

经济法基础 文献会要

张世明 刘亚丛 王济东 主编

Recent International Scholarship on
Economic Law

經濟法



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

经济法学

经济法基础 文献会要

张世明

张世明 刘亚丛 王济东 主编

Recent International Scholarship on
Economic Law



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

经济法基础文献会要 / 张世明, 刘亚丛, 王济东主
编. —北京: 法律出版社, 2012. 7
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3643 - 4

I. ①经… II. ①张…②刘…③王… III. ①经济法
—文集 IV. ①D912. 290. 4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 134289 号

©法律出版社·中国

责任编辑/杨克陈晖

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/北京中科印刷有限公司

编辑统筹/法律出版社
经销/新华书店
责任印制/张建伟

开本/A5
版本/2012年8月第1版

印张/21.125 字数/549千
印次/2012年8月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

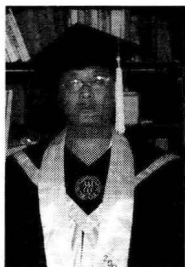
第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 上海公司/021-62071010/1636
北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995 重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3643 - 4 定价:62.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

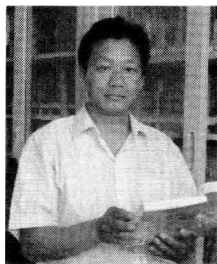
主编简介

张世明,法学博士,先后在德国马克斯普朗克知识产权、竞争法和税法研究所和弗赖堡大学法律系经济法研究所、不莱梅大学法律系从事学术研究,曾在法国巴黎大学第十一大担任博士论文答辩委员并赴加拿大多伦多进行学术交流,主要著作包括《法律、资源与时空建构》(第一卷至第五卷,2012)《经济法学理论演变研究》(2002,于2009年出版第二次全面修订版)、《中国经济法历史渊源原论》(2002)等,师从世界著名法学家大师 ~~Wolfgang Fikentscher~~ (费肯杰)教授并翻译了其两卷本《经济法》(2009)。



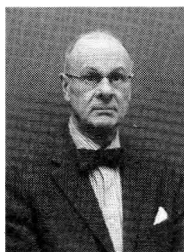
~~刘卫红~~教授,内蒙古自治区法学会常务理事、内蒙古 ~~自治区法学会~~ 委员会委员,内蒙古自治区环境资源保护研究会副会长兼秘书长,内蒙古工业大学经济法研究中心主任。已出版《事实与解释:在历史与法律之间》(独著,2010)、《当代民族经济法研究》(合著,2007)等学术专著。曾获内蒙古哲学社会科学优秀成果奖二等奖等奖项。

王济东,商丘师范学院法学院院长、经济法与法人类学研究所教授。担任河南省民商法教育研究会副会长。曾获河南省哲学社会科学优秀成果二等奖等奖项。代表作有《司法公正问题研究》(2002)、《中国与世界经济一体化研究》(2002)、《法学札记》(2003)等。2007年被评为河南省教育厅学术技术带头人。



作者简介

费肯杰 (Wolfgang Fikentscher) 教授是世界著名法学家、德国战后竞争法的共同创始人、德国新自由主义 (Neoliberalismus) 第二代代表人物之一, 担任过联合国和欧洲共同体的法律顾问, 获得德国联邦共和国功劳勋章一级功勋十字章 (Bundesverdienstkreuz 1. Klasse des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland), 研究领域主要包括债法、经济法和法律方法论、法律人类学等方面, 对于《国际技术转移行为规范》(Code of Conduct on the Transfer of Technology, TOT-Code)、《联合国卡特尔行为规范》(UN-Kartell-Kodex) 等的起草发挥了决定性作用, 著有《债法》(Schuldrecht, 1965)、《经济法》(Wirtschaftsrecht, 1983)、《法律方法比较论》(Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung)、《思维模式: 法律与宗教的人类学研究》(Modes of Thought: A Study in the Anthropology of Law and Religion) 等著作。

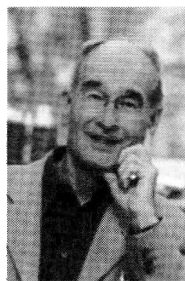


埃克·弗里德伯格 (Åke Frändberg), 1937 年出生, 乌普萨拉大学法学系主任、教授, Acta Universitatis Upsaliensis 编委, 法律和社会哲学国际组织 (IVR) 瑞典分会主席, 主要著作有《法律规则与法律选择》(Rättsregel och rättsval, Stockholm: Norstedt, 1984)、《法律规范的类推适用: 在一般法律方法中类推概念的分析》(Om analog användning av rättsnormer. En analys av analogibegreppet inom ramen för en allmän juridisk metodologi, Stockholm: Norstedt, 1973) 等。



卡尔·瓦赫(Karl J. T. Wach)博士是亚司特律师事务所(Ashurst)德国集团诉讼和仲裁实践负责人和慕尼黑办事处主任,著名律师,代表作有《购并仲裁策略》(*Tactics in M&A Arbitration*, München: Sellier European Law Publisher, 2008)、《期货交易法律与实务》(*Der Terminhandel in Recht und Praxis*, Köln: Schmidt, 1994)等。

海因茨·莫恩豪普特(Heinz Mohnhaupt)是当代欧洲法律史研究权威,长期在马克斯普朗克欧洲法律史研究所工作,曾经在法兰克福大学、耶拿大学任教授,著述甚丰。代表作有《国家和法律领域内的历史比较:论文集》(*Historische Vergleichung im Bereich von Staat und Recht: Gesammelte Aufsätze*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1998)等。

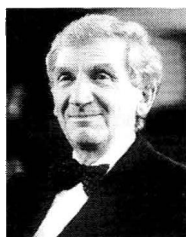


刘文华,1932年出生于河南省林州市,中国人民大学法学院教授,中国经济法专业第一位博士生导师,担任北京培黎大学校长、北京市法学会经济法学研究分会会长、北京市政府专家顾问团顾问等职务,享有国务院有突出贡献的政府专家津贴。代表作有《中国经济法教程》(潘静成、刘文华主编,第3版,中国人民大学出版社,2008年)等。

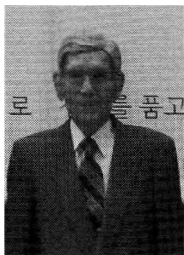
饭田泰雄(いいだやすお),鹿儿岛大学副学长、鹿儿岛大学法文学部教授、鹿儿岛大学评议员,代表作有《商品的品质表示与法律规制》(『商品の品質表示と法的規制』法律文化社,1994)、《产业政策与经济法》(『産業政策と経済法』三省堂,2002)等。



恩斯特-约阿希姆·麦斯特梅克尔(Ernst-Joachim Mestmäcker)自1959年在萨尔布吕肯大学、明斯特大学、比勒费尔德大学和汉堡大学多所高校担任教授。从1979年到1994年担任马克斯普朗克比较法和国际私法研究所所长。自1960年以来担任联邦德国经济与技术部科学顾问委员会委员,自1960年至1970年担任欧共体委员会竞争政策特别顾问,在1973年至1978年根据德国反垄断法(GWB)第24条担任联邦德国第一任卡特尔局局长,于1981年获得德国联邦共和国功勋章一级功勋十字章(Bundesverdienstkreuz 1. Klasse des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland)、于1997年获得德国联邦共和国功勋章大功勋加星十字章(Großes Verdienstkreuz mit Stern des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland)。他的研究主要集中在德国经济法和欧洲和国际经济法,尤其是竞争法和知识产权,是目前法学界众多学术名著的作者。代表作有《欧洲竞争法》(*Europäisches Wettbewerbsrecht*, mit Heike Schweitzer, C. H. Beck, 2. Auflage, 2004)、《欧盟的经济与宪法》(*Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union*, Nomos, 2. Auflage, 2006)。长期担任《奥尔多:经济,社会秩序年鉴》(*ORDO - Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*)杂志的共同主编。

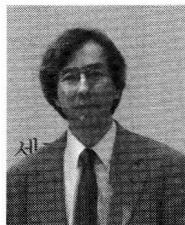


史际春,1952年出生于上海,籍贯江苏省溧阳市。1982年1月毕业于安徽师大政教系。1985年毕业于上海社会科学院法学研究所,师从罗马法权威周相教授,获得法学硕士学位,后任教于安徽大学法律系,担任讲师。1991年毕业于中国人民大学,师从民法学泰斗佟柔教授,获得法学博士学位,并留校任教,先后担任经济法教研室主任、法学院图书馆馆长、1998年中共中央法制讲座课题组组长、2005年中央政治局讲座主讲人。兼任北京市人大常委及法制委员会委员、北京市人民政府顾问。于1995年获得首届全国高校人文社科研究优秀成果一等奖。代表作有《经济法总论》(与邓峰合著,法律出版社1998年第1版、2008年第2版)、《中国经济法的理论与实际》(日本成文堂2000年版)。



宮坂富之助(みやさかとみのすけ),日本反垄断法、经济法权威,是商法学泰斗大浜信泉的学术传人,担任日本经济法学会、日本国际经济法学会理事。1969年《国家垄断资本主义与法的发展》(『国家独占資本主義と法の展開』)在学术界引起强烈讨论。长期在早稻田大学法学院担任教授,培养了高桥岩和、土田和博等著名经济法学家,故有“早稻田工场”之誉,与东京庆应义塾大学正田彬教授和东京大学松下满雄教授一道对于日本经济法专业的建立贡献甚鉅。

土田和博(つちだかずひろ),早稻田大学法学院教授,日本经济法学会常务理事,主要研究经济法、独占禁止法,代表作有《政府规制与经济法》(『政府規制と经济法—規制改革時代の独占法と事業法—』日本评论社,2006年)。



舟田正之(ふなだまさゆき)立教大学法学部教授,自2006年以来担任日本经济法学会会长,代表作有《独占禁止法概说》(『独占禁止法概説』有斐閣、4版、2010年)、《不公正交易方法》(『不公正な取引方法』有斐閣、2009年)等。

權五乘(Kwon, Ohseung),曾任韩国公正交易委员会委员长、国立首尔大学法科大学教授、韩国经济法学会会长、公平交易委员会竞争政策咨询委员会委员。其研究领域涉及消费者保护法、民法等领域,代表作《韩国经济法》已经翻译为中文(崔吉子译,北京大学出版社,2009年),为现今韩国最权威的经济法理论著作。



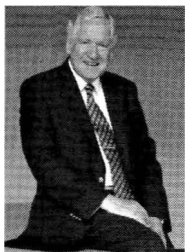
松下満雄(まつしたみつお)日本经济法学头号权威,1995年至2000年担任WTO上诉委员会创始委员。为东京大学名誉教授、成蹊大学大学院法务研究科教授、上海市WTO中心顾问。代表作有《经济法概说》(『経済法概説』東京大学出版会、初版1986年、第3版2001年)、《国际经济法》(『国際経済法』有斐閣、第3版、2001年)、《日本国际贸易与竞争法》(*International Trade and Competition Law in Japan*, Oxford Oxford University Press, 1993年)等。



卡伦·比顿·韦尔斯(Caron Beaton-Wells),澳大利亚墨尔本大学墨尔本法学院教授,系澳大利亚法律委员会商业法贸易实践委员会成员、亚洲竞争法和经济中心学术委员会创始成员。代表作包括《反垄断市场的证明》(*Proof of Antitrust Markets*, Federation Press, 2003)和《澳大利亚反垄断:在国际背景中的法律、政策和实践》(*Australian Cartel Regulation: Law, Policy and Practice in an International Context*, Cambridge University Press, 2011),是目前澳大利亚竞争法领域权威专家。

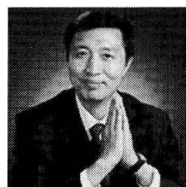
勒赞·卡伊罕·于纳尔(Lerzan Kayihan Ünal),留学于比利时鲁汶大学(Katholieke Universiteit Leuven),现为土耳其公平竞争委员会国际关系部竞争问题专家,负责土耳其竞争法立法和与欧盟相关指令的协调,担任联合国贸易和发展会议(UNCTAD)竞争法专家、竞争和消费者政策部顾问。





乌韦·布劳洛克(Uwe Blaurock),弗赖堡大学教授,弗赖堡大学经济法、劳动法和社会法研究所所长,曾哥廷根大学、弗赖堡大学法学院院长,德国比较法学会主席,中德法学家协会(Deutsch-chinesischen Juristenvereinigung)主席,是《欧洲国际私法杂志》(*Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, ZEuP*)等刊物编委。代表作有《隐名合伙手册》(*Handbuch der stillen Gesellschaft, Köln; O. Schmidt, 2010, 7., neu bearb. Aufl.*)等。

张守文,北京大学法学院教授、法学院院长,中国法学会经济法学研究会副会长兼秘书长、中国法学会财税法学研究会副会长兼秘书长。1995年获美国GE经济学奖,2000年获教育部首届“青年教师奖”,同年入选北京市新世纪社科理论人才“百人工程”;2002年获教育部霍英东青年教师奖(研究类)。2002年,当选为中国法学会第三届“杰出中青年法学家”。研究领域为经济法理论、财政法与税法。自1991年以来,陆续发表和出版了一系列重要的研究成果,主要涉及经济法理论、税法、竞争法、社会法、信息法、合同法、国际经济法等领域,代表作有《经济法理论的重构》、《税法疏议》等。



弗兰斯·范·瓦尔登(Frans van Waarden),曾在莱顿大学、德国康斯坦茨大学任教,现为荷兰乌得勒支大学社会科学系与大学学院知名教授。代表作有《不完备市场的去规制:论市场机制的作用》(*Deregulating Imperfect Markets; On the Role of Institutions on Markets, Purdue University Press, 1999*)、《利益集团的组织力量:以建筑业企业组织为例》(*Organisatiemacht Van Belangenverenigingen; De Ondernemersorganisaties in De Bouwnijverheid Als Voorbeeld, Academische Uitgeverij Acco, Amersfoort/Leuven, 1989*)等。

Recent International Scholarship on Economic Law: A Foreword

Wolfgang Fikentscher

Economic law (*Wirtschaftsrecht, droit économique*) in the modern sense of the word is a new creation, in the history of German and other legal science, under the impact of World War I and its legislative and administrative influences on the originally liberal national and international economy of the warring nations.^[1] The concept largely remained part of the continental-European legal tradition and did not take

[1] Arthur Nussbaum, *Das neue deutsche Wirtschaftsrecht: Eine systematische Übersicht über die Entwicklung des Privatrechts und der benachbarten Rechtsgebiete seit Ausbruch des Weltkriegs*, 1920, 2nd ed., 1922; Hans Carl Nipperdey, *Kontrahierungszwang und diktiert Vertrag*, 1920; Justus Wilhelm Hedemann, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*, 1922; Max Rumpf, *Der Sinn des Wirtschaftsrechts*, *AcP* 120 (1922) 153; A. Jaquemin & Guy Schrans, *Le droit économique*, Paris 1970, 2nd ed., 1972, 87 ff. (on the German origins), Hamel, *Vers un droit économique*, in: *Économie contemporaine*, 1951, 6; G. Farjat, *Droit économique*, Paris 1971.

much foothold in common law countries.〔1〕

Since the beginnings of these early conceptualities and dogmatic outlines, economic law and its global equivalents in many national and international jurisdictions have undergone some changes and many variations that cannot be reported here. Economic law under these and other designations has developed into a broad field of legal theory and practice. It is therefore of high interest to find a survey on recent developments on terminologie, methods and contents in this book.

The first chapter deals with basic theory and methods. Economic law is shaped by the modes of thought in law and justice (Wolfgang Fikentscher). A reassessment of the systematics of the conceptualities mentioned before is offered by Ake Frandberg. The difficulties of legal fact finding in economic law is described by Karl J. T. Wach.

From the history of economic law and the intricacies of its political and fact-related research, Heinz Mohnhaupt contributes a study on one of the founders of economic law, Justus Wilhelm Hedemann.〔2〕 Liu Wenhua looks to similar issues in Chinese law and its socio-political and historical background. Iida Yasuo raises, in this context, the special position of post World War II anti-monopoly law in Japan.

The third chapter is devoted to fields more or less closely related to economic law. Ernst-Joachim Mestmäcker critically contrasts the Hayekian and the Posnerian way of looking at economic analysis of law. Economic law and economic analysis of law are misunderstood when driven to the point of

〔1〕 See, however, e. g., Richard M. Buxbaum, *Economic Law in the United States of America*, in: Gerd Rinck (ed.), *Begriff und Prinzipien des Wirtschaftsrechts*, Frankfurt/Main 1971, S. 11 ff.; Thomas Ehrlich & Andreas F. Lowenfeld (eds.), *International Economic Law*, Vol. 6 New York, 1975 - 1979.

〔2〕 See note 1, above.

overcoming law. Shi Jichun successfully attempts to find a place for economic law in the modern legal system and organization. Tominosuke Miyasaka raises the subject of economic law in connection with economic policy. Tsuchida Kazuhiro looks for the place of economic law in constitutional law.

Competition law is one of the most important and spectacular fields of economic law. It is with good reasons that this theme is given broad attention in the book. Funada Masayuki writes on the intricate relations between the abuse of a dominant bargaining position and the inhibition of unfair trade practices. Ohseung Kwon deals with efficient enforcement of competition law in both of its fields, unfair trade practices and restraint of competition. Lerzan Kayihan widens the view to include, as lessons from Turkey, bilateral and regional issues concerning the integration of laws of competition. Mitsuo Matsushita introduces into the anti-dumping legislation and its enforcement in U. S. ,European and Japanese law. C. Beaton-Wells and F. Haines discuss the difficulties posed by an approach from the side of criminal law to cartel behavior.

Financial law, a field of economic law of rising actuality, is represented by an article by Uwe Blaurock on the control and responsibility of credit rating agencies.

Finally, the procedural aspect, important for economic law just as for every substantive law, is accentuated in Zhang Show-wen's article on the responsibility theory of economic law and Frans van Waarden and Youri Hildebrand's thoughtful lines on a possibly observable development from corporatism to what he calls lawocracy, giving the opportunity to reflect upon the relationship between liberalization and juridification.

The book is a welcome survey on and introduction to the economic law as it stands now, after almost a century of historical development. Without

4 经济法基础文献会要

exception, the articles are of high comparative value for the student and researcher of economic law. The readers will be thankful to editor and publisher.

Munich, in May 2011

目 录

Recent International Scholarship on Economic Law: A
Foreword / Wolfgang Fikentscher 1

导论

推参阐述在经济法中的应用:兼论后金融危机背景
下的研究策略 / 张世明 3

一、经济的理想类型 3

二、中国学术界经济法定义的方法论偏颇 12

三、推参阐述方法与经济法问题的研究 18

四、后金融危机背景下的经济法研究策略 25

基础理论与方法

推参阐述和法律的推参阐述性定义 / [德国]费肯
杰(Wolfgang Fikentscher) 33

一、推参阐述难题 33

(一)一个例证 33

2 经济法基础文献会要

(二)推参阐述的目的 37

(三)与“批判理性主义”的比较以及与近代哲学经验主义的关系 38

二、推参阐述的设问 41

(一)推参阐述的关联性 41

(二)法律体系的“开放性”问题 43

(三)近边缘、个性及人权 46

(四)国际经济新秩序 48

(五)小结 50

三、思想方法的规划 51

(一)一个提议 51

(二)二分法:分裂型—组织有序型 52

(三)无政府事例 55

(四)特定社会中分裂的和组织有序的混合层 62

四、推参阐述学说,一个元理论 63

(一)如何考虑他者的思想:“引号”的方法 63

(二)系统的双重功能 65

(三)作为元理论的诚实信用 67

(四)进一步探究称作元理论的推参阐述学说的可能性主题 68

(五)小结 72

五、推参阐述意义中法律概念的考察 74

(一)法律的推参阐述任务:法律的定义 74

(二)法律的定义 75

(三)建构法律定义的尝试 77

(四)比较学说 80

(五)对四项标准的批判 82

(六)法律概念的推参阐述定义的要求 89

(七)作为一种(推参阐述意义上)应然的法律 92

(八)小结 95

六、正义的概念——推参阐述定义中的某些考察 95

(一)出发点:相异思维方式中不同的正义概念 95

(二)趋向于对立的历史尝试:胡果·格老秀斯的诚信概念 96

(三)卡尔·拉伦茨“互相尊重的基本准则” 101

(四)追求价值(元理论意义上的诚信概念)的互相尊重权,社会之个人的价值行为能力 103

(五)国际公法中的某些结果以及相关法律规则 105

(六)小结 108

法律概念系统学简论——法律概念形成研究 / [瑞典] 埃克·弗里德伯格(Åke Frändberg) 109

一、引论 109

二、法律陈述的功能和司法操作的功能 111

三、法律陈述功能概念的进一步区分 112

四、具有司法操作功能概念的进一步区分 119

五、JL-Concept 145

六、法律思维的一般框架 146

法律事实研究的方法论问题:操作、经验工作、法律事实研究与法社会学 / [德国] 卡尔·瓦赫(Karl J. T. Wach) 150

一、引论 150

(一)需要方法学说的法律事实研究? 150

(二)法学家必须懂得法律事实研究的方法? 151

二、方法论的基本问题 152

(一)RTF 与法社会学的关系 152

(二)现代 RTF 占统治地位的方法学说导引 156

(三)不确定因素及其控制问题详论 159

三、结语 166