

中国经济法学发展评价 (2012—2013)

基于期刊论文的分析

本刊编辑部

导 言

本报告是本刊 2012—2013 年学科发展评价报告之一,也是继《中国经济法学发展评价(2010—2011)》后,针对 2012—2013 年在期刊上发表的经济法学论文进行的评价。有鉴于此,本次学科评价的选择标准、工作步骤依循前例,而本报告的基础思路 and 结构框架则在承袭前次报告的基础上略为加以改进,更为注重于“评”而不是“述”。

与 2010—2011 年期刊论文的选取范围基本保持一致,纳入 2012—2013 年经济法学学科发展评价报告的论文包括:2012、2013 两年间公开发表在《中国社会科学引文索引(2012—2013)来源期刊目录》(CSSCI)法学类(21 种)、经济学类(73 种)、综合性社科期刊类(50 种)和高校综合性学报类(70 种)期刊中的经济法学论文。此外,由于经济法学研究较之传统法学研究的特殊性,还有一些品质不错的经济法学论文发表在部分以书代刊的集刊中,因此,部分集刊同样纳入本次学科评价的考察范围。^{〔1〕}依循上述标准,列入考察目标的论文总数为 1631 篇,其中,经济法总论论文 58 篇,企业公司法论文 275 篇,财税法论文 647 篇,金融法论文 464 篇,竞争法论文 187 篇。仅就数量而言,2012—2013 年可谓再获丰收,学者们在经济法学研究上所作的努力由此可见一斑,然而这并不是本报告所关注的。

〔1〕 与前次评价报告类似,包括《证券法苑》、《人大法律评论》、《经济法论坛》、《经济法论丛》、《经济法学》、《经济法研究》、《经济法学评论》、《金融法苑》、《交大法学》、《公司法律评论》、《北大法律评论》、《财税法论丛》、《税法解释与判例评注》等以书代刊的集刊。

本报告不再赘述前次报告中有关选择标准、概况以及工作步骤的详尽说明,但是,为了使得读者更好地理解本报告的形成过程及其成果,以下两个方面需要特别强调一下:首先,本报告仍然遵循了经济法学学科的传统划分,即按照经济法总论、企业公司法、财税法、金融法(包括证券法、银行法、会计法)、竞争法分别进行评价,同时,淡化了各子部门法内部结构的再次划分,而仅仅通过行文表述所依循的层次性和逻辑性来呈现经济法学学科的理论架构。其次,与传统法学不同,经济法学的知识来源多元、学科交叉研究频见,可归类于经济法学的论文数量庞大,但质量良莠不齐,因此课题组进行了精心的筛选、统计和评价。

本报告的撰写一如既往地坚持以学术研究的创新、尤其是注重实质性创见和贡献性研究为论文评价的核心,依然采取了先分工再合作、先部门再整合的方式,依然分成若干小组进行相应的工作,在论文检索和筛选口径上进行统一,但在选评和撰写阶段保留了撰稿者的自由裁量,最后统一完成定稿。尽管课题组努力覆盖2012—2013年真正有学术价值的论文,但是,囿于样本的选取肯定会轻重有别,而选取的标准本身和评价的依据、意见等都难免带着较强的主观性,因此,本报告必然存在一些缺憾。同时,受到已有知识结构和自身研究路径的影响,学科评价报告的撰写难免受到评价者的偏好影响,甚至出现始料未及的疏漏甚至错误,在这个意义上说,本报告努力秉持但也无法完全确保客观和中立之立场。

尽管有诸多难为之处,课题组仍然希望能够延续前次报告的精神,尽力达成本刊设立学科评价栏目的初衷。事实上,在本报告的撰写过程中,课题组已然通过更为扎实的工作、更为准确的表达、更为中肯的评述,力争充分呈现2012—2013年经济法学研究的薪火相传与开拓创新,希望读者也能够从中感受到些许可喜的进步以及尚待提升的空间。

一、总体评价

2012—2013年经济法学领域研究旨趣的细微变动和学术谱系悄然生长值得观察。概言之,前次报告对经济法学研究的格局、特征、发展趋势所作之判断基本保持稳定、没有太大变化。具体而言,一方面,这两年,经济法总论方面的论文数量和质量出现不同程度的下降,学者们显然在分论的研究上投入了更多的精力;另一方面,尽管经济法分论方面的论文数量有所上升,然而,富有创见、能够贡献知识积淀和理论增量的论文却寥寥可数。一般而言,学术研究深化的规律,是演绎与归纳的互动,面向应用的规范解释与制度完善需要基础理论的提升和指导,基础理论的完善自然也需要实践应用的支撑和反哺。令人遗憾的是,经济总论研究依然在传统法学学科的夹缝中求生存,经济法基础理论和具体制度研究脱节问题尚未得到有效改进,各子部门法的内部理论思辨和规范解释研究则日益突显脱节现象。学者们的研究注重“自说自话”、“自成一统”而缺乏经济法学学科内的“对话”,更遑论与传统法学科间的“对话”(此处不再指部门法划分的争辩,而是针对共同研究对象的不同理论碰撞和观点讨论)。尽管部分学者在总论或分论的研究上做了一些有益尝试和转变,但上述弊病和遗憾却未见显著改观,更称不上发生根本性或全局性转变,经济法学学科发展成熟言之尚早。

2012—2013年经济法总论研究的涉及面尚属广泛,学者们的研究视野已经从经济法与民

商法、行政法等相邻部门法之间的边界划分,转向了经济法与宪法之间的内在联系问题。^{〔2〕}学者们已经意识到研究经济法学重要范畴的重要性,注重把握经济转型、经济体制改革与经济法总论研究之间的交互影响。与传统法学研究相比,经济法总论研究始终呈现如下突出的特点:借鉴、引入了经济学、政治学、社会学等社会科学领域的知识和理论,不过大多停留于对语词、概念的抽象讨论和略显“口号式”的新概念之借用和罗列,以及对社会科学理论与范式的介绍和套用、交叉学科视角的拼接。由于抽象的理论研究难以创新,纯粹的总论研究出现了文艳用寡的现象;至于通过具体制度和问题展开总论研究的路径则有着更为严重的“自说自话”、但偏离已有学科共识的弊症,上述构成了总论论文的两极。略为令人释然的是,在这两极之间,这两年也有一些带有总论研究新气象的佳作。这些论文某种程度上摆脱了过往研究浮而不实的窠臼,无论是基于法学的研究立场理解和运用经济学理论、^{〔3〕}进行更为扎实的实证分析,^{〔4〕}以及“以小见大”、从现实具体问题中提炼经济法总论理论的敏锐洞察力,^{〔5〕}都呈现了总论研究不同于以往的变化。此外,稍显遗憾的是,总论研究仍然过于集中在权力范畴之上,而对权利范畴的重视程度不够。

企业公司法研究领域中,围绕股东及其权利展开的探讨占据较大比例。其中,有关股权转让的理论及制度研究、^{〔6〕}具体股东权利的剖析,^{〔7〕}特别是股东权利的行使与救

〔2〕 张守文:“宪法与经济法关系的‘经济性’分析”,《法学论坛》2013年第3期;张守文:“论经济法与宪法的协调发展”,《现代法学》2013年第4期;吴越:“经济法思维的宪法指向——兼论经济法学的历史命运”,《法学论坛》2013年第1期。

〔3〕 简资修:“科斯经济学的法学意义”,《中外法学》2012年第1期;赵骏、范良聪:“补偿博弈与第三方评估”,《法学研究》2012年第3期。

〔4〕 陈剩勇:“中国政府的宏观调控为什么失灵——以1996年以来中国钢铁产业的宏观调控为例”,《学术界》2013年第4期。

〔5〕 米运生、董杰、陈勋:“规制失灵与农村金融市场的双重迷失:法哲学——经济学的视角”,《经济评论》2012年第4期。

〔6〕 如罗培新:“抑制股权转让代理成本的法律构造”,《中国社会科学》2013年第7期;蒋大兴:“股东优先购买权行使中被忽略的价格形成机制”,《法学》2012年第6期;段威:“有限责任公司股权转让时‘其他股东同意权’制度研究”,《法律科学》2013年第3期;叶林:“公司在股权转让中的法律地位”,《当代法学》2013年第2期;姚明斌:“有限公司股权善意取得的法律构成”,《政治与法律》2012年第8期;李建伟:“有限责任公司股权变动模式研究——以公司受通知与认可的程序构建为中心”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第12期;蔡元庆:“股份有限公司章程对股权转让的限制”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2013年第3期;钱玉林:“公司章程对股权转让限制的效力”,《法学》2012年第10期。

〔7〕 如雷金牛:“上市公司股权异化研究——以资产收益权与表决权为视角的实证分析”,《北京工商大学学报(社会科学版)》2013年第2期;李建伟:“股东知情权的层级结构及其展开——以八个国家、地区的立法比较研究为背景”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第8期;李文莉:“公司股东现金选择权制度构建探析”,《政治与法律》2012年第5期;朱芸阳、王保树:“上市公司现金分红制度的自治与强制——以股利代理成本理论为逻辑基础”,《现代法学》2013年第2期;叶林:“反对股东股权收购请求权的行使与保障——《公司法》第75条评述”,《社会科学》2012年第9期。

济,^[8]是这部分研究所涉及的主要命题。其次,由于《公司法司法解释(三)》对出资形式、隐名出资及瑕疵出资等相关法律问题的规范,在具体适用过程中,难以有效解决复杂的现实问题,出资制度相关问题的研究并未因其实施而降温。^[9]再次,相当一部分研究对企业组织形态及公司法律制度变革等命题予以关注,^[10]试图分析中国公司法律制度的未来走向。最后,与法律实践相联系的研究,除了对公司担保行为和企业间借贷等传统命题的探讨,^[11]农村经济组织、^[12]银行与基金等特殊行业的公司制度、^[13]多元股权结构等命题,^[14]

[8] 如钱玉林:“累积投票制的引入与实践——以上市公司为例的经验性观察”,《法学研究》2013年第6期;李建伟:“股东知情权诉讼研究”,《中国法学》2013年第2期;丁勇:“德国公司决议瑕疵诉讼滥用问题研究及启示”,《比较法研究》2013年第4期;丁勇:“股东大会决议撤销之诉功能反思”,《法学》2013年第7期;朱芸阳:“论股东派生诉讼的实现——以‘理性经济人’为假设的法经济学解释”,《清华法学》2012年第6期;耿利航:“论我国股东派生诉讼的成本承担和司法许可”,《法律科学》2013年第1期;胡宜奎:“论股东代表诉讼中的‘诉讼和解’——比较法的观察与我国的实践”,《政治与法律》2012年第12期;张国平、汪亚非:“论我国股东直接诉讼规则的不足与完善”,《政治与法律》2012年第9期。

[9] 如胡吕银:“现代物权思维下对公司财产权利结构的新解析”,《法学》2012年第2期;张先中:“私募股权投资中估值调整机制研究——以我国《公司法》资本规制为视角”,《法学论坛》2013年第5期;郭雳:“论我国公司资本制度的最新发展——《公司法司法解释(三)》之解读”,《法商研究》2012年第4期;胡晓静、崔志伟:“有限责任公司隐名出资法律问题研究——对《公司法解释(三)》的解读”,《当代法学》2012年第4期;凤建军:“公司股东的‘除名’与‘失权’:从概念到规范”,《法律科学》2013年第2期。

[10] 如王保树:“公司法律形态结构改革的走向”,《中国法学》2012年第1期;叶林:“企业的商法意义及‘企业进入商法’的新趋势”,《中国法学》2012年第4期;张力:“法人与公司制度融合风险的法律控制——兼论实现国家公司公益性的法人制度支持”,《现代法学》2013年第2期;蒋大兴、谢飘:“公司法规则的回应力——一个政策性的边缘理解”,《法制与社会发展》2012年第3期;甘培忠、周游:“论当代企业组织形式变迁的趋同与整合——以国家需求与私人创新的契合为轴心”,《法学评论》2013年第6期;黄辉:“略论公司法一体化:中国视角及启示”,《比较法研究》2013年第5期;沈贵明:“基本商事主体规范与公司立法”,《法学》2012年第12期;刘小勇:“论股份有限公司与有限责任公司的统合——日本及其他外国法关于公司类型的变革及启示”,《当代法学》2012年第2期;李建伟:“个人独资企业法律制度的完善与商个人体系的重构”,《政法论坛》2012年第5期。

[11] 如梁上上:“公司担保合同的相对人审查义务”,《法学》2013年第3期;罗培新:“公司担保法律规则的价值冲突与司法考量”,《中外法学》2012年第6期;钱玉林:“寻找公司担保的裁判规范”,《法学》2013年第3期;李建伟:“公司非关联性商事担保的规范适用分析”,《当代法学》2013年第3期;高圣平:“公司担保相关法律问题研究”,《中国法学》2013年第2期;曾大鹏:“公司越权对外担保的效力研究——基于法律解释方法之检讨”,《华东政法大学学报》2013年第5期。

[12] 如赵万一、何嘉:“新型农村经济组织培育的法律思考——以产业发展为导向的有限公司(LLC)制度的引入”,《法学》2013年第7期;卢代富、谭贵华:“美国农业合作社的形态法定化及其启示”,《法学论坛》2012年第3期;于庆生:“合作经营:我国农村土地制度改革的必然选择”,《法学杂志》2012年第9期;赵谦:“专业合作社法实施中的农民参与困境及校正——以重庆为例”,《法学》2012年第3期。

[13] 如吴永刚、李建伟:“有限合伙型私募股权投资基金内部治理的异化和重构”,《证券市场导报》2013年第6期;楼晓:“我国公司型基金治理结构的构建之路——以美国共同基金治理结构为视角”,《法学评论》2013年第6期;隋平、罗康:“论银行公司治理制度的构建”,《法学杂志》2012年第6期。

[14] 如张志坡:“优先股之无表决权质疑”,《法学杂志》2012年第12期;朱慈蕴、沈朝晖:“类别股与中国公司法的演进”,《中国社会科学》2013年第9期。

也逐渐引起相当的关注。当然,对于公司社会责任、^[15]国有企业等传统热点问题,^[16]以及更加传统的公司治理问题,^[17]仍有相当数量的论文予以持续关注。

以我国《预算法》的修改为契机,有关预算法的理念和制度的研究继续成为财税法领域的最大研究热点。^[18]税法方面,伴随着房产税扩围试点改革、营业税改征增值税试点改革等税制改革的推进,学者们对这些税种的关注度明显提升:既有审思改革试点的法治话语的论文,^[19]又有阐释增值税和房产税的属性、目的、立法模式、改革困境等框架性问题的论文,^[20]还有具体探讨其征税范围、计税依据、税率等课税要素的论

[15] 如徐强胜、辛世荣:“公司自治与企业社会责任——关于公司法企业社会责任规范的功能与适用”,《法学杂志》2013年第5期;王崇敏、马建兵:“公司社会责任思想在职工民主管理中的理论意义及实践”,《法学论坛》2012年第1期;刘芳雄、汤鹏:“企业社会责任议程的管制:现状与启示”,《法学杂志》2012年第12期;钟瑞庆:“法律视野下公司社会责任的成本承担”,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2013年第1期。

[16] 如郑艳馨:“对我国公用企业价格管制制度的思考”,《政治与法律》2012年第4期;龚博:“以优先股制约国有股控权的制度设计”,《法学》2012年第10期;徐民、方妙:“论国有企业高管薪酬规制的路径选择”,《法商研究》2013年第1期;蒋建湘:“国企高管薪酬法律规制研究”,《中国法学》2012年第1期。

[17] 如赵忠龙:“论公司治理的概念与实现”,《法学家》2013年第3期;冯果、李安安:“金融创新视域下公司治理理论的法律重释”,《法制与社会发展》2013年第6期;朱慈蕴、林凯:“公司制度趋同理论检视下的中国公司治理评析”,《法学研究》2013年第5期;冯果、李安安:“公司治理一体化走向的制度发生学解释——以结构融资为中心展开”,《现代法学》2012年第1期;蒋大兴:“论公司治理的公共性——从私人契约向公共干预的进化”,《吉林大学社会科学学报》2013年第6期;周天舒:“中国公司治理法律规则发展模式的再探讨:一个路径依赖的视角”,《中国法学》2013年第4期;张羽君:“公司内部制度效力研究”,《法学论坛》2013年第1期;陈群峰:“认真对待公司法:基于股东间协议的司法实践的考察”,《中外法学》2013年第4期;李诗鸿:“从‘美国证监会14a-11规则无效案’看董事提名权改革”,《法学》2013年第5期;侯怀霞:“我国‘禁止篡夺公司机会原则’司法适用研究”,《法商研究》2012年第4期;赵树文:“日本公司设立时董事制度及其借鉴”,《法商研究》2013年第4期。

[18] 如朱大旗:“迈向公共财政:《预算法修正案(二次审议稿)》之评议”,《中国法学》2013年第5期;孟庆瑜:“绩效预算法律制度研究”,《现代法学》2013年第1期;朱大旗、李蕊:“论预算审批制度的完善——兼论我国《预算法》的修改”,《当代法学》2013年第4期;蒋悟真:“预算公开法治化:实质、困境及其出路”,《中国法学》2013年第5期;甘功仁:“预算公开的目标及其实现路径”,《法学杂志》2012年第12期;蒋悟真、胡明:“预算法的可诉性理念及其司法机制构建”,《当代法学》2012年第5期;顾功耘、胡改蓉:“国有资本经营预算的‘公共性’解读及制度完善”,《法商研究》2013年第1期。

[19] 如张守文:“我国税收立法的‘试点模式’——以增值税立法‘试点’为例”,《法学》2013年第4期;张守文:“‘结构性减税’中的减税权问题”,《中国法学》2013年第5期。

[20] 房产税方面的如张守文:“关于房产税立法的三大基本问题”,《税务研究》2012年第11期;朱炎生、向东:“房地产税制改革立法探析”,《社会科学》2013年第5期。增值税方面的如张富强:“论营改增试点扩围与国民收入分配正义价值的实现”,《法学家》2013年第4期;陈少英:“融资租赁的‘营改增’问题”,《法学》2012年第7期。

文。^[21]此外,有关中央与地方财政分权(含税收分权)的多篇论文延续了这一经典理论难题的研究热度,虽然其中存在老调重弹、裹足不前的问题,但不乏一些创意之作。^[22]另一方面,宪法维度的考察,以及财政学、政治学等跨学科的公共知识与理论借鉴,某种程度上也扩大了财税法学研究的视野。

2012—2013年属于全球金融危机反思的深化阶段以及互联网金融崛起之前夜。如何推进金融法律制度的改革,有效完善市场机制及转换监管理念成为学界研究的热点。作为金融法研究重镇的证券法领域,在IPO停摆及证券法修改预热的背景下,多年来被诟病的证券发行审核问题,^[23]行政干预与市场自由边界如何明晰的问题、市场中介机构如何规范的问题^[24]成为最多亮点文章关注的领域。另一方面,金融工具、产品与体系的创新也一直在为金融法的研究提供材料,这其中出现了较多对金融衍生品、^[25]影子银行^[26]及互联网金融^[27]进行分析的文章。此外,学界在金融包容监管理念的具体阐述上,^[28]对金融资源如何更为有

[21] 如杨小强、冯俊文:“房地产交易:如何从营业税纳入增值税”,载刘剑文主编:《财税法学前沿问题研究2:地方财税法制的改革与发展》,法律出版社2014年版;张富强:“论我国房产税计税依据的路径选择”,《税务研究》2012年第11期。

[22] 如徐键:“分权改革背景下的地方财政自主权”,《法学研究》2012年第3期;徐键:“分税制下的财权集中配置:过程及其影响”,《中外法学》2012年第4期;崔威:“税收立法高度集权模式的起源”,《中外法学》2012年第4期;叶姗:“税权集中的形成及其强化——考察近20年的税收规范性文件”,《中外法学》2012年第4期;欧树军:“看得见的宪政——理解中国宪法的财政权力配置视角”,《中外法学》2012年第5期;蔡茂寅:“地方财政权之保障”,载刘剑文主编:《财税法学前沿问题研究2:地方财税法制的改革与发展》,法律出版社2014年版。

[23] 如汪沂:“强化我国IPO定价主体独立性的应对之策”,《上海金融》2012年第3期;唐旗:“论对‘协议控制’模式的监管”,《证券市场导报》2012年第4期;付彦、邓子欣:“浅论深化我国新股发行体制改革的法制路径——以注册制与核准制之辨析为视角”,《证券市场导报》2012年第5期;马洪雨、蒋学跃:“美国储架注册发行制度变迁及借鉴”,《证券市场导报》2012年第9期;王啸:“试析注册制改革:基于问题导向的思辨与探索”,《证券市场导报》2013年第12期;时晋、曾斌:“发审委制度的困境与反思”,《证券市场导报》2012年第6期;梁清华:“美国私募注册豁免制度的演变及其启示兼论中国合格投资者制度的构建”,《法商研究》2013年第5期。

[24] 如刘道云:“券商视角的证券立法缺陷及其完善”,《上海金融》2012年第1期;季松、叶蜀君:“重新构建证券投资咨询业务法律体系研究”,《证券市场导报》2013年第5期;王彬:“美国金融中介利益冲突法律规制演变及启示”,《证券市场导报》2013年第6期。

[25] 如薛培、曹坚:“非法代理境外黄金期货交易行为之性质认定”,《法学》2013年第11期;王萌洁:“金融衍生品法律风险及其防范”,《金融论坛》2013年第12期;朱绵茂:“我国股指期货的主要风险及其法律对策”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2012年第7期。

[26] 如袁达松:“对影子银行加强监管的国际金融法制改革”,《法学研究》2012年第2期;齐萌:“后危机时代影子银行监管的国际金融法制变革”,《财经科学》2013年第4期。

[27] 如姚海放:“网络平台借贷的金融法规制路径”,《法学家》2013年第5期;冯果、蒋莎莎:“论我国P2P网络贷款平台的异化及其监管”,《法商研究》2013年第5期。

[28] 如冯果、袁康康:“从法律赋能到金融公平——收入分配调整与市场深化下金融法的新进路”,《法学评论》2012年第4期;黄韬:“金融抑制”的法律镜像及其变革中国金融市场现实问题的制度思考”,《财经科学》2013年第8期。

效公平分配的问题上,^[29]以及如何维护金融消费者权益^[30]的问题上着墨较多。而一直备受关注的商业银行公司治理及监管问题、^[31]民间融资问题^[32]及资产证券化问题^[33]虽然文献产出较多,但有突出贡献的亮点文章却呈现较少。与此前相同,保险法仅寥寥几篇文章,^[34]继续成为金融法研究中的冷门。

竞争法领域的学术研究,单从论文数量来看,与价格相关的反垄断法律问题,如价格垄断、^[35]价格歧视与价格挤压、^[36]转售价格维持等,^[37]似乎成了学界“宠儿”,近乎六分之一的竞争法论文以此为研究主题。然而,当课题组结合论文的研究深度、广度等因素,再对这近六分之一的论文进行考察时,发现其中具有突出贡献的论文极少。诸如此类在数量上占优势、

[29] 如田春雷:“金融资源公平配置的法学分析兼论中国金融法的新价值”,《法学评论》2013年第3期;张书清:“金融公正理念的法学阐释”,《现代法学》2012年第4期;田春雷:“金融资源公平配置与金融监管法律制度的完善”,《法学杂志》2012年第4期;谈李荣:“农村民间经济法律规制的异化、变迁与边界以‘法律与金融’为视角”,《财经科学》2012年第11期。

[30] 如杨东:“论金融法的重构”,《清华法学》2013年第4期;廖凡:“金融消费者的概念和范围:一个比较法的视角”,《环球法律评论》2012年第4期;马建威:“金融消费者法律保护:以金融监管体制改革为背景”,《政法论坛》2013年第6期;顾肖荣、陈玲:“试论金融消费者保护标准和程序的基本法律问题”,《政治与法律》2012年第6期;邓钢:“金融消费者保护体制及其相关问题”,《法学杂志》2012年第5期;李仁真、周忆:“金融消费者保护与国际金融监管法制的变革”,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2013年第6期;温信祥:“日本金融消费者保护制度及其启示”,《金融论坛》2012年第11期;王斐民、樊富强:“金融消费者:界定标准与立法确认”,《首都师范大学学报(社会科学版)》2013年第6期。

[31] 如管斌:“商业银行法律风险的产生及其规制——以英国北岩银行危机为分析蓝本”,《法商研究》2012年第5期;胡艳香、毛勇:“商业银行并购的法律性质及其制度完善”,《法学杂志》2012年第7期;焦海涛:“银行暴利的法律控制:放松管制而非反垄断”,《法学论坛》2013年第2期;李安安:“银行危机处置程序中的问责制研究——以银行监管治理为视角”,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2012年第6期。

[32] 如杨积堂:“民间资本运行的危机透视与法制思考”,《法学杂志》2012年第1期;李有星、范俊浩:“论非法集资概念的逻辑演进及展望”,《社会科学》2012年第10期。

[33] 如徐海燕:“资产证券化中的超额担保制度研究”,《法学论坛》2012年第1期;叶敏:“文化资产证券化的法律保障措施研究”,《财贸研究》2012年第4期;吕凯:“信贷资产证券化风险自留新规的评析与改进”,《证券市场导报》2013年第7期。

[34] 如陈运来、王伟:“农业保险优惠贷款主体资格辨析”,《法学评论》2012年第2期。

[35] 李昊:“对液晶面板价格垄断案处罚情况的比较研究”,《价格理论与实践》2013年第1期;吴东美:“液晶面板价格垄断案法律适用问题分析”,《价格理论与实践》2013年第10期;黄勇、刘燕南:“《价格法》与《反垄断法》关系的再认识以及执法协调”,《价格理论与实践》2013年第4期。

[36] 王晓晔:“中国电信、中国联通涉嫌垄断案的再思考”,《交大法学》2013年第2期;丁国峰:“电信业滥用市场支配地位的法律规制——以电信联通涉嫌垄断为例”,《江淮论坛》2012年第3期;易芳、龚炯:“论价格挤压行为的反垄断分析思路”,《价格理论与实践》2012年第1期。

[37] 李剑:“出版物多样性保护与反垄断法的转售价格维持规制”,《中外法学》2013年第2期;刘蔚文:“美国控制转售价格判例的演进及其启示”,《华东政法大学学报》2012年第1期;张骏:“完善转售价格维持反垄断法规制的路径选择”,《法学》2013年第2期;王中美:“网络销售的价格竞争与反垄断问题——以美国电子书案为例”,《价格理论与实践》2013年第6期;黄勇:“价格转售维持协议的执法分析路径探讨”,《价格理论与实践》2012年第12期。

质量上表现平平的研究主题,除了价格相关的问题,还有反不正当竞争法相关研究、^{〔38〕}反垄断执法制度(包括承诺制度、宽恕制度等)研究、^{〔39〕}经营者集中相关研究等。^{〔40〕}当然,这里无意否定与此相关的所有研究,只是说这些基数相对较大的研究中,贡献突出的论文所占比例相对较小。结合论文的创见与贡献水平,有关反垄断执法机构权力配置、^{〔41〕}反垄断法价值与目标、^{〔42〕}特殊行业的规制与反垄断法适用、^{〔43〕}互联网行业相关市场界定、^{〔44〕}以及反垄断诉讼

〔38〕 黄娟:“《反不正当竞争法》中的一般条款研究”,《山东社会科学》2013年第1期;陈爱华:“日本关于侵犯商业秘密行为的认定”,《知识产权》2013年第7期。

〔39〕 游钰:“论反垄断执法协商的程序约束”,《法学评论》2013年第4期;焦海涛:“我国经营者承诺制度的适用与完善”,《当代法学》2012年第2期;殷继国:“论欧盟经营者承诺制度及其实践”,《价格理论与实践》2013年第4期;倪娜:“论核心卡特尔宽恕制度及我国相关制度的完善”,《广东社会科学》2012年第6期;黄勇、刘燕南:“反垄断行政执法立案前调查和评估程序初探”,《价格理论与实践》2013年第3期;周琳静、殷继国:“误读与澄清:反垄断执法和解制度之本相追问”,《东北大学学报(社会科学版)》2012年第1期。

〔40〕 张东:“经营者集中申报前商谈制度比较研究”,《比较法研究》2013年第5期;江山、黄勇:“论中国企业联营的经营者集中控制”,《法学杂志》2012年第10期;李青:“论经营者集中救济中的资产剥离机制——以欧盟《可接受救济通告》为中心”,《学海》2012年第2期;丁茂中:“论资产剥离在反垄断法中的运行轨制”,《广东社会科学》2012年第2期;李小明、吴倩:“论美国反托拉斯法之企业拆分制度”,《湖南大学学报(社会科学版)》2012年第1期;李俊峰:“论不特定第三人对企业合并反垄断审查的参与权”,《云南师范大学学报(哲学社会科学版)》2012年第6期;孙晋:“企业纵向合并的反垄断法问题初探”,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2012年第2期。

〔41〕 王健:“权力共享制抑或权力独享制——我国反垄断执法机关权力配置模式及解决方案”,《政法论坛》2012年第3期;刘旭:“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”,载漆多俊主编:《经济法论丛(总第24卷)》,法律出版社2013年版。

〔42〕 叶卫平:“反垄断法的价值构造”,《中国法学》2012年第3期;张永忠:“反垄断法中的消费者福利标准:理论确证与法律适用”,《政法论坛》2013年第3期;陈兵:“现代反垄断法语境中的消费者保护”,《上海财经大学学报》2013年第5期;王红霞、李国海:“‘竞争权’驳论——兼论竞争法的利益保护观”,《法学评论》2012年第4期;李剑、王茜:“论反垄断法在市场经济中的价值意蕴”,《当代法学》2012年第5期;王晓晔:“反垄断法是维护公平自由竞争的利器”,《价格理论与实践》2013年第1期。

〔43〕 何勇健:“打破电力体制改革僵局的几点思考——兼论消除电网垄断权力的路径选择”,《价格理论与实践》2012年第5期;徐晓松:“论垄断国有企业监管法律制度框架的重构”,《政治与法律》2012年第1期;吴汉洪、姜艳庆:“对中国银行业反垄断问题的思考”,《经济学动态》2012年第11期;焦海涛:“银行暴利的法律控制:放松管理而非反垄断”,《华东政法大学学报》2013年第2期;王先林:“我国反垄断法适用于知识产权领域的再思考”,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学版)》2013年第1期;郑友德、李薇薇:“‘漂绿营销’的法律规制”,《法学》2012年第1期;刘丽娟:“论知识产权法与反不正当竞争法的适用关系”,《知识产权》2012年第1期;吴汉东:“论反不正当竞争中的知识产权问题”,《现代法学》2013年第1期。

〔44〕 蒋岩波:“互联网产业中相关市场界定的司法困境与出路——基于双边市场条件”,《法学家》2012年第6期;焦海涛:“论互联网行业反垄断执法的谦抑性——以市场支配地位滥用行为规制为中心”,《交大法学》2013年第2期。

与责任承担等方面的问题,^[45]构成当前竞争法学科关注的相对前沿的问题。

二、贡献研究和亮点论文

(一) 总论

在经济法总论研究方面,突出的理论贡献不多,但也不乏值得一提的亮点论文。李友根尖锐而不无深刻地指出经济法学界对时政话语热点的跟进,存在着标签式、嫁接式等功利性问题,难以对经济法的发展起到真正的推动作用,也不易起到对重大现实问题的回应作用,试图警醒此类研究应坚持独立性与学术性,克制功利性追求。^[46]李友根近几年专注于运用案例研究的方法来拓深具体制度研究,发表了数篇在细致度和论证力上均值得称道的佳作,这样的研究路径为其反省经济法学研究的诸多乱象奠定了良好的基础。

关于经济法学研究方法论的两篇论文,作为对当下研究方法通病的揭蔽,堪为学者们自省的镜鉴。李昌庚对经济法学研究方法中的两大误区提出了批评,一是以炫耀而非解决问题的心态植入经济学、管理学知识,二是片面强调回归传统法学分析方法。该文切中肯綮,指出经济法学之所以陷入此种困境,部分是受经济学帝国主义侵蚀;部分是受大陆法概念法学影响,强调部门法划分的绝对性。^[47]李国海的论文试图回答一个有意思的问题:为何经济法学界内部对法学研究持肯定态度,但其他部门法学者却认为经济法学无所作为?^[48]该文以一种温和委婉的方式,对经济法学研究的“务虚”现象提出了批评。在中国,经济法学作为部门法的地位和调整范围问题已经基本解决,踏踏实实做点具体问题的研究,切实做到言之有物,方能成为经济法学自命为独立学科的自身根本;否则,辩论的胜利、单纯的口舌之争纵然占得一时上风,仍然无法掩盖实质内容上的贫乏。学术研究方法和基本理论本无不可逾越的门派界限,其取舍最终决定于研究对象的本质。

作为不拘泥于法律经济学的技术性手段,坚持法学立足点的范例,简资修分析了科斯定理中的法学意义,批驳了学界此前存在的误解,认为科斯的比较制度以系统全部的成本基础而非部分成本,作为市场交易基础的明晰财产权,不能靠独立个案裁决而必须靠法律规范的系统性;对个案事实无巨细地进行成本效益分析,违反了法律规范系统的安定性,不仅不符合科

[45] 万宗瓚:“论反垄断私人诉讼中原告资格的扩张——基于域外经验的法律借鉴”,《东南学术》2013年第1期;符颖:“纵向垄断协议的诉讼资格及证明责任——‘北京锐邦涌和科贸有限公司诉强生(中国)医疗器材有限公司案’评析”,《交大法学》2013年第2期;丁国峰:“我国反垄断法律责任体系的完善和适用”,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2012年第2期;黄勇、刘燕南:“垄断违法行为行政罚款计算标准研究”,《价格理论与实践》2013年第8期。

[46] 李友根:“论时政话语的经济法学研究——以‘包容性发展’为例”,《现代法学》2013年第1期。

[47] 李昌庚:“走出经济法学方法论误区”,载漆多俊主编:《经济法论丛(总第22卷)》,武汉大学出版社2012年版。

[48] 李国海:“论中国经济法学的价值”,载漆多俊主编:《经济法论丛(总第25卷)》,法律出版社2013年版。

斯的本意,而且重新跌入庇古的彀中。〔49〕

经济法在某种意义上可被认为是“凝固的政策”,并且法律与政策的关系在中国语境下更是一个纠结在传统体制与现代治理之间的一个复杂问题。邢会强以经济法为例,提出当前我国法律体系存在的“空洞化”现象与趋势,继而指出要克服法律工具主义和虚无主义的认识,加快向“法律主治”转型。〔50〕

此外,从具体制度研究中提炼基本理论的总论研究范式在2012—2013年仍然再接再厉,而且产生了少数佳作。米运生、董杰、陈勋从规制的成本收益角度分析了农村正规金融市场难以建立的原因,把农民贷款难问题归结为监管者以最小成本获取“金融安全”而付出的代价;从公共产品提供的联邦主义视角出发,该文认为农业生产及内生于农村的金融市场的区域性与中央集权监管体制下受规制服务的标准化相冲突,主张以县域为监管范围,下放监管权。〔51〕赵骏、范良聪以博弈论中的激励相容理论为工具,具体分析了房屋征收补偿过程中的各方博弈,对于征收补偿定价问题进行了细致分析,尽管其健全第三方评估市场的结论仍然流于程序性控制,缺乏实质性标准,但其视角和研究方法仍然值得提倡。〔52〕胡元聪、王楠分析了农业负外部性的具体表现和制度解决路径,指出经济法规制最终要落实于具体产业,需要深入各产业内部进行研究。〔53〕尽管该文选择的视角稍显宏大,超出了论文实质内容的承载范围,但作为一种有益尝试,仍值得借鉴。

规制的成本收益分析、博弈论中的激励相容理论、负外部性的法律规制等,都是运用经济学理论开展经济法学研究的典型范例。需要指出的是,经济法学研究的基本立场应当是法学,而经济学理论如何恰当地用于法学研究,至今仍然是个见仁见智的问题。

(二)企业公司法

企业公司法是经济法学学科中发展相对成熟的部门法,学界的研究较为全面且深入,特别是关于具体规则的阐释剖析、制度改革措施的探索等,不乏资料详实、视角新颖、研究方法独特的佳作。也正是由于研究的全面与深入程度,决定了企业公司法领域的论文要从诸多优秀论文中脱颖而出、被学界普遍认可为具有实质性创见或突出贡献的研究成果,面临着更大挑战。

史际春从“营利性”的概念着手,提出营利或营利性的认定应当以企业的举办者或出资者、股东是否为了获取利润而投资经营并依法从所投资企业获取资本收益为标准,强调资本是股东或出资者营利的根源。依据此项认定标准,国有资本在法律上、形式上具有营利性,但在实质上,由于国有资本所营之利是用于为社会福利和公共善治提供物质基础,弥补私人资本的弊端,具有非营利的公益性质,可称为“准”营利性。国有资本的“准”营利性,决定了国有资本只与私人资本争利,而不会与“民”争利。史际春进一步指出,以举办者或出资者、股东能否取利

〔49〕 简资修:“科斯经济学的法学意义”,《中外法学》2012年第1期。

〔50〕 邢会强:“政策增长与法律空洞化——以经济法为例的观察”,《法制与社会发展》2012年第3期。

〔51〕 米运生、董杰、陈勋:“规制失灵与农村金融市场的双重迷失:法哲学——经济学的视角”,《经济评论》2012年第4期。

〔52〕 赵骏、范良聪:“补偿博弈与第三方评估”,《法学研究》2012年第3期。

〔53〕 胡元聪、王楠:“包容性增长理念下农业负外部性解决的经济法分析”,《法学评论》2013年第5期。

作为判断“营利性”的标准,将有助于非营利组织的发展,进而推动社会事业的发展。〔54〕

邓峰基于对既有理论研究的分析,指出董事会在公司进化的不同阶段及不同立法例中,分别存在立法者、司法者、监督者、战略管理、关系投资者战略联盟和制约霸权等不同的定位和职能,这种定位和职能与如何理解公司的本质相结合,董事会的行事方式则与历史进化中的政治特点紧密联系。在此基础上,邓峰对中国公司法上股东会——董事会的权力分配模式进行实证法考察,提出中国法上的股东会和董事会关系实质上模仿了全国人民代表大会和常务委员会的关系。受到股东本位倾向的影响,中国法上的董事会角色不清、定位不明,其职能与责任不相匹配,虽然与中国宪政制度相符,却不足以回应商业现实需要。〔55〕

蒋大兴基于对“两步上市结构”引发的上市包装、纠纷隐藏、PE 腐败、融资成本增加等问题的实证分析,指出改制上市背后隐藏着公开公司是证券市场最佳融资者的“沉默理性”,以规模更大、运行更规范的股份公司作为有限公司上市改制目标,实则是以公司组织形态为标准配置公开融资的权利。在此结论基础上,蒋大兴进一步从资金融出方、资金融入方以及资金监管方等主体的视角,以效率与安全为标准,分析融资权利的配置标准,提出根据“好项目”而非“好的公司组织形态”配置融资权利,将更有利于公平地实现“企业的发展权”。〔56〕

海富案引发的对赌协议争议是近年来的一个热点问题。张先中从公司法资本规制的角度对私募股权投资中对赌协议合法性问题进行深入分析。他比较了英美国家私募股权投资中估值调整的各种机制,其中投资人与公司对赌的安排无一不受到资本维持原则的约束。在此基础上,张文讨论了在我国《公司法》语境下投资人与公司对赌的若干可能途径及其潜在成本与障碍,清晰地展现了最高法院海富案终审判决中说理的匮乏以及引申的结论——“与公司对赌无效”——之荒谬,对这一问题作出了较有深度的探索。〔57〕

(三) 财税法

在财税法学研究中,围绕某个制度、某部法律乃至某项具体机制的讨论固然颇具现实功用,而着力于基础理论的论文却更加难能可贵。它们致力于探索财税法的深层价值和基本原则,指引着各个财税法制度分支的建构思路、研究范式和完善方向,并具有突出的理论价值且更富有生命力。刘剑文认为,财税法治是“大国之道”,他在多篇论文中指出,财税法是一门综合性法律学科,应当将其定位为公共财产法、纳税人权利保障法、收入分配正义之法,进而提出,财税法需要着重处理好国家与纳税人、立法机关与行政机关、中央与地方等三重主干的权力(利)关系这一命题,并应将权力制衡、维护人权、公平平等、民主参与、财政自治等理念融贯

〔54〕 史际春:“论营利性”,《法学家》2013年第3期。

〔55〕 邓峰:“中国法上董事会的角色、职能及思想渊源:实证法的考察”,《中国法学》2013年第3期。

〔56〕 蒋大兴:“公司组织形态与证券(融资)权利——摒弃有限公司‘改制上市’的法律习规”,《现代法学》2013年第1期。

〔57〕 张先中:“私募股权投资中估值调整机制研究——以我国《公司法》资本规制为视角”,《法学论坛》2013年第5期。

思维之中。^[58]这种以学科定位和理论建构为使命的研究路径,对拓展财税法学研究的理论深度颇有助益,而且,对财税法制度建设的实践意义也是极为突出的。

徐键重新识别了我国地方财政自主权的性质问题,揭示了其在规范内外不同的权力生长与存续机理。地方财政自主权由法定的“规范权力”和诸多作为事实效果的“事实权力”交织而成,前者具体表现为“法律规范内生”的财政自主权、“形式合法实现特定领域内事实权力的法化”、宪法惯例中的财政自主权、社会变迁中的财政自主权等四种样态,后者则是非正式制度下的政治性妥协的产物。超越法律规范之上的财政自主权终将导致法治秩序崩裂,鉴于此,地方财政自主权必须在规范主义的立场上循序形成。^[59]地方财政自主权一直是财税法总论研究中的重要论题和重大难题,该文对此进行规范性研究是非常值得肯定的。

张守文以我国增值税的几次立法试点为例,以税法的三大基本原则为标准,全面解析了税收立法中长期、大量、频繁采用的“试点模式”的共通性问题。虽然“试点模式”以往通行具有必要性,但其存在合法性和合理性的不足。税收立法“试点”应防止带来新的不公平,并应符合经济效率原则和行政效率原则的要求。在税法原理和制度已较清晰的形势下,应当强调构建稳定、统一的制度框架,不能将“试点”常态化。^[60]长期以来,税制改革不仅左右着税法规范的改进方向,而且主导着税法理论的研究热点,该文的研究不拘泥于解释性研究的传统路径,而试图将试点模式这一现实问题的研究提炼到基础理论的层次。

叶姗通过回顾我国个人股东股票转让所得税规则经历的“征税—暂免征收—部分恢复征收—返还部分税收”变迁过程,以小见大地剖析了其折射出的税收减免权在中央财税主管部门与地方政府之间的分配及冲突问题,也即“斜向府际税收竞争”。作者将不合理的斜向府际税收竞争归因于“财政分权不尽规范”和“规则设计不甚合理”,进而提出两方面的法律规制建议,包括加强税收立法的妥当安排以避免发生税收竞争、引入司法机制审查税收规范性文件的合法性以解决已经发生的税收竞争。^[61]近年来,对于政府间税收竞争的研究始终保持一定的热度,但是,其形成原因和解决路径等还尚待深入研究,该文的理论贡献可以想见。

陈治总结了民生财政在实践中形成的几种模式及其可能的融合方式,根据观念基础、表现内容和权限配置的不同,将民生财政高度概括为行政主导式、民主参与式、法律保障式、市场激励式四种典型模式,分别阐明其特征、优缺点和改进方向。从民生财政的未来发展路径看,建议构建一种“依托于法治同时融合多种实现机制所长”的“混合兼容式”新型模式,即在法治保

[58] 刘剑文:“财税法治的破局与立势——一种以关系平衡为核心的治国之路”,《清华法学》2013年第5期;刘剑文:“我国财税法治建设的破局之路——困境与路径之审思”,《现代法学》2013年第3期;刘剑文:“公共财政与财税法律制度的构建”,《政法论丛》2012年第2期;刘剑文:“作为综合性法律学科的财税法学——一门新兴法律学科的进化与变迁”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2013年第5期。

[59] 徐键:“分权改革背景下的地方财政自主权”,《法学研究》2012年第3期。

[60] 张守文:“我国税收立法的‘试点模式’——以增值税立法‘试点’为例”,《法学》2013年第4期。

[61] 叶姗:“斜向府际税收竞争的法律规制——以股票转让所得税规则的变迁为对象”,《法学家》2012年第3期。

障的前提下,吸纳行政主导式的灵活性、民主参与式的程序性和市场激励式的绩效性。^[62]这几年,建设型财政转向民生型财政堪称具有深远意义的重大转折,对民生型财政进行理论研究的必要性可想而知,该文对民生型财政的针对性研究是值得褒奖的。

(四)金融法

金融市场被公认为市场创新的最前沿,金融法相应地是最需要有效回应市场实践、及时解决问题,特别是需要将问题解决“干净”的领域。不论是域外的金融危机、还是中国资本市场的快速发展,都要求学者深入市场实践做细致入微的观察,对所研究问题抽丝剥茧,还原为法律层面的基本要素,在提供法律视角的监管对策的同时,进一步提炼出金融法特有的逻辑、规则与理论。金融市场的全球化也推动国内金融法学研究在一定程度上或者一定范围内开始与域外发达国家的学术思考同步。

周仲飞从全球金融危机后二十国集团峰会对金融监管标准的制定和实施的最新进展出发,提出了“全球金融法”的概念。长期以来,金融监管领域一直存在着监管标准如何从行业共识上升为法律规范的困惑,围绕着银行资本充足率的争议就是一个典型的例子。在国际层面,伴随着金融全球化的是金融监管标准的有专业性但无强制约束力的尴尬境遇。因此,传统理论将金融监管标准视为软法,尽管“软法亦法”。周文论证了二十国集团峰会确认的国际金融监管标准因国家意志性、正当性和强制性而使得其具有了法的特征,并探讨了全球金融治理体系的整体性分析框架。这也代表了中国学者对于全球金融法格局的最新思考。^[63]

陈甦、陈洁通过考察我国历次证券法的主要修订方案及现行证券法的功效,指出证券法的建构理念决定了证券法的结构功能,行政管控与市场机制的关系是证券法建构理念选择的核心范畴,因而科学的界定证券市场的法律边界尤为重要。在上述分析的基础上,作者提出两条证券法修改的路径,一种是以技术完善为指导的集中力量“打制度补丁”的修改方式,一种是在立法理念转换的基础上的修订方式。在历史维度的考察中,作者认为应在后一种修订的路径上对证券法进行重构修订。^[64]历史考察的分析进路以及对市场、法律、监管机制的多方面分析,使得该文在围绕着《证券法》的修订的理论纷争中有一种方向性的引领效果。

证券交易市场制度长期以来不太为学界重视,而顾功耘关注到了证券异常交易这一现象。作者从比较法的视角出发,对各国交易异常处理制度进行了翔实的介绍。同时他结合了我国现有的监管框架和市场情况,对交易异常的制度架构作了具有可行性的立法建议。^[65]此后发生的光大乌龙指事件及其引发的争议,也印证了该研究的重要意义。

在证券内幕交易的规制领域,傅穹、曹理描述了以美国、欧盟为代表的内幕交易管制的两条不同路径。他们从制度背后立法理念的差异入手,深入分析了不同监管路径各自的特征与利弊,并以此为参照剖析我国内幕交易的认定标准、责任设置等制度要素,其间自然地回

[62] 陈治:“论民生财政的实践模式、路径选择与法治保障”,《法商研究》2013年第6期。

[63] 周仲飞:“全球金融法的诞生”,《法学研究》2013年第5期。

[64] 陈甦、陈洁:“证券法的功效分析与重构思路”,《环球法律评论》2012年第5期。

[65] 顾功耘:“证券交易异常情况处置的制度完善”,《中国法学》2012年第2期。

应了我国目前内部交易制度的缺陷和不足,有理有据,避免了空泛的论述,作者引用大量的国内案例也增添了论文的说服力和现实意义。〔66〕

郭雳延续了此前在证券中介机构和自律组织方面的既有研究,以实证问卷为基础,梳理了证券律师存在的委托人利益与社会公众利益相冲突的问题、证券法律服务行业的功能定位和执业规范差异较为明显的问题以及美国证券律师监管转变的情况。在分析了全球主要监管机构对证券律师的执业规范和功能定位后,提出证券律师发展的出路在于:准入市场化、职责明晰化、执业规范化以及功能专业化。〔67〕在IPO停摆后,证券律师与会计师及保荐人同为市场的看门人,如何定位其角色和功能,规范其执业成为迫切而有现实意义的学术问题。本文无疑对上述问题作出了较好的回答,丰富了证券领域的学术研究。

在金融衍生交易规制方面,刘燕、楼建波总结了他们之前的一系列研究成果,以“合同”为中心构筑了一个完整的衍生交易法律问题分析框架。作者通过还原衍生交易市场规则背后的法律逻辑,指出衍生工具的本质是合同,其特征为“当前订约、未来履行”,这使它有别于传统民商法处理的合同类型,具有了“可定价”、“易转让”的特点,从而将一纸法律合同转化为金融商品。基于未来的不确定性,衍生工具内在地隐含“赌博合同”、“情势变更”等法律争议;同时,为应对此种合同的履行风险所产生的法律安排构成了衍生交易特有的规则,包括信用风险控制、特殊的合同终止安排等,具体体现为场内的期货交易规则与场外的主协议体系,二者具有同等的法律功能。在此基础上,作者进一步区分了合同订立层面、监管层面以及在公司法等不同领域运用衍生交易所产生的问题。〔68〕该文所构建的金融衍生交易法律分析框架已经在相关监管部门与司法实践中得到了广泛的认可与应用。

(五)竞争法

学界关于竞争法的研究随着执法、司法实践的积累而逐步深入,以更新颖的视角、更深入的思考探讨传统的竞争法具体制度问题。李剑采用行为经济学分析方法考察了建议零售价对消费者决策的影响,发现建议零售价虽无强制力,但很可能对消费者最终决策产生实质性影响,达到与固定转售价格维持、最高转售价格维持类似的效果,主张对建议零售价的规制应超越协议的视角,纳入转售价格维持的规制体系。〔69〕李友根关于商标侵权行为定性的研究,基于商标侵权与不正当竞争案例的整理,着重分析了消费者特别注意对不正当竞争行为认定的影响,认为司法裁判在判断不正当竞争行为时,应放松对其他经营者合法权益是否受到侵犯这一要件的认定,将重点放在行为人“吸引消费者”的主观意图与客观效果的考察上。〔70〕两篇论文的分析视角突显了消费者福利在竞争法执法、司法过程中的重要意义,问题意识值得肯

〔66〕 傅穹、曹理:“禁止内幕交易立法理念转换及其体系效应——从反欺诈到市场诚信”,《法律科学》2013年第6期

〔67〕 郭雳:“我国证券律师业的发展出路与规范建议”,《法学》2012年第4期。

〔68〕 刘燕、楼建波:“金融衍生交易的法律解释——以合同为中心”,《法学研究》2012年第1期。

〔69〕 李剑:“消费者价格决策方式与建议零售价的法律规制”,《法商研究》2012年第1期。

〔70〕 李友根:“论消费者在不正当竞争判断中的作用——基于商标侵权与不正当竞争案的整理与研究”,《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学版)》2013年第1期。

定。围绕反垄断法案件处理的基本思路问题,刘继峰全面深入地探讨了反垄断法益分析方法的建构,主张社会公共利益作为反垄断法保护的法益,包括客观公益和主观公益,法律应尊重和支持具有“质优”、“量广”特性的公益,基于这一前提建构的反垄断法益分析方法有助于提升反垄断法运行效率,提高反垄断案件处理结论的专业性、权威性。^[71]关于竞争法的价值目标,蒋舸从反不正当竞争法一般条款的解读着手,深入分析了竞争秩序道德化问题,强调竞争行为正当性的判断不宜将道德作为终极标准,应当尊重法律文本以竞争规律为视角、更多从市场结构而非道德角度评判竞争行为的本意。^[72]该文深刻剖析了中国竞争法执法、司法乃至学术研究中普遍存在的泛道德化问题,对竞争法的进一步发展具有重要意义。

三、具体制度的新扩展

(一)总论

在经济法的基本原则、权义结构、市场规制原理、公共商事原理,以及经济法的理论沿革与制度变迁等方面,2012—2013年的论文均有所涉及和拓展。其中,尤以经济法本体论、价值论的研究最为丰富。作为经济法总论的传统研究热点,关于经济法理念、价值和基本原则的论文,既有基于纯粹理论角度的讨论,^[73]也有从现实问题入手的分析。^[74]其次,随着对政府和市场关系认识渐趋深刻、体制机制不断调整,以及公共商事领域的改革风向,关于政府经济规制转型和公共事业运营模式等现实热点问题,继续吸引着学者们的注意力。^[75]再次,经济法的法律关系构造,包括主体理论、行为范畴、权义结构等仍颇受关注,一些学者对“社会中间层”作为独立的经济法主体提出质疑,而另有论文强调应正确识别社会组织的权力与权利,从而形成“国家一个人”二元对立和“国家—组织一个人”三元结构的交锋。^[76]复次,经济法的责任

[71] 刘继峰:“反垄断法益分析方法的建构及其运用”,《中国法学》2012年第3期。

[72] 蒋舸:“关于竞争行为正当性评判泛道德化之反思”,《现代法学》2013年第6期。

[73] 张东:“分配正义与收益公正分配”,《法学论坛》2012年第1期;宋玉霞:“经济法理念发展需要中国哲学思想的推进”,《法学论坛》2013年第1期。

[74] 胡元聪、王楠:“包容性增长理念下农业负外部性解决的经济法分析”,《法学评论》2013年第5期;漆丹、周战超:“风险社会视阈下经济法的价值与原则——对国际金融危机国家调节的反思”,载漆多俊主编:《经济法论丛(总第23卷)》,法律出版社2012年版。冯辉:“经济法实现‘收入增长计划’的理念和对策研究”,《法商研究》2012年第4期。

[75] 薛克鹏:“论政府经济行为的规制——以社会公共利益为视角”,《江西财经大学学报》2013年第6期;米运生、董杰、陈勋:“规制失灵与农村金融市场的双重迷失:法哲学—经济学的视角”,《经济评论》2012年第4期;漆思剑:“国家投资经营法的独立地位再证成——以国家救市为视角”,载漆多俊主编:《经济法论丛(总第24卷)》,法律出版社2013年版。曾鹏:“法治视阈中的公共事业民营化及政府责任”,《贵州社会科学》2012年第5期;赵骏、范良聪:“补偿博弈与第三方评估”,《法学研究》2012年第3期。

[76] 徐澜波:“宏观调控权的法律属性辨析”,《法学》2013年第6期;张继恒:“现代经济法行为范畴的梳理与提炼”,载漆多俊主编:《经济法论丛(总第23卷)》,法律出版社2012年版。张继恒:“社会中间层的经济法主体地位析辩——由‘三元框架’引发的思考”,《法制与社会发展》2012年第6期。

形式和实现机制,仍是触发学者们思考的重要话题。^{〔77〕}此外,蕴含于经济法本身的现代性特质决定了方法论对经济法学研究而言至关重要。一个不同以往的特点是,不少论文开始反思经济法学现有研究方法的弊病,提出了值得研究者内省的批评意见。^{〔78〕}

在宏观调控法方面,岳彩申指出,我国宏观调控制度改革的基本方向是从权力主导型转向法制约束下的民主互动型。在具体制度建设上应考虑塑造新的宏观调控理念,建立公众参与的多元民主互动机制和制定宏观调控基本法。^{〔79〕}黄亮分析了存在于宏观调控领域三大权力冲突表征——冲突部门化、冲突显性化、冲突博弈化——的成因,认为根源于权力诉求、利益通道、政绩表征的部门角色意识的日益扩张,是导致权力冲突的重要原因。该文对政府部门之间利益博弈和权力之争的深入分析,具有现实意义。^{〔80〕}漆丹、周战超以风险社会为背景,重新审视经济法的定位、价值与原则。风险社会的出现,与社会生活公共化程度的提高密不可分,这正是经济法产生的基础,以此视角切入,较为新颖。然而,囿于传统“国家一个人”二元的研究思路,该文未能捕捉到,面临高度不确定和突发的风险,缺乏弹性的政府可能爱莫能助;“强社会”的崛起,社会组织的涌现和共同治理,可能是风险社会的突出特征。^{〔81〕}宏观调控行为的不可诉性是个老话题,邢会强提出宏观调控行为的不可诉性要求发展经济法的追责模式,建立宏观调控复议制度、政治责任制度和经济法上的国家赔偿制度有一定新意。同时,宏观调控决策的程序还需优化,宏观调控权还需要多方面的制约和规范。^{〔82〕}

其他的具体关注点还包括,薛克鹏批驳了将公共商事行为作为单纯的民事行为或行政行为加以规制的传统公私二元思维方式,强调公共商事行为的社会利益取向,反映出对公共商事行为特殊性质和目的的认识逐步深化。同时,该文指出,目前中国缺乏有效的追责机制,议会和法院都缺乏对公共商事行为进行监督的权力或能力。该文对责任追究机制的拷问,指出了现存体制缺陷对经济法进一步发展的束缚。^{〔83〕}责任作为经济法总论的核心范畴,其追究机制,既涉及政治体制上的问题,也涉及由复杂的层次决策机制和难以明辨的因果关系链条等因素导致的责任认定上的困难。关于经济法的责任问题,徐澜波批判性地梳理、分析了有关宏观

〔77〕 刘拥:“经济法责任的实现与公诉权的现代转型”,《法学杂志》2012年第1期;徐澜波:“宏观调控的可诉性之辩”,《法学》2012年第5期;邓纲:“争议与困惑:经济法中的法律责任研究述评”,《现代法学》2012年第1期。

〔78〕 杨松、郭金良:“我国经济法学研究在转型期的反思与发展”,载漆多俊主编:《经济法论丛(总第23卷)》,法律出版社2012年版;李昌庚:“走出经济法学方法论误区”,载漆多俊主编:《经济法论丛(总第22卷)》,武汉大学出版社2012年版;李国海:“论中国经济法学的价值”,载漆多俊主编:《经济法论丛(总第25卷)》,法律出版社2013年版。

〔79〕 岳彩申:“经济发展方式转变中的宏观调控制度转型”,《法商研究》2012年第2期。

〔80〕 黄亮:“论我国宏观调控领域的权力冲突及消解路径”,《新疆社会科学》2013年第2期。

〔81〕 漆丹、周战超:“风险社会视阈下经济法的价值与原则——对国际金融危机国家调节的反思”,载漆多俊主编:《经济法论丛(总第23卷)》,法律出版社2012年版。

〔82〕 邢会强:“宏观调控行为的不可诉性再探”,《法商研究》2012年第5期。

〔83〕 薛克鹏:“论政府经济行为的规制——以社会公共利益为视角”,《江西财经大学学报》2013年第6期。

调控可诉性的各派观点,建议建立宏观调控行为的司法审查。^{〔84〕}邓纲回顾了关于经济法责任的各家学说,脉络较为清晰。该文认为,经济法学在借用传统法律概念术语建立自身的理论体系时,未能清晰地界定新创立的概念术语的准确内涵及其与其他部门法相似概念术语之间的关系,是导致经济法责任研究陷入争议与困惑的重要原因。然而,该文将企业社会责任、缺陷产品召回、惩罚性赔偿、纠正性广告等性质明显不同的“责任”混为一谈,并列为经济法责任的具体形态,似乎落入了自己所批判的弊病里去。^{〔85〕}针对经济上的“社会公共利益”,石英、王勇主张,为解决经济法对公益保护不足的问题,在实体上,由权力机关对公共利益进行类型化;在程序上,构建以公众参与为基础的程序控制规则。^{〔86〕}界定公共利益历来是经济法上的重要命题,该文有待回答的问题是,类型化究竟能在多大程度上逼近社会现实;以程序代替实体的方式除了获取立法的正当性,如何在司法程序中发挥其作用,正当程序能否输出正义价值;如果经济法以程序控制为价值选择机制,如何与公法部门相区分。

(二)企业公司法

关于企业公司法律形态及法律制度变革的研究多推崇回应型法,强调公司形态变革及法律制度变革应满足社会经济发展的现实需要,从而实现公司的“现代化”。蒋大兴、谢飘基于对法律回应力的分析,指出中国公司法的回应力更集中于公司、股东及董事、高管的利益调整,相应地淡化了其他的回应需求。^{〔87〕}部分研究认为公司形态结构或分类模式的改革,能够推动公司法律制度的发展与完善。其中,王保树从公司法律形态结构改革对公司法发展与现代化的意义入手,指出中国现行公司法上存在着结构性问题,即属于封闭公司的有限责任公司未能涵盖发起设立股份有限公司,而股份有限公司却容纳了公开公司和封闭性的发起设立股份有限公司,进而导致规则适用与公司形态不相对应,公司法应整合封闭公司资源,确保同一法律形态的公司适用同样的规则,以促进公司法的现代化。^{〔88〕}顾敏康围绕传统理论中公司区别于合伙企业的五个标志,即公司是法人、股东有限责任、公司双重征税、公司独立行使管理权以及公司行为适用公司法规范,结合相关案例及法律制度进行反思,指出这五个标志已不再是公司的专有特征,原有的公司分类模式可能导致公司在法律适用中面临困惑。^{〔89〕}张力阐述了法人与公司制度的融合及其逻辑循环,指出这种融合可能带来公司异化为新身份格局中的“公司帝国”这一巨大风险,特别是在中国将法人制度与国有企业改革相结合的背景下,产生了更为复杂的“官商公司帝国”,提出中国公司法律制度应针对性地祛除法人制度的极端功利主义成

〔84〕 徐澜波:“宏观调控的可诉性之辩”,《法学》2012年第5期。

〔85〕 邓纲:“争议与困惑:经济法中的法律责任研究述评”,《现代法学》2012年第1期。

〔86〕 石英、王勇:“经济法视野下公共利益保护的法律限度”,《当代法学》2012年第4期。

〔87〕 蒋大兴、谢飘:“公司法规则的回应力——一个政策性的边缘理解”,《法制与社会发展》2012年第3期。

〔88〕 王保树:“公司法律形态结构改革的走向”,《中国法学》2012年第1期。

〔89〕 顾敏康:“反思公司法的几个基石问题”,《法学》2013年第5期。

分,从而重建国有企业承载公共利益的法人制度支持。^[90] 这些研究对中国公司法律制度的进一步完善具有指导意义,但就其理论价值而言,过于关注既有框架中形式层面的问题。

公司特征、目的与能力等传统理论争议问题,仍吸引了部分学者的注意力。黄辉收集了2006—2010年间99个公司法人格否认案例,对涉案公司的类型、股东数量和身份、原告方身份和请求权基础、刺破公司面纱的理由等进行了统计分析,提出中国公司法人格否认制度历史较短,适用范围不宜过宽,现阶段应将请求权主体限于债权人(不包括税务等特殊债务类型),并坚持滥用法人格要件的限制,以免过度适用公司法人格否认制度。^[91] 郭大维在介绍了股东有限责任与揭穿公司面纱原则的理论基础后,进一步结合英美立法例分析揭穿公司面纱原则的发展历程及其具体适用情况,指出揭穿公司面纱原则多以判例法的方式形成,实务中也无统一适用标准,其适用范围也不限于公司法,且适用该原则多限于股东一人或少数人的闭锁性公司及关系企业。在此结论基础上,郭大维对我国台湾地区现行制度中引入揭穿公司面纱原则的必要性、兼容性等予以论述,提出台湾地区应引入该原则以解决公司法人格与股东有限责任遭滥用所衍生的问题,这一论证过程值得借鉴。^[92] 公司目的与能力部分,有关公司担保行为的探讨成为焦点。梁上上认为《公司法》第16条本质上是公司内部的决策形成机制或公司意思形成机制,违反该条款的规定并不直接导致公司担保合同无效,从《公司法》第16条与《合同法》第50条规定的关系来看,公司对外担保合同相对人对董事会决议或股东(大)会决议要承担形式审查义务,这也是认真对待私法自治中经济理性的体现。同时,出于促进交易的考虑,这种形式审查义务可适度从宽解释。^[93] 罗培新基于对50个有限公司作出瑕疵担保决议案例的统计分析,发现相当一部分法院在认定担保无效的同时,又会要求担保方承担清偿责任,且这类裁判多会援引最高法院《担保法司法解释》第7条的规定。围绕这一问题,罗培新对《公司法》第16条的属性予以辨析,指出第16条1款的规定应当是赋权性与强制性相结合的条款,一旦公司担保程序由公司内部要求提升为法律规定,则具有推定公知的属性,担保权人须承担合理审查义务。^[94] 此外,朱广新对法人之权利义务的归属构造问题,在英国、美国、德国和日本等国家的民商事立法中的不同规范模式予以阐述,结合越权代表的效力模式与理论依据分析,提出可通过类推适用无权代理的规定认定相对人恶意时越权代表的效力。^[95] 此类研究在资料、论证等方面有所贡献。

公司社会责任的研究仍是企业公司法研究领域的热点之一,徐强胜、辛世荣认为企业社会

[90] 张力:“法人与公司制度融合风险的法律控制——兼论实现国家公司公益性的法人制度支持”,《现代法学》2013年第2期。

[91] 黄辉:“中国公司法人格否认制度实证研究”,《法学研究》2012年第1期。

[92] 郭大维:“股东有限责任与否认公司法人格理论之调和——台湾引进‘揭穿公司面纱原则’之探讨”,《私法》2013年第2期。

[93] 梁上上:“公司担保合同的相对人审查义务”,《法学》2013年第3期。

[94] 罗培新:“公司担保法律规则的价值冲突与司法考量”,《中外法学》2012年第6期。

[95] 朱广新:“法定代表人的越权代表行为”,《中外法学》2012年第3期。

责任的法律规定和要求强化了公司自治,扩充了管理层决策的考量因素。^[96] 吴飞飞则主张公司社会责任之具体化法律条款,将以道德渗透的形式多重限制公司自治空间,应在保障公司自治前提下,以外在约束而非内在制衡实现公司社会责任。^[97] 钟瑞庆着重分析了公司社会责任的成本承担问题,提出无论是由股东、消费者抑或政府作为公司社会责任成本的最终承担者,都将面临严重的法律目标冲突,应将公司社会责任转化为个人责任,通过个人慈善和非营利组织的扩展来实现。^[98] 王崇敏、马建兵指出公司社会责任是职工民主管理的思想渊源之一,但却对职工管理关注的专注程度不够,很难针对职工特点抽象出一般原理指导职工管理公司的实践。^[99] 这类研究仍侧重于公司、政府与社会关系的理论解释,并未突破原有框架。

贯穿公司由“生”到“死”整个过程的制度研究,如公司基于出资而诞生阶段的资本制度相关问题、股东基于出资享有的权利及其转让相关问题、公司成长阶段的融资与并购问题、公司渐趋衰落阶段的破产重整问题、^[100]与公司死亡阶段的解散问题,^[101]乃至“休眠”或死亡后的“后公司义务”问题,^[102]等等,在企业公司法研究总量中所占比重相当大。如果再将与公司治理存在交叉的股东权利行使与救济相关问题的研究计算在内,则这部分研究的数量几乎占到企业公司法研究总量的一半,其中,与公司资本/资产相关的研究,包括出资形式、隐名/瑕疵出资、融资与并购等问题的研究,又是其主要组成部分,一定程度上体现了中国公司法律制度以资本为中心的特征。胡吕银以现代物权思维解析公司财产权利结构,提出股东对企业的投资或出资是股东财产形态的转换而非所有权的转移,股权不仅是所有权,而且是按份共有,股东与公司的“所有权—经营权”基本结构、股东会与董事会的“所有权—经营权”内部结构以及公

[96] 徐强胜、辛世荣:“公司自治与企业社会责任——关于公司法企业社会责任规范的功能与适用”,《法学杂志》2013年第5期。

[97] 吴飞飞:“公司自治与公司社会责任的公司法困境”,《北京理工大学学报(社会科学版)》2013年第2期。

[98] 钟瑞庆:“法律视野下公司社会责任的成本承担”,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2013年第1期。

[99] 王崇敏、马建兵:“公司社会责任思想在职工民主管理中的理论意义及实践”,《法学论坛》2012年第1期。

[100] 如陶蛟龙、史和新:“关联公司合并破产重整若干法律问题研究——以纵横集团‘1+5’公司合并重整案件为视角”,《政治与法律》2012年第2期;王佐发:“上市公司重整中对债权人强裁的公平原则”,《政治与法律》2013年第2期;叶兵兵:“再话‘郑百文’——以破产重整制度为视角”,《金融法苑》2012年总84辑;关涵之:“困境企业启动破产重组程序的原因分析——基于与庭外重组、破产清算的比较”,《金融法苑》2012年总84辑。

[101] 如张学文:“市场理性与法院自制——公司裁判解散的实证研究”,《法学评论》2012年第1期;赵渊:“我国公司解散请求权与英国‘不公平妨碍’诉讼之比较”,《法学评论》2012年第4期;王瑞、丛奔:“企业维持原则在解散公司之诉中的体现——以《新公司法司法解释二》为视角”,《法学杂志》2012年第2期。

[102] 如蔡秉坤:“类型化视域下休眠公司界定及其法律地位探析”,《甘肃社会科学》2013年第2期;肖文荣:“论休眠公司债权人利益保护制度构建”,《求索》2013年第1期;王雪丹:“‘后公司义务’的法律建构”,《华南师范大学学报(社会科学版)》2013年第2期;赵峰:“论西方国家公司终止后责任主体保留制度及启示”,《现代经济探讨》2013年第6期。

司与第三人的“所有权—非物权”外部结构,不过是公司财产权利结构多重性的体现。^[103] 郭雳基于对《公司法司法解释(三)》的解读,指出该司法解释对中国公司资本制度的最新发展主要体现为资本信用理念的强化,且其提供的部分救济措施并不实用,与《公司法》存在体系冲突、制度摩擦的可能。^[104] 胡晓静、崔志伟肯定了《公司法司法解释(三)》关于有限责任公司隐名出资的相关规定,对于解决司法实践中隐名股东资格确认纠纷以及名义股东股权转让纠纷,具有积极的现实意义。^[105] 刘俊海主张推进认缴登记制,废除法定注册资本制,以公司规模大小为标准区分立法。^[106] 在公司融资与收购部分,赵渊指出资本信用不利于中小企业融资,资产信用存在辨识信息真伪的高成本,应构建符合中小企业融资需求的财务审计、征信平台和信息服务市场等信用信息传递机制。^[107] 彭冰认为公司分立与转投资、资产转让类似,也是一种资产处置安排,应当尊重当事人自由选择。^[108]

公司治理方面,朱慈蕴、林凯结合公司制度趋同理论检视中国公司治理的发展,主张引进、借鉴和本土化改造的双向运动仍是中国公司治理未来发展的主旋律。^[109] 冯果、李安安认为金融管制放松、创新加剧促进机构投资者进入资本市场,使得股东渐趋异质化,同时,公司资本形式多元化导致股东责权利结构的失衡,空洞投票、变异所有权等造成投票权与经济利益的普遍性背离。^[110] 黄丽娟、高晋康对美国特拉华州公司法最新动向进行考察,提出应肯定股东有权以提议修改上市公司章程的方式约束董事会经营权,同时,也有必要设定股权介入董事会经营权的边界,有效分配公司决策权。^[111] 郑观介绍了英国、美国、德国有关股东咨询性投票制度的法律规定,重点阐述了 Say on Pay 制度的作用原理和现实效果,指出中国上市公司股东对高管薪酬方案的制定、实施等缺少话语权,不利于抑制上市公司管理层的天价薪酬,中国应在考虑“一股独大”现实情况的基础上,引入股东咨询性投票制度。^[112] 罗培新对美国高管薪酬问题进行经济、技术与政治层面的考量,提出高管薪酬的核心问题不在于薪酬之高,而在于薪酬与公司绩效之间关联度低下,且缺乏对董事会的有效的程序制约。^[113] 陈景善介绍了日

[103] 胡吕银:“现代物权思维下对公司财产权利结构的新解析”,《法学》2012年第2期。

[104] 郭雳:“论我国公司资本制度的最新发展——《公司法司法解释(三)》之解读”,《法商研究》2012年第4期。

[105] 胡晓静、崔志伟:“有限责任公司隐名出资法律问题研究——对《公司法司法解释(三)》的解读”,《当代法学》2012年第4期。

[106] 刘俊海:“建议《公司法》与《证券法》联动修改”,《法学论坛》2013年第4期。

[107] 赵渊:“中小企业融资需求的信用信息传递机制之构建”,《法学》2013年第10期。

[108] 彭冰:“论公司分立行为的界定”,《证券法苑》2013年总第9卷。

[109] 朱慈蕴、林凯:“公司制度趋同理论检视下的中国公司治理评析”,《法学研究》2013年第5期。

[110] 冯果、李安安:“金融创新视域下公司治理理论的法律重释”,《法制与社会发展》2013年第6期。

[111] 黄丽娟、高晋康:“股权与董事经营权冲突之下的上市公司章程的规范——以美国特拉华州公司法的最新动向为视角”,《社会科学研究》2012年第5期。

[112] 郑观:“上市公司管理层薪酬制定中的股东话语权——股东咨询性投票制度及对我国的借鉴意义”,《当代法学》2012年第4期。

[113] 罗培新:“公司高管薪酬:制度积弊及法律应对之限度——以美国经验为分析视角”,《法学》2012年第12期。

本公司法上董事对第三人责任制度的规定及相关学说,分析了该制度与资本充实原则、法人人格否认法理等规范的适用竞合问题,主张中国应引入该制度以完善董事责任追究机制及债权人保护制度。^[114] 这些研究多涉及外国法律制度的阐述和比较,并未突破原有制度和理论框架。

(三) 财税法

2012—2013年财政法总论的论文数量不多,但与2010—2011年的研究情况相比,在研究对象和思路上呈现出一定的拓展和转变,特别是越来越关注以“权利”为基点来反推财政权的结构设计、改进财政权的行使方式,因应了保障公民财产权和民生权利的现代法治发展潮流。陈治着眼于民生财政权利的权利依据不清、权利界定模糊、权利实现有限、权利价值冲突、权利成本高昂、权利救济障碍等难题,重构了民生财政实践的框架,包含复合型权利、政府义务多层次、财政支出方式多元化和权利救济多途径。^[115] 叶姗主张“政府参与社会风险应对的财政责任来源于社会公民权的形式”,由于财政责任超限可能引发财政危机,指出“财政责任必须以使公民享有免于匮乏的自由为限度”。^[116] 陈少英对于教育、就业、医疗、住房、养老等民生项目在市场与政府、中央政府与地方政府、地方各级政府之间支出责任的划分,提出了具体的划分标准。^[117] 此外,一些宪法学者或政治学者运用宪法理论思考财政法基本问题,事实上,财税法问题天然地与宪法问题紧密联系,财政宪法学进路无疑是财税法研究的一条必由之路。周刚志探究了财政国家的宪法类型,将我国定位为财政收支划分层面“行政分权国”向“宪政分权国”转型、财政收入层面“所有权者国家”与“税收国家”相混合、支出层面“计划国家”向“预算国家”转型。^[118] 欧树军立足于“政治宪法”和“动态宪政”观,将财政权力配置视作“最重要的宪法问题”,“财政宪法”的关键是由收入、开支、转移支付、预算、决算和审计制度组成的财政权配置现实规则。^[119]

在财政法总论中,横向及纵向的财政分权问题始终是研究的重点和热点,也是较为复杂、艰深的难点。2012—2013年,学界延续了啃这块“硬骨头”的热情,尤为值得称道的是,出现了几篇相较于已有研究水平提高比较明显的力作,它们或在思维逻辑的推进和演绎上,或在法理概念的凝练和抽象上,抑或在文献资料的选取和组织上,突破了略显僵化的研究写作方式和传统观点的藩篱,有令人耳目一新之感。考虑到税收分权构成财政分权的重要组成部分,很难将税收分权与财政分权截然区隔,而且其基本原理是内在相通的,所以,这里特地将税收分权相关论文从税法总论的论文中抽列出来,与财政法总论中的其他财政分权论文一并展现。就横向的财政分权来说,张守文揭示了“结构性减税”中蕴含的减税权问题,从行权主体、行权范围、行权程序和行权原则四个维度剖析减税权应如何合法正当行使,以实现征税权的收敛性和法

[114] 陈景善:“论董事对第三人责任的认定与适用中的问题点——以日本法规定为中心”,《比较法研究》2013年第5期。

[115] 陈治:“民生财政权利进路之争鸣、反思与重构”,《法学论坛》2013年第2期。

[116] 叶姗:“论社会风险应对中财政责任的限度”,《社会科学》2012年第2期。

[117] 陈少英:“论地方政府保障民生的财政支出责任”,《社会科学》2012年第2期。

[118] 周刚志:“论‘财政国家’的宪法类型及其中国模式”,《法学评论》2012年第1期。

[119] 欧树军:“看得见的宪政——理解中国宪法的财政权力配置视角”,《中外法学》2012年第5期。

定性。^{〔120〕}可见,目前关注较多的仍然是税收立法权在代议机关与行政机关间的配置,对司法权等其他税权构成、乃至财政权类型缺乏足够的重视,同时也少有结合当前实践提出新的见解,当然这与我国税法语境和实然发展程度有关。就纵向的财政分权来说,针对分税制改革以来央地财政关系的成就和不足,多位学者进行根本性的检视。虽然法律允许地方政府发债是改革方向,但刘剑文认为,鉴于欧债危机的深刻教训,我国地方政府债务的急剧上升,现阶段必须更加审慎,充分考虑财政安全,不宜赋予地方政府发债权。^{〔121〕}徐键回顾了财权从包干制下的分散到分税制下再集中的历程,提出分税制改革使得中央“在维护法制统一的前提下,以规范化的思路去容纳和整合地方的利益诉求”的观点。^{〔122〕}叶姗考察了近20年国务院、中央财税主管部门和地方政府制定的代表性的税收规范性文件,指出“税权集中本身没有太大的问题”,问题在于分税制已经异化成包税制、税权集中在中央行政机关而非立法机关。^{〔123〕}崔威基于税收立法集权开始于1977年、在1977年至1993年间逐渐强化的史实,反驳“税收立法高度集权体制是我国当代政治体制的固有传统”及“税收立法权的分配问题并不重要”两个观点,提出税收立法集权有助于政治控制的解释。^{〔124〕}这三篇论文发表于《中外法学》2012年第4期,三位作者的分析文本不同、最终结论各有侧重,但均富有新意和启发价值。蔡茂寅则对地方财政权的性质进行“权利—权力”二分,地方在与中央的关系中享有财政自主权和财源保障请求权两种权利,在与居民的关系中行使课税权和(公用)事业经营权两种权。^{〔125〕}

预算法研究在2012—2013年维持了洋洋大观的局面,不仅着墨于此的论文数量递增,而且确有工笔重彩的佳作。尤其是在《预算法修正案(二次审议稿)》于2012年7月出台后,学界对二审稿的进步和不足有大量的品评。虽然很多论文止于“新瓶装旧酒”,将早已出现的观点进行简单的归纳和排列组合,但也有论文有所突破,通过融入新的观念和支撑资料,就预算理念、制度、机构等方面提出了新的修法建议,闪现出创新的火花,为推动《预算法》更好的修改贡献学术智慧。朱大旗评析了《预算法》二审稿中的五个问题,提出应重新厘定预算法立法宗旨、调整预算基本原则、优化预算权配置、控制地方债务风险、修缮预算责任机制。^{〔126〕}蒋劲松借鉴多个国家宪法中的预算规定,研究了宪法层次上的预算制度,包括宪法为什么对预算制度进行规定、宪法对预算制度的哪些问题进行规定、宪法中的预算制度居于何种地位。^{〔127〕}朱大旗、李蕊广义地界定人大的预算监督权,建议赋予人大以预算修正权、贯彻预算全面性原则、加

〔120〕 张守文:“‘结构性减税’中的减税权问题”,《中国法学》2013年第5期。

〔121〕 刘剑文:“地方政府发债权的现实可能性”,《法学》2012年第10期。

〔122〕 徐键:“分税制下的财权集中配置:过程及其影响”,《中外法学》2012年第4期。

〔123〕 叶姗:“税权集中的形成及其强化——考察近20年的税收规范性文件”,《中外法学》2012年第4期。

〔124〕 崔威:“税收立法高度集权模式的起源”,《中外法学》2012年第4期。

〔125〕 蔡茂寅:“地方财政权之保障”,载刘剑文主编:《财税法学前沿问题研究2:地方财税法制的改革与发展》,法律出版社2014年版。

〔126〕 朱大旗:“迈向公共财政:《预算法修正案(二次审议稿)》之评议”,《中国法学》2013年第5期。

〔127〕 蒋劲松:“宪法预算制度初论”,载刘剑文主编:《财税法学前沿问题研究3:法治视野下的预算法修改》,法律出版社2014年版。

强预算监督组织建设,论述了人大提前介入预算编制阶段、建立与同级政府国库支付中心间的预算监督网络、增设预算委员会等观点。^[128] 孟庆瑜阐发了绩效预算的特征和一般原理,分析了我国绩效预算改革的限制,主张树立合法性与效率性并重的预算法改革目标、在立法中嵌入绩效预算、建构以绩效评价为核心的专门制度。^[129]

除了上述偏重于宏观把握预算法的研究成果以外,以下几篇论文分别探讨了预算公开制度、预算审批制度、预算参与制度、预算诉讼制度等具体制度。蒋悟真挖掘出预算权“兼具公私法交融的属性”,探讨了预算公开法治化的“公法进路”和“私法进路”的双重路向,循此,我国预算公开法治化可分别侧重于地方层级的私法进路和省级以上层级的公法进路。^[130] 甘功仁将预算公开的目标置于分权改革、公民社会和法治国家建设的广阔视阈中,并探讨了预算公开的具体要求和法律制度保障要素。^[131] 朱大旗、李蕊指出,《预算法》二审稿对预算审批权的规定操作性不强,建议健全预算审查主体体系、细化预算信息支撑体系、充实预算审批实体权、设立预算审查听证和答辩程序。^[132] 闫海梳理了我国各地参与式预算改革实践,分类为以新河、泽国为代表的欧洲模式,以哈尔滨、无锡为代表的巴西模式,和以闵行区为代表的绩效参与预算模式,并探索了预算听证制度的构建。^[133] 蒋悟真、胡明认为,预算法可诉性理念是司法公正的体现,涵盖了预算法的可问责性和司法预算的独立性,《预算法》应构建司法审查制度和公益诉讼制度。^[134] 另外,少数学者关注了国有资本经营预算、社会保险基金预算等特殊的财政预算类型,遗憾的是,受限于此前研究起点不高、积累不够的原因,2012—2013年的论文仍然多半停留在概述的层次上,研究深度和细致度尚待加强。顾功耘、胡改蓉解读了“国有资本经营预算以‘公共性’为首要目标”、“‘公共性’本源不必然排除其‘营利性’的存在”,探讨了如何在预算收支结构和程序设计中彰显“公共性”。^[135] 王显勇主张“我国目前选择社会保险基金专项预算模式,待条件成熟后再实行独立的一揽子社会保障预算”的观点,尝试规划该预算的收支内容、编制、审批、执行、调整等框架。^[136]

公债法在财税法研究中似乎一直处于不温不火的状态。《预算法》二审稿中关于地方政府发债权的放开使得这一问题再次进入研究者的视野。反观实践,地方政府自行发债试点范围的适当扩大是一种应对方案,而地方债的规模日渐庞大、风险不断加剧以及地方政府融资平台

[128] 朱大旗、李蕊:“论人大预算监督权的有效行使——兼评我国《预算法》的修改”,《社会科学》2012年第2期。

[129] 孟庆瑜:“绩效预算法律制度研究”,《现代法学》2013年第1期。

[130] 蒋悟真:“预算公开法治化:实质、困境及其出路”,《中国法学》2013年第5期。

[131] 甘功仁:“预算公开的目标及其实现路径”,《法学杂志》2012年第12期。

[132] 朱大旗、李蕊:“论预算审批制度的完善——兼论我国《预算法》的修改”,《当代法学》2013年第4期。

[133] 闫海:“参与民主、参与式预算与预算听证”,载漆多俊主编:《经济法论丛(总第22卷)》,武汉大学出版社2012年版。

[134] 蒋悟真、胡明:“预算法的可诉性理念及其司法机制构建”,《当代法学》2012年第5期。

[135] 顾功耘、胡改蓉:“国有资本经营预算的‘公共性’解读及制度完善”,《法商研究》2013年第1期。

[136] 王显勇:“社会保险基金预算法律制度研究”,《财经理论与实践》2012年第5期。

管理混乱等乱象更映衬出了对其进行理论研究的紧迫性。2012—2013年的公债法论文与其他财税法律制度相比数量较少,但质量普遍较高。《法学》2012年第10期组织了主题为“地方政府融资制度的理论探讨”的笔谈,其中多篇论文敏锐洞察了地方债的根本成因,翔实论述了地方债制度改进的可行措施,或深刻检视了地方政府融资平台的正确定位,甚为发人深省。张建伟秉持奥茨分权定理、布坎南公共选择理论等宪政经济学理念,解释了利益博弈和公共选择在中国形成的“制度怪胎”——“政府曲线债”,主张依据立宪主义精神解决“地方债的公共危机”。^[137] 华国庆界定了地方政府性债务的内涵和类型,基于数据统计展现了我国地方性政府债务的失序现状和高风险之缘起,进而提出地方债风险控制的若干对策。^[138] 胡改蓉追溯了地方政府融资平台公司的功能,认为“对平台公司的‘商事化’定位偏离了其本应有的‘公益性’特质”,应回归平台公司的公益性定位,并借助特殊的信用机制,实现与市场化运作的利益平衡。^[139] 杨松、张永亮结合地方政府融资平台的系列规范性文件,将平台公司运行失序归因于市场失灵和政府失灵叠加的结果,不仅指出严格遵循相关法律、确立单一监管主体等近期发展走向,还指出改进财政整体框架的远期走向。^[140]

除了上述论文以外,其他财税法论文还涉及政府性基金、国有资本经营收益、政府采购、财政转移支付等方面,不过,这些领域的论文数量稀少,更是鲜有重要的研究进展。值得一提的是,熊伟分析了政府性基金与税收、行政事业性收费的法律特征差异,阐释了政府性基金缴费义务人与基金目的的特殊关联,并尝试廓清基金预算相对于普通预算的特别之处,提出重构我国复式预算体系的设想。^[141] 此外,章辉依据2002—2009年我国政府采购的官方数据,从规范政府采购行为、采购资金使用效益、采购市场健康发展三个方面,分析了《政府采购法》的施行效果。^[142]

税法总论研究的繁盛程度一如既往,然而,也许规范性研究历经多年已经颇为丰富,其实难以取得较大的理论突破,相关论文的出彩点也不够突出。除前文已经并入财政分权一起评介的税收分权外,税法的基本原则和适用原则方面也有研究增量的创造,至于税法的性质、功能、特征、解释以及纳税人权利保护等其他税法总论问题的研究,则几乎鲜见令人眼前一亮者。在税法基本原则中,税收法定原则作为税法领域的帝王原则,自然受到了相当瞩目的关注,但专门探讨税收法定原则的数篇论文的研究水平提高得不是特别显著,当然,前面部分中已经推介的有关立法“试点”、“减税权”等论文其实正是对税收法定原则的阐发和运用,这里不再赘述。对于同属税法基本原则的量能课税原则,许多奇从历史演进到现实境遇、从国际潮流到我国实践、从理念挖掘到制度设计、从核心功能到改革思路系统研究了量能(平等)负担原则,建

[137] 张建伟:“地方债治理的宪政经济学分析”,《法学》2012年第10期。

[138] 华国庆:“我国地方政府性债务风险控制的财税法研究”,载刘剑文主编:《财税法学前沿问题研究2:地方财税法制的改革与发展》,法律出版社2014年版。

[139] 胡改蓉:“回归地方政府融资平台公司的公益性定位”,《法学》2012年第10期。

[140] 杨松、张永亮:“地方政府融资平台的发展方向”,《法学》2012年第10期。

[141] 熊伟:“专款专用的政府性基金及其预算特质”,《交大法学》2012年第1期。

[142] 章辉:“我国《政府采购法》施行效果考察”,《现代财经》2012年第2期。

议发展“纳税人之法”、建构以所得税为主体的税制。^[143] 相较而言,2012—2013年探讨实质课税原则的学理和实践问题的佳作频出。闫海尝试廓清实质课税原则的基本意旨、理论依据、功能定位、与税收法定原则和税收公平原则的关系等基本争议,着重分析了实质课税原则“对征税事实的经济解释”的核心目标,并视之为“构筑税法独立性基础的契机原则”。^[144] 不同于闫海的法理探讨,滕祥志从若干税法案例入手,捕捉到复合交易中的“形—实”冲突或“名—实”冲突,探讨了税法评价和运用实质课税原则的首要环节——“交易定性”,强调对纳税主体和征税客体的交易定性取决于其法律和经济实质。^[145] 汤洁茵涉足金融税法,具体检视金融交易应如何适用经济实质课税原则,通过考察金融交易的商业目的要件和经济实质要件,指出金融交易与非金融交易在经济实质主义适用上无实质性区别。^[146] 此外,叶金育、顾德瑞使用作为“利益权衡工具”的比例原则来评估我国税收优惠规范和实施情况的得失,并分别从比例原则包含的适当性、必要性和均衡性三个原则出发,探讨税收优惠的优化。^[147]

税收实体法在财税法研究中一直占据重要地位、备受学者青睐。要言之,税收实体法研究与税收立法、税制改革往往呈现出互促、相长的局面,2012—2013年,我国在增值税、房产税等主要税种上进行了较大的税制调整,碳税等新税种以及电子商务课税、金融课税、信托课税等新问题进入了学者的研究视野,个人所得税、企业所得税、资源税等税种的课税要素设计该如何改进则一直聚讼不休,层出不穷的税制变迁无疑给税种法研究注入了强心剂,也为学者们提供了可供反思的丰富素材。就个人所得税法来说,张翔参考德国的基本权利教义学理论,将个人所得税界定为财产权的社会义务,并基于财产权保障对个税进行合宪性审查,指出,比例原则决定了个税的量能课税原则和半数原则。^[148] 汤洁茵以婚姻家庭的保障为核心,考量了个人所得税引入家庭纳税申报的价值、固有缺陷及其在现行个人所得税制下的实施障碍,构想了该制度的申报模式、主体、税率等。^[149] 叶姗研究了公益性捐赠税前扣除促进第三次收入分配的作用,主张设置“法定限额内的捐赠准予扣除”规则来划定政府减让税收利益的界限。^[150] 就企业所得税来说,学界对避税、特别是一般反避税条款的研究比较突出。汤洁茵剖析了企业所得税法一般反避税条款在适用中的模糊和争议,进而借鉴国外的立法和司法经验,探求该条

[143] 许多奇:“论税法量能平等负担原则”,《中国法学》2013年第5期。

[144] 闫海:“绳结与利剑:实质课税原则的事实解释功能论”,《法学家》2013年第3期。

[145] 滕祥志:“税法的交易定性理论”,《法学家》2012年第1期。

[146] 汤洁茵:“原则还是例外:经济实质主义作为金融交易一般课税原则的反思”,《法学家》2013年第3期。

[147] 叶金育、顾德瑞:“税收优惠的规范审查与实施评估——以比例原则为分析工具”,《现代法学》2013年第6期。

[148] 张翔:“个人所得税作为财产权限制——基于基本权利教义学的初步考察”,《浙江社会科学》2013年第9期。

[149] 汤洁茵:“个人所得税课税单位的选择:个人还是家庭——以婚姻家庭的保障为核心”,《当代法学》2012年第2期。

[150] 叶姗:“社会财富第三次分配的法律促进——基于公益性捐赠税前扣除限额的分析”,《当代法学》2012年第6期。

款所包含的“商业目的要件”与“经济实质要件”的并存关系及各自的判定方式。^{〔151〕} 叶姗结合第一起滥用税收协定的一般反避税案,分析了适用《企业所得税法》第 47 条的关键问题,即如何解释“不具有合理商业目的的安排”和“按照合理方法调整”,由此,“划定税收筹划权和纳税调整权的边界”。^{〔152〕}

增值税目前是占据我国财政收入最大份额的税种,在整个税收体系中的重要性不言而喻。随着“营改增”试点改革扩围至更多行业,很多学者立足于税法和税收原理反思“营改增”的实施效应,并且对金融业、房地产交易、电子商务等领域的增值税转型进行专门研究。张富强逐一论述了“营改增”在国家与纳税人、纳税人与纳税人、中央与地方之间均有悖于分配正义价值的要求,对此提出降低纳税人税负、减少和优化税收优惠、保障地方财力等建议。^{〔153〕} 陈少英整理了数十年来融资租赁行业的税收法规政策情况,论证了融资租赁营业税的不合理之处,主张“必须将增值税的征税范围扩大到融资租赁”并提出详细建议。^{〔154〕} 刘佳、乔博娟指出,金融服务的隐性收费问题是金融业增值税改革的特有技术困境,考虑到税收征管水平和金融业的特殊性,得出中国对金融业课征增值税不宜操之过急的结论。^{〔155〕} 杨小强、冯俊文比较研究了德国、荷兰、澳大利亚、加拿大四国房地产课税的税法规范,总结可借鉴的部分,并结合中国房地分离的国情构建了房地产交易纳入增值税处理的框架。^{〔156〕} 廖益新阐述了远程在线销售对传统流转税制的挑战,主张将此类交易认定为“现行营业税意义上的销售劳务或无形财产,而非增值税意义上的有形货物销售”,探讨了跨境在线销售实行“接受方所在地课税原则”及税收征管具体机制。^{〔157〕} 这些论文应时应景地探讨了现阶段“营改增”试点改革的理论缺陷和制度障碍,通过厘清其难点和困境,为该项改革的健康发展指引了方向,起到指点迷津和拨乱反正的效果。

尽管房产税占我国全部财政收入的比重较低,但被公认是应当着力培育的地方税税类,以房产税或房地产税为典型代表。2012—2013 年,房产税改革试点继续在上海、重庆两市进行,试点路径和税制设计均暴露出诸多弊病,围绕房产税试点是否具有合法性、房产税的目标和定位是什么、房产税试点是否扩围、房产税税收要素怎样改良等问题的讨论也一直不绝于耳。张守文着重探讨了房产税的立法目的、立法依据、立法模式三大前提性问题,主张不可过于高估房产税的制度功用,并就其纳税主体、征税客体、计税依据、立法主体等问题提出建议。^{〔158〕} 与

〔151〕 汤洁茵:“《企业所得税法》一般反避税条款适用要件的审思与确立——基于国外的经验与借鉴”,《现代法学》2012 年第 5 期。

〔152〕 叶姗:“一般反避税条款适用之关键问题分析”,《法学》2013 年第 9 期。

〔153〕 张富强:“论营改增试点扩围与国民收入分配正义价值的实现”,《法学家》2013 年第 4 期。

〔154〕 陈少英:“融资租赁的‘营改增’问题”,《法学》2012 年第 7 期。

〔155〕 刘佳、乔博娟:“金融业增值税改革的困境”,《税务研究》2013 年第 4 期。

〔156〕 杨小强、冯俊文:“房地产交易:如何从营业税纳入增值税”,载刘剑文主编:《财税法学前沿问题研究 2:地方财税法制的改革与发展》,法律出版社 2014 年版。

〔157〕 廖益新:“远程在线销售的课税问题与中国的对策”,《法学研究》2012 年第 2 期。

〔158〕 张守文:“关于房产税立法的三大基本问题”,《税务研究》2012 年第 11 期。

上文有主题的重合亦有观点的区别,朱炎生、向东关注了房地产税的功能定位、公平征收、民主立法三个核心问题,提出“房地产税不能单独完成调控房地产市场的作用”、税收法定的理想模型不能否定房地产税制改革立法试点等实用主义观点。^[159]潘明星、王杰茹从税种属性的角度,指出当前房产税试点改革的问题在于将原本属于财产税的房产税设计成了商品税,下一步改革应当恢复房产税的财产税属性。^[160]杨广平由“确保稳定、可持续的地方自主财源”切入,在“公平、中立、效率及简化”的基本税制理念下,考察了不动产税如何实现地方与中央、财产税与其他税种、不动产保有与取得和转让等多角度的税负分配合理性和均衡性。^[161]张富强逐一讨论了我国现行房产税制中的“原值的余值模式”、“市场交易价模式”和“市场交易价格评估价值模式”等三种计税依据,结合税法原则及配套制度情况分析个中缺失,提出房产税评估模式的分步实施方案。^[162]

此外,还有学者探索了碳税、信托课税、金融衍生品课税等新税种、新问题,取得阶段性或突破性的成果。陈红彦对碳税制度做了国家战略利益分析,探讨了将碳税引入中国的战略必然性及相关问题,进而基于中国战略利益平衡,从一般性条款、弹性税率、税收优惠和税收收入用途等方面建构了碳税规则体系。^[163]刘继虎提出“税法对信托移转行为应分类规制”的观点,分别论述了信托财产移转中各个过程的税法评价,比如对信托财产的形式移转、对遗嘱信托的财产实质移转、对生前他益信托的财产实质移转等。^[164]熊玉莲剖析了我国金融衍生品交易税制的不足,提倡构建以风险调控为导向的金融税制,包括以征收金融交易税代替营业税、构建统一的所得税制度、引入风险调控的特别措施。^[165]

税收征管法仍然是财税法研究中较为薄弱的领域,如果说税法总论和税收实体法研究呈现出门庭若市的情势,那么,税收征管法研究则几乎可以说是门可雀罗。2012—2013年税收征管法方面的论文虽然在数量上没有大幅度减少,但涌现的佳作却更加凤毛麟角。这表明,《税收征管法》修订的推进固然提供了丰富的研究对象,财税法学界的研究却似乎多是粗放经营而非精耕细作,即往往局限于宽泛空洞的整体宣示或者教科书式的制度罗列,不仅缺乏深入、精辟的理论论证,也缺乏细致、可行的实证考察。为数不多值得推介的是,刘剑文聚焦于税务行政诉讼的证据效力问题,指出相较于一般行政诉讼,税务行政诉讼中的证据效力问题既具共性,又有诸多不同的个性。^[166]熊伟、王宗涛辩证地检讨了中国税收优先权制度的利弊和存

[159] 朱炎生、向东:“房地产税制改革立法探析”,《社会科学》2013年第5期。

[160] 潘明星、王杰茹:“财产税属性下房产税改革的思考”,载陈少英主编:《东方财税法研究(总第3卷)》,法律出版社2013年版。

[161] 杨广平:“区域经转型的财税法思考——以加强对不动产税的征收管理为重点”,载刘剑文主编:《财税法学前沿问题研究2:地方财税法制的改革与发展》,法律出版社2014年版。

[162] 张富强:“论我国房产税计税依据的路径选择”,《税务研究》2012年第11期。

[163] 陈红彦:“碳税制度与国家战略利益”,《法学研究》2012年第2期。

[164] 刘继虎:“论信托财产移转行为的税法规制”,载载漆多俊主编:《经济法论丛(总第22卷)》,武汉大学出版社2012年版。

[165] 熊玉莲:“我国金融衍生品税制之构建”,《法学》2012年第4期。

[166] 刘剑文:“论税务行政诉讼的证据效力”,《税务研究》2013年第10期。

废,在反思该制度威胁市场交易安全、与税收的公益性和风险性无甚关联等缺陷后,认为“不妨取消一般性的税收优先权,保留具有费用性质的税收的优先权”。^[167]

国际税法在财税法研究中居于相对独立的位置,但同样不可或缺,其重要性在经济全球化的时代背景和维护国家税收主权的诉求下日益凸显,越来越多的学者选择国际税法作为研究方向。邱冬梅引介了四个著名国际判例,解读了外国法院对“受益所有人”概念界定的异同之处,通过比较 OECD 发布的讨论草案与我国 601 号文,指出 601 号文存在的缺陷。^[168] 崔晓静总结了《多边税收行政互助公约》修订之后在促进缔约国税收透明度和信息交换、税收追缴协助、文书送达等多边征管合作上的新发展,着重分析了批准公约给中国带来的积极和消极影响,提出应对措施。^[169] 刘剑文结合《中德税收协定》实施后中国税制改革的新动向、经贸往来的新形式和国际税收协定理论的新发展,提出修改《中德税收协定》的一系列方案,认为我国仍应坚持来源地管辖权为主和适当兼顾居住管辖权的原则。^[170] 黄素梅从适用税收协定的角度,根据我国所处的合伙企业所在地、合伙人居住国、来源所得国等不同缔约国地位,采取不同方案来消除适用合伙企业双边税收协定的矛盾。^[171] 刘宇展现了国际税收协定争议解决的新途径——“国际税收强制性仲裁”较之“相互协商程序”的优势,落脚于美国税收协定中强制性仲裁条款的相关经验对我国积极谨慎地建立强制性仲裁制度的若干启示。^[172]

(四)金融法

2008 年金融危机过后,全球的金融市场从自由放任的监管转移到有效监管,金融消费者权益保护成为近年来国内外金融法学界的热点。叶林从消费者保护法的功能出发,阐述了传统消费者保护法在金融消费者困境面前的无力,从而得出金融消费者的概念具有独立性,应当被学界和法律所关注。更难得的是,作者从传统民商法角度出发对金融领域消费者的权利义务作了宏观的解构,为论证金融消费者的概念进行了有益的尝试。^[173] 杨东将行为金融学的视角论证了金融消费者上升到金融法主体的必要性,并提出了重构金融法体系的思路。^[174] 廖凡、^[175] 齐萌^[176] 分别从比较法和国内法实证研究的角度对金融消费者的概念及保护路径进

[167] 熊伟、王宗涛:“中国税收优先权制度的存废之辩”,《法学评论》2013 年第 2 期。

[168] 邱冬梅:“税收协定中‘受益所有人’概念的历史沿革及最新进展”,载熊伟主编:《税法解释与判例评注(总第 3 卷)》,法律出版社 2012 年版。

[169] 崔晓静:“《多边税收行政互助公约》修订及我国之应对”,《法学》2012 年第 7 期。

[170] 刘剑文:“《中德税收协定》的现状与发展趋势”,《现代法学》2012 年第 2 期。

[171] 黄素梅:“如何在现有税收法制下对合伙企业适用中外双边税收协定”,《政治与法律》2012 年第 7 期。

[172] 刘宇:“国际税收强制性仲裁的美国经验及其启示”,《经济问题探索》2012 年第 5 期。

[173] 叶林:“金融消费者的独特内涵——法律和政策的多重选择”,《河南大学学报(社会科学版)》2012 年第 5 期。

[174] 杨东:“论金融法的重构”,《清华法学》2013 年第 4 期。

[175] 廖凡:“金融消费者的概念和范围:一个比较法的视角”,《环球法律评论》2012 年第 4 期。

[176] 齐萌:“金融消费者保护立法实证研究——以 40 部金融消费者保护规范性文件为样本”,《江西财经大学学报》2013 年第 3 期。

行了细致分析。唐应茂通过对美国《消费者金融保护法》法条的仔细研究,揭示该部法律是“组织法,不是权利法,没有明文规定任何权利”,也没有形成保护消费者权利的逻辑体系,他的分析使得国内对该法的理解更为全面和精准,为中国学者理解美国法下的金融消费者的法律体系起到了正本清源的作用。^[177]

后金融危机时代不仅仅止于强化金融监管;相反,在金融欠发达的国家、地区或者业态中,可能更多地需要倡导金融公平以及包容性监管的理念。周仲飞提出,“金融包容”是对传统金融监管的“审慎监管”理念的扩展,并以银行法的改革为例阐述了“金融包容”理念进入实践的三条路径。^[178] 冯果、李安安分析了从金融排斥到金融包容的嬗变以及由金融管制法到金融服务法的转型而产生的包容性监管理念,通过提倡差异化监管、适度监管和柔性监管,为农村金融实现良法善治提供了一种新的认知模式,有效的回应了农村金融的制度诉求;^[179]将重点放在农村合作金融立法方面,李长健、罗洁使得发展权在金融领域实现了具体化。^[180] 而田春雷以金融资源为切入点,将漆多俊教授的“三三理论”引入了金融市场领域之中。^[181] 一般领域也涌现了从案例着手的好论文,管斌、张东昌以吴英案为切入点,创新地在金融法领域引入“金融排除”的概念,该文具体分析了金融排除的六个维度以及上述维度在中国经济结构中的不同体现,最后提出了构建包容性的普惠金融体系、强化金融机构社会责任、保障公民获得金融服务的基本权利、鼓励和引导民间金融的规范发展的制度建议。^[182]

银行法方面,银行收费问题在2012—2013成为一个热点。邢会强指出由于商业银行背后特许权的价值,商业银行因而有一定的公共性。我国银行业准入门槛较高,因而其特许权的价值也高。因此,我国的商业银行的收费不能照搬发达国家银行的定价机制。该文的贡献点在于论证了商业银行公共性的特性,以及公共性对商业银行收费的影响。^[183] 在银行公司治理方面,杨松、郭金良分析了银行在运行的不同时期股东行使权利的正当性基础,该文认为我国《公司法》、《破产法》、银行业监管法必须对危机时期股东权利限制的内容作出适度的法律协调和法律规定,这样才能使得处于危机处置过程中的银行的公司治理有可操作性的调整。^[184] 向志勇通过分析基于代理成本理论、分权制衡理论、系统治理理论在现有商业银行建立监事会

[177] 唐应茂:“金融消费者有什么权利?——也谈美国2010年《消费者金融保护法》”,《比较法研究》2013年第4期。

[178] 周仲飞:“提高金融包容:一个银行法的视角”,《法律科学》2013年第1期。

[179] 冯果、李安安:“包容性监管理念的提出及其正当性分析——以农村金融监管为中心”,《江淮论坛》2013年第1期。

[180] 李长健、罗洁:“基于金融发展权的农村合作金融立法初探”,载漆多俊主编:《经济法论丛(总第24卷)》,法律出版社2013年版。

[181] 田春雷:“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”,载漆多俊主编:《经济法论丛(总第24卷)》,法律出版社2013年版。

[182] 管斌、张东昌:“金融排除及其制度克服——以吴英案为分析对象”,载李昌麒、岳彩申主编:《经济法论丛(总第10卷)》,群众出版社2013年版。

[183] 邢会强:“商业银行的公共性理论——兼论商业银行收费法律问题”,《现代法学》2012年第1期。

[184] 杨松、郭金良:“银行危机处置过程中的股东权利限制研究”,《法律科学》2013年第5期。

的理论原因及其目的诉求后,指出当下中国商业银行监事会制度存在包括监督身份不独立、履职权限不明确等问题,针对上述问题该文提出多方面的对商业银行监事会制度进行重构的建议。该文从实际问题出发,在现有文献中对银行监事会制度的运行进行了深入详实的考察。^{〔185〕}陶士贵通过对模糊产权制度理论的考察后,认为地方政府投资参股银行机构,既是一种模糊产权形式,也是一种过渡产权模式,他提出地方政府应当退出地方银行,从而化解金融风险。该文对于促进我国经济体制改革与金融体制改革进一步深化,实施内外均衡的银行业开放战略有促进作用。^{〔186〕}

民间借贷也是学者备受关注的领域。廖振中与高晋康以最高院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第6条为入手点,提出我国未来的民间借贷利率管制法治进路应当主动摆脱对利息的道德偏见,构建以《放贷人条例》为核心的监管制度,推行分类引导、动态调整的民间利率管制体系,从而实现行政事前监管与事后司法监督的良性互动,以推动正规金融利率的市场化。^{〔187〕}

陈雨露与马勇以跨国数据为基础,对中央银行是否应分离银行监管职能这一问题进行了系统的实证分析,得出了金融监管的独立性并不是简单地将监管职能从中央银行分离以及中央银行的独立性也并不必然排斥其继续实施金融监管职能的初步结论,从而进一步论证了真正影响金融监管实际独立性的并非监管主体的设置问题,而是更广泛地依赖于背后不同的政治制度条件。^{〔188〕}王军对IMF所有涉及人民币汇率问题的磋商报告进行了梳理,从形式和实质的不同角度分析IMF磋商报告的法律效力,并深入探讨了该报告能否作为WTO基于GATT第15第4款就人民币汇率问题行使管辖权的依据。资料非常详实,说理较为充分。^{〔189〕}

相较于银行法,证券法的研究与市场发展的联系更加紧密。2012年10月10日,中国A股市场开始停摆,800多家拟上市企业在中国证监会前排队,时任证监会主席郭树清在就职不久后向市场这样问到“IPO不审行不行?”^{〔190〕}一石惊起千层浪,改革的思潮在资本市场不断酝酿,证券法之修改也破茧待出。改革必须有法可依,作为金融法重镇的证券法研究正是在这样的背景下不断迎接市场的挑战。缪因知通过对大陆法系与普通法系证券法监管的比较研究,认为两大法系监管差异的源头在于不同法系下的自由观及历史传统存有不同,并进而证明“对证券市场而言,国家干预过多具有特别的消极意义,其不仅不利于解决市场纠纷,还会造成金融资源的损失”。^{〔191〕}蒋大兴认为多层次资本市场不是只有一种发展模式,他通过对已有的地

〔185〕 向志勇:“论我国国有商业银行监事会制度”,载李昌麒、岳彩申主编:《经济法论坛(总第9卷)》,群众出版社2012年版。

〔186〕 陶士贵:“地方政府控股下的地方银行制度变迁逻辑与风险防范”,《南京师大学报(社会科学版)》2013年第5期。

〔187〕 廖振中、高晋康:“我国民间借贷利率管制法治进路的检讨与选择”,《现代法学》2012年第2期。

〔188〕 陈雨露、马勇:“中央银行的宏观监管职能:经济效果与影响因素分析”,《财经研究》2012年第5期。

〔189〕 王军:“IMF磋商报告对人民币汇率问题影响的法律解析:以IMF协定第四条为分析框架”,《中外法学》2012年第5期。

〔190〕 黄利明、陈旭、胡蓉萍:“郭树清发问:IPO不审行不行”,《经济观察报》2012年2月11日。

〔191〕 缪因知:“国家干预的法系差异——以证券市场为重心的考察”,《法商研究》2012年第1期。

方交易所的实证研究,有力地证明了场外交易场所的低效率的现象,并提出了将多层次资本市场“内化于交易所中”的建议。^[192] 洪艳蓉则继续将视角放在债券的监管上,该文梳理了城投债等公司债券刚性兑付的现实基础和发展历程,分析了监管竞争、地方政府隐性担保对债券市场功能的危害,进而提出应还原公司债券的商事信用属性和服务工商业的主导功能,统一监管机构,将城投债剔除出公司债市场的措施。^[193] 蔡伟通过对强制要约收购制度在中国的历史演变以及 874 宗触发强制要约收购义务的收购的实证研究,指出中国立法和实践过于追求效率,以致该制度的强制力受到严重削弱。^[194]

在证券发行与上市制度方面,刘燕运用法律和会计交叉的方法,对我国企业境外间接上市的流行模式——协议控制—VIE 架构——进行了深入浅出的分析。她从美国会计准则下 VIE 概念及财务规则的背景入手,分析了 VIE 规则与协议控制相结合对于股权控制所产生的替代效应,并系统论述了该模式所面临的监管层面、合同层面和可变利益实体合并规则层面的法律风险。作者提出的以“实际控制人”而非“股权”作为外资准入的认定标准,化堵为疏解决境外间接上市困境的监管对策,也在近两年的外资准入监管改革与《证券法》修改中得到了回应。^[195] 唐应茂用娓娓道来的文笔带领读者回顾了美国证券监管当局与市场之间的博弈过程,加深了读者对目前 144 规则的理解。同时作者也针对我国存量股转让的规定从美国法的视角进行了点评和建议,从我国新股发行改革以及奥赛康事件来看,诚哉斯言。^[196] 郭雳是国内最早完整评介美国 JOBS 法案的学者,他不仅在于对 JOBS 法案的内容进行了全面的介绍,而且深入 JOBS 法案出台前后的立法背景,挖掘出美国证券监管发展的新趋势,不仅对当下中国证券立法的改革具有很强的借鉴意义,而且对此后的互联网金融、特别是股权众筹的监管思路有一定的启发。^[197]

随着最高院内幕交易司法解释的出台,这一阶段内幕交易的研究可谓风生水起,佳作频出。除前文提及的傅穹、曹理一文外,肖伟将笔力集中于内幕信息的确信性上,对各国内幕信息确定标准进行了非常全面的比较,并且从中提炼出各国相关制度背后的立法宗旨。作者结合域外的立法逻辑、司法判决以及我国的现实环境得出将确定性按照“并入考虑模式”处理更适合我国国情的结论也让人信服。^[198] 谢杰最大的贡献在于关注到跨市场内幕交易行为,揭示了证券、期货市场本身不同的特点和由此给监管带来的影响,此后发生的光大乌龙指主角状

[192] 蒋大兴:“论场外交易市场的场内化——非理性地方竞争对证券交易场所的负影响”,《法学》2013 年第 6 期。

[193] 洪艳蓉:“公司债券违约零容忍的法律救赎”,《法学》2013 年第 12 期。

[194] 蔡伟:“强制要约收购制度的再审——视效率视角下的实证分析”,《中外法学》2013 年第 4 期。

[195] 刘燕:“企业境外间接上市的监管困境及其突破路径——以协议控制模式为分析对象”,《法商研究》,2012 年第 5 期。

[196] 唐应茂:“美国 144 规则对我国存量股转让监管的借鉴意义”,《证券市场导报》2013 年第 1 期。

[197] 郭雳:“创寻制度‘乔布斯’(JOBS)红利——美国证券监管再平衡探析”,《证券市场导报》2012 年第 5 期。

[198] 肖伟:“内幕信息确定性考量模式之选择”,《环球法律评论》2012 年第 5 期。

告证监会一案,彰显了本文的前瞻意义。^[199]此外,操纵市场方面,朱庆的观点触及到证券市场的敏感区域,通过对比股份回购和操纵市场的制度规定,该文揭示了监管规定的逻辑漏洞,并创造性地提出了三个地带对应的三套规制方法。^[200]

证券中介机构和自律组织方面,王欣新、亢力不仅对中外证券投资者保护基金的历史和作用作了实证研究,更关注到非常细节的却在运行中对投保基金保护效果产生影响的法律障碍,通过对北美、香港等市场的借鉴,提出了豁免利害关系人身份、监督债权人会议两项操作性较强的立法建议。^[201]证券投资者方面,郑青区分了证券投资者和证券投资服务的金融消费者这两个常常被混用的概念,并进一步阐释了投资者保护制度的二元性。作者通过对欧美地区证券投资者概念的条分缕析,提炼出证券投资者和证券服务消费者的概念,依据充分令人信服。^[202]张付标、李玫经研究后认为,从根本上说,投资者适当性是在证券销售和推荐领域平衡投资者和证券公司之间权利义务关系的一项投资者保护制度,上述观点为我国建立基于投资者的纠纷解决机制提供了理论基础。

在创新型金融市场与金融工具方面,张波的全面细致地梳理了我国不同监管口径下私募基金的制度差异,揭示了多元监管机构对私募基金发展的危害。本文提出了默契僵局的解释框架,揭开了监管机构表面平衡背后的隐情,作者从制度经济学的角度提出了统一立法的解决方案,这种研究进路对学者研究监管者与市场的互动具有很强的借鉴意义。^[203]王娇莺以 CSA 机制为切入点研究场外金融衍生交易双边履约保障法律机制,该文突出了 CSA 制度的重点,点出了金融法规定与传统破产法、担保法、物权法等传统民法的张力。^[204]潘静、梁振国以银信理财为例探讨了金融监管与影子银行套利之间的博弈,从分业监管、公共执法资源信息披露、监管效率的角度分析了影子银行监管套利的成因,提出了实现有限市场约束的监管策略。^[205]

与金融法学研究的全球趋同相呼应,美国学者的一些最新研究也开始出现在国内的法学期刊上。其中,劳伦斯·E.米切尔教授对美国 20 世纪后盛行的“金融主义”进行了深刻的反思,指出“当传统的金融服务功能脱离了实体经济而独立运行”,便产生了为服务金融市场交易而不是产业融资的“金融主义”。作者认为金融主义导向下的金融市场对实体经济的影响是负面的,因此有必要终结金融主义,回归服务于实体经济的资本主义。^[206]斯蒂文·施瓦茨系统

[199] 谢杰:“最新内幕交易犯罪司法解释的缺陷与规则优化”,《法学》2012 年第 10 期。

[200] 朱庆:“论股份回购与操纵市场的关联及其规制”,《法律科学》2012 年第 3 期。

[201] 王欣新、亢力:“试论证券投资者保护基金有限公司在证券公司破产中的作用”,《法学杂志》2012 年第 4 期。

[202] 郑青:“论证券投资服务消费者的法律地位”,《清华法学》2013 年第 2 期。

[203] 张波:“监管分立与金融综合化冲突下的私募基金横贯规制”,《财经科学》,2012 年第 6 期。

[204] 王娇莺:“场外金融衍生交易双边履约保障法律机制分析——以 CSA 机制为中心视角”,《金融论坛》2013 年第 12 期。

[205] 潘静、梁振国:“中国影子银行的金融监管研究——运用市场约束优化政府监管”,《现代法学》2013 年第 5 期。

[206] (美)劳伦斯·E.米切尔,施天涛、袁田译:“反思金融主义:一个历史的视角”,《清华法学》2012 年第 4 期。

地定义了影子银行系统的范围和特征。作者对影子银行采用了更广泛的定义,即影子银行系统的核心要素是非银行金融机构提供金融产品和金融服务,同时作者认为影子银行的监管目标不一定专注于限制影子银行系统本身,而是应将监管目标的重心放在致力于经济效率最大化和系统性风险最小化上。^[207] 这些最新的域外研究成果也为国内学者在金融危机反思以及影子银行监管等问题上的研究提供了洞见。

(五)竞争法

竞争法领域的研究主要体现在反垄断法领域,尽管反不正当竞争法在中国实施的时间早于反垄断法,但因不正当竞争行为的认定、责任承担等问题,多涉及知识产权法、侵权法等学科领域的知识,法学界多从民法视角分析相关问题,以致经济法学者对反不正当竞争法的关注反而弱于在后实施的反垄断法。在课题组选定的竞争法文献考察范围内,反不正当竞争法相关研究多数仍停留于具体不正当竞争行为的探讨,缺乏理论层面的创见。其中,孔祥俊在《反不正当竞争法》施行 20 周年时,围绕反不正当竞争法适用中的八个基本关系(正当竞争与不正当竞争、自有竞争与公平竞争、日常道德与商业伦理、经营者保护与消费者保护、一般条款与特别规定、狭义与广义竞争关系、遏制行为与保护法益、专门保护与补充保护等)展开探讨,对反不正当竞争法适用的一些基本问题做了梳理。^[208] 周樾平从反不正当竞争法对商业抄袭行为的规范意义着手,考察法院司法实践,指出反不正当竞争法一般条款能够补充保护知识产权法之外的智力成果,此种补充保护在实务中基本遵循以模仿自由为基本原则,抄袭禁止为少数例外的宗旨。^[209] 李芬莲结合广药集团诉加多宝虚假宣传一案,分析了虚假宣传不正当竞争行为的判定问题,主张虚假宣传不正当竞争行为的认定,不仅要遵循民事侵权行为判定的基本规则,还应综合考量竞争主体商业言论自由和市场透明度等因素。^[210] 这些研究注重对国内法律实践现实问题的分析,能够跳出传统民法分析框架,呈现出视角的独特性。

相比之下,反垄断法领域的研究更加多元且深入。侯利阳在反垄断法执法五周年之际,对反垄断法实施及执法细则予以介绍,并结合案例阐述工商总局、发改委、商务部及私人执行的现状和存在的问题,提出反垄断法执行效果不佳的原因,一方面在于公力执法资源有限,另一方面则是由于反垄断执法机构与行业监管机构之间缺乏协调,以及社会理解不足也有一定影响,进而分析了反垄断执法的重点和非重点领域。^[211] 喻玲基于对简单威慑的弊端的介绍,从经济学视角阐释合规制度有利于克服威慑陷阱,进而对国外合规制度的具体设计及实施进行考察,指出合规指引建设的基本目标是“有效”,制裁与执法、知识和自主合规制度则是合规指引的三大支柱,最

[207] (美)斯蒂文·施瓦茨:“监管影子银行系统”,张洁莹、姬晴柔译,《交大法学》2013年第3期。

[208] 孔祥俊:“反不正当竞争法的司法创新和发展——为《反不正当竞争法》施行 20 周年而作(上)”,《知识产权》2013年第11期;孔祥俊:“反不正当竞争法的司法创新和发展——为《反不正当竞争法》施行 20 周年而作(下)”,《知识产权》2013年第12期。

[209] 周樾平:“不正当竞争法对‘商业抄袭行为’的规范”,《法学》2012年第6期。

[210] 李芬莲:“虚假宣传不正当竞争行为判定的新思考——从广药集团诉加多宝虚假宣传案谈起”,《法学杂志》2013年第5期。

[211] 侯利阳:“《反垄断法》不能承受之重——我国反垄断法五周年回顾与展望”,《交大法学》2013年第2期。

后该文分析了中国建设合规制度存在的问题,相对深入地分析了反垄断法实施的未来趋势。^[212]

部分研究对反垄断执法机关权力配置问题,给予一定关注。朱宏文、王健详细阐述了准司法权的内在要求和外在效力,指出准司法权的缺失无益于案件的公正调查处理,主张赋予统一行使反垄断行政执法权的主管机关以准司法权。^[213] 该文关于准司法权的探讨,具有知识增量上的贡献。游钰从反垄断执法特点入手,指出反垄断执法弹性大,执法机关拥有巨大自由裁量权,司法审查有利于监督反垄断执法、保护相对人利益,但反垄断执法的司法审查又往往面临审查标准不明、专业性强、审查强度不易把握等困难,进而提出完善反垄断执法的司法审查的建议。^[214]

反垄断法具体制度及其适用方面的研究,特别是特殊行业或领域的反垄断法适用问题等相关的研究,在反垄断法研究总量中占据相当大的比例。焦海涛对反垄断法承诺制度展开全面深入的研究,指出承诺制度适用可能带来额外损失及消极效应,特别是道德风险,应对其适用范围予以限制,^[215]并施加先决程序、操作程序及后续程序等程序性控制,避免承诺制度替代性、灵活性特征损害反垄断法其他价值。^[216] 关于特殊行业或领域的反垄断法适用问题,郑鹏程从美国联邦法院审理的三起高等教育领域的垄断案件入手,阐释了反垄断法介入高等教育的原因,包括反垄断法适用范围的扩大、高等教育本身被公认为具有商业性质、高等教育机构保有营利性产业且具有反竞争激励,进而提出高等教育机构违法垄断的分析方法和责任承担问题。^[217] 此外,张卫东深入分析了邮政行业适用竞争法的必要性和可行性,李剑对反垄断法基本原理及其在烟草行业的可适用性予以论述,^[218]杜仲霞、王健分别对盐业、成品油市场中的反垄断问题展开探讨。^[219]

随着互联网行业的兴起和相关案例的提出,学界注意到互联网市场对传统反垄断法律制度带来挑战。仲春基于互联网行业特性及相关案例的分析和考察,重点探讨互联网相关市场界定问题,指出互联网领域的相关市场界定,需考虑市场竞争的动态性,合并类案件应结合动态竞争和创新带来的供给需求增加适度扩大相关市场的范围,对滥用市场支配地位类型的案件,则应更多地关注消费者利益受到确凿损害的证据。^[220] 胡丽从单一市场结构方案在互联网背景下适用的困境着手,并对市场支配地位认定的类型化方案(包括市场结果方案、市场行

[212] 喻玲:“从威慑到合规指引——反垄断法实施的新趋势”,《中外法学》2013年第6期。

[213] 朱宏文、王健:“从‘两权合一’走向‘三权合一’——我国反垄断执法机关导入准司法权的理论、路径和内容”,《法学评论》2012年第5期。

[214] 游钰:“论反垄断执法的司法审查”,《中国法学》2013年第6期。

[215] 焦海涛:“电信、联通垄断案中承诺的消极效应”,《法学》2012年第3期;焦海涛:“反垄断法承诺制度的适用范围研究”,《法商研究》2013年第2期。

[216] 焦海涛:“论反垄断执法协商的程序约束”,《法学评论》2013年第4期。

[217] 郑鹏程:“美国反垄断法对高等教育的规制及其启示”,《法商研究》2012年第6期。

[218] 李剑:“烟草业需要反垄断法吗?——烟草专卖改革的逻辑与路径”,《当代法学》2013年第5期。

[219] 杜仲霞:“盐业反垄断问题研究”,载漆多俊主编:《经济法论丛(总第22卷)》,武汉大学出版社2012年版;王健:“我国成品油市场中的反垄断问题”,《法学》2012年第2期。

[220] 仲春:“互联网行业反垄断执法中相关市场界定”,《法律科学》2012年第4期。

为方案和市场结构方案)予以评析,指出三种类型化方案只是对市场支配地位认定在一个维度的理论划分,并不完全相互排斥和矛盾,主张中国应当在反垄断司法实践中贯彻“综合标准方案”。^[221]于馨森针对搜索引擎反垄断法适用中的相关市场界定、市场支配地位认定等问题展开分析,指出搜索引擎运营商虽然在理论上存在滥用市场支配地位、限制竞争行为的可能性,但中国和欧盟现有反垄断法规定,特别是关于举证责任的规定,使得实践中很难确实认定搜索引擎运营商行为的违法性。^[222]

反垄断诉讼与损害赔偿问题,仍吸引了部分学者的关注。杨春华主张消费者反垄断诉讼必须以维持市场秩序为本,不应对此种制度予以过高的热情和厚望,具体制度的设计应注重消费者福利保护,突出反垄断保护的有效性,且无需配置惩罚性赔偿,^[223]该文见解独到。李俊峰基于对限制或排除竞争行为相对方受损害的可赔偿性问题的分析,主张建立以“转换成本”为核心的判定标准,简化此类赔偿的判断和计算过程。^[224]

四、展望与期待

纵观2012—2013年间的期刊论文,无论与相关法学学科相比,还是与前次报告对照,经济法学研究整体而言都称不上进步显著。论文发表的数量依然庞大,但若以规范性强、选题面广、视角独特、论证充分、资料新颖或逻辑严密等标准来衡量,在多个方面达到上佳水平的论文仍然不多见。经济法学作为新兴学科,其体系庞杂、内容专业、方法多元,需要经济法学者不懈努力、代代传承。值得欣喜的是,年轻一辈的学者具备更好的科研素养、更强的科研能力,初步显露出挑起经济法学研究大梁的迹象,若能继续拓展经济法理论研究的深度和广度,经济法学研究的未来一定是可以期待的。经济法学领域有太多需要解决的真实问题、太多需要改进的新型规范、太多需要验证的重要理论,对经济法学者而言,这无疑是理论体系发展的重要机遇,同时,也充满了挑战和困难。与传统法学研究相比,经济法学研究很难取得理论上的有效突破,在这个意义上说,以宽容的心态看待、持审慎的态度从事经济法学研究始终是需要再三强调的。数十年以降,经济法学研究的品格渐次形成,进步的步伐还应当更快更稳一些。课题组期望通过学科发展评价报告(仅仅是一个侧面),忠实记录2012—2013年经济法学研究的点滴进步,希望有所助益于经济法学研究的良性发展。

(责任编辑:邓 峰)

[221] 胡丽:“互联网企业市场支配地位认定的理论反思与制度重构”,《现代法学》2013年第2期。

[222] 于馨森:“搜索引擎与滥用市场支配地位”,《中国法学》2012年第3期。

[223] 杨春华:“消费者反垄断诉讼的本源与我国应然之探”,《现代法学》2012年第5期。

[224] 李俊峰:“反垄断法中交易不成损害的可赔偿性”,《现代法学》2012年第4期。