

中青年法学文库



自由竞争与 秩序调控

——经济法的基础建构与原理阐释

邱本著

中国政法大学出版社

中青年法学文库

自由竞争与秩序调控

——经济法的基础建构与原理阐释

邱 本 著

20000200

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

自由竞争与秩序调控：经济法的基础建构与原理阐释/

邱本著. - 北京：中国政法大学出版社，2001.6

ISBN 7 - 5620 - 2084 - 1

I. 自… II. 邱… III. 经济法 - 法的理论 - 研究

IV. D912.290.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2001) 第 039745 号

责任编辑 刘玉琴

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 军事科学院印刷厂

开本 850×1168 1/32 13.875 印张 370 千字

2001 年 9 月第 1 版 2001 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 7 - 5620 - 2084 - 1/D·2044

印数：0 001 - 3 000 册 定价：25.00 元

社址：北京市海淀区西土城路 25 号

邮编：100088 电话：62229278 或 62229563

声明：1. 版权所有，侵权必究

2. 如有缺页、倒装、由本社发行科负责退换

中青年法学文库

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超

越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

序

20世纪70年代末，人们将经济法纳入了我国法学学术殿堂的议事范围，随之产生了经济法学。经济法学发展的20余年，是其知识积累和向成熟发展的20余年。现在，完全有条件对其进行系统整理。

可以肯定地说，人们关于经济法的共识增多了。譬如，在市场经济条件下，经济法是一个独立的法律部门；经济法现象是围绕确认和规范政府对经济的适度干预而产生、发展的；经济法的范围主要包括市场管理法和宏观经济管理法；经济法的利益保护目标是社会公共利益，等等。由于经济法学界有了这些共识，人们不再将平等主体之间发生的社会关系作为经济法的调整对象，企业法（包括公司法、合伙企业法、个人独资企业法）、证券法、票据法、保险法、海商法等不再作为经济法的领域。同样，人们也不再将行政隶属性作为经济法调整对象的特征，而是突出经济法调整对象的社会性，从而在与行政法的关系上有了比较确定的边界。所有这些，都使经济法的研究有了较好的基础，也使我国的经济法学者比较容易地与国外同行进行学术对话。在此背景下，一批学术性强的著作问世了。《自由竞争与秩序调控》就是其中之一。

邱本的《自由竞争与秩序调控》，是在他的博士学位论文的基础上修改而成的。该书的特点是不追求论战性，即不在未弄清问题本质前，忙于树立一个靶子，进行论战。相反，它是着眼于探索经济法学立于法学之本源、基础，理清经济法的一些基本问题。

作者虽然是从事经济法学研究的，但也具有良好的法理学、经济学基础，注意发挥这些学科在研究经济法中的作用，注重吸收国内外已有的学术成果，探索经济法的运行规律。当你翻开这本书时，或许看不到激动人心的新概念、新词汇，但可以看到作者对经济法学界关心并为许多经济法学者长期探索的基本问题的深入研究、抽象概括，可以看到作者对于市场经济条件下的经济法的一些新认识、新思想。所以，我特将《自由竞争与秩序调控》推荐给读者，并作此序。

王保树

2001年7月16日于清华园明理楼

内 容 提 要

本书旨在回答经济法是什么这一经济法的核心问题。

对这个问题的回答不应先入为主而必须从经济法的基础包括社会基础、经济基础、思想基础和法律基础中寻找，通过对上述基础的分析 and 概括，可以看出经济法基础的核心就是自由竞争与秩序调控。

上述命题能够贯彻阐释经济法原理，包括经济法的对象、原则、宗旨、权利(力)和体系，它构成经济法的核心理念和基本制度。



作者小传

邱本,男,1966年生,江西宁都人。1989年吉林大学法学院毕业,获法学学士学位;2000年中国社会科学院研究生院毕业,获法学博士学位。1989年至1997年在吉林大学法学院任教,现任中国社会科学院法学研究所副研究员。著述除本书外,著有《经济法原论》,在《哲学研究》、《法学研究》等刊物上发表论文50余篇。

目 录

第一章 导论	(1)
第一节 问题.....	(1)
第二节 方法.....	(3)
第三节 结构.....	(9)
第二章 经济法学说史的启示	(15)
第一节 国外经济法学说	(16)
第二节 中国经济法学说	(26)
第三章 经济法的社会基础	(52)
第一节 一般概述	(52)
第二节 具体分析	(67)
第四章 经济法的经济基础	(89)
第一节 从两极思维到辩证思维	(89)
第二节 从政府主治到市场主治.....	(114)
第五章 经济法的思想基础	(133)
第一节 从契约伦理到社会正义.....	(133)
第二节 由社会正义至法律变革.....	(154)
第六章 经济法的法律基础	(166)
第一节 私法社会化.....	(167)
第二节 行政法社会化.....	(195)
第三节 作为社会法的经济法的产生.....	(220)

第七章 经济法的调整对象	(240)
第一节 市场经济的本质属性所内涵的社会关系	(240)
第二节 这种社会关系对法律调整的特殊要求	(248)
第八章 经济法的基本范畴	(254)
第一节 自由	(254)
第二节 竞争	(280)
第三节 秩序	(291)
第九章 经济法的基本原则	(311)
第一节 市场竞争原则	(311)
第二节 宏观调控原则	(320)
第三节 两者的关系	(334)
第十章 经济法的宗旨	(339)
第一节 经济法宗旨的确立	(339)
第二节 确立政府干预	(342)
第三节 规范政府干预	(351)
第四节 经济法宗旨的启示	(360)
第十一章 经济法的权利(力)	(364)
第一节 自由竞争权	(364)
第二节 宏观调控权	(375)
第十二章 经济法的体系	(389)
第一节 经济法体系的建构根据	(389)
第二节 市场竞争法	(392)
第三节 宏观调控法	(395)
第四节 市场竞争法与宏观调控法的关系	(406)
第五节 经济法的地位	(408)
后记	(417)
主要参考书目	(426)

第一章 导 论

一切活的事物都在寻求更加美好的世界。

——卡尔·波普尔

第一节 问 题

人生是有问题的，没有问题的人生是没有意义的人生。人生的问题往往同一个人的学业和职业有密切的关系。

1985年，我带着对经济法最直观、最朴素的理解考入吉林大学法律系经济法专业，没想到自此与经济法结下了不解之缘。

入学以后，逐渐对经济法有所了解，知道它是一门刚刚兴起的重要学科，不久才成立的一个专业，还处于创建阶段。这打破了我对经济法最直观、最朴素的理解，甚至粉碎了我对经济法所抱的强烈的功利性期望，但并没有使我彻底失望。人们提出的各异其是、纷争不已的经济法理论反而激发了我萌动朦胧的学术兴趣，甚至产生了一种不安分的冲动，稀里糊涂、不自觉地开始思索起经济法来了。

1989年本科毕业，承蒙领导和师友关照，使我这样一个学绩平平的本科生破例留校任教。留校任教以后，我不假思索地选择了经济法原理（基础理论）作为自己讲授的主课。在讲授经济法原理的过程中，我不断感觉到经济法基础理论的薄弱，许多道理讲不

出，讲不深，讲不清，讲不好。站在讲台上注视着学生，真切地感觉到学生的眼神由期许到疑惑再到失望的迅捷变化，内心愧疚不安。我坚信经济法有深刻的道理，应该努力讲清讲透，不应该是如此。为了讲好这门课，我开始了经济法原理的研究。自此，“经济法是什么？”就真正成为了我不懈追问和求解的主题。

每一门学科都有自己的特定问题。所谓“问题就是公开的、无畏的、左右一切个人的时代声音。问题就是时代的口号，是它表现自己精神状态的最实际的呼声”。〔1〕这样的问题对于经济法来说就是“经济法是什么？”，这也是我在从事经济法研究和教学 10 多年来，所深切感知到的问题，10 多年来我尽管探讨了经济法的许多方面，但我觉得归结起来还是在向人们反复解说和阐明“经济法是什么？”这一问题。其实，这是任何一个从事经济法研究和教学的人不可回避、必须作出回答的问题，从而也是经济法首要的、基本的问题。

不同学科的特定问题说明该学科特定的研究状况。“经济法是什么？”构成经济法首要的、基本的问题，也说明了经济法的研状况。

一是说明经济法研究仍然处于自我审问、自我确认的阶段。问题本身就表明一个学科的研究向度。一个成熟的人不会发问自己是谁？一个成熟的学科不会发问自己是什么？像“经济法是什么？”这样的问题就表明经济法还不知道自己姓甚名谁，因而要进行自我审问、自我确认，目的是要认识自己、确认自己，这种自我审问、自我确认是一种自身研究、本体论研究，因而必须进行基础性研究。

二是说明经济法研究还处于自我建构、自我完善的阶段。问题本身就表明一个学科的研究程度。一个长期建构、高度完善的学科只有各种具体而微的问题而没有大而不当的问题，只需小处着眼而

〔1〕《马克思恩格斯全集》第 40 卷，人民出版社 1982 年版，第 289 ~ 290 页。

无须大处着手，实质上是对该学科进行枝节修补而非基础建构。像“经济法是什么？”这样的问题，就说明经济法没有得到长期建构，还不是高度完善的学科，也说明经济法还必须解决大是大非的问题，必须立足宏观，大处着手，进行基础建构。

三是说明经济法研究还处于自我说服、自我证成的阶段。问题本身就表明一个学科的地位。一个世所公认的学科无须向人们喋喋不休地诉说自己是什么，无须向人们反反复复地证成自己是什么。“经济法是什么？”这样的问题就表明经济法还没有获得世所公认的学科地位，人们对它还半信半疑，疑虑丛生。为此就必须向人们无休止地诉说自己是什么，向人们反复地证成自己是什么。而要向人们说服自己是什么，向人们证成自己是什么，就需要首先认识自我、把握自我，进而说服自我、证成自我，这就是研究自我，对自己的基本理论说清道明，这就要求进行原理阐释。

第二节 方 法

特定的问题决定着要求着特定的解决方法。

经济法问题的解决方法首先是由经济法作为法律的性质所决定的。

经济法作为法律，具有法律的一般性质，存在法律的共同问题。

经济法作为法律，具有法律的一般性质。这种性质为许多思想家所揭示。法律是统一的、普适的，要求地不分东西南北、人不分男女老少统一地普遍地适用。要做到这一点，法律必须“不拘小节”、“不苛细小”，要扬弃特殊性，追求普遍性。所以，柏拉图指出，立法者“无法为种种情况立法，使得每一项法律对每一个人都非常合适”，“可是，我想，他可以为大多数人立法，也就是对每人

仅仅是大致适合的，一般性的立法方式”〔1〕。亚里士多德认为“法始终是一种一般的陈述”。保罗说“立法者并不关注那些只发生过一两次的形势”。〔2〕卢梭认为“法的对象永远是普遍的，它绝不考虑个别的人以及个别的行为”。〔3〕黑格尔说，“法对于特殊性始终是漠不关心的”。〔4〕马克思指出“法律是肯定的、明确的、普遍的规范”。〔5〕从这些著名思想家对法的认识中，我们可以看出法的一个本质属性在于它的普遍性。法的这种普遍性是一种一般性、抽象性，法当然也要研究特殊性，因为法总是关涉具体的人、具体的事、具体的社会关系，但这种研究不是驻足纠缠特殊性，而是超越扬弃特殊性。法敌视特殊性，反对“一把钥匙开一把锁”，对法来说，见林比见树更重要。可以认为，从纷繁复杂的特殊性中抽象出能够普遍适用的一般性法律规则是法的基本宗旨，也是法学研究的根本任务。

法律是一个社会的“最高命令”，具有最大的强制性，必须人人服从遵循。但法律不是自由的枷锁，而是自由的拯救。法律必须做到服从与自由的内在统一，使人们服从法律但不失自由。为此，必须使强制与理性统一起来，越是强制性的东西就应越是理性化的东西，法律是“最高命令”，自应是“最高理性”（西塞罗语）。法律要成就为“最高理性”，必须经过人们的理性思辨，经得起人们的理性批判，务求穷极思辨，富有批判精神。这种批判精神是一种辩证法。马克思指出：“辩证法在对现存事物的肯定的理解中同时包含对现存事物的否定的理解，即对现存事物的必然灭亡的理解；辩证法对每一种既成的形式都是从不断的运动中，因而也是从它的

〔1〕柏拉图：《政治家篇》，参见《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第17页。

〔2〕博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，华夏出版社1987年版，第225～226页。

〔3〕卢梭：《社会契约论》，商务印书馆1994年版，第50页。

〔4〕黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆1982年版，第58页。

〔5〕《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1956年版，第71页。

暂时性方面去理解；辩证法不崇拜任何东西，按其本质来说，它是批判的和革命的。”〔1〕只有经过这种方法，才能弘扬理性，祛除妄见，集思广益，玉汝于成，制订出富有理性的法律，为人人所服从遵循。对此，边沁说得更为精辟，他说：“在一个法制的政府之下，善良公民的金科玉律是什么呢？那就是，严正地服从，自由地批判。”〔2〕

法律具有普遍性，是一种普遍性规定，一种扬弃特殊性的抽象性规定，一种“抓大放小”的规定，一种不理琐事的规定。这正如柏拉图所说的：“法律在任何时候都不能完全准确地给社会的每个成员作出何为善德、何谓正确的规定。人类个性的差异、人们行为的多样性、所有人类事务无休止的变化，使得无论是什么艺术在任何时候都不可能制定出可以绝对适用于所有问题的规则。”〔3〕法律不能写定一切细节，不能规定得完备无遗，“法深无善治”，这样，“法律所未及或法律虽有所涉及而并不周详的问题确实是有的”。〔4〕法存在空白和漏洞，法的这种局限性是法所固有的，是法所无法完全克服的，它不能在法自身中求得解决而必须求助于人，这正如明代法律思想家丘濬所说的：“法者存其大纲，而其出入变化固将付之于人！”〔5〕当然，把法律的“出入变化付之于人”并不是说人们（主要是执法者）可以任意处置法律的“出入变化”，人们处置法律的“出入变化”必须有所制约，这个制约就是要依据法的理念精神。这就要求人们（主要是执法者）不仅要知道现行的法律是如何从纷繁复杂的特殊性中抽象出来的普遍适用的一般性规则，更要知道，在没有现行法律规定的情况下怎样根据法的理念精神，抽象出能够适用本案的一般法律规则。法律不应是本身主义和教条主义，

〔1〕《马克思恩格斯选集》第2卷，人民出版社1995年版，第218页。

〔2〕《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第480页。

〔3〕博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，华夏出版社1987年版，第8页。

〔4〕《西方法律思想史资料选编》，北京大学出版社1983年版，第18页。

〔5〕丘濬：《大学衍义补·谨号令之颁》。

法律还具有深刻而抽象的理念精神，这是法律的价值统率、指导思想、神经中枢、“万应灵药”，法没有理念精神就会蜕变成僵死的规则，难以普遍适用，充分运作，这正如荀子所说的：“不知法之义而正法之教者，虽博，临事必乱。”〔1〕这就说明了了解把握法律理念和精神的极其重要性，从而也给法学研究和教育赋予了深刻的启发意义，那就是，法学研究和教育不仅要告诉人们具体的法律规则是什么，更要告诉人们为什么是；不仅要告诉人们具体的法律知识，更要告诉人们获得这些法律知识的方法；不仅要告诉人们如何运用现成的规则，更要告诉人们在没有现成规则的条件下如何应急，等等。这些都说明，法学研究和教育并不仅仅是传授给人们现成的、具体的法律知识，而更多的是培植人们基本的、抽象的法律理念，不仅要死记硬背法律条文，更要训练人们抽象的理性思维，我认为，如何从纷繁复杂的特殊性中抽象出能够普遍适用的一般性法律规则，是所有的法学研究和教育中最要揭示和传授的“真谛”和“绝活”，也是法律学习中最要学会的“本领”和“技能”。正是在这个意义上，黑格尔才认为“法学是哲学的一个部门”。〔2〕这决不仅仅是这位伟大的哲学家为了完成他庞大的哲学体系而把法学纳入他的哲学体系中，而是深刻地洞悉了法的本质内涵。这正如美国法学家弗里德曼所指出的“所有的法律理论总是一头连着哲学，另一头连着政治学。有时，出发点是哲学，政治理论起着第二位的作用，有时出发点是政治学，哲学起着第二位的作用，无论如何，法律理论一定包含着哲学的因素，并从政治学中获得其色彩和特殊内容。”〔3〕之所以如此，关键是法律（学）就其品质来说是理论性的，这正如霍姆斯所强调的：“理论是法律中最重要的部分，犹如

〔1〕《荀子·君道》。

〔2〕黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆1982年版，第1页。

〔3〕Friedman, *Legal Theory*, Columbia University Press, 1967, P. 3.