非“道”。这样的理论目前仍然停留在对现有的法律法规进行滞后性的解释、堆积、整理、编纂和拼接的状态,而不具有理论上应有的超越。用风险投资领域的说法,属于明显缺少“技术含量”的“非创新产品”。这两文对经济法理论一无是处的批判无疑引起了中国法学界的高度关注,也强烈刺激着每一个经济法学者神经,部分学者开始撰文予以回应,^①为经济法理论辩解。

但是,人们对中国经济法学的误解实属由来已久、成见太深,非一般回应可以澄清——周大伟先生的批判只是这种长期误解累积的显性表达,也正因如此,迄今为止,应当说经济法理论界的各种回应并未能达到使人们(包括学界、教育行政主管部门等)客观看待经济法学的目的,这种误解与偏见得以为继甚至一度置经济法学者们于尴尬境地。若追根溯源,20世纪大经济法观的消极影响及其至今未能得到有效消除是各种误解产生的根源,而科学的经济法学理论未被人们广为认知则使得人们的误解始终不得以释怀。在此背景下,经济法理论亟须正本清源,以理论服人,并为人们所熟知。

1986年3月,漆多俊先生所著的《国民经济的法律调整》一书正式出版(该书实际完成时间是1984年)。这是我国最早的一部经济法著作之一。^②当时经济法刚刚在我国兴起,拉普捷夫式的“大经济法观点”正目空一切地占据了绝对主导地位。漆多俊先生力排众议,独树一帜,提出并雄辩地论证了他的被人们称之为“小经济法”的理论。《国民经济的法律调整》指出了经济法应有的调整对象和特殊使命,科学地界定了经济法同民商法的关系,深刻地分析了“大经济法”的弊端及其产生的根源。在该书经济法思想理论的基础上,漆多俊先生于1993年4

① 陈云良:“傲慢与偏见:经济法的现象学分析”,载《法商研究》2009年第4期。

② 我国早期经济法个人专著除漆多俊先生的《国民经济的法律调整》(河南人民出版社)外,还有1981年8月由北京大学出版社出版的刘隆亨先生的《经济法简论》。