

经济法学评论

Economic Law Review

第18卷

中文社会科学引文索引来源集刊CSSCI

史际春 主编

(2018年)

中国人民大学经济法学研究中心主办

第1期

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. 18

(2018) No. 1

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18卷, 2018年. 第1期 / 史际春

主编. —北京: 中国法制出版社, 2018. 11

ISBN 978 - 7 - 5093 - 9837 - 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 (2018) 第 232688 号

责任编辑 周琼妮 (zqn - zqn@126. com) 熊林林

封面设计 周黎明

经济法学评论 第18卷 (第1期)

JINGJIFAXUE PINGLUN DI 18 JUAN (DI 1 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开

版次/2018年11月第1版

印张/19.75 字数/275千

2018年11月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 9837 - 1

定价: 75.00元

北京西单横二条2号

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, 请与本社印务部联系调换。电话: 010 - 66032926)

卷首语

Economic Law Review

改革开放 40 周年与中国经济法之再出发

改革开放 40 周年与中国经济法之再出发^{*}

姚海放^{**}

2018 年，社会各界以多种形式纪念中国改革开放 40 周年。国家主席习近平在新年贺词中指出：“2018 年，我们将迎来改革开放 40 周年。改革开放是当代中国发展进步的必由之路，是实现中国梦的必由之路。我们要以庆祝改革开放 40 周年为契机，逢山开路，遇水架桥，将改革进行到底。”

改革开放 40 年来，中国经济和社会事业的发展举世瞩目，人民生活水平得到了质的提升。在社会经济发展的同时，中国经济法学研究从无到有，去粗取精，在几代学者的努力下经历了由争议到凝聚共识，逐渐获得了包括立法机关、政府部门、教育机构和学术研究团体在内的多方认同。经济法学者在坚持不懈探索基础理论的同时，还在规划和产业法、财政税收法、金融法、对外贸易法、反垄断和反不正当竞争法、消费者权益保护法等诸多领域开疆拓土、精耕细作，为我国社会经济的协调发展提供智力支持。经济法学研究紧跟时代、内容广泛，既有效地回应了社会经济发展的现实需求，引领法学研究的新潮，又为丰富完善法治和法学理论提供了大量的理论话题和实践素材。

当然，纪念并不仅仅是为避免忘却。昨天在成为今天的历史之时，也为今天走向明天预设了轨迹。所以，纪念改革开放 40 年来中国经济法的发展，重在认识当下和展望未来。历史也许会有一定的轮回或者巧合，此前的两个戊戌年都发生了中国近现代史上的重大事件，影响着国家和社会的历史进程。2018 年以来发生的诸多事件，也颇有种危机的感觉：中美间贸易战可能会在今后很长一段时间内影响世界贸易、经济和国际社会格局，并对国内经济社会运行带来

^{*} 本文系中国人民大学法学院青年创新团队项目的阶段性成果。

^{**} 中国人民大学经济法研究中心研究员，中国人民大学法学院副教授、法学博士。

深刻影响。单从国内经济及法治的情况看,财政领域中,地方债问题挥之不去、基层政权财政趋紧,减税一直在进行但税负感并未减轻;金融领域央行降准释放7000亿基础货币、人民币兑美元汇率走弱、作为经济晴雨表的股市不振、债市违约及P2P和私募暴雷不断;产业升级难度加大,外资加速流出也引起了部分地区制造业企业困境;消费升级成效不明显,一方面是在教育、医疗、养老和住房的压力下新兴中产阶级并无坚实的安全感,另一方面是产品与服务质量堪忧,使得放心和舒心消费面临严峻考验。经济领域的诸多问题也在一定程度上影响到社会和谐,影片《我不是药神》和“长生生物疫苗事件”引爆舆论,其中就包含了公众对医疗资源获取困难以及食药安全及监管失效的焦虑;“拼多多”上市被爆诸多假货,不仅是三四线城市和农村地区消费降维的真实写照,也是市场监管不力的例证;在人口老龄化趋势明显的情境下,年轻人出于买房租房、子女教育等原因不愿生育,人口年龄结构的失衡很可能会严重影响今后的经济社会发展;贫富差距拉大、阶层相对固化等问题,使得中国人的焦虑感显著上升。

经济及社会问题方方面面,所涉宏大;经济法本就是以社会公共利益和社会本位为出发点并通过法治手段调整经济社会运行中的多种社会关系的法,理当有所作为。并且,在经济法具体领域和实例的研究中,时常涉及对事物发展一般规律及法治基本原理原则的阐述,涉及协调政府与市场关系等基本概念、原则和规律的探索和思考,因而在面对当下诸种经济社会乱象的治理中,也能更系统且有效地应对。当然,政府与市场关系及经济法治等理念、原则和规律,在诸多经济法学著作乃至在《经济法学评论》的各篇文章中已有多次阐释,因而本文的论述算不得理论上的创新,至多是结合当下实践的分析 and 评论。

首先,需要说说政府法治。“市场经济是法治经济”是众所周知的论断。法治不仅为我国《宪法》第5条“依法治国原则”所确立,而且被纳入社会主义核心价值观,成为社会层面的价值取向之一。法治含义甚为丰富,人们常用亚里士多德的法治定义,即“已成立的法律获得普遍的服从,而大家服从的法律又应该本身是制定良好的法律”^①。按照马工程教材《法理学》的阐释,亚氏定义“在形式意义上对法治作了经典性的表述”,其实质意义即“法的统治”。

① [希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第199页。

鉴于“依法治国与法治是根本一致的”，法治即“依照法律治理国家的原则和方法”，实质上是“以民主为前提，以严格依法办事为核心，以确保权力正当运行为重点的社会管理机制、社会活动方式和社会秩序”^①。

无论是形式定义还是实质含义，法治的基本要义是按照规则来进行治理。被统治者应当遵守法律，接受主权者制定的法律规则的约束，这是无疑的；而主权者是否也应当受到法律规则的约束，在社会历史进程中是经历过争论和思想变革的。霍布斯主张主权者的权力不受法律的限制，“一个政治共同体的主权者，不管其为一个议事会，还是一个人，都不受其国家法之拘束”。与霍布斯同时代的英国大法官马修·黑尔爵士（Sir Matthew Hale）在回应霍布斯的上述观点时明确表示反对：“下面就是他们所宣称的一些意见：对拥有主权的君王的权力，不可能存在任何限定或削减，他可以创制、废止或修改他所乐意的法律，征收他所乐意的税，以他所乐意的方式、在他乐意的时间侵削臣民……这些狂乱的主张是：（1）完全错误的；（2）有悖于一切自然的正义；（3）对治理有害；（4）对公共利益和政府的安全构成破坏性影响；（5）没有任何法律或理性的影子会支持他们。”^② 时至今日，对主权者权力的限制成为法治的应有之义，“今天许多人都说法律乃是权力，而我们却总是认为法律是对权力的一种限制。”^③ 当代社会中，作为主权者代表的政府，其权力应当受到限制，已成为一项普遍的共识。法治政府在整个法治建设中的重要性是最突出的，“建设法治政府是建设社会主义法治国家的重要组成部分。由于政府（行政机关）是国家最主要的政治权力机关，并拥有远比其他国家权力机关更大的社会管理权能，因而没有法治政府当然也就没有法治国家。对于法治国家来说，法治政府是其最核心、最根本的部分。”^④

近年来，法治政府建设颇受中央重视：2015 年，中共中央、国务院发布《法治政府建设实施纲要（2015—2020 年）》，就法治政府建设的总体要求、主要任务和具体措施、组织保障、落实机制进行了规定；2018 年，中共中央印发

① 《法理学》编写组：《法理学》，人民出版社、高等教育出版社 2010 年版，第 358 页。

② [英] 托马斯·霍布斯：《哲学家与英格兰法律家的对话》，姚中秋译，上海三联书店 2006 年版，第 154、211 页。

③ [美] 罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，商务印书馆 2010 年版，第 29 页。

④ 《法理学》编写组：《法理学》，人民出版社、高等教育出版社 2010 年版，第 371 页。

《深化党和国家机构改革方案》，组建中央全面依法治国委员会。地方政府积极开展法治政府建设，如颁布《江苏省法治政府建设考核评价办法》《江苏省法治政府建设指标体系》《吉林省法治政府建设指标体系》等。学术机构和社会团体也对政府法治建设开展评估，典型的如中国政法大学政府法治研究院持续出版年度《中国法治政府评估报告》，评估指标包括依法全面履行政府职能、法治政府建设的组织领导、依法行政制度体系、行政决策、行政执法、政务公开、监督与问责、社会矛盾化解与行政争议解决8项客观指标和社会公众满意度调查1项主观评价指标。^①

尽管法治政府建设已被中央提升到一个极为重要的地位予以强调，并且为省市地方政府所重视，但实践中特别在基层政府的具体落实上仍有不如意之处。尽管随着对政府法治的强调，那些明显或直接违反法律法规的情形日益减少，但有违法治政府要求的情形表现多样，政府作为经济社会管理者在某些具有价值或利益冲突条件下的任性作为或不作为，仍实质性地损害法治政府建设。政府任性作为的例子有：基于去产能、控人口、市容市貌管理或环境保护等目标，采用刚性的行政手段关停企业或市场，变相驱逐城市外来人口；在拆除违建的同时“一刀切”地要求沿街店面装修统一；为实现交通或房价调控目标而以市政府乃至交通委名义采取限行、限购、摇号等措施。这些管理措施可能在民主科学决策、保障财产权利、遵循程序正义等方面违反法治的基本要求和精神。政府不作为的情形，如在查处违法电动车、老年代步车等事务中，一方面，交通管理部门在处罚违法电动车、老年代步车时可能遇到各种难题和阻力，且其对相关违法车辆及其行为查处的执法积极性不高，原因是此类执法不仅烦琐而且非其利益关注点；另一方面，对违法电动车、老年代步车等违法车辆上路现象的遏制，不仅要处罚骑行者，更需要对生产、销售上述违法车辆的责任主体进行查处，但工信部门和市场监督管理部门在此方面并不作为，更不见工信、市场监管和交通管理部门的联合整治，以致违法代步工具堂而皇之地上路行驶，严重影响交通秩序。

除却上述政府任性作为和不作为外，另有一些耍小聪明式的政府作为，实

^① 参见中国政法大学政府法治研究院：《中国法治政府评估报告（2016）》，社会科学文献出版社2016年版。

质上也会对政府法治与诚信造成严重的损害。例如，2018 年夏，山东寿光洪灾导致房屋倒塌 9999 间，这一数字因与《国家自然灾害救助应急预案》规定的启动四级救灾措施的一项条件“倒塌和严重损坏房屋 1 万间”比较接近，被质疑存在“巧合”。另如，在三文鱼标准事件中，面对虹鳟是否为三文鱼的争议，利益相关企业通过新成立“中国水产流通与加工协会三文鱼分会”，发布《生食三文鱼》团体标准的方式，试图制造所谓的“官方”定义平息争议。尽管该事件是打着行业协会旗号进行的，但其间的利益冲突、耍小聪明式的解决问题的方式，着实让公众见识了“遵循规则之下的指鹿为马”。地方政府和行业协会等主体，在公众眼中都具有一定的公信力，其“表面遵循规则，实质愚弄公众”的做法，实质上损害了相关主体的信誉和权威。这就不得不说，法治，不仅仅是依据规则而治理，更需要弘扬契约精神、防范利益冲突、追求实质正义等诸多理念来支撑。如果仅仅是按照规则来治理，有权机关在争议面前“按需要”来变动规则，岂不是也符合“法治”的形式？总之，没有规则的治理或空谈道德是软弱的，而没有道德的规则之治更会是“一地鸡毛”。在此引用 20 世纪享有世界级声誉的中国法学家吴经熊先生的论断，“须知法律不能以强制的方法来执行道德，同时又不能把道德摈绝于法律之外。法律失去道德的成分过多，就形成了不道德，不近人情，没有进步的可能”^①。

此外，在当前人工智能备受关注的条件下，有诸多科技公司开启了人工智能在法律领域应用的研究与尝试。这些法律领域的人工智能研究项目，其基本假设是法律规则是确定的，通过大数据和算法能够形成固定的裁判逻辑和运行过程，进而产生确定的结果以达到解决纠纷的效果。无论是早期的计算机判案还是当下大数据条件下的法律工作辅助或裁判结果预测等，其基本假设都建立在机械式的规则遵循的法治理解层面上，而可能忽略了法治秩序形成所需包含的价值判断因素。由此，尽管笔者承认在某些常见的简单案件或重复性劳动方面，人工智能会替代人力而提升效率，但法治绝不仅仅是“依照现有的规则来裁判”如此简单，完全摒除人的伦理价值判断和“时移世易”的抉择而进行的人工智能司法等，在可见的未来是前途有限的。

其次，在经济社会问题多发的当下，需谈谈“政府与市场关系”这个老话

^① 吴经熊：《正义的探讨》，载吴经熊：《法律哲学研究》，清华大学出版社 2005 年版，第 23 页。

题。一方面,近年来我国政府一直致力于推进“放管服”,放松管制以促进经济发展,并且实质性地采取了一些举措。另一方面,适逢互联网经济快速发展,在互联网+、创新创业等号召下,依托互联网并借助资本的力量产生了一些新业态,在某些领域或行业得到了近乎野蛮地成长。这些新业态在商业模式、组织构架等方面与传统工商业企业有一定的差异,以创新为由要求突破现存的法律规则,特别是否定层级较低的部门规章或地方政府规范性文件的效力。部分监管部门或地方政府或基于自身利益考量,或对“新型商业模式”的本质把握不透彻,未能及时跟进监管,最终引发一定领域的乱象。在政府部门疏于或懈怠规范监管的理由中,尊重市场和正确认识“政府与市场关系”的提法是常见的,意思是对某种新型商业模式应当更为包容地去看,其合理性和合法性应更多交给市场和消费者去判断,政府不应过多干涉市场的选择。由此,诸多原本需要进行监管的“创新”型商业模式,在监管部门“让子弹再飞一会儿”的态度中迅速扩张,直到2018年因经济下行而引发诸多问题。而事后反思或重新审视这些所谓的“创新”型商业模式,可能是原有的不法经营活动披着互联网的外衣而更换门面获取合法的资质或准入,也可能因互联网因素而要求政府放松管制进而与线下经营者之间开展不公平竞争。互联网经营乱象而管制者反应迟缓的现实,再次提醒公众有必要认清创新模式的本质,并在“市场与政府关系”的认识上再次印证:政府过度干预市场当然不行,但政府缺位而放任市场也属失职。

政府及其部门为“政府与市场关系”的认识偏差所束缚手脚而未能及时有效监管的情形,在近年来的金融监管领域表现得比较明显。从本质上而言,“金融行业是一个高风险的行业……世界各国无不对金融业实施严格的监管。”^①由于我国经历了较长时间的计划经济体制及其后计划管理思维的延续残留,金融抑制现象比较明显。多年来,要求放松金融管制以促进经济发展的观点一致存在,特别是此轮互联网、区块链等技术发展后要求放松金融管制的呼声更为强烈。就规则层面而言,自美国次贷危机之后,金融领域的发展和政府对其的监管呈现两个不同的维度:一方面,在反思新自由主义泛滥引发全球性经济危机的基础上,政府和学界不断地强调加强金融监管、防范系统性风险;另一方面,

^① 黄达:《货币银行学》,中国人民大学出版社1999年版,第243页。

在具体领域和监管规则的变化方面，呈现管制的逐步放松，甚至出现监管的真空。例如，为解决中小企业融资难问题，试图通过完善多层次资本市场制度、放松民间借贷管制、开放 P2P 和众筹等互联网金融、发展股权或创投型私募等方式，政府及其管理部门一直在进行多项制度供给。在最高人民法院 2015 年发布《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》之前，面对客观存在且规模不小的民间借贷市场的规制，一种设想是修改中国人民银行的《贷款通则》，一种主张是仿照香港地区《放贷人条例》出台规则。上述两种办法的共同点是开放民间借贷市场，不再禁止非金融企业之间的“非法拆借”活动。实践中，在民间借贷比较发达的地区，地方政府出台了诸如《温州市民间融资管理条例》《鄂尔多斯市规范民间借贷暂行办法》等规范性文件，通过向地方金融管理部门备案、创设民间借贷信息网络平台等方式进行管制。而在最高人民法院司法解释颁布之后，各界的普遍解读是以司法解释的方式宣告了企业间资金拆借行为的合法化。这个转变过程虽然未以正式立法或金融监管规则的变化正式确认，但的确产生了金融管制放松的实际效果。

开放民间借贷中的企业拆借行为，作为金融放松管制的例证，回应了社会的现实需求，整体上是符合发展方向的。但在具体监管措施上，不能仅仅依靠司法解释这种事后的裁判规则，也不能局限于地方政府的规范性文件。因为司法解释作为事后裁判规则主要具有争议解决的效果，在事前的金融风险防范制度设计上有一定的局限性；司法解释更注重个案纠纷的解决，而并不着眼于整体金融法制的构架。地方政府的规范性文件事实上也很难起到防范金融风险的作用，因为金融涉及资金和信用，具有高度的流动性，地方政府的规范性文件在规范效力范围上受到局限；地方政府通过信息平台建设以公开信息，或以备案方式进行管理，也难以起到防范局部系统性风险的效果。因此，相关领域的风险积聚和一定程度的爆发，在以司法解释方式开放民间借贷中的企业拆借行为，或通过零散的地方政府规范性文件进行规制之初，实际上就已经埋下了危机。

更为典型的例子是 P2P 金融在中国的发展。打着普惠金融旗号的 P2P 在中国的快速发展，有一定的现实基础：一方面，中小企业融资、小额短期融资等需求在传统银行证券等领域难以获得有效满足，个人消费信贷业务在我国也未能很好地发展；另一方面，在理财观念强化、居民消费价格指数（CPI）上涨、

其他类型的投资渠道有限的条件下,通过P2P进行理财成为一项可行的选择。从监管态度和规制政策的角度观察,自P2P在中国快速崛起之时,就一直存在两种不同的观点:一种观点认为,P2P属于金融创新,能通过互联网高效提供信息匹配借贷双方需求,因此对其应当鼓励,而不能按照传统金融思维加以管制;另一种观点认为,P2P或者互联网金融,互联网是形式,金融是本质,仍然需要按照金融的基本规律进行严格监管。观点的分歧源于对互联网金融本质认识的争议,反映在实践中是监管规则的迟缓和犹豫不决。自2007年P2P进入中国之后,于2012年、2013年开始快速发展,但直到2015年《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》(以下简称《指导意见》)才确定网络借贷、股权众筹融资等互联网金融主要业态的监管职责分工,而作为监管规则的《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》(以下简称《暂行办法》)直到2016年才正式颁布,这期间已经经历了“e租宝”非法集资以及多个平台非正常停业或跑路的事件。“据不完全统计,截至2016年6月底全国累计问题平台1778家,约占全国机构总数的43.1%,这些问题机构部分受资本实力及自身经营管理能力限制,当借贷大量违约、经营难以为继时,出现‘卷款’‘跑路’等情况。”^①

事实上,再来看看自《指导意见》到《暂行办法》一脉相承地将网络借贷定性为“信息中介平台”的做法,是否能有效防范风险?界定为“信息中介”而非“信用中介”,避免了网络平台被视为金融机构而全面纳入金融监管体系中,这对平台企业而言可以有效降低应对金融监管及合规的成本,对监管机构而言也更为“省事”。从法律关系方面考虑,如果借款人基于自身需求通过网络平台发布借贷信息,出借人自身根据判断选择是否出借款项,平台从借款交易中收取一定比例的服务费用,这是最为纯粹的信息中介型网络借贷交易模式。但在实践中,基于网络借贷平台间的激烈竞争、平台经营者希望吸引人气并赚取更多收益的利益驱动等因素,操作往往偏离了信息中介的最初设想。利用债权让与、资产证券化、平台对债权提供担保等各种方式,在信息中介的基础上增加了集合资金、证券化、信用授予等金融因素,使得诸多平台在实际经营中

^① 《〈网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法〉答记者问》,载中国政府网, http://www.gov.cn/xinwen/2016-08/24/content_5102030.htm, 2018年6月15日访问。

涉及了类金融业务。而在监管方面,《指导意见》分工所确定的监管机构主要通过备案管理和信息披露手段进行监管,并且将备案管理等职责交由地方金融监管部门负责。这样的制度设计可能造成两方面的悖论:第一,根据《暂行办法》规定,“本办法所称地方金融监管部门是指各省级人民政府承担地方金融监管职责的部门”,即省级金融办(局)。此类机构肩负网络借贷监管职责,当然不希望网络平台出现问题,否则将承担平台倒闭后处置纠纷的繁重协调管理工作;但同时,省级金融办(局)以及地市金融办(局)都肩负促进本地金融行业发展的重任,在网络借贷“融集各方资金,支持本地经济”的效果影响下,是否能严格履行监管职责,因其间存在利益冲突而存有悖论。第二,网络借贷信息中介机构及其分支机构的备案管理,以及包括出借人信息披露在内的各种信息披露制度,也不足以有效防范金融风险。从本质上讲,传统金融借款中,出借人(银行储户)在银行存储资金,银行贷款给各个企业,分别构成储户与银行、银行与借款人之间的债权债务关系。包括贷款规则、储蓄存款保险、存款准备金制度等在内的多项制度全力保障银行的稳健运行,有力地保障了出借人(储户)的利益。商业银行通过审贷规则、贷后管理制度、银行征信体制等,在保障自身对借款人债权方面也具有较强的话语权和优势。甚至在中国语境下,银行特别是国有商业银行还可能通过财政注资、债转股等方式甚至是司法的倾向性裁判而获得超强的利益保护。而相比之下,网络借贷平台在很大程度上并无完善的管理规范和风险(内控)机制,相对草根的背景也缺乏强有力的外部力量支持;更重要的是,在互联网借贷平台上获取资金的借款人往往是缺乏银行优良征信记录和相应财产能力的次级借款人,通过对互联网借贷平台的备案登记以及借贷项目和借款人信息披露等方式来避免相关风险,无异于“画饼充饥”。

反思我国以 P2P 为代表的互联网金融发展历程,固然能够看到资本和相关产业表现出强大的游说力量,通过网络媒体等各种渠道发表不同意见影响公众及监管者的判断;但同时,监管规则的迟滞和犹豫不决,也反映出监管机构对互联网金融本质判断的举棋不定和各种利益交织下的两难选择。经过近两三年来 P2P 领域频繁发生的暴雷事件洗礼,应当将 P2P 回归到金融本质上进行监管;监管机构既需要避免“权力之手过长而影响市场选择”,又需要“该出手时就出手”。这种思想在金融及金融法学者概括基本原则时都予以了强调,如黄

达教授指出：“进入90年代以来，金融自由化浪潮一浪高过一浪，金融衍生工具风险、金融业间的收购兼并风潮、风险的国际扩散等，已成为金融管理当局高度关注的问题，监管力度的松紧搭配和管理的更加审慎已逐渐上升为基本原则的一个重要延伸部分。”^①又如，朱大旗教授在论述金融监管的合理适度原则时强调：“合理适度原则要求金融监管：1）应充分尊重金融市场运行规律，在金融常态下保持监管中立，谨慎适用法律赋予的自由裁量权，而不能以监管扭曲市场甚或替代市场，以鼓励金融创新和竞争；2）在金融市场失序、金融行为失范、发生金融异动（常）时，应能反应灵敏、应对及时、方法得当、措施有力，必要时应可采取特别措施，以维护金融稳健。”^②

回归“政府与市场关系”话题，不仅经济学高度关注此话题，经济法理论的阐释也非常之多，也值得细细品味。在此引用10年前《经济法学评论》（第九卷）中史际春教授所著“卷首语”中的一段话，作为本部分“政府与市场关系”论说的结尾：“经历了计划经济和大锅饭后，举国形成的共识是：除了市场经济，人类尚未找到任何一种比它更好的生产组织方式，市场及财产关系对社会成员的利益驱动和利益约束，是任何力量、任何组织都无可取代的。这也是改革开放30年取得的巨大成就的前提条件之一。要消除市场经济的弊端，只能以政府调控监管加以弥补，并以竞争法和消费者法直接作用于市场机制，维护市场经济秩序及其运行，以发挥其优越性，而万万不能通过否定市场经济——市场在资源配置中的基础性作用，损害、消灭市场机制的方式来解决市场经济问题。”^③

2018年在中国竞争法治发展中注定是一个重要的年份，《反垄断法》实施已经10年，1993年的《反不正当竞争法》经历25年也获重新修订。本期“专题”栏目集中5篇竞争法论文，既有理论阐释，又有实践问题研究。张世明教授著文《论反垄断法三大支柱的关系》贯通欧美反垄断法制，分别对垄断协议、滥用市场支配地位和合并控制制度的发展历程、相互关系进行梳理，不仅涉及美、德等国对反垄断法三大支柱制度关系的理论认识和案例实践，更有对

① 黄达：《货币银行学》，中国人民大学出版社1999年版，第244页。

② 朱大旗：《金融法》（第三版），中国人民大学出版社2015年版，第95页。

③ 史际春：《危中有“机”：反思、休整、从新的高度崛起》，载史际春、袁达松主编：《经济法学评论》（第九卷），中国法制出版社2009年版，第5页。

该三大制度体系化的理解和设想。文章不仅展示了作者深厚的理论功底和渊博的知识储备，更是作者作为法律人追求“成文法理性”情怀的展示。

刘梦羽博士的论文《论苹果公司对“打赏”抽成构成不法垄断》，对苹果公司通过 APP 进行强制“打赏”抽成行为的性质进行分析，遵循滥用市场支配地位的分析逻辑认定该行为构成垄断，并指明其应承担的反垄断法责任。史丹丽硕士的论文《第四方物流平台滥用优势地位的法律规制研究》，聚焦“丰鸟大战”，结合第四方物流平台的具体情境分析菜鸟网络的相关行为构成滥用市场支配地位的行为，也是一项较好的实例研究。上述两文也表现了互联网时代竞争法的活跃，实践中不断出现引人注目的新鲜案例，值得同仁共同研究。

胡丽文博士的论文《反不正当竞争法一般条款与类型化条款的协调适用》和侯媛硕士的论文《反不正当竞争法视野下用户数据获取行为解读》都聚焦《反不正当竞争法》。前者以市场混淆行为为例，提出类型化具体条款、类型化兜底条款和一般条款在法律适用中如何协调的问题，并进行了精细的分析；后者则是基于“脉脉案”判决所形成的用户数据获取“三重授权”规则，通过对用户、平台及应用间数据权利及博弈的分析，提出应建立一种较为动态和灵活的利益衡量机制。

“论坛”栏目中涉及基本理论、预算、金融、破产等领域的研究。王宇松和应婷婷的论文《论资本财产权在经济法部门中的角色和功能》，基于资本财产权和自用财产权区分的设想，认为可以从资本财产权的产生、性质、运行规律中推演经济法基础理论中的起源论、本体论、体系论、运行论、责任论。这是一项对经济法基础理论采用独特视角进行阐释的研究。郑翔副教授的论文《从“网约车”到“共享单车”看共享经济与社会共治的耦合》，以共享经济中的两个典型为例，展示公共治理机制在共享经济中的重要作用。胡溢超硕士的论文《我国绩效预算评价主体制度改革研究》针对绩效预算评价实施中的问题，分别分析现行以财政部门或预算部门主导绩效预算评价实践的不足，并从专业性、利益冲突、评价能力、民主性等方面考虑，认为以审计机关作为绩效预算评价主体的制度设计是当下的优选。王美舒博士的论文《法学话语中的“金融消费者”：类型思维下的语义再认识》，基于先前金融法学界对“金融消费者”语义采用概念思维方式进行界定过程中的纷争，认为采用类型化模式界定“金融消费者”更有助于明确该法学概念本质的含义和范围。丁燕副教授的

论文《破产重整企业实施“债转股”的法经济学分析》聚焦债转股中的债权人為何选择转股、如何转股以及债转股之后如何退出等三大核心问题,进行了法经济学分析的尝试。

“实践研究”栏目中刊载了人大法学院本科生刘晏铭、饶书馨、吴思凡、张驰宇、邹德民同学的实践调研报告。初生牛犊不怕虎,同学们选择《电子商务法》立法中的难点之一,即“自然人网店的监管模式”问题,通过调研和分析,认为在不监管、政府监管和“平台-政府多层次合作监管”模式中,第三种模式是合理的选择。尽管报告论证和观点略显青涩,但本刊非常乐见年轻学子对经济法理论与实践问题的脚踏实地的研究成果。

“立法评议”栏目中,朱瑛佳慧硕士的论文《金融机构资管业务统一监管研究》对信托公司资金信托业务、银行非保本理财业务、保险公司资管业务、基金管理公司公募基金、证券公司资管业务等大资管类业务的本质和监管规则进行比较,认为在本质基本相同的资管业务间因为监管部门的不同而适用差异性的监管规则,既可能损害相应业务间的公平竞争,也会激励不同机构之间的监管套利。因此,需要摒弃按照金融机构分类规制资管业务的做法,采用统一规则对金融机构资管业务进行统一监管。顾德瑞讲师的论文《消费税立法目的检视与税目重构》梳理了我国消费税立法目的的变迁过程,通过运用比例原则分析指出消费税立法目的应当回归到引导健康合理消费的功能上来,并依此目的对税目进行相应的调整。

“案例评析”栏目收录了高梁律师的评论文章《欧盟 Ernst & Young P/S v. Konkurrencerådet 案对中国反垄断申报中认定“抢跑”范围的借鉴》,通过欧盟的案例说明在经营者集中审批通过之前已经实施或部分实施具有集中效果的行为(抢跑)的具体判定规则,表现了律师在案件分析中的精细入微,也为我国反垄断立法和执法活动提供了借鉴。

“他山之石”栏目刊载了蔡家浚博士的论文《英国电价市场化及其法治经验教训》,比较详细地介绍了英国电力市场改革的经验教训,可以为我国电力产业市场化改革提供有益的借鉴。

CONTENTS | 目录

卷首语

改革开放 40 周年与中国经济法之再出发 姚海放 / 3

专 题

论反垄断法三大支柱的关系 张世明 / 3

论苹果公司对“打赏”抽成构成不法垄断

刘梦羽 / 61

第四方物流平台滥用优势地位的法律规制研究

——以“丰鸟之战”为例 史丹丽 / 84

反不正当竞争法一般条款与类型化条款的协调适用

——以对市场混淆的规制为例 胡丽文 / 110

反不正当竞争法视野下用户数据获取行为解读

侯 媛 / 127

论 坛

论资本财产权在经济法部门中的角色和功能

王宇松 应婷婷 / 147