

第十三卷

经济法论丛

ECONOMIC LAW FORUM

漆多俊【主编】

本辑专题

- ⊙ 时代潮流与模块互动
- ⊙ 从起点公平到过程公平
- ⊙ 论国际贸易的新壁垒
- ⊙ 论国家所有权主体的塑造

中国方正出版社



2007 年

第十三卷

经济 法 论丛

漆多俊 主编



中国
方正
出版
社

图书在版编目 (CIP) 数据

经济法论丛·第13卷/漆多俊主编. —北京: 中国方正出版社, 2007. 11
ISBN 978 - 7 - 80216 - 080 - 4

I. 经… II. 漆… III. 经济法—中国—文集 IV. D922. 290. 4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 173213 号

经济法论丛

(第十三卷)

漆多俊 主编

责任编辑: 王相国 姜 宁

责任校对: 张 蓉

责任印制: 郑 新

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66560938 门市部: (010) 66562733

编辑部: (010) 59596602 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZpress.com.cn

责编 E-mail: Wangxianguo@FZpress.com.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 北京春华腾飞印刷有限公司

开 本: 889 毫米 × 1194 毫米 1/32

印 张: 16

字 数: 274 千字

版 次: 2007 年 11 月第 1 版 2007 年 11 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 978 - 7 - 80216 - 080 - 4

定价: 28.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

《经济法论丛》编委会委员

[德] 弗里茨·里特勒 (德国弗莱堡大学教授)

[日] 根岸哲 (日本神户大学教授)

[英] 丹·普兰提斯 (英国牛津大学教授)

漆多俊 (中南大学法学院、武汉大学法学院教授)

徐士英 (华东政法学院教授)

冯 果 (武汉大学法学院教授)

郑友德 (华中科技大学法学院教授)

王先林 (上海交通大学法学院教授)

编辑部主要成员

主 编：漆多俊 (中南大学法学院、武汉大学法学院教授)

常 务 编 辑：王新红 刘继虎 陈云良 李国海 钟志勇
蒋言斌

办公室主任：蒋言斌 (兼)

电话：13973161741 电子邮箱：jyb1965@sina.com

办公室秘书：张德峰

电话：13808453840 电子邮箱：zhangdefeng68@163.com

Members of Editorial Committee

Fritz Ritter Professor of Law School, Freiburg University, Germany.

Negishi Akira Professor of Law School, Kobe University, Japan.

Dan Prentice Professor of Law School, Oxford University, UK.

Qi DuoJun Professor of Law School, Wuhan University & Central South University.

Xu Shiyong Professor of East China University of Political and Law.

Feng Guo Professor of Law School, Wuhan University.

Zheng Youde Professor of Law School, Central China University of Science and Technology.

Wang Xianlin Professor of Law School, Shanghai Communication University.

Members of Editorial Department

Chief editor

Qi DuoJun Professor of Law School, Wuhan University & Central South University.

Editor in charge

Wang Xinhong Liu Jihu Chen Yunliang Li Guohai Zhong Zhiyong
Jiang Yanbin

Director of office

Jiang Yanbin Tel: 13973161741 E-mail: jyb1965@sina. com

Secretary of office

Zhang Defeng Tel: 13808453840 E-mail: zhangdefeng68@163. com

[卷首语]

经济法的产生, 如果从 1890 年美国的《谢尔曼法》颁布开始算起, 至今已经 100 多年了; 如果从德国 20 世纪初掀起的经济法立法浪潮和研究热潮算起, 也将近 90 年了。回顾世界各国经济法百年历程, 它在整个人类社会发展总潮流的裹挟下产生和发展, 而它本身又是一股潮流。世界各国经济法潮流的运动有着一般和普遍规律; 同时它又由各国、各模块经济法组成。各国、各模块既遵循一般和普遍规律, 又具有各自特性。研究经济法既要重视对普遍规律的研究, 也要具体研究各国、各模块的特殊性。为此, 本卷特别刊发了漆多俊先生的《时代潮流与模块互动——“国家调节说”对经济法理论问题的破译》一文。作者凭借其对资料的强大分析和综合能力, 对社会现象和经济法规律的明敏识见, 除透彻地论述了经济法的一般普遍规律和基本原理外, 还提出并论证了“转型国家经济法模块”、“美国经济法模块”、“德日经济法模块”。“模块论”丰富了“潮流论”。文章回答了有关经济法理论和实践中的许多常常使人感到困惑的问题。该文无论是对中国经济法的立法与实践, 还是对澄清当前关于经济法理论的一些混乱都大有裨益。正如熊彼特在《经济分析史》中所说的, “我们的头脑很容易从科学史的研究中得到新的灵感。有些人比别人得到的多一些, 但完全得不到裨益的大概很少”。

中国的经济体制改革进行到今天, 取得了巨大的成就, 但是各种社会问题也逐渐凸现, 当前的社会公平问题就是其中之一。公平

是法律的重要价值之一，那么经济法关注的公平是一种什么样的公平呢？本卷刊发了华中科技大学蓝寿荣先生的《从起点公平到过程公平——公平价值的经济法解读及对“十一五”规划实施的启示》一文，该文将公平价值界定为：在机会均等的基础上，以过程公平来追求社会整体公平，体现为规则公平、程序公平和弱者保护。这是从经济法的视角对解决当前中国社会公平问题的有益探索，值得关注。此外，经济法作为一个独立的法律部门已毋庸置疑，但一些理论性问题仍困扰着学界并备受关注，经济法责任的独特性就是其中之一。陈婉玲女士对这个问题进行了深入的思考，她在2005年出版的《经济法责任论》一书就专门探讨了经济法责任的独立性问题。本卷刊发其《论经济法责任“天平归责原则”的构建——对传统归责原则的理性反思》一文，该文通过对经济法视野下传统归责原则的不适用性等进行分析，提出了经济法责任“天平归责原则”的论点，颇具新意。

自由竞争是市场经济的基础，学界对市场规制法的研究从来没有停止过，因此我们编发了这方面的系列论文。青年学者王红霞的《转型国家对市场干预任务及市场干预法的体系——中西方国家之比较研究》一文，从论述转型时期市场的特点以及转型时期国家干预（规制）市场的任务等出发，认为我国“国家直接干预市场之法”体系的完善应包括“市场规制法”与“市场培育法”两个方面。该文为我们研究市场规制法提供了新的视角，是值得推荐的一篇文章。江西师范大学青年教师岳振宇的《进入壁垒与反垄断政策的重构》一文对传统反垄断政策进行了反思。该文跳出传统规制垄断的思维定式，认为垄断的成因是“进入壁垒”，因而反垄断的进路和重构应该从进入壁垒着手，很有新意。电力行业的垄断问题一直是反垄断法研究的重点对象，张占江先生的《电力行业的反垄断法适用研究》一文认为打破电力行业垄断，最重要是完善反垄断法律制度体系，并在借鉴别国经验与已有的研究成果的基础上，结合我国电力业实际情况，提出了很多富有见地的看法。此外，本栏还刊登了王权典先生等撰写的《农产品安全标识

管理立法问题研究》，该文对构建我国农产品标识管理法律制度进行了探讨；缪因知先生的《纵向地域及客户限制协议研究——兼论特许经营与选择性销售中的相关限制》，对如何规制纵向地域及客户限制协议进行了探讨；华中科技大学汤俊芳女士和郑友德教授的《知识产权保护与科技创新的悖论——P2P 文件共享软件案和索尼案评析》一文分析评价了美国 20 年内结果不同的两个案例，对如何在保护知识产权这种特殊的合法垄断权和保护科技创新之间的权衡发表了自己的看法。这三篇文章中闪烁着很多真知灼见，值得一读。

宏观调控法是经济法中一个常青的研究领域，而财税法和金融法又是宏观调控法的主要组成部分。本卷中，江西师范大学胡甲庆教授的《农业税收及相关法律法规制度的思考》一文是研究财税法方面问题的一篇好文章。该文认为，要彻底解决“三农”问题，建设社会主义新农村，单靠取消《农业税条例》还远远不够；在农业税取消后，相关的制度，如农村新税收体系、农村财政转移支付和农业财政补贴等制度也需要同步建立。金融危机管理是金融安全战略机制的主要和关键因素，袁达松博士的《从风险管理到危机管理推进金融法治——对“十一五规划”金融风险相关问题的进一步分析》一文即对此问题进行了探讨，并提出了金融危机管理立法的初步设想，文章从理论到具体制度设计都有着深入的论述，对于我们开阔视野必定有所裨益。此外，本栏还刊登了吕亮亮女士的《中国 OTC 金融衍生品交易监管的法律研究》一文，该文对 OTC 金融衍生品交易监管的相关法律问题进行了研究，这对完善我国 OTC 金融衍生品交易监管制度具有积极意义。

近些年来，不少学者对国际领域的经济法问题进行了一些探索和研究，本卷刊登了两位青年学者的相关论文。一是华中科技大学江群华的《论国际贸易的新壁垒——劳工标准》，该文对当前国际贸易中的“劳工标准”这一新的壁垒进行了探讨，并提出了我国对劳工问题的立场与对策；二是上海商学院吕炳斌的《中国企业海外并购的法律障碍及其对策研究》，该文分析了中国企业海外并

购的法律障碍并提出了促进我国企业海外并购的对策建议。其中不乏新意。

《经济法论丛》一般每卷都设有〔域外法〕专栏，对国外的最新经济法立法状况进行介绍。本卷中，我们刊登了武汉大学博士生邓社民翻译的《俄罗斯联邦国有企业和自治地方所有的单一制企业法》，相信对我国有关立法和实务有重要参考价值。

《经济法论丛》从第一卷出版发行至今已经走过了8年的历程，在似水流年的映衬下显出了对时间腐蚀的抵抗能力。我们的《经济法论丛》能走到今天，除了其他原因之外，非常重要的一点是因为有广大读者和社会各界人士的支持。在此，我们表示衷心的感谢，希望各界人士继续关爱《经济法论丛》！“铁打的营盘流水的兵”，尽管我们编务组的人员不断变动，但是为了共同的学术事业和借此而传承的道义理念，这块阵地我们将一直坚守！

编者

2006年10月

目 录

[专 论]

时代潮流与模块互动

——“国家调节说”对经济法理论

问题的破译 漆多俊(1)

[经济法基础理论]

从起点公平到过程公平

——公平价值的经济法解读及对

“十一五”规划实施的启示

..... 蓝寿荣 董灵娟(57)

论经济法责任“天平归责原则”的构建

——对传统归责原则的

理性反思 陈婉玲 曹 书(82)

[市场规制法]

转型国家对市场干预任务及

市场干预法的体系

——中西方国家之比较研究 王红霞(127)

进入壁垒与反垄断政策的重构 岳振宇(145)

电力行业的反垄断法适用研究 张占江(166)

农产品安全标识管理立法问题研究

..... 王权典 邢宗和 肖加裕 赵 苹(191)

纵向地域及客户限制协议研究

——兼论特许经营与选择性

销售中的相关限制 缪因知(218)

主编 漆多俊

本卷执行主编 刘继虎
张德峰

目录

2007年

第十三卷

知识产权保护与科技创新的悖论

——P2P文件共享软件案和索尼案评析 汤俊芳 郑友德(272)

[财税金融法]

农业税收及相关法律制度的思考 胡甲庆(309)

从风险管理到危机管理推进金融法治

——对“十一五规划”金融风险相关问题的进一步分析 袁达松(325)

中国OTC金融衍生品交易监管的法律研究 吕明亮(354)

[涉外经济法]

论国际贸易的新壁垒

——劳工标准 江群华(409)

中国企业海外并购的法律障碍及其对策研究 吕炳斌(431)

[域外法与公司法]

俄罗斯联邦国有企业和自治地方

所有的单一制企业法 邓社民 译(445)

论国家所有权主体的塑造 范世乾(468)

CONTENTS

[Monographic Study]

- The Times Trend and Module Interaction—to decode
the theory questions of economic
law by “state regulation theory” Qi Duojun(1)

[Basic Theory of Economic Law]

- From Fairness at Start Point to Fairness in
Process—an economic law's explanation
to the value of fairness and the enlightenment
to the implementation of the 11th Five-Year Plan
..... Lan Shourong Dong Lingjuan (57)
- The Construction of the Economic Law Responsibility
“the Balance Responsibility Principle” —the
rational reconsidering to the traditional
responsibility principle Chen Wanling Cao shu (82)

[Market Regulation Law]

- The Transition Countries' Intervention Duty to the Market
and the System of the Market Intervention Law
—a comparison research between China and
the west countries Wang Hongxia(127)
- The Entry Barriers and Antimonopoly Policy Yue Zhenyu(145)
- Electric Power Industry Applying Antitrust
Law Research Zhang Zhanjiang(166)

The Legislation on the Safety Identification of

Agricultural Products

..... Wang Quandian Xing Zonghe Xiao Jiayu Zhao Ping(191)

The Vertical Restriction Agreement on

Territory and Customer Miu Yinzhi(218)

The Conflict Between Intellectual Property's

Protection and Science and

Technology's Innovation Tang Junfang Zheng Youde(272)

[Financial Law]

The Legal System of New Agricultural Tax, Financial Transfer

Payment and Financial Subsidy Hu Jiaqing(309)

Promoting Financial Law Regulation From Risk Management to

Crisis Management Yuan Dasong(325)

Legal Research on the Supervision Over

the OTC Derivative Activities in China Lv Liangliang(354)

[International Economic Law]

The New Barrier of International Trade—labor

standard Jiang Qunhua(409)

The Legal Obstacles Frustrated with Chinese

Enterprises' Overseas Merger & Acquisition

and its Strategies Lv Bingbin(431)

[Extraterritorial Law and Company Law]

Russian Federation Single-Proprietorship

Enterprise Law trans. Deng Shemin(445)

On Molding of the Proprietor of State-owned Assets

..... Fan Shiqian(468)

[专 论]

时代潮流与模块互动

——“国家调节说”对经济法
理论问题的破译^①

漆多俊*

Abstract

This paper discusses that the economic law is the time product, which didn't come into being and develop deviating the trend of the times. Economic law itself may also be regarded as a tidal current, which is composed of the various countries' economic laws movements. The various countries' economic laws not only have the common essential attributes and the universal rules, but also have respective

① 本文原系作者先后于2006年3月21日在中南大学法学院、2006年6月10日在中国人民大学法学院对经济法专业博士生、硕士生和部分本科生的讲座，作者将两次讲话录音稿内容综合写成本文。

* 漆多俊（1938—），男，湖南祁阳人，武汉大学、中南大学法学院教授，博士生导师。

characteristics. The approximately same national economic laws form one kind of module. The paper analyzes with emphasis the production backgrounds and the main characteristics of American module, German & Japan module and the transition countries' economic law modules such as China, etc. Various countries', various modules' economic laws mutually influence, and present the development situation of gradual to the same. The dissertation has pointed out the main trend of the next development and evolution of various countries', various modules' economic law, and replied the economic law theory questions on academe at last. With the angle of view of "state regulation theory", the full text comprehensively elaborates all kinds of economic law elementary theory questions.

目 次

- 一、经济法与时代潮流（潮流论）
- 二、经济法的模块（模块论）
- 三、经济法的发展趋向（趋向论）
- 四、对经济法几个问题的解释（答疑篇）

经济法的产生，如果从1890年美国的《谢尔曼法》颁布开始算起，已经100多年了；如果从德国20世纪初掀起经济法的立法高潮和法学界研究经济法的热潮算起，也将近90年了，大致说就是百年吧。回顾经济法的百年历程，各国情况虽然各有不同，但有着基本共同点，其产生、发展有一般规律。经济法作为一种社会现象，它是人类社会发展到一定阶段的产物，有着鲜明的时代特征，体现着时代精神。它离不开人类社会发展的总潮流，是组成总潮流的一个部分。另一方面，如果单就经济法而言，它本身也可视为一个潮流，而由世界各国的经济法运动组成。各个国家的经济法是世界经济法总潮流中的一个部分，一支水流。各支系难免各具特色，

但离不开总潮流和总趋向，并必然都具有基本的共同特性。在总潮流中，有些分支（水流）其流向同整个潮流（特别是它的主流）更接近；有些则可能在某些阶段发生某种暂时的偏离，而最终又会基本趋同，因而其总流向仍然基本一致。这正如长江、黄河，河道里的某些水流在某些地段尽管会发生分岔或回流，但不影响整个河道走向，并且它们以后总会汇合，共同流向东方，注入大海。

本文标题中的“时代潮流”是指在人类社会一定时代潮流大背景下出现的世界各国经济法总潮流，它论述的是经济法的一般和普遍规律及其最本质的一些特征。“模块互动”则是指各国经济法由于特殊性而形成一些不同类型、模式或模块，这些模块按照经济法的普遍规律及其各国的特殊性运动着，并互相关联、影响，共同组成经济法总潮流。这个题目是想从宏观和总体上回顾一下经济法的情况，澄清一些理论观点。在此题目下准备先讲三个方面的问题：第一个问题讲经济法与时代潮流，可以简称为“时代论”。第二个问题讲经济法的模块及其互动，可简称为“模块论”。第三个问题讲经济法当前和今后的发展趋势，简称为“趋向论”。最后再就一些理论上的疑义和异议说说看法。

一、经济法与时代潮流（潮流论）

人类社会关系经历着从简单到逐渐复杂、丰富的演变历程，法律亦如此，由“诸法合体”而逐渐分化出许多部门。资本主义社会前期，调整财产和经济关系的法律主要是民（商）法，当时没有经济法。19世纪末、20世纪初出现经济法。为什么又需要和出现了经济法呢？这同当时社会背景和时代特征直接相关。研究经济法必须研究经济法产生和发展的有关社会背景和社会根源，把握时代特征，才能深入、准确揭示其本质属性。

经济法出现以后，国内外学者们对它的认识颇不一致，直至今今天仍有一些分歧，这也同人们对它产生的社会和时代特征、社会根源的分析和把握密切相关。例如经济法出现初期，德国（和后来的日本）的一些学者把经济法同当时的战争和经济危机相联系，

认为经济法只是一种战争或经济危机的对策法。在中国和以前实行社会主义的苏联、东欧国家，许多学者鉴于当时国家全面管制经济的现实，把经济法视为国家全面管制（管理）国民经济的工具。由于这些国家实行公有制和计划经济体制，民事、商事关系不发达，民法、商法基本缺位，社会经济关系几乎都离不开国家参与因素。这种情况反映到学者们头脑，使他们认为经济法几乎调整各种经济关系（而民法、商法则被认为可以废弃）。他们的这些观点虽然也同他们对当时的社会和时代的理解相关，但并未真正把握问题的实质，没看到社会 and 时代必然和正在发生的演变，因而对经济法的认识发生了偏差。

中国学者研究经济法起步于 20 世纪 70 年代末。其实当时国家已经决定实行经济体制改革和对外开放。体制改革就是要改变原来国家对经济管制过多、过死的局面，引入和发展市场因素，发挥市场机制对经济的调节作用。与此同时，要改变单一的所有制结构，发展民营经济。改革初期虽然对最终目标尚不够明确，暂时还是“摸着石头过河”，但逐步减少国家管制，发展市场因素的方向是确定无疑的。既然如此，则经济法的调整范围（起码从发展趋势看）就不应当过大过宽，许多经济关系应由民商法调整，民商法必然要逐渐发达。学者们没能深入分析当时中国和前苏东国家正在发生的改革发展趋势，把握当时真正的时代精神，而是静止地只看到当时的“国情”实际；也没能把中国经济法同国际上其他国家的经济法联系起来，把中国经济法运动作为国际上经济法总潮流的一个组成部分，从而去分析其他国家当时经济法出现的社会背景和根源，找出各国经济法的共性和一般规律，并在此基础上分析中国经济法的特殊性，而是将二者割裂，孤立地研究中国的经济法。那时我国也曾派人到国外去考察，但人们认为欧洲国家和日本等西方国家的经济法不适合中国国情而不愿作深入研究，只对前苏东国家感兴趣，于是采纳了拉普捷夫为代表的“纵横经济关系说”，在此