

# 经济法学评论

Economic Law Review

第15卷

中文社会科学引文索引来源集刊CSSCI

史际春 主编

(2015年)

中国人民大学经济法学研究中心主办

第2期

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中文社会科学引文索引来源集刊CSSCI

# 经济法学评论

Economic Law Review

中国人民大学经济法学研究中心主办

**史际春 主编**

**VOL.15**

(2015) No.2

**中国法制出版社**  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

经济法学评论. 第 15 卷. 第 2 期/史际春主编. —北京:  
中国法制出版社, 2015. 12

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7253 - 1

I. ①经… II. ①史… III. ①经济法 - 法的理论 - 文集 IV. ①D912. 290. 1 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 023544 号

责任编辑 周琼妮 (zqn - zqn@126. com)

封面设计 周黎明

---

经济法学评论 第 15 卷 (第 2 期)

JINGJI FAXUE PINGLUN DI SHIWU JUAN (DI ER QI)

主编/史际春

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/710 毫米 × 1000 毫米 16

印张/25 字数/301 千

版次/2016 年 1 月第 1 版

2016 年 1 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7253 - 1

定价: 78.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 010 - 66026508

邮政编码 100031

传真: 010 - 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010 - 66067023

市场营销部电话: 010 - 66033393

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

# 卷首语

*Economic Law Review*

经济发展、科技进步与经济法治

# 经济发展、科技进步与经济法治\*

姚海放\*\*

长期以来，中国法学研究以“为健全法制服务”为己任<sup>①</sup>，内容包括“围绕推动科学发展，加强对加快转变经济发展方式、推进经济结构战略性调整法律问题和完善社会主义市场经济法律体系的研究”<sup>②</sup>。伴随着改革开放和社会主义市场经济体制的建立完善，新自由主义思潮及其“自由化、私有化和放松管制”的核心思想，通过著作翻译、论坛宣讲和科研机构专门研究等方式在中国传播，引起了广泛的辨析和争鸣。<sup>③</sup>这种思潮反映在社会主义市场经济法律体系研究中，强调清晰的产权界定和有效的合同执行是经济发展的关键，进而要求限制国有制、限制对经济和社会的规制措施等。当然，新自由主义在经历拉美国家改革和俄罗斯经济转轨的失利，特别是遭遇2008年金融危机之后，已经引起了国内学者的警觉。同时，进入“互联网+”时代的中国社会主义市场经济法治，面临着主要由科技引发的深刻变化，出现了网络预约出租车服务管理、互联网金融规制等热点问题，亟须审思经济发展、科技进步与经济法治的关系与思维模式。

---

\* 本文得到教育部人文社会科学重点研究基地中国人民大学民商事法律科学研究中心自设项目“社会经济变迁视野下的公司法结构与制度完善”（项目编号：12MSFJD820002）资助，特表感谢。

\*\* 中国人民大学经济法学研究中心研究员，中国人民大学法学院副教授，法学博士。

① 参见张友渔：《当前法学研究的任务和方法》，《法学研究》1991年第4期。

② 韩杼滨：《深入贯彻十八大精神，扎实推进〈意见〉实施，把法学研究工作提高到新水平》，《民主与法制时报》2013年1月21日。

③ 参见黎映桃：《论新自由主义对当代中国的影响》，《财经理论与实践》2005年第6期。

## 一、经济发展与经济法治思维

在哲学和政治学层面探索人类历史的进程，“把推动它们的人类基本动机仅仅归之于经济一维，都是极不充分的”，但经济发展仍然是重要的，“迄今为止，我们这些自由民主国家的居民在对事件进行解释时，已经习惯于把动机还原为经济原因，可以说，我们自己的理解已经彻底布尔乔亚化了”。<sup>①</sup> 长期以来，对经济发展的研究一直是中外学者热衷的话题，包括经济学、社会学和法学在内的中外学者认可各国经济发展中具有某些共同因素，提炼出政府与市场、产权与合同等要素，作为促进一国经济发展的成功经验。例如，对中国改革开放以来三十年经济高速发展的解释，三种影响较大的理论包括：第一，新古典经济学认为市场是最佳资源配置机制，中国改革时期尊重经济规律而侧重轻工业，由此充分利用了中国（劳动资源特别丰富）的“比较优势”；第二，新制度经济学认为中国采纳了私有化和市场化，作为创业和盈利所必需的激励条件，也采纳了稳定的财产权利法规并减少市场“交易成本”，由此促进经济发展；第三，地方政府变成类似企业的实体，在“硬预算约束”条件下“公司化”经营，并引起地方政府发展经济的竞争，推动经济发展。黄宗智先生近期提出合理解释是：全球化的经济、共产党的党国体制（及其地方政府）之共同积极争取参与该经济体并借此来发展中国经济、凭借廉价土地和劳动力以及税收等优惠（包括相对宽松的环境法规）来招商引资、民间以及共产党干部中的大量创业人才以及伴随国际资本而来的可资利用的先进技术和中国人员的实用创新能力，同时并存来推动中国所发生的发展。<sup>②</sup>

不管何种理论对中国经济发展更具有解释力和指导性，可以明确：市场经济条件下促使经济发展的要素，绝不仅限于清晰的产权和有效的合同执行。换言之，产权保护和有效合同执行是经济发展的必要条件，但非充分条件。这也能从道格拉斯·诺斯和弗朗西斯·福山的观点中得到印证。

<sup>①</sup> 布尔乔亚即 bourgeois，中产阶级，或称资产阶级。翻译及引文参见 [美] 弗朗西斯·福山：《历史的终结与最后的人》，陈高华译，广西师范大学出版社 2014 年版，第 160-161 页。

<sup>②</sup> 参见黄宗智：《中国经济是怎样如此快速发展的？——五种巧合的交汇》，《开放时代》2015 年第 3 期。

首先，让我们回到诺斯。诺斯的产权理论和国家理论都强调了对产权调整和保护的重要性，“如果随所有权而来的专有和实施可以免费得到保证，即无需交易费用，那么达到经济增长确实是简单的”。“不过一旦我们回到实际交易成本的现实世界，实现经济增长的问题便更复杂了。而且当我们认识到在一组所有权创造之初与所有权一旦确立后制度运行之间不可避免要出现调整时，经济增长问题就更为不确定。”<sup>①</sup>为确保实施所有权和降低交易费用，“政府及其在经济组织中的作用”需要进一步讨论，“应当看到，政府能够确定和实施所有权，费用低于自愿团体的费用；还要看到随着市场的扩大，这些收益会更为显著”；“这种所有权的创立、规定和实施是有代价的，在一定程度上受技术和组织状况的影响”<sup>②</sup>。引申诺斯的观点，所有权和交易成本在现实世界中，仍要仰赖于政府、社会的组织程度、技术、传统等因素的影响。

其次，再来看看福山。其新作《政治秩序的起源》近年来在中国颇有影响，核心思想是“国家、法治和责任制政府的组合平衡”。在论及国家建设和责任政府对经济社会的重要性时，福山的态度非常明确：“政治制度是必要的，不能被视为理所当然。你‘叫政府让开’后，市场经济和富裕不会魔术般出现，它们得依赖背后的产权、法治、基本政治秩序。自由市场、充满活力的公民社会、自发的‘群众智慧’，都是良好民主制的重要组件，但不能替代强大且等级分明的政府。”<sup>③</sup>

经济法及其研究秉承“为中国的社会主义现代化建设服务，以改革、发展和民族的振兴富强为己任”<sup>④</sup>。中国经济法表现出较强的行政主导性，究其原因，既有历史传统，“我国在半殖民地半封建的基础上建立新制度，中共11届3中全会以来的市场化改革和未来可预见时期内的社会经济发展，都是自上而下推动进行的，其深层次原因则是数千年亚细亚生产方式瓦解得不彻底、私有制从未真正得到确立、人民和社会的自治能力太差基础上的国家主义，由此决

① [美] 道格拉斯·诺斯、罗伯特·托马斯：《西方世界的兴起》，厉以平、蔡磊译，华夏出版社2009年版，第9页。

② [美] 道格拉斯·诺斯、罗伯特·托马斯：《西方世界的兴起》，厉以平、蔡磊译，华夏出版社2009年版，第12页。

③ [美] 弗朗西斯·福山：《政治秩序的起源：从前人类时代到法国大革命》，毛俊杰译，广西师范大学出版社2014年版，第19页。

④ 史际春：《经济法》（第二版），中国人民大学出版社2010年版，第76页。

定了我国经济法的行政主导特性要比西方资本主义国家的经济法更为显著”<sup>①</sup>；又有现实需求，“21世纪将是民族国家为主体、在民族国家层次上竞争的经济，在全球化条件下，国家要义不容辞地承担组织协调经济、提供公共产品、参与市场活动、创造和维护良好经济环境的职能”<sup>②</sup>。

经济法既强调政府在推进中国经济法治进程中的重要作用，又充分认识到法治政府和责任政府在此过程中的重要意义。在利益多元化、民主意识增强、互联网等技术日趋发达的现代社会，政府经济管理行为也应当充分反映民意、尊重规律、强调法治与责任。这也应当是包括宪法、行政法、经济法等多部门法律协力作用的目标。应当看到政府并非铁板一块，在总体上迈向法治与责任政府的进程中，并不排除中央政府与地方政府之间的利益博弈，也不排除政府各部门的表现差异。例如，面对网络预约出租车服务等新生事物的出现，交通运输部出台《网络预约出租车经营服务管理暂行办法（征求意见稿）》遭受了一定的批评，<sup>③</sup>11月7日交通运输部再次组织专家座谈会，<sup>④</sup>随后发布《深化出租汽车行业改革两个文件征求意见总体情况分析报告》，<sup>⑤</sup>并表示：“2016年将继续深化重点领域改革，深化出租汽车改革，选取有代表性的城市开展试点，创新对互联网平台新兴服务业态监管的模式和技术手段。”<sup>⑥</sup>在此过程中，交通运输部在回应公众与专家意见方面积极作为、从善如流，当为其践行法治政府与责任政府的做法点赞。与此相对应，12月15日国家发改委以“机动车尾气

① 史际春、邓峰：《经济法总论》，法律出版社1998年版，第62-63页。

② 史际春：《政府：透明 责任 服务 竞争》，《人民法院报》2002年1月9日。

③ 2015年10月15日北京大学国家发展研究院举办《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》政策研讨会，10月18日无界智库和上海金融与法律研究院举办《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法（征求意见稿）》专题研讨会，内容详见《网络约车政策研讨会系列简报》之一、之二、之三，载北京大学国家发展研究院网站 [http://www.nsd.edu.cn/publications/briefing/index\\_2.html](http://www.nsd.edu.cn/publications/briefing/index_2.html)；《专家建议专车新规暂缓 意见稿存重大缺陷需重制》，载新浪网 <http://news.sina.com.cn/c/nd/2015-10-22/doc-ifxizwsf8729471.shtml>，2015年12月3日访问；另参见邓峰：《专车新规的经济法审查》，《财经》2015年第29期。

④ 参见黄海蕾：《交通部让“专车”推动传统出租车改革》，《京华时报》2015年11月8日。

⑤ 参见《深化出租汽车行业改革两个文件征求意见总体情况分析报告》，人民网，<http://politics.people.com.cn/n/2015/1129/c1001-27868632.html>，2015年12月3日访问。

⑥ 张艳玲：《交通部：深化出租车改革 选取有代表性城市开展试点》，中国网，[http://www.lian-ghui.org.cn/news/txt/2015-12/28/content\\_37411413.htm](http://www.lian-ghui.org.cn/news/txt/2015-12/28/content_37411413.htm)，2015年12月4日访问。



排放是造成空气污染的重要原因之一”为由，宣布暂缓调整国内成品油价格，<sup>①</sup>但程序上既未按照《价格法》规定进行听证会，也未按照《石油价格管理办法（试行）》规定“报请国务院同意”，实体上也未能说明暂停、延迟调价所存在的“国内价格总水平出现显著上涨或发生重大突发事件，以及国际市场油价短时间内出现剧烈波动等特殊情形”，更未能及时回应公众质疑，<sup>②</sup>则不得不说有违法治及责任政府之要求。从理念上强调、在现实中践行经济法治，依然是今后很长一段时间内中国经济社会发展的必要，也构成了经济法理论研究的一项重要课题。

## 二、科技进步与经济法治

毋庸置疑，当下的诸多经济法治难题都与科技发展存有联系，因而有必要审视科技发展条件下经济法治如何应对的问题。科技与法律的密切关系，不仅突出体现在对智慧成果进行权利保障的知识产权法领域，或在科技发展最前沿的生命科学与法律伦理等领域，而且与各个社会领域和法律部门密切相关。并且，科技与法律关系命题也并非新颖，至少当工业革命后大型棉纺厂、作坊和堤坝等事物的产生，就引起了用水权的争议，进而通过司法方式深刻变革了美国法上财产权规则。<sup>③</sup>在美国著名法律史学家施瓦茨看来，正是塔尼法院在查尔斯河桥梁公司诉沃伦桥梁公司案（1837年）中并未沿循马歇尔法院在达特茅斯学院案（1819年）中对特许状的观点，实际上推动了经济的发展，“把垄断权硬塞在现存的特许状中，将使现代的社会发展听凭现存的公司的摆布，使社会丧失利用由科学进步带来的好处的权利”<sup>④</sup>。至少在1974年波斯纳就已经在其第一版的《反托拉斯法》中明确指出，新经济所包含的截然不同但相互关联的三个产业：计算机软件制造、互联网企业，以及为前两个产业提供支持的通

① 参见《发展改革委：国内成品油价格形成机制将进一步完善》，中国政府网，[http://www.gov.cn/xinwen/2015-12/16/content\\_5024617.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2015-12/16/content_5024617.htm)，2015年12月16日访问。

② 参见《国家发改委暂缓调整油价，华政学子状告其行政不作为》，法制宣传网，<http://www.chinalaw124.com/fayuanshenpan/20151223/13839.html>，2015年12月23日访问。

③ 参见[美]莫顿·J.霍维茨：《美国法的变迁1780-1860》，谢鸿飞译，中国政法大学出版社2004年版，第44-59页。

④ [美]伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军译，中国政法大学出版社1990年版，第47页。

讯服务和通讯设备,同时还有生物技术等,具有和孕育反垄断法的传统产业不同的特征,进而需要有不同的规制框架。<sup>①</sup>

当然,在特定社会历史条件下对科技进步带来的社会变化和经济发展效果的局限认识,也使得法律采取应对措施时经常出错。例如,当机动车的出现对传统马车业务带来巨大冲击之时,英国议会以速度过快引发人身财产安全问题为由,在1865年《内燃机车法案》(The Locomotive Act 1865)中对机动车设定了限速标准,规定其速度不能比马车快。<sup>②</sup> 此项在今天看来近似荒谬的法案,在立法当时也被认为是理性的产物。由此,法律在面对科技进步所带来的新生事物、经济发展和社会变化时,应当采用何种思维和态度,实属关键。

宏观上,包括自然科学在内的知识是具有累积性、方向性和道德无涉性的。“只要我们环视人类社会活动的整个领域,就会发现唯一被明确公认具有累积性和方向性的活动是现代自然科学。”“对于自然的科学理解既非循环,也非任意;人类不会周期性地回到同样的无知状态,现代自然科学的结果也不会屈从于人的任性。”“随着现代自然科学的兴起,也就是说,由于笛卡尔、培根和斯宾诺莎这些人在十六、十七世纪对科学方法的发现,科学知识与历史进程之间的关系有了质的变化。”<sup>③</sup> 另一方面,人类社会的发展究竟是线性的还是循环的,是否具有所谓的“终结”或终点,则是有不同的认识:以柏拉图和亚里士多德为代表的“希腊人看来,历史不是线性的,而是循环的”;基督教的认识是“历史始于上帝造人,终于人的最后救赎”;康德认为人类自由的实现是历史的应然终点;黑格尔“不认为历史进程会无限地持续下去,而是会随着现实世界中自由社会的实现走向终结”;斯宾格勒和汤因比把历史划分为不同民族的历史,“他们打破了线性史观的传统,此一传统始于基督教历史学家,并在黑格尔和马克思那种单一的、进步的人类史中达到顶峰”;按照福山的看法,“如果进步的现代自然科学的支配是不可逆转的,那么一种方向性的历史,以及所有其

① 参见[美]理查德·A.波斯纳:《反托拉斯法》(第二版),孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第289页。

② See Peter Baldwin & Robert Baldwin, *The Motorway Achievement: Visualization of the British Motorway System (Policy and Administration)*, Thomas Telford Publishing, 2004, p. 30.

③ 参见[美]弗朗西斯·福山:《历史的终结与最后的人》,陈高华译,广西师范大学出版社2014年版,第92页。

他随之而来的多种多样的经济、社会和政治后果，从根本上来说也是不可逆转的”<sup>①</sup>。

无论人类社会历史发展是线性进步还是螺旋式或循环上升，有一点是明确的：只要科技与知识不断“进步”，必然引起社会（经济）关系的变化，而作为调整此类关系的上层建筑组成部分的法律，也势必引起变动。在此情境下，笔者初步归纳下述态度当属于经济法应对科技发展与新经济情境的合理选择：

首先，热情了解科技进步和商业发展，但须保持谨慎与清醒，认清本质。科技发展最直接的影响是新事物的产生，包括对现有商业和经营模式的改变。法学学者应当对这些创新或变化持有足够的热情，了解经济和商业的新变化；同时，法学者也应当坚持自身的独立判断，而不拘泥于商业人士的言辞。例如，伴随互联网的快速发展，产生了网络预约出租车服务（专车）和网络借贷信息中介机构业务（P2P）等新生事物。鉴于传统出租车经营需取得特许经营权、民间资金借贷行为受金融法律规制等原因，专车一开始就采用解构的方式，将上述经营活动解释为专车平台，先将私家车挂靠在租赁公司名下，再通过一家劳务派遣公司聘用车主，从而签订一份由软件平台、汽车租赁公司、劳务派遣公司、司机共同签订的“四方协议”；而P2P经营者也以借贷协议、居间合同、担保合同、债权转让合同、服务合同等多个合同联立的方式解释其经营的合法性。

从对事物合法性判断的角度而言，笔者倾向于赞成专车合法性而否认部分P2P经营合法性，这并不是对两者都采用合同联立解释其业务合法性的选择性判断，而是基于对事物本质的认识：

专车是基于互联网技术发展产生的新事物，其通过提供更为透明的信息高效匹配城市交通运输的供需，并能满足不同层次城市公共运输服务需求，增强相关市场竞争度，总体上能为消费者提供更大福利。因此，在专车领域可以判断：技术变革已经达到了质的变化，完全有必要反思原有出租车特许经营权的规制模式，而采用新的规则与制度。当然，对技术变革导致利益受损的一方（如出租车公司或个体业主、司机），也应当适度考虑新旧制度衔接和公平的问题。但问题的关键不是否认专车这种新生事物的合法性，而应当着重改善原有

<sup>①</sup> [美] 弗朗西斯·福山：《历史的终结与最后的人》，陈高华译，广西师范大学出版社2014年版，第75-88、108页。

出租车管理体制不适应新技术发展的内容。

而对以 P2P 为代表的互联网金融的发展, 尽管其产生也是基于互联网技术能够有效匹配资金供给与需求双方的信息, 但归根结底, P2P 网络借贷仍然是以货币和信用为中心的金融活动。借贷双方信息匹配仅仅是金融活动的一个环节, 仅能降低部分的交易成本, 而不足以防范全部金融风险。“从根本上说, 金融产生于人们掌握的能够以货币为衡量的资源与人们需求之间的不平衡的这种普遍的困境, 其基本功能是在另一种人类困境——信息不对称约束下实现资金从盈余部门向赤字部门的转移”。因而, “互联网金融的业务形态可能会呈现出更多类型, 但是, 金融的本质及与之相匹配的要件和原则却将长期稳定”<sup>①</sup>。回归到金融法的价值取向来看, 其谋求的是鼓励金融创新、保障金融安全和保护金融消费者之间的平衡。当部分互联网金融活动打着金融创新、“互联网+”的旗号, 但本质上是通过高息揽储的方式扩张其资金来源而无法达致收支平衡、通过债权转让方式从事资产证券化或证券发行等金融活动、通过担保及承诺保本或引人误解的宣传方式误导公众, 则此类活动已经远远超越互联网信息中介的范畴, 而应当施以与传统金融类似的监管与规制措施。因此, 无论网络借贷如何解释或粉饰其经营活动的合法性, 透过现象把握本质, 仍然是判断其合法性的关键法宝。

从某种意义上讲, 法律应当张开双臂欢迎科技革新带来的社会福利提升, 但在一定程度上, 法律仍然应当保持其保守的性格, 对新生事物产生合理怀疑、审慎判断、辨清本质, 然后采取不同的策略。当科技革命从根本上改变原有经营和商业模式, 进而需要提出不同的监管或规制要求时, 经济法应当顺应社会发展大势; 当科技变革仅仅带来局部或量的变化, 尚不构成对原有经济社会事务本质的改变时, 法律人还应当坚守原有的法律限度, 而不能听凭商业、技术人士的鼓吹。此外, 在法律上采用解构主义还是整体主义的态度和解释方式看待新生事物, 也一直是法律面对社会新生事物的难题。例如, 通过设立公司转让股权的方式规避直接转让土地使用权所要求的审批, 通过协议控制方式避

<sup>①</sup> 李仁杰:《互联网金融时代的变革与坚守》,《新金融评论》2014年第2期。陈志武也指出, 互联网带来的金融亢奋, 并不是“新金融”, 而是金融的销售和获取渠道上的变化。金融的本质没变, 还是交易各方的跨期价值交换, 是信用的互换。见陈志武:《“新金融”并没有改变金融的本质》, 爱思想网, <http://www.aisixiang.com/data/95912.html>, 2015年12月20日访问。

免市场准入或关联并购审查，等等。分解各项操作，每一步都有相应的法律依据和合法性，但在整体上达到了规避或绕行现行法规定的效果。税法上产生了“应税事实的认定重经济实质甚于法律形式”的认识，即“税法之解释与适用，不必拘泥于根据私法形成的法律关系”。<sup>①</sup>更广泛意义上，应当认识到现有法律“以合法形式掩盖非法目的”“违反法律、行政法规的强制性规定”等条款具有足够的包容性和弹性，关键问题是如何进行解释。“很显然，法院在解释法律行为时不应被言辞蒙蔽，应透过表象分析实质性的权利义务关系；解释法律时不应拘泥法律文义，必要时还应补充法律漏洞甚至续造法律规范，以达成法的规范意旨。”<sup>②</sup>

其次，从立法论走向解释论，从名义上的改革走向法律现实主义。长久以来，基于中国法律制度的不完善，立法论颇有市场，也取得了丰硕的成果。“新中国成立以来特别是改革开放30多年来……我国立法工作取得了举世瞩目的巨大成就……到2010年底，我国已制定现行有效法律236件、行政法规690多件、地方性法规8600多件，并全面完成了对现行法律和行政法规、地方性法规的集中清理工作。”<sup>③</sup>延续着完善法制的立法论路径和思维，无论是专家建议、学生论文，抑或是媒体或社会公众面对现实社会问题，第一反应就是“这个问题我国法律没有规定”，进而要求“尽快立法以完善相关法律制度”。然而，过度强调立法论也有一定的弊端，一方面非有必要而启动立法程序必然耗费特定公共资源；另一方面过度强调立法论也会抹杀现有法律兜底性条款、法律原则等适调功能，更忽视了法律解释所具有的功能。“在全面强化法律适用的背景下，中国的法治建设必然要从立法论转向解释论。从主要研究应然问题转向研究实然问题，从主要研究规范如何产生转向研究如何应用规范。”<sup>④</sup>在科技发展进而引发经济社会快速变化的今天，从立法论转向解释论，或者说两者必须兼顾，是至关重要的。例如，有学者倡议“今天我们在制定民法典等私法规范时，在强调符合中国实际情况和本土需求的同时，了解德国债法的现代化改革，尤

① 叶姗：《应税事实依据经济实质认定之稽征规则》，《法学家》2010年第1期。

② 王军：《法律规避行为及其裁判方法》，《中外法学》2015年第3期。

③ 《吴邦国委员长在形成中国特色社会主义法律体系座谈会上的讲话》，李飞主编：《中国特色社会主义法律体系辅导读本》，中国民主法制出版社2011年版，第1页。

④ 王利明：《论法律解释之必要性》，《中国法律评论》2014年第2期。

其是消费者法在其中所扮演的角色及其发展过程,仍具有重要的借鉴意义”<sup>①</sup>。在2015年4月20日中国法学会民法典编纂项目领导小组秘书处和中国民法学研究会秘书处发布的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(征求意见稿)》第3条中也纳入了“消费者”的概念。<sup>②</sup>然而,在未来《民法典》中纳入“消费者”概念以及进一步完善《消费者权益保护法》之后,实践中仍然面临网络购物、服务消费、跨境消费、金融消费者保护等现实的问题。“法律所调整的事实的无限性与法律规范数量的有限性要求之间的辩证关系或者说矛盾”必然要求“减少作为理解手段的语言的不准确性与不完整性”,<sup>③</sup>具体“在法律的适用或解释上牵涉到(1)一直在发生的变化莫测的(法律)事实,(2)难以把握其内容的价值标准,(3)价值的多元性,(4)不能精确传达消息的语言,(5)人类能力之有限性。……法学能担负的主要任务,应是为实务做准备工作,亦即从事法学方法的研究、介绍,法律所追求之价值标准的具体化,法律案件之类型化以及法律概念的澄清,期以为一个公平的裁判提供一个坚实的基础。”<sup>④</sup>

除了在法学研究中从立法论走向解释与适用论的必要,我们还需审慎地评估各种改革,允许试验和试错,但绝不能允许各种“换汤不换药”“挂羊头卖狗肉”式的改革或创新举措。关键仍然是要理解各种制度改革的本质,而不能“唯改革而改革”。十几年前,在司法改革背景下被撤裁的法院经济审判庭,不仅遭到了经济法学者质疑;<sup>⑤</sup>而十几年后,大民事审判庭在新一轮司法改革背景下又细分出商事审判庭、金融审判庭、破产审判庭等,并被冠之以司法改革新动向,如无实质性变化,则可能陷入“更名改革”的陷阱。<sup>⑥</sup>在互联网进入高校教育领域时,将传统讲授型教学模式冠之以慕课的名义腾挪到网络之上,

① 张学哲:《德国当代司法体系变迁中的消费者法——以欧盟法为背景》,《比较法研究》2006年第6期。

② 参见《对〈中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿(征求意见稿)〉公开征求意见的通知》,中国民商法律网, <http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?29169>, 2015年12月20日访问。

③ [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春译,法律出版社2003年版,第88、90页。

④ 黄茂荣:《法学方法与现代民法》(第五版),法律出版社2007年版,第368-369页。

⑤ 参见史际春、孙虹:《论“大民事”》,《安徽大学法律评论》2001年第1卷;金朝武:《论经济审判庭的撤销与经济法的地位》,《经济法研究》(第二辑),北京大学出版社2001年版。

⑥ 以此为例,笔者并非否认司法改革中机构改革的必要,而是反对纯粹以机构改革作为改革标志的无谓做法。如果专业审判庭的设立在人员专业素养、案件处理能力等方面获得提升,这种机构改革仍应获得嘉许。

不足以认清慕课讲与学角色互换、从说教到苏格拉底式启迪的本质转变；基于标准的本科法学课程，在教学改革的名义下变身为前沿课程、案例课程或实践教学，这可能是十几年来法学教育一直改革但仍需努力的一项原因。同样的情形，当P2P网络借贷被宣传演变为A2P、P2B，仍然需要认清“e租宝”所从事的资产租赁、债权证券化等金融活动的本质，进而及早认识其中的金融风险。还有，重要的并不是公司法又一次进行了新修改，而是应当评估取消最低注册资本和认缴期限的强制性规定之后，相较于股东便利注册公司之优势，对市场交易债权人的保护及交易费用的提升，孰利孰弊；重要的并不是证券发行机制名义上从审核制转向了注册制，而是需要关注注册制下政府与市场的关系，关心审核制下证券发行中的政府信用背书转向注重信息披露时的制度转型。诸如此类，一大堆经济法治变革及新问题，需要我们抛除纯粹的名义，转向问题的实质，现实地看待问题。

最后，还是请一位学贯中西的中国法学大家来说几句吧：“初学法律的人们，往往将法律当作法宝看待，以为社会万恶只要有一条法律去取缔它就行了”，“法律不是一部自动机器，还需要正当的人去运用它的……法官的人格和学问，对于法治的兴衰关系至至……除正直无私之外，还需有一种独特的聪明，随时于无形中修正法律——寓立法于裁判之中——使法律能适应那千变万化的环境……法官的任务，一方面要保守，一方面也要创造；既不能太过保守，致蹈墨守成规，胶柱鼓瑟之讥，又不可太过创造，致涉捣乱纲纪的嫌疑；增一分则太长，减一分则太短。这是何等高深，何等奥妙的艺术！”<sup>①</sup> 慎思之下，法学研究又何尝不是如此？

本期一如既往循着经济法治、法与经济社会互动的思路，安排了如下内容：在专题栏目，孙天承博士的论文《经济国家与法治》，既阐述了法治化的经济国家之发生与面貌，又对当代中国式经济国家的勃兴进行了归纳，当属经济国家研究的又一篇力作；李帅博士的论文《经济法治中的权威决断：诠释、问题、检讨》，考察了经济法领域存在的大量非“立法”性规范，如执政党的政策、经济司法裁判等，解释其在经济法治中存在合理性，并针对政治决断替代民主决断、决断不稳定、决断不被服从等问题进行了优化思考；段礼乐博士的论文

<sup>①</sup> 吴经熊：《法律哲学研究》，清华大学出版社2005年版，第226-228页。

《市场规制法的体系生成与制度实践：以市场规制工具为中心》，将市场规制的动因从原有的市场失灵解释推进到对规制工具和方法的研究，是市场规制法基本理论的一项进步；宋彪副教授编译的《避税的道德性》一文，从道义论视角考察避税事实的道德性，证成避税合法、而逃税不合法。

论坛栏目中所选的论文更多关注具体领域的制度变革。冯辉、蔡琦的论文《公用型资源产品视野下完善油价改革的法律对策探析》，徐瑞阳博士生的论文《民用天然气价格法律规制研究》，以及洪欣、黎婧的论文《民用电价法律规制研究》，都以经济法治的基本视角研究能源类公用事业价格规制，相佐相成。杨文明博士生的论文《论出租车数量管制政策的竞争评估》和刁道远副教授的论文《铁路行业社会资本准入领域制度研究》，虽都是聚焦公共运输行业，但是从竞争法和市场准入的不同视角阐释，也属交相辉映。赵玲副教授的论文《完善政府购买公共服务的法律对策研究》、覃甫政博士生的论文《不同税制模式下个人所得税法改革比较研究》、李喜燕副教授的论文《我国慈善捐赠个人所得税激励制度的局限与克服》，都关注财税法领域的热点话题，呼应着十三五规划和十二届全国人大常委会立法规划的需求。缪因知副教授的论文《调解在金融纠纷处理中的价值与定位》，区分规则是否明确，阐述调解在金融纠纷处理中的价值，并倡导当事人自愿授权的金融纠纷调节模式。

实践研究栏目的文章内容，涉及了食品安全、增值税发票管理、参与式预算、金融监管法的转向等广泛话题。案例评析栏目选编的一文，是张世明教授对奇虎诉腾讯滥用市场支配地位案件判决中相关市场认定方法的评议，认为判决有“竞争者视角的缺陷、消费者利益的缺失与SNNIP的失误”，但也体现了最高人民法院审慎司法、维护行业现状、避免司法造成行业损害的良好用心。讲座栏目是史际春教授谈“法治究竟是什么”，他用五句半话进行说明，其中一句令人印象深刻的是“法治是在动态的运行中实现的一种状态——公平正义、民主集中、良序善治。”他山之石一栏，分别介绍了美国金融消费者权益保护的立法与实践，以及美国地方政府破产制度的沿革，可为中国经济法治发展所镜鉴。



## CONTENTS | 目录

### 卷首语

经济发展、科技进步与经济法治 姚海放 / 3

### 专题

经济国家与法治 孙天承 / 3

经济法中的权威决断:诠释、问题、检讨

——以卡尔·施密特法学思维三种方法为视角 李帅 / 41

市场规制法的体系生成与制度实践:以市场规制

工具为中心 段礼乐 / 61

避税的道德性 Zoë M. Prebble, John Prebble 著 宋彪 编译 / 80

### 论坛

公用型资源产品视野下完善油价改革的法律对策

探析 冯辉 蔡琦 / 101

民用天然气价格法律规制研究 徐瑞阳 / 112

民用电价法律规制研究 洪欣 黎婧 / 132

论出租车数量管制政策的竞争评估 杨文明 / 149