

中国经济法学发展评价 (2010—2011)

基于期刊论文的分析

本刊编辑部

一、选择标准、概况以及工作步骤

作为本刊系列评论的一部分,经济法学的学科评价采用了近似的评价形成过程、大致相同的框架结构来完成写作。学科的特点决定了这一报告:首先,既有法律制度的体系导致了所涉及的范围广泛,由此决定了论文的数量庞大。本报告仍然遵循了经济法学科的传统划分,按照总论、企业公司法、金融法(含证券、银行、会计)、财政税收法、竞争法分别进行评价;其次,即便在每一个子部门下面,也仍然有不同的领域,尽管本报告淡化了这种内部的结构划分,但是仍然以不同的具体问题方式体现出来;第三,经济法的知识来源多元化、学科交叉的特性,使得本报告在文章筛选、统计和评价上的困难大大提高。包括社会学、经济学、政治学、管理学等一级学科在内,以及具体到每个部门的财务、会计、金融、税收等在内的名目众多的各项杂志论文,构成了一个庞大的检索、鉴别、分类和统计的工作对象。基于上述原因,本报告的形成本不可避免采用了先分工再合作、先部门再整合的方式,分成两个子课题,各自组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。但在选评和写作阶段保留了撰写者的自由裁量,最后统一完成定稿。

论文选取的范围包括 2010—2011 年公开发表在《中国社会科学引文索引(2012—2013)来源期刊目录》(CSSCI)中的 21 种法学核心期刊、70 种高校综合性学报来源期刊、50 种综合性社科期刊,以及 CSSCI 中 73 种经济类来源期刊中的上述学科论文。考虑到经济法总论的特殊性,选取了部分以书代刊的集刊^[1]中的论文,但并未包含全部的集刊。在上述刊物上发表的论文,依据

[1] 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》以及《北大法律评论》等以书代刊的集刊等。

下列标准进行了排除:首先,从文章规模标准出发,排除篇幅不超过3页,字数不超过5000字的文章。其次,就其与法学研究的交叉而论,只要主题与经济法相关,除非文章使用的分析方法明显呈现出其他部门法学的研究范式,均纳入评价范围。发表在非法学类核心期刊,非法学类刊物上的文章,如果主题相关,若作者有法学学科背景(包括获取过法学类学位、在法学类院校或者单位任教或者任职),则纳入评价范围。以此标准,在上述范围刊物上列入考察目标的论文总数为1000篇,其中经济法总论论文62篇,公司法208篇,金融法490篇(金融法总论180篇,银行法61篇,证券法100篇,金融创新制度94篇,其他金融机构以及融资方式的文章55篇),财税法90篇,竞争法150篇。其中,总论中不包括宏观调控和产业法;企业公司法基于其与民商法的共同研究对象特点,排除了诸如设立登记之类的商主体法的论文——除非是基于市场准入规制的角度进行的研究,但是包括部分使用经济学方法的论文;金融法中的票据、保险和信托,与商法研究有较多重合,选择标准是从监管角度出发的研究;另外,非法学期刊对经济法的研究所作出了贡献,竞争法中有35篇论文,金融法中有221篇,财税法中有29篇来自于经济类期刊。

学术研究的创新,尤其是实质性创见和贡献性研究是课题组评价论文的核心。针对所选择的论文,课题组具体从选题、方法、材料、论证四个方面进行评价。选题主要关注论文选题是否有突出的问题意识,是否属于新的理论或实践,是否具有实质性的贡献。方法主要考察选文的视角,或研究方法是否属于新颖,是否具有开创性或对传统问题进行了更深入和严密的论证。材料主要关注论文是否有新的制度、规则、资料、数据等,为学科研究提供知识增量。最后,作为一项附加的平衡标准,课题组还对文章论证的展开程度进行评价,以其结构是否严谨、说理是否充分、有深度作为其评价的调整指数。

当然,尽管课题组努力覆盖相关学科2010—2011年全部有价值的正式发表的论文,但是一方面样本的选取方面课题组难免存在疏漏,另一方面选取标准本身具有强烈的主观性,而在实施上述标准进行文章评价时,无论是筛选的标准、归类的判断,还是评价的依据、意见,肯定会有不少可以商榷之处。任何试图用文字来对既有文字进行事后评价的做法,都受制于评价者的主观感受而很难有绝对客观的标准。课题组虽然努力秉持客观、中立的立场,但是受到已有知识结构和自身研究路径的影响,难免会掺杂评价者的偏好和难以避免的错误。但是,作为超越目前按发表量计算的简单而原始的学术评价机制,本报告希望能够尽力接近本刊设立学科评价栏目的初衷。

二、总体评价

司法上从1877年美国的Munn v. Illinois案,立法上从1887年《州际商务法》开始起算,经济法自产生之日起至今的100多年历史中,本身带有就事论事(*ad hoc*)的特点。不断更新、时时存在的价值冲突产生了层累积淀的不同解释体系。在我国30年来的总论理论研究中也是如此,抽象理论更多倾向于词语、口号、概念的引入和来源于交叉学科的视角转换,而缺乏对具体制度的统治和约束;而与此同时,现实问题不断地拷问既有的制度和规则,从而吸引了更多的注意力,针对具体现实情形的策论、建议、评论、反思更多占据了学术期刊的篇幅。这种整

体格局的分布仍然在持续之中。本报告所考察的论文集合,也同样延续了存在已久、老生常谈的经济法学中的痼疾。首先是总论和分论研究的脱节,总论或一般理论的研究脱离部门法。同时,部门法中也存在着部门一般理论和部门制度之间的脱节。例如,金融法一般原理的讨论不能与其具体制度相契合,财税法的一般原理也不能统帅甚至解释具体制度的变化。这种两层脱节的现象是传统弊端的延伸。其次,自说自话而不去和整体法律制度接轨的现象在总论研究,以及部分分论研究中也仍然非常明显,对策性研究和评论可能会更加靠近实践而更多受到已有的规则制度的约束,而较为一般的或者抽象的解决方案则更多近乎天马行空的想法,或者更多可能更靠近产业政策、财政政策或货币政策的建议而非立法、司法或执法为导向的研究。有些论文则提出一些新名词,对其行为、交易、关系的基础甚至未能清晰阐释就直接基于这些新概念、想法提出了新的解决方案。学术研究的进路(disciplinary)虽然并无一定之规,不破不立,但这并不意味着不需要遵守大致的“道”,仅凭想象力或者修辞的创新,与法律应当具有的规范性(prescriptive)的特性并不那么吻合。再次,在具体部门、制度的对策性研究中,虽然冠以经济法学或者与之相关制度的名字,但其研究更多是基于相邻学科的分析框架作出的情形,也较为普遍。当然,可以理解的是,游走于传统法学学科夹缝之间生存的艰难,以及在传统部门法的路径依赖下,稍具一般原理的研究论文,的确存在着发表的困难。总论论文在主流法学期刊中的比例降低也显而易见,但这不是经济法学研究者持续低水平重复生产的借口,更不是躲进小楼成一统的理由,反而应当成为经济法学界学术研究更加精细、更为系统、更有性格的动力。

“数量多多,贡献寥寥”是课题组的第一印象。庞大数量基础上的论文生产整体生态问题不过是旧有习惯的延续,但在课题组的考察中,尽管没有明确的在 2010 年之前的全面观察印象,我们仍然可以感受到经济法学研究的新气象。最值得注意的是,虽然一直是作为传统 19 世纪下的法律观念的背叛者的姿态出现,但这两年内,与两千多年的法学传统相接、更加规范化、国际化的研究,^[2]以更深入的比较制度研究,^[3]更扎实的历史分析,^[4]更社会科学式的实证方法的文章^[5]也不断地崭露头角,代表了经济法学的研究发展方向。其中的许多年轻学

[2] 如应飞虎、涂永前:“公共规制中的信息工具”,《中国社会科学》2011 年第 4 期;缪因知:“反欺诈型内幕交易之合法化”,《中外法学》2011 年第 5 期;席涛:“法律、监管与市场”,《政法论坛》2011 年第 3 期。

[3] 如罗培新:“美国新自由主义金融监管路径失败的背后——以美国证券监管失利的法律与政治成因分析为视角”,《法学评论》2011 年第 2 期;汤欣:“论证券集团诉讼的替代性机制——比较法角度的初步考察”,载张育军、徐明主编:《证券法苑》(第 4 卷),法律出版社 2011 年版,页 174—200;郭雳:“证券欺诈法律责任的边界——新近美国最高法院虚假陈述判例研究”,《中外法学》2010 年第 4 期;解正山:“金融稳定与存款人保:英国银行破产法改革及其借鉴意义”,《金融论坛》2011 年第 11 期;伏军:“论银行‘太大不能倒’原则——兼评美国《2010 华尔街改革与消费者保护法案》”,《中外法学》2011 年第 1 期。

[4] 如陈承堂:“宏观调控权是怎样生成的”,《中外法学》2011 年第 5 期;邓峰:“董事会制度的起源、演进与中国的学习”,《中国社会科学》2011 年第 1 期。

[5] 如沈朝晖:“监管的市场分权理论与演化中的行政治理——从中国证监会与保荐人的法律关系切入”,《中外法学》2011 年第 4 期;肖松:“中小投资者法律保护与公司价值——来自中国上市公司的经验研究”,《经济科学》2010 年第 2 期;刘思萱:“经济法政策性特征的实证考察——基于 31 年最高法院工作报告的整理与分析”,《南京大学学报》2011 年第 1 期。

者受到更为全面的学术训练,具有更为广阔的国际视野,所提出的具有建设性、创新性的学术成果,某种程度上代表着经济法学界的未来发展方向。

同时,虽然有相当数量的文章并没有提出新的理论,可能在研究深度、广度上并不非常令人满意,但无论是资料来源、数据收集还是文献引证上,都能够引入新的知识资料,辨别学界原有的认识偏差,增加了客观上的知识引入和积累。同时,更重要的是,远离了自说自话、自圆自理的老路,将经济法学的研究转向客观的在各国已有的实践中所确立的规则和制度基础上进行说理和论证,而非采用外在的、描述的、主观的强加给法律的话语构造。在基础薄弱的中国经济法学,甚至整个中国法学,在转轨、主流范式未能确定、社会中的价值争论不休的背景下,基础知识的积累无疑也是当下值得肯定并应当鼓励的方向。

又次,尽管许多法学核心期刊对发表案例研究的文章持有排斥性态度,但这两年经济法中的此类文章,是一个非常突出并值得肯定的趋势。^{〔6〕} 案例研究一反通常认为的经济法更多是一种政治经济学的简单粗陋复述的偏见,运用足够的篇幅容纳较为复杂的经济事实表述、复合型法律关系分析和多元冲突的价值争议。更加值得肯定的是,这些案例研究都能在对交易关系、结构和成本收益分析加以阐明的基础上,讨论相应的立法、司法或者理论问题,有对经典案例的对话,^{〔7〕} 也有能够采用更大范围的分析得到更加一般性结论的研究。^{〔8〕} 事实上,对复杂的现代经济体系、交错繁杂的交易结构,以及多要素司法考量的经济法而言,案例研究是阐明具体问题的非常合适的写作方式——这也是和国际上的研究趋势相吻合的。现有的案例研究数量比较少,发表不易。另外有一些案例研究属于纯粹就事论事,以得到一个“正确的”司法判决为目标,缺乏探讨制度“嵌入性”的深度,也缺乏提炼一般理论或规则的广度,从而脱离了学术研究的本质。

此外,课题组还发现了两个总体上的鲜明特点,并不太容易完全地作出肯定性的评价,但无疑也是非常重要的趋势。首先,与法学中的其他学科有所不同,经济法学的英美法化尤其是美国化非常明显,无论是理论、框架、资料和文献来源,与 20 年前的知识来源

〔6〕 如邓峰:“传导、杠杆与中国反垄断法的定位——以可口可乐并购汇源反垄断法审查案为例”,《中国法学》2011 年第 1 期;沈伟:“复杂结构金融产品的规制及其改进路径——以香港雷曼兄弟迷你债券事件为切入点”,《中外法学》2011 年第 6 期;罗培新:“公司治理法律规则背后的经济和社会含义——以日本活力门收购时间为视角”,载张育军、徐明主编:《证券法苑》(第 2 卷),法律出版社 2010 年版,页 17—43;楼建波:“场外衍生品交易担保之信用支持制度研究——以‘海升—大摩案’为分析蓝本”,《法商研究》2011 年第 1 期;楼建波:“从 CDS 看金融衍生品的异化与监管——以瑞银集团诉 Paramax 案为例”,《环球法律评论》2010 年第 1 期。

〔7〕 如缪因知:“家族企业的得与失:对国美陈黄之争的若干思考”,载顾功耘主编:《公司法律评论》(总第 11 卷),上海人民出版社 2011 年版,页 84—90;李诗鸿:“国美控制权争夺背后的公司治理之辩”,载顾功耘主编:《公司法律评论》(总第 11 卷),上海人民出版社 2011 年版,页 81—92;刘庄:“国美控制权争夺:发生机制和法律困境”,载顾功耘主编:《公司法律评论》(总第 11 卷),上海人民出版社 2011 年版,页 93—105。

〔8〕 如彭冰:“内幕交易行政处罚案例初步研究”,载张育军、徐明主编:《证券法苑》(第 3 卷),法律出版社 2010 年版,页 86—130;郭雳:“证券欺诈法律责任的边界——新近美国最高法院虚假陈述判例研究”,《中外法学》2010 年第 4 期;刘燕、楼建波:“企业重大金融衍生交易损失事件研究——以合约结构为基础”,《清华法学》2010 年第 1 期。

和叙述模式相比,发生了很大的变化。这在总论、企业公司、金融、竞争中更为明显,尤其是后两者。相比整个法学学科,经济法学和法理、宪法、行政法、国际法等传统英美化的部门,对英文文献和英美法理论框架的吸收、学习甚至依赖已经有过之而无不及。当然,与有些学科已经形成了传统固定范式,甚至出现某种意义上的“范式革命”的理论争议,与有些学科相对早熟,理论来源和基础趋向固化,基本上完全趋向于法条解释而理论创新不足,也形成了鲜明的对比。这种趋势也带有代际转轨的特色,论文作者越年轻,这种特色越明显。这是非常容易理解的。几个原因决定了这一趋势:更多的学者受到了国外的学术训练和交流,更多的英文数据库和资料可供使用,而中国经济法学不能独立于国际发展之外,必须寻求理论和知识来源。这一转轨在制度实践上具有充分的正当理由:在历史上,规制、反垄断等经济法的诸项制度,的确缘起于美国并经二战而扩展到全球;在经济表现上,即便存在着某个时期的“日本崛起”、“东亚四小龙”、“金砖国家”等的迅速增长,美国仍然在经济发展程度上长期保持领先地位。同时,经济法学所着重关心的政府、组织与市场,美国法更加充分地提供了知识,这很好理解,“对经济政策的鸵鸟政策(head-in-the-sand)的后果之一,就是除了北美之外的法学学者,在发展和实施私有化运动中,并没有扮演什么主要角色”。〔9〕此外,中国的现有证券、银行、金融、会计制度等更多地学习了美国经验。出现这种情形并不难理解。在这种倒向英美法的经济法学研究趋势下,课题组发现所考察的论文存在以下的特点:第一,尽管这种方法下产生了相当多的精品研究,但大多数基于比较法的论文是简单的“照搬照抄”,直接比较制度的具体操作规则,而毫无理论提炼和具体分析,甚至对本国制度的结构—功能视角上的理解也有欠准确,仍然停留在比较浅层次上的比较研究;第二,相当部分的论文纯粹是对某国制度的介绍和评析,这种研究通常只是关注于某一具体制度,而没有交代和关注这种具体制度在该国的“嵌入性”和替代机制;第三,与下面所要讨论的热点问题相关,这种比较研究常常以美国或者欧盟的热点为追随对象。总体上,课题组的判断是,这种学术转轨正在发生之中,是非常值得肯定的知识增长、积累和沉淀,但许多研究仅仅是简单的一次性进口,欠缺全面、深入、持久的理论化甚至准确性。个别论文呈现出三分之一的篇幅介绍了大致的某国发展之后,就脱离这些介绍,回到原有的经济法学框架提出简陋的政策性建议。

随着公共商事活动的范围和领域不断扩展,以及政府和市场关系的不断调整,层出不穷的社会焦点和热点理论问题历来是经济法学研究的动力和着力点——当然我们也可以说制约着经济法学一般化的深度提炼和理论化。这两年的研究也毫无疑问延续了这一传统。课题组通过对具有交集和命题重合度的论文的考察,提炼了下列的焦点和热点问题研究。当然,这并不意味着完全肯定这些研究。许多对热点问题的讨论除了“羊群效应”之外,也表现出提炼深度不足的通病。

〔9〕 See Michael Taggart, “The Nature and Function of the State”, in Peter Cane and Mark Tushnet, ed., *The Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford University Press, 2003, pp. 104—105.

经济法总论中的关注焦点主要是对金融危机的一般化反思,^[10]以及由此衍生的经济规制转型或者政府与市场边界的关系问题。^[11]另外,对30年来的经济法学研究进行评价,也出现了一些论文。^[12]其中,蒋悟真将研究对象设定为2004年—2008年法学主流刊物论文以及重大课题报告,对经济法总论的研究主题进行统计分析,对总论的研究提出了批评:学术发展的研究队伍单薄、群体性学术知识的增长点并不突出,总论与分论研究脱节和总论研究的理论化程度仍有待提升。这是相对比较客观和冷静的评价。

对公司社会责任的讨论构成企业公司法研究领域的最大热点,^[13]这也延续了在这之前的

[10] 如杨紫煊:“论当前危机的性质、根源和经济法对策”,《法学论坛》2010年第2期;肖琼:“金融危机背景下的经济法解读”,《东南学术》2011年第5期;张守文:“后危机时代经济法理论的拓挖”,《重庆大学学报(社会科学版)》2011年第3期;罗培新:“美国新自由主义金融监管路径失败的背后——以美国证券监管失利的法律与政治成因分析为视角”,《法学评论》2011年第2期;崔晓静:“金融危机后国际避税地法律监管的新发展”,《税务研究》2010年第3期。

[11] 如张赏谦:“美国商业管制私法政策的历史发展和启示”,《法学杂志》2011年第7期;郭哲、王岳东:“政府干预市场经济的法理分析”,《法学杂志》2010年第8期;彭真明、方妙:“规制与自治之间:方便面集体涨价事件引发的思考”,《法学杂志》2010年第3期;刘素英:“政府管制与服务:权力与权利的张力”,《中国农业大学学报(社会科学版)》2010年第2期;牛松:“管制市场化的法经济学分析”,《北方论丛》2011年第6期;薛克鹏:“政府救市行为的反思及法律控制”,《上海财经大学学报(哲学社会科学版)》2010年第3期;李昌庚:“金融危机视野下的经济法价值考辨”,《政治与法律》2010年第6期。

[12] 如蒋悟真:“经济法总论研究之检视——以近年来法学主流刊物论文为视角”,《法学评论》2011年第6期;席月民:“中国经济法基础理论的变革与创新”,载李昌麒、岳彩申主编:《经济法论坛》(第8卷),群众出版社2011年版,页3—24;刘光华:“本土性与普适性:中国经济法研究的反思”,《兰州大学学报》2011年第6期。

[13] 如蒋建湘:“企业社会责任的法律化”,《中国法学》2010年第5期;官欣荣:“我国《公司法》引入利益相关者条款的思考——‘强制+授权’的分类规范治理模式”,《政治与法律》2010年第7期;王保树:“公司社会责任对公司法理论的影响”,《法学研究》2010年第3期;蒋建湘:“企业社会责任的性质”,《政法论坛》2010年第1期;顾爱平:“论企业社会责任的三种维度及其引导与规范”,《政治与法律》2010年第3期;王碧淼:“利益相关者视角下的企业社会责任模型”,《东岳论丛》2010年第7期;牛松:“论西方企业社会责任的发展路径及经验”,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2011年第3期;宁金成、张安毅:“公司社会责任之伦理责任的公司法审视”,《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2010年第1期;胡晓静:“论公司社会责任:内涵、外延和实现机制”,《法制与社会发展》2010年第2期;刘新民:“企业社会责任之承担主体研究——企业法人理论的殊途同归”,《法学杂志》2010年第11期;程信和:“经济法视野下的企业社会责任”,《甘肃社会科学》2011年第2期;薛生全:“公司目标二元性——兼论我国现代公司的社会责任”,《法学杂志》2010年第12期;薛夷风:“社会企业对我国传统公司观念的挑战——再论公司的营利性”,《当代法学》2011年第3期;高永周、吴修合:“浅析企业社会责任的限度”,《法学杂志》2011年第12期;罗海盛:“论企业社会责任法制的法理基础”,《青海社会科学》2011年第3期;甘培忠、雷驰:“公司社会责任的制度起源与人文精神解构”,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2010年第2期;左传卫:“公司社会责任理论的侵权法解读”,《甘肃社会科学》2011年第4期;彭德(Pitman Potter):“公司治理结构与企业社会责任的协调与平衡”,《清华法学》2011年第1期;田春雷:“金融企业社会责任之辩——兼论企业社会责任的异质性与阶段性”,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2011年第6期;曾丽洁:“企业社会责任跨国诉讼的理论与实践探讨”,《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2010年第3期;刘忠:“公司企业社会责任中防止腐败之现状、评估及对策——以中国涉外公司企业为视角”,《法学杂志》2010年第2期。除上述列举之外,还有许多其他论文,兹不一一列举。

数年内对这一重大理论问题的高温。其中大多数是介绍或者描述的写作方式,或者对教科书尚未展开论述的事实或资料加以补充,或者直接提出法律修改的建议,但这数十篇论文的涵盖视角非常广泛,大多数能够涉及的命题都有所讨论。其他的都属于传统的持续热点问题。当然,首先是针对国有企业的研究。^[14]其次,具体与法律实践相联系的热点是公司担保行为的探讨,^[15]大部分是技术性规则的讨论。这个在现行制度规则和解释体系下的两难困惑的讨论仍然在持续。再次,由于《公司法》司法解释(三)的出台,与传统的资本规制制度相联系,出资的各种相关制度的探讨也仍然吸引了相当的研究精力。^[16]更加传统的公司治理问题,也有相当的文章持续关注。^[17]

[14] 如车亮亮:“论国有企业监事会与公司内部监督的资源整合”,载李昌麒、岳彩申主编:《经济法论坛》(第8卷),群众出版社2011年版,页85—95;李昌庚:“转型视角下的中国国有企业治理法律研究”,《法学杂志》2010年第12期;胡改蓉:“国有公司董事会独立性之保障”,《华东政法大学学报》2010年第6期;魏淑君:“中国有限责任公司法律制度的历史阶段——以国企公司化的百年变迁为视角”,《法治与社会发展》2010年第5期;张莉莉、王建文:“公用企业基本法立法的逻辑证成与基本结构”,《南京社会科学》2011年第10期。

[15] 如韦健南:“公司对股东担保行为的权利能力解析——兼论《公司法》第16条的性质”,《金融法苑》2011年第2期;陈冲、丁冬:“公司对外担保效力问题研究——基于司法裁判的分析与反思”,《金融法苑》2011年第2期;刘炎:“公司对外一般担保的效力认定”,《金融法苑》2011年第2期;彦巍、杨密密:“公司越权担保效力之理论与实证分析”,《金融法苑》2011年第2期;顾方亮:“论公司关联担保中债权人的审查义务”,《金融法苑》2011年第2期;宁金成:“公司违反章程规定对外担保的效力研究——以《公司法》第16条第1款的适用为分析背景”,《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2011年第4期;钱玉林:“公司法第16条的规范意义”,《法学研究》2011年第6期;吴一波、陈庭鹭:“公司担保行为的模糊边界——安慰函效力之探析”,《金融法苑》2011年第4期;牛元栋:“关联担保违规行为法律规制——基于上市公司价值与治理结构的分析”,《金融法苑》2011年第2期;何庭财、杨镇宇:“一人公司特殊担保的法律效力探析——以司法审判和经济活动中的需求为视角”,《金融法苑》2011年第2期;王志刚、唐婧:“章程缺位状态下公司对外担保的决策权分制”,《金融法苑》2011年第2期;孙英:“公司目的范围外经营规制:从外化到内敛——兼论双重性民事权利能力对公司越权的适用”,《法学论坛》2010年第1期;张安毅:“公司慈善捐赠的妥当性判断标准研究”,《法学论坛》2011年第4期;张飠:“法定代表人越权签约对公司的约束力——对《公司法》相关条文的分析”,《法学论坛》2011年第3期。

[16] 如宋良刚:“债权出资的法律问题与对策探析——兼评《公司法》司法解释(三)第16条”,《政法论坛》2011年第6期;葛伟军:“债权出资的公司法实践与发展”,《中外法学》2010年第3期;刘涛、陈国军:“论股份有限公司瑕疵出资股权转让的民事责任承担”,《政治与法律》2011年第11期;张保华:“分配概念解析——兼评《公司法》司法解释(三)中的抽逃出资”,《政治与法律》2011年第8期;李建伟、吴永刚:“瑕疵出资股东的股东权利限制的归类研究:规范与实证”,载张育军、徐明主编:《证券法苑》(第5卷),法律出版社2011年版,页1290—1317;王晓慧:“关于股东出资违约责任的解读”,《法学杂志》2010年第2期;储育明:“关于人力资本不宜作为公司股东出资标的的探讨”,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2011年第6期;金玄武:“论我国公司劳务出资的合理性与可行性”,《山东社会科学》2010年第5期;张保华:“分配概念解析——兼评《公司法》司法解释(三)中的抽逃出资”,《政治与法律》2011年第8期。

[17] 如冯果、李安安:“金融创新视域下的公司治理——公司法制结构性变革的一个前瞻性分析”,《法学评论》2010年第6期;乔宝杰:“对我国有限责任公司治理结构的反思”,《政治与法律》2011年第8期;罗培新:“公司治理法律规则背后的经济和社会含义——以日本活力门收购时间为视角”,载张育军、徐明主编:《证券法苑》(第2卷),法律出版社2010年版,页17—43;赵玲:“公司治理的路径依赖及其对公司治理演进的影响”,《法学杂志》2010年第10期。

在金融法领域中,包含了广泛的内容,金融法的一般理论、银行、证券、制度创新等领域均有文章涉及,除了一般理论相对比较单薄,最热门的研究当然属于美国金融危机的反思。有从一般理论角度的研究,^[18]也有从具体问题入手的研究,^[19]以及前述基于案例的研究等。总体上来说,这些反思大都对危机的反应迅速,但在事实上的因果关系未经仔细考察的前提下,更多是基于舆论或理论上的直觉作出的。与危机问题相联系的几个问题也得到了较高的关注,评级机构的责任、衍生品的金融规制以及资产证券化问题。^[20]另外一个热点则属于较为传统的证券欺诈的研究。^[21]

伴随着《预算法》修订的理论探讨属于财政税收法中这两年的最大热点问题。^[22]与现行财税体制中的现状问题相联系,地方公债也属于学界关注的焦点问题,^[23]与这一问题相关,财

[18] 如单飞跃:“宪政政治场景中的金融危机干预”,《法学家》2010年第6期;邢会强:“金融危机治乱循环与金融法的改进路径——金融法中‘三足定理’的提出”,《法学评论》2010年第5期;冯果:“金融法的‘三足定理’及中国金融法制的变革”,《法学》2011年第9期;孙放:“现代金融系统的溶解性扩散特征及其监管策略”,《当代经济科学》2011年第2期。

[19] 如伏军:“论银行‘太大不能倒’原则——兼评美国《2010 华尔街改革与消费者保护法案》”,《中外法学》2011年第1期;聂飞舟:“信用评级机构法律监管困境及金融危机后的改革出路”,《法学》2011年第3期;郑少华、齐萌:“融券卖空监管的法律思考——兼析金融危机前后的美国卖空监管”,《中国法学》2010年第4期;郭雳:“证券市场中介机构的法律责任配置”,《南京农业大学学报(哲学社会科学版)》2011年第1期。

[20] 如洪艳蓉:“重后资产证券化与我国的发展路径”,《证券市场导报》2011年9月号;宋晓燕:“美国抵押贷款证券化中的消费者保护问题”,《法学》2011年第3期;钟瑞栋:“知识产权证券化风险防范的法律对策”,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2010年第2期。

[21] 如郭雳:“证券欺诈法律责任的边界——新近美国最高法院虚假陈述判例研究”,《中外法学》2010年第4期;于莹、潘林:“证券虚假陈述侵权责任中信赖推定之证成——欺诈市场理论局限性的克服”,《法制与社会发展》2011年第2期;耿利航:“证券内幕交易民事责任功能质疑”,《法学研究》2010年第6期。

[22] 如蒋悟真:“我国预算法修订的规范分析”,《法学研究》2011年第2期;蒋悟真:“法理念视野下的预算法修改路”,《法商研究》2011年第4期;熊伟:“在理想与现实之间:《预算法》修改的中庸之道”,《江西财经大学学报》2011年第4期;叶姗:“前置性问题和核心规则体系——基于中改《中华人民共和国预算法》的思路”,《法商研究》2010年第4期;刘剑文、王文婷:“公共财政理念下的预算范围调控之法律进路”,《重庆大学学报(社科版)》2011年第3期;丛中笑:“公共财政视阈下我国预算法的修订——理念更新·原则重构·权力配置”,《江西社会科学》2011年第11期;陈乃新、楼建兵:“论二分法预算的立法完善——修订《预算法》新思路”,《江西社会科学》2011年第11期;冯辉:“宪政、经济国家与《预算法》的修改理念——以预算权分配为中心”,《政治与法律》2011年第9期;蒋洪、温娇秀:“预算法修订:权力与职责的划分”,《上海财经大学学报》2010年第1期;涂永前:“预算过程中对自由裁量权的限制”,《政治与法律》2011年第9期;徐阳光:“收入预测与预算法治——预决算收入偏差的法律评估”,《社会科学》2011年第4期;马岭:“我国预算大幅‘超收’的法律原因评析”,《法学》2010年第9期;叶姗:“法律促进预算平衡之基本原理研究”,《现代法学》2010年第5期。

[23] 如华国庆:“中国地方公债立法研究”,《安徽大学学报(哲社版)》2010年第4期;冯果、李安安:“中央代发地方债券的经济法分析——兼论政府间财政关系的法治化进路”,《广东社会科学》2011年第4期;冉富强:“美国州宪法公债控制的方式、实效及启示”,《政治与法律》2011年第9期;冉富强:“公债发行的宪法实体控制”,《河南社会科学》2011年第2期;冉富强:“地方政府直接举债的宪政条件”,《学术界》2011年第2期;岳彩申、王旭坤:“规制地方政府发债权的几点立法建议”,《法学》2011年第11期。

税法中始终存在的核心焦点,即中央和地方分权相关研究也仍然有许多文章展开分析。^[24]从税种角度看,所得税尤其是个人所得税仍然是研究的重点。^[25]

竞争法的研究随着修法完成、进入执法阶段而出现了多元化的倾向,不过学界仍然聚焦于原来的焦点,即执法体制问题。^[26]但竞争法和其他部门有所不同,一般理论的探讨甚至是新的视角的研究也具备一定规模,其中规制/竞争的关系是共同关注的问题。^[27]另外,私人执行也仍然是关注焦点。^[28]

[24] 如张千帆:“中央与地方财政分权——中国经验、问题与出路”,《政法论坛》2011年第5期;张怡:“城乡多维互动改革与发展法制研究——以财税法制研究为视角”,《现代法学》2011年第3期;姜孟亚:“我国地方税权的确立及其运行机制研究”,《法学家》2010年第3期。

[25] 如施正文:“分配正义与个人所得税法改革”,《中国法学》2011年第5期;陈业宏、黄媛媛:“我国个税项目扣除问题研究”,《法律科学》2010年第6期;朱炎生:“中国内地和香港所得税合作的影响及法律对策”,《厦门大学学报(哲社版)》2010年第2期;周金荣:“非居民企业所得税纳税人主体问题探析”,《税务研究》2011年第5期;张晓婷:“实质课税原则的制度实现——基于企业所得税法文本的考察”,《财贸研究》2010年第5期;陈业宏、曹胜亮:“个人所得税法实质正义的缺失考量——以纳税人家庭经济负担为视角”,《法学杂志》2010年第5期;丛中笑:“我国个人所得税法工薪累进税率的优化——扩大级距、减并级次和降低税率”,《当代法学》2010年第2期;郝琳琳:“信托所得课税困境及其应对”,《法学论坛》2011年第5期。

[26] 如李俊峰:“产业规制视角下的中国反垄断执法架构”,《法商研究》2010年第2期;张占江、徐士英:“自然垄断行业反垄断规制模式构建”,《比较法研究》2010年第3期;朱沛智、陈浩:“关于我国反垄断执法机构设置模式的思考”,《天津师范大学学报(社会科学版)》2010年第5期;吴华升:“我国反垄断执法机构与行业监管机构权力配置研究”,载李昌麒、岳彩申主编:《经济法论坛》(第8卷),群众出版社2011年版,页129—146;陈江华、丁国峰:“我国反垄断行政执法程序的探讨”,《社会科学研究》2011年第4期;倪娜、万欣:“我国反垄断的实施机制、模式及其改革构想”,《改革》2010年第3期。

[27] 如玉玉辉:“反垄断法中消费者损害赔偿权研究”,《河南社会科学》2010年第2期;余东华:“价格歧视、经销商串货与反垄断分析——以‘诺基亚事件’为例”,《财贸经济》2010年第4期;夏中雷:“反托拉斯法:契约的死亡还是契约的再生?——美国 Stolt-Nielsen 案之反思”,《江西财经大学学报》2010年第2期;殷继国:“自然垄断行业不对称规制理论与实践”,《经济经纬》2010年第4期;王亚南:“滥用相对优势地位问题的反垄断法理分析与规制——以大型零售企业收取‘通道费’为切入视角”,《法学杂志》2011年第5期;郭宗杰:“反垄断法上的协同行为研究”,《暨南学报(哲学社会科学版)》2011年第6期;李剑:“双边市场下的反垄断法相关市场界定——‘百度案’中的法与经济学”,《法商研究》2010年第5期;王为农、许小凡:“大型零售企业滥用优势地位的反垄断规制问题研究——基于双边市场理论的视角”,《浙江大学学报(人文社会科学版)》2011年第5期;孙晋、冯艳楠:“产融结合的经济力度过度集中及其反垄断规制”,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2010年第1期;管乃生:“在垄断中引入竞争:烟草行业规制改革的路径选择”,《产业经济研究》2010年第5期;黄坤、张昕竹:“可口可乐拟并购汇源案的竞争损害分析”,《中国工业经济》2010年第12期;李剑、唐斐:“转售价格维持的违法性与法律规制”,《当代法学》2010年第6期。

[28] 如王健:“关于推进我国反垄断私人诉讼的思考”,《法商研究》2010年第3期;李剑:“反垄断私人诉讼困境与反垄断执法的管制化发展”,《法学研究》2011年第5期;颜运秋、周晓明、丁晓波:“我国反垄断私人诉讼的障碍及其克服”,《政治与法律》2011年第1期;郑鹏程:“《反垄断法》私人实施之难题及其克服:一个前瞻性探讨”,《法学家》2010年第3期;吴长军:“民主法治框架下反垄断法私人执行体制建构”,《法学杂志》2011年第5期。

三、贡献研究和亮点论文

(一) 总论

在总论的研究上非常突出的理论研究并不多,但也有亮点论文出现。最值得一提的是实证研究的引入,刘思萱对^[29] 31年来最高人民法院工作报告和政府工作报告进行了对比分析,通过词语检索并相互对照,得到了一些重要观察:经济政策导致案件总数攀升和审理范围扩大;对具体裁判结果走向具有实质性影响;对宏观经济政策的调整方向、涉农案件的审理和价值取向具有实质性影响。同时,该文也分析了对法院建设,以及特殊时期即危机干预下的司法导向的影响。这一研究方法上并不复杂,但应用到总论中则具有非常的创新意义。^[29] 该文就其研究意义的拓展并未过多交代,在课题组看来,引入社会科学方法验证经济法中的已有命题,在选题上可能并不足够“新”,但在研究视角、方法和对中国现实问题的关注上,这种研究应当是经济法总论的一个重要方向。

宏观调控方面的两篇文章是令人欣喜的突破,陈承堂对罗斯福新政中基于商业条款而产生的宏观调控权在宪法中的困境进行了讨论,指出该权力在美国附属于立法、在中国附属于行政的核心理论特点。这相当程度上扩展和深化了经济法与宪法之间关系,论文命题集中,很好地论证了其所阐释的观点。^[30] 不过,陈文并没有对宏观调控和规制做出区别,对其学科内的现实意义有所影响。而侯怀霞则更加犀利地反思了宏观调控权作为经济法制度的困境,以央行为例,其行使条件、后果均无法通过法律界定,其责任实现上也要么是诉诸专业群体评价,或者诉诸中国式的政治责任。该文结论认为,宏观调控法只能解决授权问题,而无法解决责任归属问题,正确地表明了经济法中的边界扩大问题。^[31] 该文文风清晰犀利,阐理明白。这两篇文章所指出的问题值得学界深思。

其他的亮点研究包括:史际春、宋槿篱的文章提出财政法作为经济管理制度的核心,应当替代作为“经济宪法”的反垄断法,财政法对经济的调控和主导具有直接、全面和整体性,也具有刚性和力度。^[32] 该文立意新颖,力求破除陈见。不过,历史上相沿而来的经济民主、自由和平等,以及实质性权利的要求和主张如何在新的命题下成立,并没有得到展开。与中国命题相对的是,一些学者越来越多采用英美式的规制理论来展开分析和研究。应飞虎、涂永前倡导信息工具在规制中的应用,^[33] 一改信息不对称通常是经济法规制的原因,而提出了信息工具的规制,主张扩大使用范围,这是基于制度经济学框架而作出的新努力。不过,首先,信息不对称的程度事实上并不容易区分,究竟是家庭内的同床异梦还是 BOT

[29] 刘思萱:“经济法政策性特征的实证考察——基于 31 年最高法院工作报告的整理与分析”,《南京大学学报》2011 年第 1 期。

[30] 陈承堂:“宏观调控权是怎样生成的——基于罗斯福新政的考察”,《中外法学》2011 年第 5 期。

[31] 侯怀霞:“论法律的边界——以央行的宏观调控权为例”,《社会科学》2010 年第 12 期。

[32] 史际春、宋槿篱:“论财政法是经济法的‘龙头法’”,《中国法学》2010 年第 3 期。

[33] 应飞虎、涂永前:“公共规制中的信息工具”,《中国社会科学》2010 年第 4 期。

合同中的赢者诅咒,哪一种情况更加信息不对称,难以判断;其次,如果没有交易性质的判断,来自于社会效果的判断,以及法律责任机制的支持,那么,强制信息披露的正当性就没有那么充分。郑鹏程对美国规制发展史的考察是对史料知识的增量更新,全面地补充了经济规制所引发的宪法中的商业条款及其司法审查的信息,并且对美国历史上的地方保护主义的司法审查解决方案进行了分析。^{〔34〕}

另外,可喜的是,在部门研究中提炼总论理论和视角的文章也颇有佳作。史际春、赵忠龙分析了竞争法中的政策倾向,作为带有政治性、政策性的执法,反垄断法的文本局限性决定了无论是在立法还是执法中,总是存在着剩余立法和执法权。既然不可避免,那么解决方案是执法机关应当本着专业性作出判断,并承担公共问责。^{〔35〕} 蒋悟真分析了反垄断法中的公共利益,认为以开放式列举的方式界定公共利益更为妥当,促进消费者福利是公共利益界定的中心价值。对公共利益的保护应在个案中依赖法定的程序、依托其中心价值目标(保护与增进消费者福利),并结合反垄断立法中列举的具体垄断行为对其进行综合判断。^{〔36〕} 张江莉则分析了经济法中的规制和反垄断之间的重合问题,这属于跨部门的制度分析。通过“电子监管网”和“绿坝软件”的案例,分析了基于反垄断法对规制的审查,尽管在理论上不够深入,主题上也属于“行政垄断”,但这种分析经济法内的跨制度问题,也是总论研究的重要发展方向。^{〔37〕} 邓峰从可口可乐汇源并购案中执法机关采用的杠杆理论入手剖析,层层提炼该案产生的中国逻辑,对反垄断法从执法到理论上的缺陷进行了检讨,批评理论的割裂,指出中国现行的反垄断法执法更靠近行政法而不是经济法。^{〔38〕} 曾宏伟分析了公司法在新时代和中国语境下的公共性问题,指出了中国式的公司制度变迁在经济法总论上的基础特点,对商人角色在历史上的变迁,以及中国今天公司法中的商人动力问题进行了分析,提出应当采用强制性变迁,更为符合公共化的中国商业社会。^{〔39〕} 董淳铎则对公司法的变迁,采用规制—规避的框架进行了刻画,指出了诱致性变迁的内在动力,提出以市场逻辑和效率改进为导向,以公司自治行为为切入点,以由下至上的诱致性变迁为路径,以及以交易成本、社会成本和法律监督成本为立法参考标准来规划改革。这一研究属于商法和经济法兼而有之的思路。^{〔40〕} 在金融法领域中,陈洁提出了金融领域中从投资者到消费者的角色变迁,由于社会现实的变化,投资者买者自负逻辑存在的前提即“信息非对称性”、“投资者非适当性”和“监管的正当性”都不复存在,金融消费者的概念更好地替代了传统金融法的定位。^{〔41〕} 尽管命题和论述并非全新,消费者主权在经济法中的地位

〔34〕 郑鹏程:“美国规制地方保护主义法律制度研究”,《中国法学》2010 年第 2 期。

〔35〕 史际春、赵忠龙:“竞争政策:经验与文本的交织进化”,《法学研究》2010 年第 5 期。

〔36〕 蒋悟真:“反垄断法中的公共利益及其实现”,《中外法学》2010 年第 4 期。

〔37〕 张江莉:“反垄断法对垄断性监管的规范——从‘电子监管网’到‘绿坝软件’”,《中国法学》2010 年第 4 期。

〔38〕 邓峰:“传导、杠杆与中国反垄断法的定位”,《中国法学》2011 年第 1 期。

〔39〕 曾宏伟:“公司法变迁中的商人角色”,《中外法学》2011 年第 4 期。

〔40〕 董淳铎:“公司法改革的路径检讨和展望:制度变迁的视角”,《中外法学》2011 年第 4 期。

〔41〕 陈洁:“投资者到金融消费者的角色嬗变”,《法学研究》2011 年第 5 期。

自1960年代肯尼迪提出之后扩展到全球,但这种视角和分析框架值得提倡。这些部门中的一般理论分析,基于制度、规则和法律关系的分析,对总论的发展有着重要意义,也是经济法学真正能够成熟的进路。

(二)分论

企业公司法是学界发表论文的重镇,数量众多,但大多数研究都围绕着某个具体规则的解读或者是对策展开的,其中不乏佳作,但限于篇幅,对更多是推导、解释、权衡就可以得到结论的分析而非贡献性的创作或方法、范式、理论上的文章就不一一列举。邓峰从不同公司理论对董事会的解释比较开始,对董事会的政治、经济和历史分析进行了国际比较。主流的经济理论并不能解释董事会的行为方式的法定化,而政治—历史理论则更多强调是一种底层知识。基于这种视角,邓峰对中国的学习过程进行了检讨,指出董事会在中国公司理论中的淡漠和对公司的理解紧密相关。^[42] 许德风分析了商事组织中的两种成员组成逻辑,指出商事组织中存在着两类不同的成员权利义务设定机制,并考察了在司法判例和制度中的混淆情形及加以厘清的原则,其核心命题在于股东协议与公司组织的关系。在作者看来,在商事组织中股东协议与组织规则不应截然区分。股东协议尤其是全体股东一致达成的协议,应被视为对章程的补充与修改,或者是为股东就有关事项做出的特别决议,应当确认股东协议的组织规则的效力;组织规则的本质在于为主体资格的确认提供制度框架,为组织的决策与管理提供协商机制,为组织财产的独立进而与组织相关的第三人提供保障。该文进而提出组织规则的界限源于组织人格的拟制性与组织内部决策与管理机制的不完全性,后者是成员合同应予以尊重、派生诉讼应予以允许的依据。^[43] 这两篇是这两年中理论化研究比较深入而且影响较大的论文。

在金融法中,彭冰针对中国现实的金融规制弊端,提炼出非法集资行为的两个特性:“被动投资性”和“公开性”。这两个特征可以对交易性质进行实质判断,明确非法集资。这是非常具有创见和影响较大的论文。^[44] 沈朝晖从学理的角度解读了目前中国证券监管中证监会是如何分权给保荐人并且对其进行控制的。作者进行了充分的实证研究,发现了在配额制取消之后,证监会对取代配额制中地方政府地位的保荐代表人的治理模式是契约治理混搭行政治理,并且作出了解释。^[45] 伏军基于金融危机的美国立法,对“太大不能倒”原则进行了理论上的深化,提出美国由“系统风险优先”向“公共利益与系统风险并重”的转变,是危机反思中较好的研究。^[46] 罗培新对SEC的监管思路进行历史考察,发现严苛的监管才是SEC获得美誉和地位

[42] 邓峰:“董事会制度的起源、演进与中国的学习”,《中国社会科学》2011年第1期。

[43] 许德风:“组织规则的本质与界限——以成员合同与商事组织的关系为重点”,《法学研究》2011年第3期。

[44] 彭冰:“非法集资行为的界定——评最高人民法院关于非法集资的司法解释”,《法学家》2011年第6期。

[45] 沈朝晖:“监管的市场分权理论与演化中的行政治理——从中国证监会与保荐人的法律关系切入”,《中外法学》2011年第4期。

[46] 伏军:“论银行‘太大不能倒’原则——兼评美国《2010 华尔街改革与消费者保护法案》”,《中外法学》2011年第1期。

的根本,而作为反面的自由主义路径是由一系列政治原因催生的。^{〔47〕}王旸反思了中国债券回购市场的制度缺陷,分析了现行的交易结构是如何引发回购交易的法律风险的,进而从制度和理念上进行了反思。刘燕和楼建波研究了一系列中国企业在金融危机中遭受重大损失的交易结构(主要为期权组合而成的结构性产品),用盈亏支付结构图直观展现风险全貌。^{〔48〕}由于金融创新,比较法上的知识引入研究较多,比较突出的如楼建波的信用违约掉期,完整地展现了 CDS 如何从一个规避风险的工具异化为风险源,经济上当事人动机的变化形成了最初的风险,法律上将其证券化的制度则起到了推波助澜的作用。^{〔49〕}沈伟以热门事件雷曼迷你债风波为切入点,对金融界和学界对该事件的诊断——“结构金融产品信息披露制度存在缺陷”进行了分析,认为信息披露无效是由迷你债券交易结构复杂化导致理性投资者假设不成立带来的。^{〔50〕}郑少华、齐萌详细介绍了美国金融危机前后对融券卖空的监管变化以及各监管手段的内在逻辑。^{〔51〕}

在财税法中,崔威指出,国有企业重组“超特殊”处理,没有体现出政府做出投资决策的格调,而保留着浓厚的税收优惠的色彩,与企业所得税法的规定背道而驰。这种政策的持续存在不是偶尔的疏忽,而是政治超越法律的重要例证。^{〔52〕}吴越将“土地财政综合症”分解为中央与地方的权力配置、土地集体所有制的内涵、宏观调控中的政府间问责机制等三个问题,提出了财权与事权相匹配、重构土地集体所有权、建立中央地方双向问责等解决路径及其顺位。^{〔53〕}马骁、刘为民对比了“警察巡逻式”与“火险警报式”两种财政信息模式的适用环境与制度效率,提出了中央有效获取地方财政信息模式的最优选择及相关的制度建设。^{〔54〕}刘光华、郝宽国尝试解释“跑部钱进”现象盛行的根源——“逆向式”改革路径下中央与地方关系中地方利益诉求机制的缺失和不规范,推进了“跑部钱进”解决思路的正本清源:科学的转移支付和合理的事权划分。^{〔55〕}张千帆提出了解决中国财政分权问题的出路,肯定了分税制的发展方向,讨论了分税制经过适当调整后发展成为符合中国需要的财政联邦制的可能性。^{〔56〕}张守文通过税法对

〔47〕 罗培新:“美国新自由主义金融监管路径失败的背后——以美国证券监管失利的法律与政治成因分析为视角”,《法学评论》2011 年第 2 期。

〔48〕 刘燕、楼建波:“企业重大金融衍生交易损失事件研究——以合约结构为基础”,《清华法学》2010 年第 1 期。

〔49〕 楼建波:“从 CDS 看金融衍生品的异化与监管——以瑞银集团诉 Paramax 案为例”,《环球法律评论》2010 年第 1 期。

〔50〕 沈伟:“复杂结构金融产品的规制及其改进路径——以香港雷曼兄弟迷你债券事件为切入点”,《中外法学》2011 年第 6 期。

〔51〕 郑少华、齐萌:“融券卖空监管的法律思考——兼析金融危机前后的美国卖空监管”,《中国法学》2010 年第 4 期。

〔52〕 崔威:“国有企业重组的‘超特殊’税务处理:法律背景及评议”,《中外法学》2010 年第 6 期。

〔53〕 吴越:“土地财政三问与制度变迁”,《政法论坛》2011 年第 4 期。

〔54〕 马骁、刘为民:“信息能力与我国财政执法”,《财经科学》2011 年第 11 期。

〔55〕 刘光华、郝宽国:“‘驻京办’、‘跑部钱进’与财政分配体制的完善”,《甘肃社会科学》2011 年第 6 期。

〔56〕 张千帆:“中央与地方财政分权——中国经验、问题与出路”,《政法论坛》2011 年第 5 期。

分配结构的积极作用,实现分配正义和公正,从经济法原则的视角重新界定了财税法的职责。^{〔57〕}姜孟亚主张地方“分权”分的应当是税权,而不是分税款、分税种,建议真正确立地方税权并规范其运行机制。^{〔58〕}徐阳光提出应当理性看待德国“纵横均衡”模式之特色及缺陷,认为我国实践中一直存在的“对口支援机制”是构建横向财政转移支付制度的基础。^{〔59〕}叶姗研究了“汇林置业逃税案”这一涉及虚假纳税申报、少缴税款和未预缴税款等逃避税款行为的复杂案例,论证了以税抵债承诺的法律约束力如何产生、怎样实现等问题。^{〔60〕}冯果、李安安提出要构建中央代发地方债券的争端解决机制,主张立法与中央政府兜底责任之解决对接,强调将实质合理性和社会妥当性引入财政体制的实质法治。^{〔61〕}该文基于经济法总论对中央代发地方债券进行研究,是值得肯定的。

反垄断法的研究随着法典的颁布和越来越多的执法,更多进入了制度为中心的讨论。其中的亮点论文包括两类:理论性和具体制度的知识增量研究。李剑对美国经验进行了反思,指出私人诉讼的局限,法院所提供的救济存在着难以调节原被告的失衡,对特定行为的救济不够充分和及时,反垄断法趋向于规制化的趋势,是富于洞察力的理论思考。^{〔62〕}蔡祖国、郑友德分析了不正当竞争和商业言论自由之间的冲突,不能仅仅用反不正当竞争法,而应当同时考虑商业中的公共利益的宪法保护,同时商业言论自由是有限度的。域外经验表明,司法审查应当双重进行,依据宪法中的基本权利价值予以考虑。这种跨部门的研究推动了反垄断法的深入研究。^{〔63〕}江山、黄勇分析了石油行业在传统的规制或竞争框架下应当如何适用反垄断法的情形,基于中国的具体情形进行了分析,对规制或竞争的理解体现了良好的经济法素养,同时也针对中国现实进行了深入反思,是反垄断法研究值得倡导的方向。^{〔64〕}

四、具体制度的新扩展

除了热点、焦点研究,以及在命题、方法、理论创新等方面具有突出贡献性的研究之外——尽管课题组并没有完全的信心已进行了充分的筛选,还有许多研究在具体制度上作出了有益的探讨以及解释、建议、应用等方面的更新。兹按照部门分工细述如下:

〔57〕 张守文:“分配结构的财税法调整”,《中国法学》2011年第5期。

〔58〕 姜孟亚:“我国地方税权的确立及其运行机制研究”,《法学家》2010年第3期。

〔59〕 徐阳光:“横向财政转移支付立法与政府间财政关系的构建”,《安徽大学学报(哲社版)》2011年第5期。

〔60〕 叶姗:“地方政府以税抵债承诺的法律约束力——基于‘汇林置业逃税案’的分析”,《法学》2011年第10期。

〔61〕 冯果、李安安:“中央代发地方债券的经济法分析——兼论政府间财政关系的法治化进路”,《广东社会科学》2011年第4期。

〔62〕 李剑:“反垄断法诉讼困境与反垄断法执法的管制化发展”,《法学研究》2011年第5期。

〔63〕 蔡祖国、郑友德:“不正当竞争规制与商业言论自由”,《法律科学》2011年第2期。

〔64〕 江山、黄勇:“论中国石油行业的反垄断法适用”,《现代法学》2011年第4期。

(一) 总论

总论方面的反思文章有彭飞荣以经济法学研究会十年(2001—2010)年会综述为样本,对经济法学年会综述中的主题与论文主题进行了分析;何渊、徐剑将研究年限拓展到三十年,基于 CSSCI、CNKI 被引数据以及《新华文摘》和《人大复印报刊资料》转载数据计算论文的影响力,对高影响力论文进行排序并对其主题进行分析;^[65]刘光华结合转轨经济学对经济法三十年理论与知识谱系的发展进行了梳理。^[66]

经济法的调整对象、体系建设、^[67]基本原则、^[68]价值、^[69]功能、^[70]私法公法化、^[71]政策性特征等传统命题也仍然有论文发表,继续从不同的视角或资料进行新的解析、探讨、延伸或补充。胡光志、田杨从人性的需要与满足来解读与构建经济法体系,认为应当由生存保障法、人性平衡法、人性发展法和控制国家干预法构成。^[72]焦海涛分析了经济法作为“促进型”法的特点。^[73]岳彩申、杨青贵指出经济法的不确定性是其所具有的社会价值和优势功能,在克服市场集体理性和政府集体理性问题上具有内在功能和外在功能。^[74]胡光志、王福波将经济法理念与儒家精神结合予以分析,比较了经济法的“社会本位”、“平衡协调”与“以人为本”与儒家“仁义中和”的近似之处。^[75]韩志红从社会成员权利的角度定义经济法权利,综合了学界关于经济法权利的观点,将经济法体系分为政府干预法和政府参与法,进而将社会的权利区分为经济秩序权和社会财产的所有权。^[76]张继恒认为实质自由在经济法上的表达就是社会受益权,而通过对弱势群体基本人权的保护,则是经济法视野下实质自由的实现。^[77]刘辉从经济法的运行角度,指出道德、科技以及市场自发规则都是决定经济法运行的社会事实。^[78]

陈治认为非强制干预是经济法确立的、以投资经营、经济合同、经济促进、民主协商、行政给付、信息供给、行业协会干预为内容,不具有命令服从性质、不依赖国家强制力实施的干预。^[79]刘光华认为经济法律关系内部的各个层次之间既相互独立又相互牵连,在具体的经济

[65] 何渊、徐剑:“中国经济法学 30 年高影响论文之回顾与反思——基于主流数据库(1998—2008)的引证分析”,《现代法学》2010 年第 1 期。

[66] 刘光华:“本土性与普适性:中国经济法研究的反思”,《兰州大学学报》2011 年第 6 期。

[67] 张守文:“‘双重调整’的经济法思考”,《法学杂志》2011 年第 1 期。

[68] 谭洁、曹平:“关于中国经济法基本原则若干问题研究”,《法学杂志》2011 年第 7 期。

[69] 李昌庚:“金融危机视野下的经济法价值考辨”,《政治与法律》2010 年第 6 期。

[70] 唐骏:“我国经济法功能研究评述”,《当代法学》第 5 期。

[71] 田喜清:“私法公法化问题研究”,《政治与法律》2011 年第 11 期。

[72] 胡光志、田杨:“人性视野下经济法体系的建构——一个尚未被认知的理路”,《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2011 年第 2 期。

[73] 焦海涛:“论‘促进型’经济法的优越性”,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2010 年第 4 期。

[74] 岳彩申:“论经济法不确定性的成因与功能”,《法学评论》2010 年第 2 期。

[75] 胡光志、王福波:“论经济法理念与儒家精神的耦合”,《重庆大学学报》2011 年第 5 期。

[76] 韩志红:“经济法权利论纲”,《法学杂志》2010 年第 9 期。

[77] 叶林:“私法权利的转型——一个团体法的视角”,《法学家》2010 年第 4 期。

[78] 刘辉:“论经济法运行的边界”,《法学评论》2010 年第 2 期。

[79] 陈治:“经济法上的非强制性干预研究”,《现代法学》2010 年第 4 期。

法律制度和经济法立法中,共同构成一个有机体。^{〔80〕}在经济法责任上,也有一些新的探讨,^{〔81〕}主要关注点仍然是经济法的可实施性。^{〔82〕}陈婉玲区分了经济法归责原则总体性原则和具体针对政府和经营者的归责方式。^{〔83〕}

(二)企业公司法

就企业公司法的一般理论研究而言,孙长坪从法人实在论的路径出发,针对传统从法律关系主体的角度对企业法律含义的界定的片面性,提出企业法律属性的双重性,既可以成为主体也可以成为客体。^{〔84〕}庞春祥认为应跳出单一学科的局限,从多维视角来透视公司本质。从经济本质看,公司是股东投资营利和规避风险的最佳工具;从法律本质看,公司具有独立法律人格;从社会本质看,公司不仅是投资者私人逐利的工具,也是社会的一员;从规范意义上讲,公司本质决定了公司生活在法律规范、自治规范和道德规范的秩序网络中。^{〔85〕}除公司本质理论外,就公司人格、有限责任^{〔86〕}和营利性^{〔87〕}等公司特征的研究在2010—2011年也均有展开。在公司人格部分,研究涉及法人人格制度改革、^{〔87〕}公司人格否认^{〔88〕}以及法人言论自由权等。仲崇玉从法人实在论的脉路出发,提出我国法人人格制度应当否弃全能国家观念,通过分离主义立法模式,以多元化的方式和程序赋予社会组织以法律人格。^{〔89〕}薛夷风认为公司不论规模大小,都可以同时具有私益性与公益性,在排除事业目的的营利性影响后,可以通过章程限制公司分配的方法,实现公司在分配上的非营利性。^{〔90〕}吕芳对美国“联合公民案”进行了介绍与评析,并在此基础上对公司法人言论自由权的法律争议进行分析,为企业法人言论自由的研究提供了新的材料与理论分析。^{〔91〕}

公司社会责任作为公司理论的热点研究已经在前文中提及,粗略统计达27篇。大部分研究是对企业社会责任的性质、理论的梳理。高永周、吴修合认为企业社会责任受制于企业本性、科技发展水平、市场机制及其理论渊源。营利性决定了企业职能和政府职能的界限,营利

〔80〕 刘光华:“法律关系的元形式及其内部结构——基于复合经济关系的思考”,《经济法论坛》2010年第7期。

〔81〕 李晓辉:“经济法责任研究路径的反思与突破”,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2011年第2期。

〔82〕 孟庆瑜:“中国经济法实施问题的理论检视与思考”,《法学杂志》2010年第2期;陈蓉、石柏林:“论经济法可诉性的完善——以经济审判庭撤销为视角”,《财经理论与实践》2010年第1期。

〔83〕 陈婉玲:“经济法责任的归责原则”,《政法论坛》2010年第6期。

〔84〕 孙长坪:“企业法律含义辨析”,《法学杂志》2010年第1期。

〔85〕 庞春祥:“公司本质的多维视角”,《法学杂志》2010年第10期。

〔86〕 周冰、李恒年:“有限责任:适用现代企业的产权制度”,《西南大学学报(社会科学版)》2011年第4期。

〔87〕 仲崇玉:“从他治到自治:论我国法人人格制度改革”,《法学论坛》2011年第3期。

〔88〕 张敏:“资源配置的失衡与矫正:公司人格否认制度的经济学分析”,《东岳论丛》2011年第4期;周哨龙:“外部人反向刺破公司面纱制度研究”,《安徽师范大学学报(人文社会科学版)》2010年第3期。

〔89〕 仲崇玉:“从他治到自治:论我国法人人格制度改革”,《法学论坛》2011年第3期。

〔90〕 薛夷风:“社会企业对我国传统公司观念的挑战——再论公司的营利性”,《当代法学》2011年第3期。

〔91〕 吕芳:“美国企业法人的言论自由权与竞选资金规制”,《环球法律评论》2011年第4期。

水平决定了其承担道德责任的程度。科技发展水平决定企业社会责任的特定时空范围。竞争机制以及“利益相关者理论”本身的不确定性使企业社会责任限于守法义务。^{〔92〕} 罗海盛明确将企业社会责任的法理基础归为企业是否为“道德主体”。^{〔93〕} 甘培忠、雷驰从经济史的角度对社会责任制度的起源进行了挖掘,认为公司社会责任的起源基石在于反垄断法。^{〔94〕} 左传卫从侵权法在面对企业侵权案件时的调整不足来解释企业社会责任的价值性。^{〔95〕}

具体到社会责任实施,主流观点依然是将企业社会责任实施落在董事以及董事的义务之上;^{〔96〕}有所发展或变化的是:官欣荣认为应当采取“强制+授权”的分类模式,区分大型公司和中小型公司,前者作为新增的董事义务以强行条款明确规定,后者宜作为授权条款,平衡社会责任和公司自治;^{〔97〕}蒋建湘认为应当落在引入司法能动主义之上,法院通过法律解释对法律进行创造和补充;^{〔98〕}彭德认为,公司治理结构与企业社会责任的关系是类似于国家贸易和人权公约执行相类似的关系,是效率和公平的关系。^{〔99〕}除上述实施模式的分析之外,值得关注的观点还包括:有研究提出了企业社会责任应当区分不同行业、不同发展阶段,认为企业的社会责任应当是一个动态的过程;还有从实务的角度——包括企业社会责任的跨国诉讼或中国涉外企业社会责任中防止腐败的现状、评估与对策等角度进行探讨,都呈现出观点或角度的新颖性。^{〔100〕}

公司形式的研究主要集中于对有限责任公司改革问题上,以比较研究最多,主要比较的国家和地区包括德国、^{〔101〕}美国、^{〔102〕}日本、我国台湾地区等。^{〔103〕}孙沛成对有限公司改革的模式和方向进行了归纳与总结。这些研究从资料上对公司形式特别是有限公司形式的理论与立法实践提供了新的生长点。特殊公司的形式也有相应的研究展开,包括中外合资经营企业、^{〔104〕}股

〔92〕 高永周、吴修合:“浅析企业社会责任的限度”,《法学杂志》2011 年第 12 期。

〔93〕 罗海盛:“论企业社会责任法制的法理基础”,《青海社会科学》2011 年第 3 期。

〔94〕 甘培忠、雷驰:“公司社会责任的制度起源与人文精神解构”,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2010 年第 2 期。

〔95〕 左传卫:“公司社会责任理论的侵权法解读”,《甘肃社会科学》2011 年第 4 期。

〔96〕 王保树:“公司社会责任对公司法理论的影响”,《法学研究》2010 年第 3 期。官欣荣:“我国《公司法》引入利益相关者条款的思考——‘强制+授权’的分类规范治理模式”,《政治与法律》2010 年第 7 期。

〔97〕 官欣荣:“我国《公司法》引入利益相关者条款的思考——‘强制+授权’的分类规范治理模式”,《政治与法律》2010 年第 7 期。

〔98〕 蒋建湘:“企业社会责任的法律化”,《中国法学》2010 年第 5 期。

〔99〕 彭德(Pitman Potter):“公司治理结构与企业社会责任的协调与平衡”,《清华法学》2011 年第 1 期。

〔100〕 田春雷:“金融企业社会责任之辩——兼论企业社会责任的异质性与阶段性”,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2011 年第 6 期;曾丽洁:“企业社会责任跨国诉讼的理论与实践探讨”,《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2010 年第 3 期;刘忠:“公司企业社会责任中防止腐败之现状、评估及对策——以中国涉外公司企业为视角”,《法学杂志》2010 年第 2 期。

〔101〕 蒋舸、吴一兴:“德国公司形式的最新变革及其启示”,《法商研究》2011 年第 1 期。

〔102〕 何新荣:“美国系列有限责任公司立法初探”,《北京理工大学学报(社会科学版)》2011 年第 2 期。

〔103〕 孙沛成:“有限公司存废论”,《福建师范大学学报(哲学社会科学版)》2011 年第 6 期。

〔104〕 陈业宏、曹胜亮:“中外合资经营企业外商控股的立法反思”,《法学评论》2010 年第 1 期。

份合伙制企业^{〔105〕}以及跨国公司。^{〔106〕}在特殊公司研究中,国有企业的研究依然体现出其对理论研究者独特的魅力,值得关注的是,胡改蓉提出国有公司董事会独立性必须厘清国有企业董事会与国资委、党委会以及经理层的关系;^{〔107〕}张莉莉和王建文提出公用企业与国有企业范围并不完全相同,填补了近年来国企研究的不足。^{〔108〕}

公司设立方面的研究涉及设立中的公司内外关系处理,^{〔109〕}包括先公司合同处理规则、^{〔110〕}发起人认定标准、^{〔111〕}公司设立的无效之诉、设计登记撤销制度等瑕疵登记的处理模式、^{〔112〕}公司登记机关选择模式、^{〔113〕}股东协议^{〔114〕}以及比较特别的对美国与欧洲公司设立制度中的法律冲突问题比较研究。^{〔115〕}公司章程的研究方面,涵盖的领域既包括传统的对公司章程功能、性质等一般理论性的研究,^{〔116〕}也有公司章程绝对必要记载事项与公司无效关系的比较研究。孙英提出确定公司名称、股东、资本情况、公司机关为章程绝对必要记载事项,其他事项可以通过漏洞补充方式弥补。^{〔117〕}该类研究在论证、资料补充等方面有所贡献,但大多数的分析工具都是商法的“强制—自由”关系。

公司能力方面,有大量文章对公司对外担保问题进行研究。该部分属于公司法与民法的交叉领域,研究风格与进路也呈现公司法/经济法与民法/商法相交杂的状况,兹不一一阐明。^{〔118〕}在公司目的与公司能力主题下,还包括对传统公司越权、^{〔119〕}对外捐赠^{〔120〕}以及法定代

〔105〕 主力军:“股份合作制企业的法律适用问题研究——从一则股份合作制企业的股份转让协议效力纠纷案切入”,《政治与法律》2011年第12期。

〔106〕 刘森、王新光:“论跨国公司之法律主体”,《北京工商大学学报(社会科学版)》2011年第6期。

〔107〕 胡改蓉:“国有公司董事会独立性之保障”,《华东政法大学学报》2010年第6期。

〔108〕 张莉莉、王建文:“公用企业基本法立法的逻辑证成与基本结构”,《南京社会科学》2011年第10期。

〔109〕 徐强胜:“简论设立中的公司内外关系的处理”,《法学杂志》2010年第5期。

〔110〕 傅穹、曹理:“超越‘名义主义’的先公司合同统一责任规则”,《当代法学》2011年第6期。

〔111〕 李飞:“公司发起人的认定标准:为形式标准辩护”,《华中科技大学(社会科学版)》2010年第2期。

〔112〕 郑曙光:“公司设立无效之诉的比较法考察”,《法学评论》2011年第1期;肖海军:“论公司设立登记撤销制度——以《公司法》第199条的适用展开”,《中国法学》2011年第2期。

〔113〕 李克武:“公司登记机关之选择和设置的反思”,《法学杂志》2010年第8期。

〔114〕 张学文:“股东协议制度初论”,《法商研究》2010年第6期。

〔115〕 邢钢:“美国与欧洲公司设立制度的法律冲突问题比较研究”,《比较法研究》2010年第2期。

〔116〕 钱玉林:“作为裁判法源的公司章程:立法表达与司法实践”,《法商研究》2011年第1期;常健:“论公司章程的功能及其发展趋势”,《法学家》2011年第2期。

〔117〕 孙英:“论公司章程绝对必要记载事项与公司无效”,《法学杂志》2010年第3期。

〔118〕 钱玉林:“公司法第16条的规范意义”,《法学研究》2011年第6期;宁金成:“公司违反章程规定对外担保的效力研究——以《公司法》第16条第1款的适用为分析背景”,《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2011年第4期。

〔119〕 孙英:“公司目的范围外经营规制:从外化到内敛——兼论双重性民事权利能力对公司越权的适用”,《法学论坛》2010年第1期。

〔120〕 张安毅:“公司慈善捐赠的妥当性判断标准研究”,《法学论坛》2011年第4期。

表人越权对公司约束力问题^{〔121〕}等的分析。

资本制度和融资制度方面,2011年《公司法》司法解释(三)出台,涉及公司出资制度的相应司法解释,学界在短期内已对该项司法解释进行了回应。^{〔122〕}葛伟军提出应当允许投资者将其对第三人的债权作为出资,但应关注其中如何评价出资到位、如何对债权评估作价、设计债权人利益保护规则。^{〔123〕}相关的研究还包括对瑕疵出资及其法律后果、^{〔124〕}劳务出资、^{〔125〕}相互持股、^{〔126〕}优先股、^{〔127〕}法定资本制^{〔128〕}以及股份回购^{〔129〕}等方面。张保华比较了不同立法例中的分配概念,并对《公司法》司法解释(三)中的规则进行了检讨。^{〔130〕}这些研究基本上没有突破原有框架,更多是从解释角度展开的。

在公司治理方面,冯果、李安安认为金融创新对股东权利之上的公司法理念构成冲击,并进行了较为详尽的论证。^{〔131〕}汪青松、赵万一对股东“同质化”假定之下的股份公司内部权力配置进行了分析。^{〔132〕}乔宝杰对有限责任公司治理的独特性进行了考察。^{〔133〕}钱玉林比较了股东在派生诉讼中的不同地位。^{〔134〕}孙宏涛介绍了美国董事责任赔偿中的具体制度操作。^{〔135〕}耿利航进一步介绍了有限公司股东困境的美国救济。^{〔136〕}梁爽介绍了日本股东回购请求权的价格

〔121〕 张舫:“法定代表人越权签约对公司的约束力——对《公司法》相关条文的分析”,《法学论坛》2011年第3期。

〔122〕 宋良刚:“债权出资的法律问题与对策探析——兼评《公司法》司法解释(三)第16条”,《政法论坛》2011年第6期。

〔123〕 葛伟军:“债权出资的公司法实践与发展”,《中外法学》2010年第3期。

〔124〕 刘涛、陈国军:“论股份有限公司瑕疵出资股权转让的民事责任承担”,《政治与法律》2011年第11期;王晓慧:“关于股东出资违约责任的解读”,《法学杂志》2010年第2期。

〔125〕 储育明:“关于人力资本不宜作为公司股东出资标的的探讨”,《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2011年第6期;金玄武:“论我国公司劳务出资的合理性与可行性”,《山东社会科学》2010年第5期。

〔126〕 左传卫:“我国公司间相互持股的法律规制”,《法学研究》2011年第4期。

〔127〕 于莹、潘林:“优先股制度与创业企业——以美国风险投资为背景研究”,《当代法学》2011年第4期。

〔128〕 陈秋明:“严格法定资本制:我国政策性担保公司资本制度的最佳选择”,《深圳大学学报(人文社会科学版)》2010年第1期。

〔129〕 刘惠明、严骥:“股份回购的弊端及防范制度研究——以日本法为借鉴”,《深圳大学学报(人文社会科学版)》2011年第4期。

〔130〕 张保华:“分配概念解析——兼评《公司法司法解释(三)》中的抽逃出资”,《政治与法律》2011年第8期。

〔131〕 冯果、李安安:“金融创新视域下的公司治理——公司法制结构性变革的一个前瞻性分析”,《法学评论》2010年第6期。

〔132〕 汪青松、赵万一:“股份公司内部权力配置的结构变革——以股东‘同质化’假定到‘异质化’现实的演进为视角”,《现代法学》2011年第3期。

〔133〕 乔宝杰:“对我国有限责任公司治理结构的反思”,《政治与法律》2011年第8期。

〔134〕 钱玉林:“论股东代表诉讼中公司的地位——法制史的观察与当代的实践”,《清华法学》2011年第5期。

〔135〕 孙宏涛:“论董事责任保险中赔偿责任与抗辩、和解费用之分摊”,《比较法研究》2010年第4期。

〔136〕 耿利航:“有限责任公司股东困境和司法解散制度——美国法的经验和对中国的启示”,《政法论坛》2010年第5期。

计算标准。^[137] 蒋舸、吴一兴介绍了德国有限责任公司形式的最新立法变革。^[138] 郑佳宁介绍了法国法中管理层对第三人责任的判断等,这些都属于知识增量的研究。

(三)金融法

本次学科评价范围内金融法总论的文章大体有两条研究思路:一条是“抽象理论”,另一条是“从问题出发”。“抽象理论”的文章和经济法总论的研究有类似性,百花齐放但是缺少对话。不过,邢会强^[139]和冯果^[140]是例外。邢文为破解金融安全和金融效率的目标选择,将“消费者保护”加入金融法的价值目标之中,提出了金融安全、金融效率、消费者保护的等边三角形目标体系,强调在金融法体系中消费者的能动性和地位。冯文在邢文的基础之上“接着讲”,认为单纯强调金融消费者保护并不足以突破困局,应当从更加抽象的层面将金融公平认定为金融法的价值目标;与此同时,金融法学的研究也应当转为结果主义研究范式。“从问题出发”的文章中,对金融危机进行反思的文章占据绝对多数。对危机的总体反思以及对相关立法变革或者体制改革介绍的文章,经常因为主题过大而难免陷入泛泛而谈。不过孙放通过建立函数说明资产证券化等现代金融产品会将风险“溶解性扩散”,在方法上有新意。^[141] 单飞跃从金融政治学和金融宪法的角度来审视金融危机,讨论金融危机触发的宪法利益。^[142] 交叉学科的视角有助于我们对政府干预金融危机的目的和手段建立合理的评价标准。

对金融危机进行具体制度反思的文章,除了陈洁从金融消费者角度的研究之外,信用评级机构的讨论也比较多,相比而言,研究视角更多从制度出发。其中,聂飞舟的研究从在金融危机中信用评级机构饱受诟病的“发行人付费”收入模式展开,分析了付费模式转变的根本原因、该模式带来的利益冲突以及现有的学理解释“声誉机制”为何无法解决根本性的利益冲突,并且提出了一些可能的解决方案。^[143] 解正山从金融危机后英国破产法应对北岩银行出现的困境入手,通过对英国2009年《银行破产法》的分析,提炼出了对我国银行破产制度比较有借鉴意义的一些做法,包括确定政策性目的、监管者合作、存款保险与破产制度的结合、清算和重整的衔接等。^[144] 其他银行业法的文章中,隋平、罗康从银行资产负债结构分析了薪酬安排对银行风险偏好以及高管行为的影响。由于银行的高杠杆率,传统上用以解决代理成本的将高管薪酬和股价挂钩的高管薪酬激励机制会加大银行股东和债权人以及社会的利益冲突,刺激高管过度冒险。而现代金融集团模式和银行资本的宽泛概念会进一步加剧这种利益冲突。^[145] 苏洁澈从监管者责任的角度关注银行破产问题,跳出了传统的思考框架,同时在理论上提出了一

[137] 梁爽:“完善股东回购请求权价格认定制度的探讨——以日本法为参照”,《政治与法律》2011年第12期。

[138] 蒋舸、吴一兴:“德国公司形式的最新变革及其启示”,《法商研究》2011年第1期。

[139] 邢会强:“金融危机治乱循环与金融法的改进路径——金融法中‘三足定理’的提出”,《法学评论》2010年第5期。

[140] 冯果:“金融法的‘三足定理’及中国金融法制的变革”,《法学》2011年第9期。

[141] 孙放:“现代金融系统的溶解性扩散特征及其监管策略”,《当代经济科学》2011年第2期。

[142] 单飞跃:“宪法政治场景中的金融危机干预”,《法学家》2010年第6期。

[143] 聂飞舟:“信用评级机构法律监管困境及金融危机后的改革出路”,《法学》2011年第3期。

[144] 解正山:“金融稳定与存款人保:英国银行破产法改革及其借鉴意义”,《金融论坛》2011年第11期。

[145] 隋平、罗康:“银行资产结构对风险行为的影响——兼论银监会薪酬监管制度之缺陷”,《湘潭大学学报》2011年第5期。

些监管者应当承担监管责任的理由,对该领域作出了基础性的铺垫。^[146]

对证券监管体制的总体性反思中,郑彧的论文从证券市场零和博弈的本质出发去思考现实中的证券违法违规行为及其监管,对我国证券市场监管的制度诉求、有效监管的制约因素及制度选择的有效性进行了反思。^[147] 洪艳蓉关注了近年来发展势头较热但研究较少的债券市场。作者指出,债券被定位为政府配置信贷资源的手段导致了目前的债券监管竞争格局,但是这种监管竞争严重影响了市场的健康发展,有必要建立统一合理的监管体制。^[148] 发行制度上,沈朝晖对美国 and 香港的“注册制”进行还原,指出采用注册发行的国家(地区)并非没有实质审核。^[149] 唐应茂关注了一项未见于中国证券法的主要国际金融中心的重要证券法律制度即公开宣传限制制度。^[150]

在对虚假陈述的研究中,郭雳对美国证券执法愈发倚重公共执法、削弱私人执法这一趋势的发展过程以及这一过程的原因和争议进行了解读。^[151] 于莹、潘林指出目前运用于证券虚假陈述侵权诉讼中的欺诈市场理论在市场有效性不足时会丧失解释力,同时忽略了投资者以及投资策略多元化的客观事实,提出更加本质的方法应当是以被告的侵权行为和原告的“相关性”来进行信赖推定,并且将投资者区分为“知情投资者”和“非知情投资者”分别对待。^[152] 缪因知从理论上提出,禁止内幕交易的法理基础需要重新思考,而且公司无辜内部人通过这种方式减少损失的客观必要性更大,也强于知情人通过交易对手公司的股票来规避风险,内幕交易并不应当一概禁止。^[153] 耿利航对证券内幕交易民事责任发起全面挑战,从原理层面,作者认为内幕交易和投资者损失之间通常不存在因果关系,内幕交易民事诉讼并不会起到赔偿作用;从技术层面,由于内幕交易自身的性质,民事诉讼并不能激励私人挖掘监管机关没有注意到的违法者,威慑功能也极其有限。因此,在内幕交易中倚重公共执法,可能是更有效率的选择。^[154] 郭雳指出,保荐人制度下证券市场中介的权与责不相匹配,若要从根源上解决这个问题,需要弱化保荐人的作用,加强分工合作。^[155]

金融创新制度的研究可以分为两部分:第一部分是在传统金融领域中发展出来的创新金融模式,包括除存款、贷款之外的银行业务,也包括证券交易中的新型交易模式;第二部分则是全新的金融领域,包括金融衍生品法律制度和基金法律制度。传统业务的创新模式中,近年来银行理财业务大行其道,引起了不少学者的关注。其中郭雳、温馨提出了基于产品和契约类型差异性的分析框架,用产品风险性、收益性、流动性的匹配程度以及银行和客户之间的契约关

[146] 苏洁澈:“论银行监管机构的侵权责任——以银行破产与侵权法为例”,《法学家》2011 年第 1 期。

[147] 郑彧:“证券市场零和博弈与监管有效性的法经济学分析”,《法制与社会发展》2011 年第 5 期。

[148] 洪艳蓉:“公司债券的多头监管、路径依赖与未来发展框架”,《证券市场导报》2010 年第 4 期。

[149] 沈朝晖:“流行的误解:‘注册制’与‘核准制’辨析”,《证券市场导报》2011 年第 9 期。

[150] 唐应茂:“论中国证券发行静默期的遵守”,《法学》2010 年第 7 期。

[151] 郭雳:“证券欺诈法律责任的边界——新近美国最高法院虚假陈述判例研究”,《中外法学》2010 年第 4 期。

[152] 于莹、潘林:“证券虚假陈述侵权责任中信赖推定之证成——欺诈市场理论局限性的克服”,《法制与社会发展》2011 年第 2 期。

[153] 缪因知:“反欺诈型内幕交易之合法化”,《中外法学》2011 年第 5 期。

[154] 耿利航:“证券内幕交易民事责任功能质疑”,《法学研究》2010 年第 6 期。

[155] 郭雳:“证券市场中介机构的法律责任配置”,《南京农业大学学报(哲学社会科学版)》2011 年第 1 期。

系差异(一次性契约、多次契约或长期契约)来判断银行适当性和告知义务的轻重。^{〔156〕}更多的金融创新制度研究集中在对基金和金融衍生品的研究上。在与基金相关的法学研究中,私募基金和证券投资基金被重点关注。邢会强对有限合伙制私募股权基金——黑石公司的上市进行了个案研究。^{〔157〕}李海龙对基金管理人与资产保管人之间的矛盾进行了深入的分析,并且对澳大利亚修法进行评述,认为这是信托型基金无法避免的矛盾,只有公司型基金才能从根本上解决这个问题。^{〔158〕}

关于金融衍生品,刘燕和楼建波的一系列文章以案例为突破口,对各种金融衍生品的交易结构进行解析。除了前面提到的之外,刘燕、魏大化对韩国法院判决及其争议进行评述,讨论了衍生品合约是否适用民法上的合同情势变更原则的问题。楼建波对场外衍生品作为信用支持的制度与传统债之担保之间的区别进行了分析,认为其实质是提前兑现衍生品合同下的全部收益并以保证金方式兑付,同时对目前的信用支持制度可能带来的现实问题进行了反思。^{〔159〕}更多的学者从监管的角度关注金融衍生品。郑晖对美国信用衍生品交易监管进行了梳理,并对其进行了深入的评价,指出了其中的不足。^{〔160〕}

金融衍生品研究的另一热点问题是在金融危机之后对资产证券化问题的反思。洪艳蓉指出资产证券化在美国与我国的发展完全处于两个阶段,次贷危机暴露出资产证券化的诸多风险,但是因此停止我国资产证券化的尝试无疑是因噎废食。^{〔161〕}宋晓燕揭示了资产证券化对消费者保护带来的挑战。美国立法针对掠夺性贷款的规则原本就存在缺陷,在贷款证券化日趋泛化之后,原有的法律规则削弱了对消费者的保护力度。^{〔162〕}钟瑞栋分析了由知识产权的特征为其证券化带来的风险,并提出了针对性较强的法律对策。^{〔163〕}

作为典型的应用型学科,金融法学的热点带动特征非常明显,然而热点却未必催生出亮点。2010—2011年是金融法学研究的重要年份,2008年全球金融危机系统性地暴露了现行金融体系以及金融法体系的漏洞,给金融法学界提供了绝佳的研究素材。490篇文章中,以金融危机为题的就占据77篇,还有许多文章虽不以金融危机为题,但是也以金融危机暴露出的问题或者应对措施为主题,例如金融消费者问题、评级机构的问题、资产证券化和金融衍生品的问题等。除此之外,以新兴金融现象为主题的文章也不少。影子银行、网上银行、手机银行、电子货币等都有学者进行讨论,然而出彩的却不多。重对策和应用、轻理论和规范研究的倾向在学界中较为明显。

〔156〕 郭雳、温馨:“个人理财业务中银行和客户的义务配置——基于产品和契约类型差异性的分析框架”,《金融论坛》2010年第7期。

〔157〕 邢会强:“有限合伙制私募股权基金上市的法律问题”,《中外法学》2010年第1期。

〔158〕 李海龙:“对我国共同基金监督机制的法学反思——澳大利亚修法的启示”,《财经科学》2011年第11期。

〔159〕 楼建波:“场外衍生品交易担保之信用支持制度研究——以‘海升—大摩案’为分析蓝本”,《法商研究》2011年第1期。

〔160〕 郑晖:“美国信用衍生品交易监管立法及对我国的启示”,《证券市场导报》2011年3月号。

〔161〕 洪艳蓉:“重启资产证券化与我国的发展路径”,《证券市场导报》2011年9月号。

〔162〕 宋晓燕:“美国抵押贷款证券化中的消费者保护问题”,《法学》2011年第3期。

〔163〕 钟瑞栋:“知识产权证券化风险防范的法律对策”,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2010年第2期。

从2010—2011年发表的金融法文章来看,金融法各个部分的研究发展并不均衡。其中,证券法律制度的研究状况是最好的。我们可以大致把金融法学的研究进展分解为三个阶段:第一,熟悉金融市场中参与者的话语,理解他们进行某种交易安排的内在原因;第二,用法律的话语与市场主体的话语进行对接,探寻现有制度与金融实践对接时可能产生的矛盾和漏洞;第三,金融法体系本身从规范到原则乃至理念层面的探寻和反思。证券法部分的研究主要集中于第三阶段,即对金融法规则和理念的探寻和反思。也有很大一部分研究是从事实出发,只是此时的事实并非交易实践而是监管实践。这也不难解释:证券法领域的基本交易事实已经非常清楚,需要解决的都是监管层面的问题。这些问题已经有了多条解决思路,现阶段学者们需要判断的是何种解决方案更加合理。然而判断哪种思路更加合理,从其自身已经难以找到答案,只有从现实汲取新的营养才能得出新的观点。从文章中可以看出,学者们已经理解了证券活动的逻辑,开始涉及对证券活动的价值判断和对规制逻辑的建立以及评判,即使是对事实(包括监管事实也包括交易事实)的研究,也是对事实的深度加工和理解,其中有些文章甚至已经开始和国外理论研究进行对接。银行法和证券法一样,属于金融法中的传统领域,研究也主要集中于第三阶段:对金融法规则和理念的探寻和反思,但是其发展步伐远远落后于证券法研究。银行传统业务以及规制逻辑已经建立,现有的文章基本是在此基础上的微调,有创见性的文章并不多见。金融创新制度近年来的发展势头比较快。金融创新法律制度研究是最能体现金融法研究特质的领域。这一领域对于所有学者而言都是全新的,通常没有可以借鉴的研究,要找到问题的症结所在并且解决问题就必须从交易模式的分析出发。在这一领域中,文章的说服力很大程度上来源于作者对交易本身的理解程度。最弱的是其他金融机构及融资方式法律制度的研究。这一主题之下的文章数量并不少,但是缺乏具有实质性或突破性贡献的研究。

金融法总论的研究现状则比较让人惋惜。2010—2011年,几乎所有的金融法总论文章都是从金融危机展现出的问题出发对金融法的逻辑进行宏观反思。针对金融危机暴露出的各种问题,总论的研究者已经对此有了宏观感觉并且在此基础上努力对金融法的价值取向进行反思,但遗憾的是,2010—2011年,少有文章对金融危机进行事实层面的梳理。换言之,绝大多数金融法总论的文章越过了金融法研究的第一阶段和第二阶段,直接在第三阶段展开论述。这些文章的结论尽管符合我们在这场金融危机之中的感受,也颇受启发,但是从论述角度而言,缺失了事实的铺垫,文章的论述难免有空中楼阁之感。金融法总论的研究对象是金融市场整体,研究难度远远大于金融法分论。金融法研究领域对象分散,实践各异,要提取各个领域中共同影响到金融法价值取向的变量,无疑需要不断地积淀和提炼。

(四) 财税法

财政法总论的研究从来不是经济法学界热门的研究主题,研究的深度或广度都难以与税法总论的研究比肩。这两年的研究却有点突破“不温不火”、罕有佳作的窘境,或许,再过若干年,可能发现这两年的研究正经历着一个重大的研究范式转变。张守文解析了危机应对过程中采用的各类财税手段,揭示了其中隐含的立法体制、权力行使、透明度、程序保障、法律意识和法治观念等财税法制建设的诸多问题。^[16] 刘剑文提出了“财税法作为分配正义之法,其实

^[16] 张守文:“危机应对与财税法的有效发展”,《法学杂志》2011年第3期。

质是从理念上符合分配正义的内涵”的观点。^[165]任际提出了“财政法的价值判断应当关注财政资源分配本身及其分配过程的正义问题”的观点。^[166]邢会强剖析了财政领域“政策繁多而法律稀缺”的现象以及财政政策增长而财政立法停滞的原因,对财政政策与财政法的关系有另一番解读。^[167]胡伟、程亚萍主张“财政权应摆脱对行政权的依赖,使其相对独立化”以及“在现有宪法框架下对相关条文进行适当修改,将财政法定原则入宪”的观点。^[168]张怡以重庆的城乡综合配套改革试验区为例,探求从财税法的维度消解城乡经济、政治乃至财税法制的二元构造,进而重构新的组织结构。^[169]以上论文代表了财政法总论研究的五种路径:财税法的理论基础及其法律属性、财政法的价值范畴、财政法与财政政策的关联关系、财政法与宪法的交叉领域、实证研究视角,它们共同推进了财政法总论研究。

胡光志、邓世缘提出了“高房价的产生一定程度上渊源于体制失灵,而财政分权是诱发体制失灵的一个基本原因”的假设,进而从经济法理论角度进行了论证。^[170]有关财政分权理论的研究越发引起关注,但主张和反对财政分权的观点依旧泾渭分明。张守文提出了“不仅要研究分配的经济结构,还要研究分配的法律结构,并通过分配结构和法律自身权义结构的调整来不断解决分配问题”的观点。^[171]“财税法是一种分配法”的观点是经济法学界的重要学说,而收入分配改革则是我国经济体制改革的关键环节,经济法学者对收入分配的关注度甚高。因分配结构不合理而引发的诸多分配问题,需要通过调整和优化分配结构来解决。其中,财税法对分配结构调整的功用最为突出。经济法学者就收入分配改革进行的系统研究,可以提升总论的研究水平。

预算法一直是经济法学者着墨甚多的研究领域。这两年,在《预算法》修订进入实质性阶段的大背景下,预算法论文出现了井喷现象,占据了财政法研究的半壁江山。然而,由此“炮制”出来的大量文章,无论是学术观点、修法建议还是支撑资料等,大多属于再现率较高的陈词滥调。某些选题或建议,如预算公开、预算民主、全口径预算、人大预算修正权等均属老生常谈、乏善可陈,对财税法理论研究的推进没有太大贡献。《政治与法律》2011年第9期组织了“《预算法》修订中的若干问题研究”的主题研讨,《法学》2011年第11期组织了“《预算法》的理论基础与修订方向”的笔谈等,尽管不是每一篇论文都有令人眼前一亮的学术观点或论证技术,但足以反映这一问题的热度。由于关注者众,水涨则船高,也着实出现了少数独辟蹊径、反其道而行之的佳作,内容或多或少与《预算法》修订有关。

朱大旗将《预算法》的立法宗旨调整、管理口径扩展、权力配置重构、信息公开强化等问题

[165] 刘剑文:“收入分配改革与财税法制创新”,《中国法学》2011年第5期。

[166] 任际:“财政法的正义价值判断与选择”,《法学》2011年第4期。

[167] 邢会强:“财政政策与财政法”,《法律科学》2011年第2期。

[168] 胡伟、程亚萍:“财政权之法理探究”,《现代法学》2011年第1期。

[169] 张怡:“城乡多维互动改革与发展法制研究——以财税法制研究为视角”,《现代法学》2011年第3期。

[170] 胡光志、邓世缘:“高房价的成因及其法律抑制对策——以财政分权为分析视角”,《学术论坛》2011年第2期。

[171] 张守文:“分配结构的财税法调整”,《中国法学》2011年第5期。此外,该作者在“差异性分配及其财税法规制”(《税务研究》2011年第2期)一文中还论证了“由于差异性分配导致社会不稳定因素增加,必须在分配领域进行有效调控”。

贯穿于同一主线之上,即保护“预算最高信托利益”——人民的公共福利,^[172]该文将“预算信托论”运用于《预算法》修订的研究上;蒋悟真剖析了预算法律文本中的预算法律关系,主张《预算法》修订应当加强预算法律主体的开放性和制衡性,规范和完善不同的预算法律行为及其法权配置,并使预算法律责任具有科学性和可操作性。^[173]此外,蒋悟真提出了民主宪政、社会本位、正当程序和可诉性等四大法理念及相应的修改理路。^[174]熊伟从我国国家权力结构、配套改革进程等体制性因素出发,就修法的几个关键问题提出了循序渐进、更为理性的中改思路。^[175]叶姗主张《预算法》修订应当选择中改的思路:保留一定的财政体制方面的条款、重点改良预算的技术性条款,提出了解决前置性问题和构造核心规则体系的建议。^[176]刘剑文、王文婷指出,通过兜底性法律条款界定预算范围的立法过于超前,实践中难以奏效,主张扩大预算范围的法律设计适宜采取渐进性的做法。^[177]

与上述研究偏重于具体的制度设计不同,以下几篇论文较为注重研究理论层面的问题。丛中笑系统阐述了指导预算立法的五大理念:有限预算、有效预算、有序预算、有为预算、有责预算和五项原则:法定性、公共性、平衡性、全面性和公开性。^[178]陈乃新、楼建兵提出了“二分法预算”的大改《预算法》的思路——区分国家保障社会稳定和国家安全的政治职能与保障经济社会发展的管理职能,由此制定两部不同的《预算法》或者在一部《预算法》中规定两种不同的预算模式。^[179]冯辉主张将预算权分配问题嵌入经济国家的时代背景中,倡导构建一种嵌入式控制的综合性、统摄性调整机制,包括分权和问责两个方面。^[180]蒋洪、温娇秀从实然和应然层面研究了各方主体享有的预算权职,提出了《预算法》第 1 条规定的“国家”概念意指不清、“宏观调控”概念不够周延、“健康发展”概念难以判定等观点。^[181]涂永前指出预算过程中对自由裁量权进行限制的必要性和可行性。^[182]此外,徐阳光研究了“收入预测”这个长期被忽视的预算法理论问题,通过分析我国的预决算数据及其偏差额和偏差度,指出收入预测是一个关乎预算质量和预算效果,影响预算法治水平的重要问题。^[183]马岭评析了我国预算大幅“超收”的

[172] 朱大旗:“科学发展与我国《预算法》修订应予特别关注的五大问题”,《政治与法律》2011 年第 9 期。

[173] 蒋悟真:“我国预算法修订的规范分析”,《法学研究》2011 年第 2 期。

[174] 蒋悟真:“法理念视野下的预算法修改理路”,《法商研究》2011 年第 4 期。

[175] 熊伟:“在理想与现实之间:《预算法》修改的中庸之道”,《江西财经大学学报》2011 年第 4 期。

[176] 叶姗:“前置性问题和核心规则体系——基于中改《中华人民共和国预算法》的思路”,《法商研究》2010 年第 4 期。

[177] 刘剑文、王文婷:“公共财政理念下的预算范围调控之法律进路”,《重庆大学学报(社科版)》2011 年第 3 期。

[178] 丛中笑:“公共财政视阈下我国预算法的修订——理念更新·原则重构·权力配置”,《江西社会科学》2011 年第 11 期。

[179] 陈乃新、楼建兵:“论二分法预算的立法完善——修订《预算法》新思路”,《江西社会科学》2011 年第 11 期。

[180] 冯辉:“宪政、经济国家与《预算法》的修改理念——以预算权分配为中心”,《政治与法律》2011 年第 9 期。

[181] 蒋洪、温娇秀:“预算法修订:权力与职责的划分”,《上海财经大学学报》2010 年第 1 期。

[182] 涂永前:“预算过程中对自由裁量权的限制”,《政治与法律》2011 年第 9 期。

[183] 徐阳光:“收入预测与预算法治——预决算收入偏差的法律评估”,《社会科学》2011 年第 4 期。

法律原因,试图从制度层面和技术层面去寻找原因。^{〔184〕}叶姗研究了法律促进预算平衡之基本原理这一理论问题,主张预算平衡的法律意蕴应当定位为总体经济平衡,进而重构了控制财政赤字的预算平衡规则,并揭示了其促进型经济法的本质属性。^{〔185〕}上述研究为《预算法》修订提供了基础理论支持。

公债法的研究一直没有得到经济法学界过多的青睐。尽管《预算法》第27条限制了中央政府的举债权、第28条基本禁止了地方政府的举债权,为了应对2009年全球金融危机而由财政部代发地方政府公债可能引发诸多法律问题,而《预算法》修订也引发了是否应当废除第28条的争议,这两年的论文数量尚算可观,但理论研究深度比不上预算法方面。岳彩申、王旭坤讨论了《预算法》第28条是否废除的问题,提出了“规范地方政府发债的重点是专门制定《政府公债法》,以确定地方发债的基本要素”的观点,同时建议要设立财政紧急状态和政府破产制度来保障地方政府发债的安全性。^{〔186〕}冉富强研究美国州宪法公债控制的方式和实效,得出“赋予地方政府发债权应当以构建地方自主税权和规范转移支付为前提和基础”的结论,主张全面控制地方政府的举债主体、实体及程序实施。^{〔187〕}此外,冉富强从宪法角度研究了公债法问题。^{〔188〕}华国庆不仅讨论了中国地方公债立法的必要性、立法模式和立法宗旨,而且梳理了地方公债的发行、使用、偿还和监管等问题。^{〔189〕}

政府采购法和财政转移支付法方面的论文数量上要少得多,相关论文或者与前者的实施有关,或者与后者的立法有关。《政府采购法》施行至今10年,实施效果一直不彰,其实施条例的制定也遇到较大的障碍;而《财政转移支付法》的制定曾被列入全国人大的立法规划,却因遇到较大的阻力、难题而未能出台。王新红指出,《政府采购法》第9条是不能自发实现的倡导性规范,政府采购难以发挥经济调节功能,而需要实施机制配合才能发挥。^{〔190〕}徐孟洲、叶姗在政府间财政关系法治化的前提下讨论了《财政转移支付法》的立法问题,主张“促进地区间公共服务均等化的财政转移支付法律制度,应当以财力性转移支付为主、专项转移支付为补充”。^{〔191〕}

税法总论的研究一直是经济法学界的热门研究领域,每每有佳作,这两年同样延续了过往的热度。然而,相关论文对已有研究水平的提高不是特别明显。研究主题不外乎税收的性质、税收制度的功能、税法的特征和课税要素、税收法律关系的性质和构成、税法的基本原则和适用原则、税法的行政解释、税权的定位和分配、纳税人权利保护等。此外,税收法制史和税法思想史的研究也有突破。除了以往的研究热点外,全国人大常委会2009年6月废止了1984年税收立法授权以及近年实行结构性减税政策,生发了很多新的研究主题。刘剑文提出了“对私

〔184〕 马岭:“我国预算大幅‘超收’的法律原因评析”,《法学》2010年第9期。

〔185〕 叶姗:“法律促进预算平衡之基本原理研究”,《现代法学》2010年第5期。

〔186〕 岳彩申、王旭坤:“规制地方政府发债的几点立法建议”,《法学》2011年第11期。

〔187〕 冉富强:“美国州宪法公债控制的方式、实效及启示”,《政治与法律》2011年第9期。

〔188〕 冉富强:“公债发行的宪法实体控制”,《河南社会科学》2011年第2期;冉富强:“地方政府直接举债的宪政条件”,《学术界》2011年第2期。

〔189〕 华国庆:“中国地方公债立法研究”,《安徽大学学报(哲社版)》2010年第4期。

〔190〕 王新红:“政府采购经济调节功能的实现障碍及法律对策”,《福建师范大学学报(哲社版)》2010年第6期。

〔191〕 徐孟洲、叶姗:“论政府间财政转移支付的制度安排”,《社会科学》2010年第7期。

人财产课税,就本质而言,非为国家面对私人财产所伸出的掠夺之手,而是扶持之手”的观点,论证了私人财产课税法治化的必要性及其三个层次。^[192] 陆佳主张建立体现纳税人之用税监督权的法律保护机制——专款专用税制度,确立用税监督权的“规则之治”。^[193] 李建人系统研究了税收制度在抗灾重建中的积极功能及其强化路径,包括有针对性地加大止血功能的减免税幅度、强化输血功能的扶持力度、创设造血功能的激励机制。^[194] 王惠提出的“税法谦抑性是税法基于自身形成特质而天然具备并经由立法、行政与司法体现的税收国家及其代理者对税权的收敛和私权的敬畏”的观点。^[195] 滕祥志主张,税企争议应当从行为和所得主体的“名—实”冲突和“形—实”冲突、“法律关系”和“交易定性”的协调与冲突、税收客体的“定性”与“定量”的决定关系中来把握。^[196] 周刚志指出,应当区分税收债权的核定期间与执行期间、分别规定其起算时点。^[197]

税法的基本原则中最受关注的是税收法定原则。袁明圣主张以最高国家权力机关的税收立法为主、以行政机关的税收立法为辅的税收立法新格局,倡导税收立法权的理性回归,解决税收行政立法权的合法性危机。^[198] 邢会强注意到税收实质法定原则对税法语言精确性的要求,批判了税法实践中间接授权立法对税收法定主义的危害。^[199] 税法的适用原则中关注最多的则属实质课税原则,由于该原则与具体的税法规范有着密切的联系,因此,相关研究成果容后进行分析;此外,尽管“实体从旧、程序从轻、不溯及既往”是法律的基本原则,但是,税法中却存在溯及既往的现象,翟继光指出,这种现象具有一定的合理性,是由税法的高级法属性、税法解释的复杂性、所得税以年度为单位以及税法适用的事后评价性决定的,因此,主张遵循稳定性和公平性原则,完善其适用范围和溯及时间等内容。^[200] 伍劲松认为,我国税法行政解释秉承“谁制定,谁解释”的模式,解释权垄断于高层行政机关,解释形式繁杂、解释程序随意,一般税务机关行使着事实上的执法解释权,反思其存在的问题及原因有利于增强税法行政解释的正当性。^[201] 王霞认为,我国税收优惠立法受立法工具主义影响,从形式到内容都有缺陷,将来的立法应当适当予以矫正,遵守程序至上与利益平衡原则。^[202]

有关税权和纳税人权利的研究,从来都是税法总论中的研究热点,特别是税权的性质及其内涵、外延。张富强澄清了税权的外观结构和内在本质,揭示了宪法语境下税权结构生成的价值逻辑。^[203] 周刚志专门讨论了税收债权债务关系,主张借鉴霍菲尔的分析方法将“税权”解

[192] 刘剑文:“掠夺之手抑或扶持之手——论私人财产课税法治化”,《政法论坛》2011 年第 4 期。

[193] 陆佳:“专款专用税:税法学视角下用税监督权的建构进路”,《现代法学》2010 年第 3 期。

[194] 李建人:“税收制度在抗灾重建中的功能之强化”,《法学》2011 年第 6 期。

[195] 王惠:“试论税法谦抑性”,《税务研究》2011 年第 2 期。

[196] 滕祥志:“试论税企争议的法律属性”,《税务研究》2011 年第 1 期。

[197] 周刚志:“论税收债权的消灭时效”,《税务研究》2011 年第 3 期。

[198] 袁明圣:“我国税收行政立法权的合法性危机及其出路”,《法商研究》2010 年第 1 期。

[199] 邢会强:“论精确的法律语言与税收实质法定原则”,《税务研究》2011 年第 3 期。

[200] 翟继光:“论税法中的溯及既往原则”,《税务研究》2010 年第 2 期。

[201] 伍劲松:“我国税法行政解释制度之反思”,《税务研究》2010 年第 3 期。

[202] 王霞:“评我国税收优惠中的法律工具主义思想”,《税务研究》2010 年第 3 期。

[203] 张富强:“论税权二元结构及其价值逻辑”,《法学家》2011 年第 2 期。

读为一种综合性的税收权利。^[204] 冯辉谋求国家和纳税人在更大的经济和社会改革背景中实现平衡的方案,主张税收成为经济国家嵌入经济和社会发展的整合机制,在此基础上研究纳税人权利。^[205] 徐国栋所撰的“罗马人的税赋”一文,研究的是鲜有人问津的罗马税法,分析了罗马人承受的税赋,得出了其税负不重的结论。^[206] 徐爱国则指出,东西方税法文化在传统与原则上的差异性,使得支撑西方税法理念的一系列原则不可能在东方传统社会中实现,具言之,我国无法安排细致合理的税收制度来使纳税人达到平等。^[207]

税收实体法的研究通常都是财税法研究中人气最旺的,与其说相关论文有推动财税法理论研究的贡献,不如说其往往试图为税收立法和税制改革提供实用的建议。个人所得税、企业所得税、增值税的研究从来不曾冷清过,而房产税、环境税也引起了学者研究财产税的兴趣。某种程度上说,税收实体法的研究与税制改革、税法规范改进之间关系密切。此外,与过往的研究很少与其他法学学科相联系不同,学者开始注重研究税收实体法的外部关系。刘铁、徐蓉指出,所得税法律制度中的“所得”可以从征税范围、税目和计税依据意义等不同的逻辑层次上理解和使用。^[208] 郝琳琳指出,目前对信托所得课税仅适用税法的一般规定可能使纳税时无法可依。信托所得课税立法应当遵循实质课税原则这一纳税义务分配均衡的评价标准。^[209] 施正文从发挥税收调节在实现分配正义中的积极作用的角度,论证了个人所得税法改革的目标是强化其调节收入分配的功能,提出了实体制度建构的重点和税收程序制度变革的关键。^[210] 陈业宏、黄媛媛论证了我国个人所得税的扣除问题:对个人有用所得、劳动所得适用较高的扣除,限制无用所得、资本所得的扣除,禁止各行为主体利用扣除项目诈取可得利益。^[211] 陈业宏、曹胜亮讨论了个人所得税法实质正义的缺失问题,提出了完善个人所得税法中家庭经济负担因素的立法构想。^[212] 上述两文都有新意,对个人所得税法研究的推进有所贡献。丛中笑提出了扩大级距、减并级次和降低税率等个人所得税法工薪累进税率的优化路径。^[213]

张晓婷考察了企业所得税法文本,指出实质课税原则是企业所得税法发展的重要脉络:我国《企业所得税法》第6章是由原先的单一条款发展而来的法条群,揭示了企业所得税法中的特别纳税调整制度与实质课税原则之间的密切关系。^[214] 2007年的《企业所得税法》首次确立

[204] 周刚志:“也论税收债权债务关系”,《税务研究》2010年第5期。

[205] 冯辉:“经济国家与纳税人权利研究的新思路”,《税务研究》2011年第2期。

[206] 徐国栋:“罗马人的税赋——从起源到戴克里先登基”,《现代法学》2010年第9期。

[207] 徐爱国:“东西方税法文化在传统与原则上的差异性”,《社会科学辑刊》2011年第6期。

[208] 刘铁、徐蓉:“所得税法中所得概念的界定与厘清”,《天府新论》2010年第3期。

[209] 郝琳琳:“信托所得课税困境及其应对”,《法学论坛》2011年第5期。

[210] 施正文:“分配正义与个人所得税法改革”,《中国法学》2011年第5期。

[211] 陈业宏、黄媛媛:“我国个税项目扣除问题研究”,《法律科学》2010年第6期。

[212] 陈业宏、曹胜亮:“个人所得税法实质正义的缺失考量——以纳税人家庭经济负担为视角”,《法学杂志》2010年第5期。

[213] 丛中笑:“我国个人所得税法工薪累进税率的优化——扩大级距、减并级次和降低税率”,《当代法学》2010年第2期。

[214] 张晓婷:“实质课税原则的制度实现——基于企业所得税法文本的考察”,《财贸研究》2010年第5期。

了居民企业 and 非居民企业两种主体类型,刘磊^[215]和周金荣^[216]分别讨论了居民企业 and 非居民企业纳税人主体的相关法律问题。陈少英研究了非居民企业间转让股权避税的案例,论证公司法人格否认制度在反避税中适用的合理正当性、不可替代性及其范围与场合等问题,^[217]李刚从法律解释角度论证了应纳税款、核定税款与偷税数额之间的关系,支持了肯定说,而非主流的否定说;主张将纳税人不缴或少缴的核定税款包括在其应纳税款、进而包括在偷税数额中,作为对纳税人处以罚款的数额依据。^[218]李建人提出了我国增值税转型可以考虑分阶段循序渐进改革,打通增值税和营业税相互抵扣的渠道,条件成熟时,增值税全面取代营业税,农业也要全面纳入增值税调整范围。^[219]崔威力求排除市场对营业税政策的误解,对营业税的层叠税中实施“目的地原则”的经济效应进行了分析,从未来增值税制设计的角度研究了跨境服务营业税征收的具体规则。^[220]增值税“扩围”改革是当前税制改革的重点,可以讨论的问题很多,研究热度将维持很久。

物业税如何开征,近几年一直是税收实体法中最受瞩目的问题之一。自 2011 年 1 月底上海、重庆两地启动个人住房房产税试点改革以来,房产税转而成研究热点。但是,房产税调控房价的目标基本上不被学界所认同。熊伟认为,房地产税很难发挥调控房价的作用,是否有必要征收房地产税,除了要考虑其经济效果外,更要考虑其法律逻辑。^[221]姚海放认为,房地产调控背景下进行的房产税改革不能承担宏观调控稳定房价的任务,目前的改革目标仍以解决财政收入为主。在分权、法治指导下,房产税改革应当向地方税收立法、税收法治、公共财政的方向设计与发展。^[222]徐阳光认为,房地产税作为财产税的本质属性,决定了其功能主要是筹集收入而非调控经济,难以成为理顺政府间财政关系的根本手段,房地产税制改革不宜操之过急。^[223]陈少英认为,物业税的立法目标应当以规范地方财政收入为主、宏观调控为辅。^[224]上述论文对房产税改革目标的认识基本一致,而且激发了学者研究财产税的兴趣。陈少英指出,长期以来我国税法学界不够重视财产税法研究,导致实践中财产税调控功能弱化,甚至出现逆调节的现象,其调节收入分配的功能亟需重视。^[225]徐妍比较了赞成和反对征收财产税的理由,讨论了征收财产税应当遵循的原则和具体设想。^[226]

其他税种中,碳税和环境税也引起了学界的关注,张梓太分析了我国碳税立法的必要性、基本形态和功能定位,提出应当采用单项立法的形式,促进低碳城市建设。^[227]李传轩主张我

[215] 刘磊:“居民企业所得税纳税人主体问题研究”,《税务研究》2011 年第 5 期。

[216] 周金荣:“非居民企业所得税纳税人主体问题探析”,《税务研究》2011 年第 5 期。

[217] 陈少英:“论公司法人格否认制度在反避税中的适用”,《法学家》2011 年第 5 期。

[218] 李刚:“应纳税款、核定税款和偷税数额关系的法律解释”,《税务研究》2011 年第 7 期。

[219] 李建人:“增值税的转型与转型中的增值税”,《财经问题研究》2010 年第 2 期。

[220] 崔威:“论跨境服务营业税征收规则”,《财经问题研究》2010 年第 11 期。

[221] 熊伟:“房地产税改革的法律逻辑”,《税务研究》2011 年第 4 期。

[222] 姚海放:“宏观调控抑或税收法治:论房产税改革的目标”,《法学家》2011 年第 3 期。

[223] 徐阳光:“房地产税制改革的立法考量”,《税务研究》2011 年第 4 期。

[224] 陈少英:“论我国物业税的立法目标”,《华东政法大学学报》2011 年第 1 期。

[225] 陈少英:“论财产税法收入分配调节功能之强化”,《法学》2011 年第 3 期。

[226] 徐妍:“财产税的若干基本问题探析”,《税务研究》2010 年第 8 期。

[227] 张梓太:“关于我国碳税立法的几点思考”,《法学家》2010 年第 2 期。

国将来开征环境税取得的收入以专款专用为主,兼采纳入公共财政一般预算和税收返还的使用方式,以充分实现环境税制度的价值功能。^[228] 以上两位都是环境法学者,这两篇是交叉领域研究不错的论文。许多奇提出在制度构建上实现残疾人权利的倾斜性配置从税收优惠向财政支持的根本转变的观点。^[229]

税收征管法是较少学者涉足的研究领域,值得分析的论文更为少见。随着《税收征管法》的修订逐渐进入实质性阶段,尽管其仍然存在较大的障碍,但研究热度预计会继续提升。税收征管法中的很多问题是纯粹的程序法问题,也可能与税法总论、税收实体法规范有密切关系。这两年的论文突破了以往的研究“就事论事”的桎梏,而尝试提炼理论。向东研究了税收征管模式与税收征管法律制度的关系,提出了“在《税收征管法》的修订过程中应当充分吸收税收征管模式运行过程中的有益经验,使之固定为法律”的具体建议。^[230] 叶姗研究了我国台湾地区将税捐稽征中实行多年的实质课税原则条文化的立法例,提出了“当避税安排的法律形式与其经济实质不相符时,稽征机关认定应税事实应以实质经济事实关系及其所生实质经济利益之归属与享有为依据”,以及“稽征机关实质课税的自由裁量权理应谦抑行使,依法承担举证责任”等观点。^[231] 闫海提出了“税法应建立一个包括税收调查、类型化观察、纳税人协力义务与推定征税以及税收执法和解的制度框架,作为税收事实认定困境的突破口”的观点。^[232] 张永忠、张春梅认为,规范税收和解的适用,可以防止滥用行政裁量权,进而主张税收和解的推行必须以行政裁量限缩论为指导,进行合法性、适用要件和阶段化的规则控制。^[233] 魏俊认为,我国纳税担保制度框架虽然已经建立,但还很不完善,而完善的重点问题包括纳税抵押物的范围、纳税抵押物的登记、动产抵押与动产质押的冲突解决以及税收抵押权的次序权等问题。^[234]

国际税法是财税法研究的边缘领域,关注的学者多为专门从事国际税法研究的学者,而研究的主题也较为分散,但通常都会受到中国加入 WTO 或“一国四域”的因素影响。国际税法的两大核心问题是“避免重复征税”和“国际反避税”,后者与我国企业所得税法规定的特别纳税调整制度的关联度甚高,因此成为这两年论文的研究重点。廖益新认为,在合伙企业本身不具备适用协定待遇主体资格情况下,合伙人是否有资格就其通过合伙企业取得的所得份额享受其居住国对外签订的协定待遇,取决于其居住国税法上是否将合伙企业所得分配至各合伙人名下课税。进而,他提出了由于缔约国双方关于合伙企业课税制度差异引起的“识别冲突”所造成的国际双重征税和双重未征税问题的解决方法;^[235] 刘永伟认为相互协商程序是当今国际税收争议解决的基本方式。其中,一国税务主管当局适用法律是本国的国内法,而且纳税人

[228] 李传轩:“环境税收收入使用法律制度研究”,《当代法学》2011年第1期。

[229] 许多奇:“从税收优惠到全面社会保障——以残疾人权利的倾斜性配置为视角”,《法学评论》2010年第6期。

[230] 向东:“试论税收征管模式与税收征管法律制度之关系”,《税务研究》2010年第1期。

[231] 叶姗:“应税事实依据经济实质认定之稽征规则——基于台湾地区‘税捐稽征法’第12条之1的研究”,《法学家》2010年第1期。

[232] 闫海:“税收事实认定的困境及出路”,《税务研究》2010年第3期。

[233] 张永忠、张春梅:“行政裁量权限缩论——以税收和解适用为例”,《政治与法律》2011年第10期。

[234] 魏俊:“论纳税抵押及其对税收债权效力的扩张”,《税务研究》2010年第3期。

[235] 廖益新:“国际税收协定适用于合伙企业及其所得课税的问题——以中国执行双边税收协定为视角”,《上海财经大学学报》2010年第4期。

被排除在协商主体之外,表明这种解决机制体现了国家税收主权的绝对性。^[236] 崔晓静讨论了金融危机后,各国针对避税地完善了监管法制,美国更是通过了三个税收法案;^[237]同时研究了“瑞银集团案”,解释了美国和瑞士双边条约的缺陷及其法律冲突和协调的困境,论证了反避税中的矛盾化解模式与协调机制的走向。^[238] 那力研究了美国法院一起在世界范围内引起轩然大波的判决,该案昭示了全球公司法对国际税法可能发生的颠覆性影响。^[239] 毛杰指出,美国国内税系列案件是解读 WTO 补贴规则出口补贴清单直接税条款的典型案列,直接税条款的法律适用问题值得研究,但长期被研究者忽略。^[240] 朱炎生分析了《内地和香港特别行政区关于对所得避免双重征税和防止偷漏税的安排》给予香港居民的税收利益,对内地税收管理的影响及其挑战和法律对策。^[241] 上述研究要么关注现实,要么关注案例,都试图从制度层面反思理论问题。

财政法总论、税法总论与经济法总论一脉相承,尽管有着自身特有的研究对象、视角和范围,但是,其宗旨、原则和理念都是相通的。如果说这两年财政法总论的研究有些许亮点的话,莫过于专门或主要从事经济法总论研究的部分学者的参与。尽管很多论文或许只是应对金融危机而产生的应景之作,但是,部分研究成果的理论意义却是较为突出的,其中的某些观点甚至具有引领学术研究的价值,确实提升了财政法总论的研究水平。而税法总论向来是学者辛勤耕耘的领域,虽然这两年税法总论的整体研究没有太明显的提升,但值得大书一笔的当属选题细致化程度的提高。与财政法总论的研究较多着眼于宏观相比,税法总论的研究不仅需要宏观把握问题的能力,而且需要有挖掘和分析微观问题的能力。尽管税法总论中税收债权债务说和税收权力说的观点分歧仍然存在,税权概念的内涵和外延依然模糊,但是,在求同存异的大前提下,于微观细节中见真章的论文始终是学界所期待的。“读史可明志”,税收法制史和税法思想史上的突破是令人欣喜的一抹亮色,然而,这样的惊喜太少了。

财政法分论、税法分论的研究一直受到财税体制改革、财税政策变动、财税法规制定或修改的影响,甚至可以毫不客气地说,学界的研究热点也总是随之而变化的。可幸的是,部分学者没有受到太大的影响,而固守自己所感兴趣的领域,坚守学术品格,锐意学术创新。经过数年的积累,他们所撰写的论文无论是理论深刻度还是选题新颖性方面都是独树一帜的。财政法分论研究冷热不均突出的问题,与预算法的大热、公债法的小热相比,政府采购法、财政转移支付法的“冷”寒彻入骨。这种鲜明对比有合理的因素——预算法贵为“小财政法”,其修订问题自然吸引眼球,而且,从事预算法研究的学者向来不在少数,研究公债法更是有着现实的必要性;而政府采购法、财政转移支付法的研究成果匮乏,与其研究难度密切相关,也使得其

[236] 刘永伟:“国家税收主权的绝对性考——以国际税收专约争议解决机制为视角”,《法商研究》2010 年第 5 期。

[237] 崔晓静:“金融危机后国际避税地法律监管的新发展”,《税务研究》2010 年第 3 期。

[238] 崔晓静:“从‘瑞银集团案’看国际税收征管协调机制的走向”,《法学》2010 年第 2 期。

[239] 那力:“转移定价问题的公平交易法与全球公式法之争——美国法院一个新近判决引起的轩然大波”,《现代财经》2011 年第 8 期。

[240] 毛杰:“WTO 出口补贴清单中直接税条款的法律解读与适用——美国 DISC、FSE 和 ETI 案件的总结及对我国的启示”,《税务研究》2010 年第 12 期。

[241] 朱炎生:“中国内地和香港所得税合作的影响及法律对策”,《厦门大学学报(哲社版)》2010 年第 2 期。

难以为实践中这两个领域的法律文本的制定或改进提供基础理论上的支持。事实上,财政法成文化程度不高,各种财政法律制度都需要深入细致研究。

税法分论研究的冷热不均现象同样存在,这种冷热不均是由税制改革的阶段性开展决定的。当然,也跟某个税种本身在税收体系中所处的位置,或者其可能对纳税人的财产权、经济与社会发展所造成的影响大小有关,因此,个人所得税法、企业所得税法、增值税法、房产税法等税种法以及税收优惠措施、反避税规则等很难不是热点。税收实体法较之税收征管法的“热”是“重实体、轻程序”的法律传统在税法分论研究中的表现,至于税收法律责任、税收争议解决、税务复议和诉讼等方面的研究更是亟需学界予以重视和加强的。随着《税收征管法》的修订逐渐进入实质性阶段,可以预见的是,它也可能带动税收征管法相关研究的开展。需要指出的是,环境税法、社会保险税法等税种法的研究引入跨学科交叉研究视角是极为必要的,这两年已经出现了一些论文,接下来还需要加强财产税法的研究。此外,国际税法的研究也需要进一步强化。这是国际经济法与财税法重叠的部分,然而,其财税法的禀性更鲜明一点,相应地,研究的系统性、均衡性和理论性都应当继续加强。

如果说前面两个方面的不足是从这两年期刊发表的论文所能观察到的整体印象,这部分需要讨论的是这些论文本身存在的个别问题。讨论个别问题的路径不在于批驳某一篇论文的问题,而在于指出某一种存在于不止一篇论文的非正常现象,即个别问题不是指一篇论文的问题。如果一篇论文需要大加挞伐,那就不会被列入本报告的分析样本中了。概言之,部分论文仍然有“老调重弹”、“新瓶装旧酒”、“大而全”、资料陈旧等问题,而学术观点不明确、研究方法不先进、论证技术不精细等现象,也不止出现在一篇或少数几篇论文中。需要强调的是,我们不是要从责任编辑的角度来审读以上样本论文,而是重点关注各篇论文在观点、方法和技术等方面取得的进步及其仍然可能存在的问题。其中某些问题或许与经济法学研究整体上仍然处于较低的研究水平有关,本报告则可能有些吹毛求疵了。

部分论文的问题意识不突出、观点提炼不够、论据掌握不充分,采取教科书的行文逻辑,“述而不论”;部分论文讨论具体制度只是“就事论事”,没有运用已有的经济法理论进行分析,更不要说通过研究财税法制度推动经济法理论的发展;部分论文的论证采用的技术仍然是,从文本到文本的方法,而缺乏实证分析或经验素材,定性研究有余而定量研究不足,某些观点、意见或建议甚至只是主观臆断,根本缺乏强有力的论据和素材、数据支持。就论证技术而言,学者间基本没有对话、而是各说各话,很少就同一个或同一类问题进行讨论,即使是“主题研讨”或“笔谈”等组稿,大多仍是没有什么直接观点交锋的一组论文而已。此外,财税法学研究受到财税经济学和其他相关学科的影响较大,反而忽略了法学研究自身的特色,与经济法总论的关联度低,理论研究、制度阐释和案例分析的结合程度也不够。

(五) 竞争法

随着反垄断法的法典化,以及其在历史传统上作为经济法的核心部门之一,加上中国已有的法律实践从无到有、从少到多,现实生活中的问题拷问、国际间的竞争加剧,反垄断法的研究在其理论和实践中的需求、意义与学界的产出之间,存在着明显的落差。当然,竞争法的深入研究不易,1950年代以后逐渐统治了这一领域的经济学范式,以及现实商业、公司实践中的复杂性,加上不同产业、产品、交易关系中的具体不同,基础扎实、视野开阔的研究,需要复合型的知识较多;同时,真正的具体问题而非仅仅是口号或视角的研究,在反垄断法中通常需要较长

的篇幅,而这对中国期刊杂志的容量而言通常是一个较大的考验。不过,这两年的研究中,随着青年学者的奋发,以其良好的知识训练或比较法基础,在具体的知识增量型的研究中,还是涌现了一些非常值得注意的研究成果。

另外,随着立法活动的结束,这两年反垄断法的研究焦点趋向于分散,该批评的仍然在继续,该深入分析的缺乏数据或事实,这导致了有些研究更多集中于学者自行感兴趣或有体悟的领域。不过,许多研究在 2010—2011 年间作出的前瞻探讨,是否紧扣了问题核心,在现在发生的案例中,很多都在经受着司法或执法实践的考验。

除了前面已经提到的与总论接轨和亮点论文之外,在一般理论的研究中,张占江提出了竞争倡导的命题,竞争主管机关除了执法之外的改善竞争环境的行为应当予以鼓励,包括引入立法优先咨询、推动准入管制的放松、缩减反垄断法除外适用范围、健全对规制的竞争评估、帮助企业进行合规建设等。^[242] 徐金海、邢鸿飞从理论上探讨了在公用事业中的竞争问题,对不同的理论进行了回顾,对经济法中固有命题即规制还是竞争的选择,进行了探讨。^[243]

李俊峰分析了中国反垄断法实施中的具体困境、产业规制和反垄断法的协调问题,也关注了中国具体问题,指出反垄断法要想获得真正的尊重与执行,就必须对执法权进行集权化与分权化改革,建立超越产业规制格局的反垄断执法架构。^[244] 李剑分析了被管制机构的寻租以及执法机构的错误判断的存在,反垄断执法机构的独立性反而会强化其偏离执法目标。在强调反垄断执法机构的独立性时,应该从程序角度构建对反垄断执法机构的制约机制,以便其正确、合理地执法。^[245] 陈承堂比较了中美两国的反垄断法私人起诉资格,对美国诉讼规则中的直接损害进行了介绍,批评了中国的机制设计不合理。不过,似乎今年上海市法院的纵向垄断判决并未考虑这种困难。^[246] 潘志成对比分析了中美两国的经营者集中审查程序,以英博收购 AB 案为例子,批评了商务部的《经营者集中审查办法》。^[247] 黄勇、刘燕南分析了反垄断案件司法裁决域外承认与执行法律困境。^[248]

李剑在对百度案的批评中,指出北京市第一中级人民法院从网络用户的角度将相关市场界定为搜索服务引擎市场。这一认定忽略了搜索引擎的双边市场特性,将相关市场界定过窄。双边市场所具有的交叉网络外部性等特性使得双边市场企业面临较单边市场企业更加复杂的竞争状况。传统反垄断法中适用的相关市场界定方法如假定垄断者测试,也需要改进才能在双边市场中适用。李剑的论文较早对经济学中已经分析的双边市场问题进行了深入分析。^[249] 李剑所批评的现象,在中国司法实践中仍然在不断出现。娄丙录、^[250] 喻玲都分析了宽

[242] 张占江:“竞争倡导研究”,《法学研究》2010 年第 5 期。

[243] 徐金海、邢鸿飞:“竞争法视角下的公用事业有限竞争”,《南京社会科学》2010 年第 6 期。

[244] 李俊峰:“产业规制视角下的中国反垄断法执法架构”,《法商研究》2010 年第 2 期。

[245] 李剑:“如何制约反垄断执法机构——反垄断执法机构的独立性与程序性制约机制”,《南京师大学报(社会科学版)》2010 年第 5 期。

[246] 陈承堂:“中美两国反垄断起诉资格比较研究”,《法商研究》2011 年第 1 期。

[247] 潘志成:“中美经营者集中审查程序比较——以英博收购 AB 案为例展开”,《中外法学》2010 年第 3 期。

[248] 黄勇、刘燕南:“反垄断案件司法裁决域外承认与执行法律困境解析”,《江西财经大学学报》2010 年第 3 期。

[249] 李剑:“双边市场下的反垄断法相关市场界定——‘百度案’中的法与经济学”,《法商研究》2010 年第 5 期。

[250] 娄丙录:“反垄断法宽恕制度的理论基础与实效保障”,《法律科学》2010 年第 5 期。

恕制度,前者更多介绍了美国经验,将其与中国规定相比较,提出宽恕制度具有依赖性、契约性和威慑性;后者则是从博弈论的囚徒困境进行法律经济学的分析之后,提出了相应的改进意见。^[251]针对这一问题的还有来自马立钊、毕金平的研究。^[252]宽恕制度也在今年的发改委对奶粉企业的处罚中暴露出对中国规则、当然也是对这些研究的考验。其他的知识增量研究还有:李剑、唐斐分析了转售价格维持制度;^[253]赵红梅介绍了德国法上不特定多数正当竞争者所组成的集体利益保护机制;^[254]吴泽勇介绍了德国法上的撤去不法收益之诉的争议;^[255]叶高芬比较了美国、欧洲对捆绑折扣的法律实践,欧盟模式包括了产品特性、价格—成本测试、行为效果审查、抗辩和安全港规则(捆绑效率证明)等要件,美国模式包括了成本/非成本标准、抗辩理由和安全港规则。两者均界定了市场支配地位作为主体的要件、采取成本—价格测试;不同点在于美国采用折扣配置规则计算实际价格,而欧盟采用类似折扣配置规则的方法计算有效价格。^[256]

李剑分析了专利强制许可与核心设施理论之间的衔接,强调了专利法中的专利强制许可在专利法下的实施困难,认为应当纳入反垄断法的审查;^[257]黄武双对美国法上的商业秘密使用的判断标准进行了比较法的介绍,指出判断是否构成间接使用的核心要素是被告的产品或工艺等是否实质派生于原告的商业秘密。以他人商业秘密加速自己的研发、将他人消极的商业秘密用于降低自己的研发成本、商业秘密对他人产品或工艺的贡献大小和被告投入的大小等,都是判断是否实质派生的要素。^[258]

五、展望与期待

尽管我们很难说,两年内的经济法学整体研究有了明显的进步,相比庞大的论文发表数量,符合经济法学原理和范式,与法律固有的逻辑、制度和规则相结合,让行内人读完倍感舒畅,并有获新知的论文太少。这可能并非经济法学所独有的现象。当然,在课题组的评价报告形成过程中,也颇感振奋的是,独立的经过审慎思考并能有所创见,或基础知识研究扎实,发前人所未发的论文并不少见,更能感觉到经济法学的知识积累速度在加速,且隐隐约约地从许多年轻学者的优秀成果中感受到代际交替的到来。我们期待着学界整体研究水平的上升,期待着更多的对话、争论和更深入的思辨,也期望着课题组不完善的评价能为经济法的发展尽绵薄之力。

(责任编辑:邓 峰、刘 燕)

^[251] 喻玲:“运用声誉机制破解卡特尔的稳定性——完善宽恕制度的一条路径”,《法商研究》2010年第1期。

^[252] 马立钊、毕金平:“反垄断法中民事损害赔偿对宽恕制度实施的影响”,《山东社会科学》2011年第10期。

^[253] 李剑、唐斐:“转售价格维持的违法性与法律规制”,《当代法学》2010年第6期。

^[254] 赵红梅:“论直接保护发散性正当竞争利益的集体维权机制——反不正当竞争法的社会法解读”,《政治与法律》2010年第10期。

^[255] 吴泽勇:“论德国《反不正当竞争法》上的撤去不法收益之诉”,《当代法学》2010年第3期。

^[256] 叶高芬:“欧美忠实折扣比较研究及其对中国的启示”,《比较法研究》2010年第5期。

^[257] 李剑:“专利强制许可与核心设施理论的适用——专利法第48条第2款与反垄断法的衔接”,《北大法律评论》2011年第2辑,北京大学出版社2011年版,页543—560。

^[258] 黄武双:“美国判例法:商业秘密‘使用’的判断与证明”,《知识产权》2010年第6期。