

中国人民大学经济法研究中心主办

经济法学评论

第四卷
(2003)

Economic Law Review
Volume 4 (2003)

主编 / 史际春 邓 峰

中国法制出版社

中国人民大学经济法学研究中心主办

经济法学评论

第四卷 (2003)

Economic Law Review
Volume 4 (2003)

主编 史际春 邓 峰

中国法制出版社

责任编辑：尹 芳

图书在版编目 (CIP) 数据

经济法学评论. 第四卷, 2003/史际春, 邓峰主编.
—北京: 中国法制出版社, 2004.4

ISBN 7-80083-709-2

I. 经… II. ①史… ②邓… III. 经济法-法的理论-文集 IV. D912.29-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 62788 号

经济法学评论 第四卷 (2003)

JINGJI FAXUE PINGLUN DISIJUAN

主编/史际春 邓 峰

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/850×1168 毫米 32

印张/15.25 字数/354 千

版次/2004 年 4 月第 1 版

2004 年 4 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-709-2/D·682

定价: 28.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66062741

市场营销部电话: 66012216

编辑部电话: 66062738

读者俱乐部电话: 66026596

邮购部电话: 66033288

卷首语：从抽象正义到 具体正义

在沉重的大陆法系传统之下，“年轻而气盛”（年轻是因为经济法的历史太短，气盛则是经济法试图采用一种新的框架结构来改变传统法学中最为成熟的部分）的经济法常常随着社会的“风向”而转动。尽管它经历了教条主义下的种种挫折，诸如最高院换汤不换药地抹掉了“经济庭”；诸如某些学者宁愿将其划到行政法之中；甚至“闻经济法而掩鼻皱眉”，但毕竟“青山遮不住”，现实生活的江水并不随着学者的“鸵鸟政策”式的研究方法而改变。社会现实越来越多地要求对政府经济规制权力的限制，越来越多地要求公司履行自己的社会责任，在“自由主义”名目下掩盖不了“商业伦理”的匮乏，社会利益的对立并不能通过“天赋人权”来得到满足，越来越多的现实要求着经济法的发展，这是90年代以来经济法在低潮之后的暗流涌动。

当然，需求的增大，价格的上升，并不必然意味着产品质量的提高。对更为年轻的中国经济法学而言，除了我们始终反复强调“投向现实的眼光”，“多学科融合的开放心灵”之外，还需要不断地思辨、锤炼。

多年以来，从传统学科中破茧而出的经济法，毫无疑问身上带着浓重的“old”气息，这表现在一旦教条主义的二元结构法律传统占据上风的时候，在研究方法上，甚至研究主题上，要么

向行政法靠拢,类似有些学者在经济法中大谈特谈行政合同;或者是向民商法靠拢,将平等和抽象的正义观念奉为主臬,将国家利益等同于社会利益,向所有的干预主义、公共利益开火。这些“叶公好龙”式的研究,不能,也不可能为经济法的研究作出实质性的贡献。

我们的经济法总是在关注着基础理论,关注着和传统法学的划分,孜孜不倦,不厌其烦地对学科划分、法律部门的划分进行着教导、宣传;这毫无疑问是必要的,“必也正名乎”,“皮之不存,毛将焉附”?任何时代都是如此,即便是在民法地位确立了的法国大革命之后,如果没有“意志理论”(will theory),合同法怎么能和“质剂”这种讲求形式的古代合同划清界限呢?

但是我们需要的是更多的分析,而不是形容、描述,不是在进行暗喻,而是建立经济法制度的理论基础。当然,具体的法律规则很容易制定,但是法律规则的协调一致性、合乎目的一致性则需要理论来进行支撑。我想,经济法需要将具体的法律规范和一般化的总论结合起来的制度。诸如经济合同的理论,政府商事行为的理论,经济规制的理论,竞争理论等等,而我们现在的研究更多地集中在制度比较,制度研究,说白了,就是一锅大杂烩,缺乏清晰的逻辑体系,缺乏独有的精神。

之所以如此,在于我们的正义观念的拓展。尽管经济法是庞杂的,但其精神并不复杂。世界是简洁的,亚里士多德说“自然总是寻找最短的道路”,这句话被奥卡姆进一步总结为“除非必要,无需增加”,的确是,多种多样的是现实而不应当是主观体系。一个法学院的学生,法学的学者,更多地应当关注复杂的现实,而不是复杂的概念体系。

优帝下令编写的法学总论,开篇就将法学的任务界定为是关于正义和非正义的学科,而正义问题则始终是存在着争论的。的确,寻找一个确定的标准的实质正义,是比较麻烦的一件事情。

传统法律更关注的是抽象的、平等的正义观念，经济法则是要实现具体的、实质的、与社会效率相结合的正义。在现实中，只有抽象到让人头疼的正义，才更容易找到答案。体现为概念体系的思维的无穷无尽的蔓延，除了有助于塑造本来并不复杂的法学行业壁垒之外，并没有什么真正的意义。

实质正义除了意味着现实之外，更意味着抽象正义向具体正义的实现，也体现在对经济法诸部门的理论探讨之上。将总论的原则、观念，将社会正义、社会效率、社会本位的思想贯穿到具体的现实之中去，是经济法得以树立的不二法门。这从经济法的开始就是如此，当学者们为抽象的自由讨论不休的时候，现实的要求——20世纪初期，在美国表现为各种力量的利益斗争，在德国表现为对海外市场的争夺——迫使抽象的正义后退。

抽象正义向具体正义的实现，也意味着除了资格（人人生而平等）之外，更多的标准被引入到法律之中来，强弱（对弱势经济群体的保护）、大小（对垄断企业的限制）、国籍（保护民族产业和维护国内市场）、角色（消费者的保护，职业群体的不同责任）、地位（位于产业链的上游还是下游），等等。对这些标准的更具体的考察，哪些是合理的，哪些是不合理的，冲突的时候怎么办，才是经济法的特色。

从抽象正义到具体正义的实现，还意味着判断标准的改变，这个标准就是社会效率，当然它是长期的、总体的、最大多数人的。这在研究方法上要有所根据，它应当摆脱那种本本主义的研究方法（当然并不意味着这种方法完全不需要）：翻开各国的立法例，列举、排比，在字里行间辗转腾挪，翻云覆雨，或者是排开旧书，寻找、锁定、摘抄，最后写几句“笔者以为”，甚至用半通不通的“愚意以为”之类的收尾。具体的正义要求我们的判断有所根据，“拿事实来”，“拿数据来”，就是最好的答案。

本期的评论是由以下的文章组成的：

首先是照例的，因为时间、精力的局限而晚档的漫谈，这次谈的主题是关于经济法的目标。正如文中所说，我们不能根据桌子和椅子都是木头做的而区分出哪个是桌子，哪个是椅子，我们也不能根据公司的法律规范来区分出这属于民商法还是经济法，缺乏了精神的法律部门，不过是一堆说不清楚的原料。尽管同样做的是鱼，我们还是能区分出哪个是粤菜的豉汁清蒸，哪个是川菜的水煮。进一步，如果我们满眼看到的都是飞旋的电子、质子、原子核，世界还有什么意义呢？

毫无疑问，麻辣的味道和大量使用的三椒让我们知道什么是川菜；目标以及实现目标的手段决定了我们的经济法是什么，难怪亚里士多德要将形而上学放在“物理学之后”（开个玩笑而已）。那种由社会关系决定法律部门的机械唯物主义的法律部门划分不过是一种教条主义。经济法的核心目标是实质正义和社会效率，本文对此进行了探讨，而这是经济法之所以有别于传统部门的核心。

这一期的漫谈，尽管还是叫这个名字，作者希望不搞简单重复，但是因为时间紧迫（写好的原因常常是多种多样的，写不好的原因总是一样的，这是因为大家都不愿意承认自己的能力局限性和水平的限制，似乎“漫”的还不够，“谈”的还不彻，社会科学的量化评价机制容易产生次品，社会生活的麦当劳化也不容易产生精品，追求 GDP 指标的政府也不容易搞好战略产业，放在这个大环境中，就比较容易为自己找到可以原谅的理由和心情。不过好在我们人类一直都有希望，这次的匆忙就算个“下不为例”吧。

第二个专栏中，首先是李春林先生关于价格歧视法律制度的分析。竞争和效率对经济法来说，其重要性是毫无疑问的。价格

歧视作为其中的一个重要组成部分，我们的研究是远远不够的，更谈不上法律实施了。在这一点上，文章的意义是不用怀疑的。

逻辑清晰，逐步渐进的分析，这些都是这篇文章的优点。从经济学和法学的角度，较为全面地探讨了这个有待于进一步发展的制度。特别是对构成要件的分析 and 行为的探讨，较为详尽地介绍了第一线竞争和第二线竞争中价格歧视，等等，都表现了作者的良好法学训练。应当说，在制度性的介绍方面，本文已经很不错了。

还是补充一些不那么好听的吧，我想学术批评也是不可或缺的，虽然自己并不是一个好厨子还是想谈谈吃完了的感想。我想试图评论的是，价格歧视并不是那么广泛的，而是作为对垄断限制的一种补充性的手段。正如在漫谈中所指出的，效率总是具体的，经济学的整个探讨，其核心无非是要说明，对不同的产品制定不同的价格，是有效率的，而随着上下游关系、运输成本、市场准入壁垒等等的不同，产品的价格当然会发生变化。因此，对不同的顾客实施不同的价格没什么不对的，关键是这种政策的实施是否为了形成、维持或者实施垄断。在这个意义上，价格歧视之所以不是竞争法中的主要制度，在于它是反垄断而不是微观的“竞争”损害，是一个更为“高阶”的法律，实施上更需要经济学理论的支撑，而不是相反。

首先价格歧视应当分为系统性歧视和非系统性歧视，在系统性歧视中包括第一线（first degree）和第二线（second degree，姑且沿用李春林先生的翻译），当然也有所谓的第三线的划分，第一线的价格歧视是垄断者占有了所有的消费者剩余，因此属于“完美歧视”（perfect discrimination），比如我们常常说的“看人下菜碟”；而第二线的价格歧视则是所有的需求者面临相同的价格菜单，但是基于偏好被迫支付不同的平均价格，比如飞机上的头等舱和经济舱，或者是“茶，上茶，上好茶”；第三线的价格歧

视则是区分需求者的某些特征，划分群体来区别价格，比如学生火车票的半价；非系统性歧视则是临时性的，比如教师节的时候我可以凭借工作证买电脑打折^①。

但是这些企业竞争行为，并不构成价格歧视，因为不具备主观要件，至于学生的火车票问题，更是一种“转移支付”，和政府补贴制度是类似的。典型的价格歧视是洛克菲勒臭名昭著的“南方发展计划”，标准石油公司和铁路公司联合起来，对竞争对手提高运费。对受到损害的对手来说，证明存在卡特尔协议并不容易，因此可以采用客观的价格歧视标准来证明。价格歧视是从属于垄断的，而不能像本文理解的那么广泛。因此，动机、目的，是否会损害社会福利，才是判断标准。

垄断的法律制度，并不能和经济学划分开来，不要忘了，美国联邦贸易委员会中一半以上的执行人员是经济学家。而法律经济学的最成熟的领域恰恰是经济法的领域。其实，鲁宾逊——帕特曼法 (Robinson-Patman Act) “几乎遭到了法学和经济学的，职业和学院的意见的一致谴责”^②，这正是价格歧视的案例并不多见的原因之一。另外，作者对在此领域的研究较为深入的 Bork 法官、Posner 法官、Easterbrook 法官，以及当属这一领域的权威的经济学家 Hausman, Joskow, Williamson, Klevorick, Schmalensee

① 更为深入的分析和探讨，see W. Kip Viscusi, John M. Vernon and Joseph E. Harrington, Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, 1997, p290—300;

② Richard A. Posner, *The Robinson-Patman Act: Federal Regulation of Price Differences*, American Enterprise Institute, 1976.

等人的文献^①没有分析的前提下就下了一个“我们不能以经济学上的概念来代替法学上的概念”的结论，有些操之过急。

作者对中国的案例也基本上没有涉及，这是一个遗憾。其实这种情况在我国还是很常见的，特别是国企和民企在贷款、投资等方面的不同待遇等等，而这些也是我们要探讨的，中国电信对联通曾经有许多封锁，也是考察的对象，等等。更不用说，已经占据垄断地位的企业许多行为了。不能把现存的中国反不正当竞争法制度中一些行为划到价格歧视之中来，这扩大了价格歧视的外延，在反垄断法不存在的时候，这些法律规则缺乏“精神”。

还应当指出，谈到主体的时候，特别是两个独立企业的界限，作者的一些观点和结论还是有待推敲的。

刘光华先生论社会法的调控机制，是一篇时论，他用“SARS”的案例说明了社会调控机制的必要性和可能性途径，而这些在传统公法和私法的框架内是难以完成的。这个分析是饶有趣味的，特别是“共时性”概念的引入。

其实这也是一个更大的问题，现在的法律体系是地中海商业文明的产物，举个例子来说，所有权的概念，排他的，要求惟一的、清晰的，而一旦涉及到来源于大陆文明的“社团”或者说更多继受了日耳曼法（西欧农业文明）的英美法的“产权”，这种

① 关于这方面的文献非常之多，代表性的有 P. Areeda and D. F. Turner, Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, *Harvard Law Review*, February, 1975; See also Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox*, Basic Books, 1978, P154; See also Oliver E. Williamson, Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis, *Yale Law Journal*, December, 1977; P. L. Joskow and A. K. Klevorick, A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy, *Yale Law Review*, December, 1979; J. A. Hausman and J. K. Mackie-Mason, Price Discrimination and Patent Policy, *Rand Journal of Economics*, Summer, 1988; R. Schmalensee, Output and Welfare Implication of Monopolistic Third-Degree Discrimination, *American Economic Review*, March, 1981.

倾向于分割的财产制度就会面临着“职能”、“角色”和“权力”的挑战。这就是为什么法人财产权问题长期以来困惑着大陆法的原因。在中国面临着8亿农民的组织问题,怎么办?这在我们的第一期漫谈中,也提到了这个同时面临补课和超越的两难问题。

从某种程度上来说,还是我们的知识供给不足,这种问题别人没有遇到,简单地照搬照抄,强调法律解释,强调原汁原味,也是不够的。而答案恰恰在于我们的现实,这是“本土资源”所在,本土资源并不是“故纸堆”,而是人们的现实生活和社会博弈。

作者的这种立场毫无疑问是站在了社会本位上,并且将其应用于一个现实问题的分析,是颇有见地的。的确,现代社会中政府调控手段的变化,更多的NGO (non-government organization)、NPO (non-profitable organization)等等,都是经济民主和经济自由的表现。这些都在本文中有所表现。

不过,社会责任到底是什么,机制如何实现,和传统的责任方式有什么不同,这些延伸的问题更有意思,也许作者已经在绸缪之中,算我八卦好了。

本期的论坛有两篇文章,第一篇是张德东先生的《论经济法的权力和权利问题》,应该说,这是一篇相当严谨的,颇有分量的作品,尽管作者很谦虚地说这是一个学习的总结,总结也是有高下之分的。

权力是一个非常有意思的问题,按照博登海默的说法,它是游离于法律关系之外,不受控制的,任何一个学习法律的人,本能地都会对其产生敌意和排斥。传统法律将权力交给了公法,任何来源于公共机构的权力都会影响到私法,但私法不能对其加以审查,而是把它交给行政诉讼,来看权力传递的过程有没有被扭曲。从理论上来说,这个框架似乎是不错的。

但是随着私法缺失了实质性审查，导致了社会权力在经济领域的膨胀，就是我们所说的企业的扩大，而产生社会生活的第三极，这要求新的标准和调整。因此，权力是对平等的最大损害。

在我看来，这篇文章的最大贡献就是提出了经济法权力的实质性审查，这也是为什么仅仅依赖于行政法不足以维护经济民主和经济自由的原因。而审查 regulation 中的经济合理性，则是行政法所不具备的能力。同时，经济法还要对企业的权力加以审查和制约。可以毫不夸张地说，理解了权力，就理解了经济法。

第二篇文章和上一篇是相关的，随着社会经济权力的兴起，对权力除了通过权利来制约之外，比如私人提起惩罚性赔偿，更重要的是责任的审查。法律的手段，在商鞅那里就已经得到了明确的阐述，罚九赏一，不考虑法律的手段，就很难将经济法形成统一的部门，尽管调整手段不是法律部门划分的标准。

经济法的责任是一种实质正义的审查，将社会利益作为某项决策、权力行使是否妥当的标准，这是和传统法律所不一样的地方。从另外一个角度来说，更多地借助于社会责任机制，宛如刘光华先生在专论中所提出的那样，也是经济法的责任表现。

对经济法责任的研究方兴未艾，史际春教授和姚海放先生的这篇文章，应当被看作是一个抛砖引玉之作，我们希望更多的学者和经济法人加入到这个研究之中来。

改革之道收录了廖志雄先生的市场准入法律制度研究，这是他的博士论文的一部分。当然，这是一个非常大的题目，写起来殊为不易。市场准入是经济法的 regulation 的重要组成部分，作者的研究更多地站在大陆法系的角度上，其分析还是比较全面的，包括对各种概念的辨析，各国立法的比较，目标的界定，等等。

市场准入制度，之所以不是行政法的审批，作者并没有过多的阐释，这是因为受到了大陆法思维的限制。事实上，市场进入壁垒和垄断的形成和维持，有着紧密的关系。现代经济学对此的研究是比较深入的，最简单的来说，最容易形成垄断的是高进入壁垒和高退出壁垒，而高进入壁垒和低退出壁垒比较容易形成完全竞争垄断的市场结构，至于低进入壁垒和高退出壁垒，则比较危险，容易形成恶性竞争。因此，市场准入不仅和战略、民族、少数民族、高科技等产业的发展有着紧密的关系，而且也是反垄断的重要组成部分。换言之，反垄断不一定要拆企业，regulation，市场准入，建立一个国有企业，扶持小企业（公共商事行为）等等都可以达到目的。

本期的案例，原本的安排因为一些具体原因被打乱，因此事实介绍比较多的案例分析没有及时赶出来。幸运地是我们收到了陈勇先生的这篇基于法条分析的公司法案例。

陈勇先生从事实务工作多年，对公司法和现实问题也颇有心得。这个案例，从理论上来看，也表现了不同机关的认定标准的冲突，更进一步说，是私法规则和公法权力之间的界限冲突的一种表现。

这个案例写得很透彻了，感兴趣的读者还是看原文吧。

本期的立法建言是王欣新教授论破产立法中的经济法理念。这是一篇文笔流畅、观点鲜明、逻辑清晰的好文章。从定位开始，分析不足，然后提出对策和结论，如果说写论文的范文，这应当是一个好榜样。

正是企业的出现导致了经济法的产生，正如潘念之教授所指出的，在某种意义上，经济法就是以企业为核心的企业法，这一点都不夸张。企业法中的许多问题，诸如社会正义的实现，企业

的界限，关联交易，兼并收购，等等，都不能在传统法律部门中找到答案。许多传统法律不具备的制度，在经济法的实质正义的理念下，被发展出来，比如独立企业的界限，内部机制的配置，甚至董事和高管人员的薪酬，更不用说国有企业制度和合作社这两种非典型企业制度了。郑百文的案例，也充分说明了破产法定位的重要性。

那种认为破产法只是程序法，将其等同于民事诉讼程序，缺乏实体性判断标准的观点，不过是对社会利益的争端，分配正义的实现，持有“鸵鸟政策”的产物。

照例我们评论要收录一些好的讲座，这是因为观点和研究形成文章总是需要时间的。本期收入的是史际春教授的关注地方财产权的讲座，应当说是本期评论的一个亮点。

经济民主和经济自由始终是一个提高经济效率的手段，集权带来的代理链条的信息丧失太严重了，之所以要采用市场经济，实际上就是一个决策机制分散化的过程。打击垄断也好，进行经济规制也好，采用政府商事行为也好，都是提高经济效率，促进竞争的手段（竞争本身不是目的，而是手段）。

在国有企业的问题上，我们经历了不同的探索阶段，从债转股到承包制，再到股份制，之所以总是效率不足，其根源在于政府的行政不受控制，其原因在于政府手中。在史际春教授承担这个课题中，就是要探讨经济民主的方式，来提高经济效率，其中的途径之一，就是实行中央和地方分别所有的国有制。

在传统法律中，总是把国家看作是铁板一块，不是私人就是国家，财产的划分也是如此。读过《经济法总论》的读者就会发现，我们经济法的客体，是和不同的主体联系在一起的，这是和传统法律部门很不一样的地方。

同样，国有企业也是如此，当不同的主体之间产生利益上的

竞争时候,就会产生监督的激励,相互制约,这个都不用强调,从孟德斯鸠的时候就主张三权分立了,更何况财产权。中国 20 年来的经济增长,在我看来,就是一个分权化的结果,现在不过是将其应用到国有企业领域而已。

与之相联系的是课题的参与者宋彪博士对韩国的分权体制的介绍,收录在本期的他山之石之中。

两位留学法国的中国博士生肖磊和长孙子筱,以及 Anne Abonne,对法国的一些法治进展作了相应的介绍。开卷有益,了解他人,也颇能启发心智。

需要声明的是,对不当的评论负责的是本文的撰稿人,对本书的编辑定稿负责的是本书的主编。最后仍然需要老生常谈的是:我们欢迎任何读者的来稿、批评和建议,那对我们都是非常荣幸和珍贵的。以下是主编者的联系方式:

史际春,中国人民大学法学院,100872,shijc@ruc.edu.cn

邓 峰,北京大学法学院,100871,fengdeng@pku.edu.cn

邓 峰

2004 年 2 月 17 日于北大燕北园

目 录

卷首语：从抽象正义到具体正义·····	邓 峰 (1)
漫 谈	
经济法学漫谈：正义、效率与社会本位·····	邓 峰 (1)
专 题	
建立、完善我国的价格歧视法律制度·····	李春林 (81)
时 论	
论社会法调控机制	
——以 SARS 防治对传统公私法调控机制带来	
的挑战和机遇为视角 ·····	刘光华 (149)
论 坛	
论经济法的权力与权利问题 ·····	张德东 (192)
再识“责任”与经济法 ·····	史际春 姚海放 (226)
改革之道	
市场准入法律制度研究 ·····	廖志雄 (241)
案例评析	
论公司股权查封冻结顺序的确定标准	
——基于案例的法条分析 ·····	陈 勇 (318)
立法建言	
论破产立法中的经济法理念 ·····	王欣新 (331)

讲 座

关注地方财产权——地方能够与中央

平等地所有吗? 史际春 (351)

他山之石

韩国中央与地方的财权关系 宋 彪 张允楨 (374)

法国社会法的概念及由来 肖 磊 (411)

动 态

法国公司法改革动向 长孙子筱 Anne Abonnel (443)