

第十二卷

经济法论丛

ECONOMIC LAW FORUM

漆多俊【主编】

本辑专题

- ◎ 法学的困惑与创新
- ◎ 论经济公益诉讼权
- ◎ 违法所得可税论
- ◎ 论市场划分卡特尔的规制
- ◎ 新加坡 2004 年竞争法

中国方正出版社



第十二卷

经济法论丛

ECONOMIC LAW FORUM

第 12 卷 1 期

本期专题

论《反垄断法》的立法目的

论《反垄断法》的适用范围

论《反垄断法》的执法机构

论《反垄断法》的法律责任

论《反垄断法》的执法程序

中国政法大学出版社

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12卷/漆多俊主编. —北京: 中国方正出版社, 2007. 2
ISBN 978-7-80216-214-3

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 020459 号

经济法论丛

(第十二卷)

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: Wangxiangguo@FZpress.com.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 航远印刷有限公司

开 本: 889 毫米 × 1194 毫米 1/32

印 张: 13.75

字 数: 266 千字

版 次: 2007 年 2 月第 1 版 2007 年 2 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 978-7-80216-214-3

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

[日] 周剑龙 日本独协大学教授

[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 安徽大学法学院教授

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：zhangde-
feng68@163.com

EDITORIAL DEPARTMENT OF ECONOMIC LAW FORUM

Chief editor

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

Special editor

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

Zhou Jianlong Professor of Dokyo University of Japan.

Dan Prentice Professor of Law School of 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, Huazhong University of Science and Technology.

Wang Xianlin Professor of Law School, AnHui 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]

新中国法学的恢复始于上世纪 70 年代末期, 20 多年来道路并不平坦。总的情况看, 可以说是在从幼稚逐步走向成熟。漆多俊先生则将其称为“混沌初开的中国法学”。

去年 10 月, 漆先生应邀在安徽大学作了一场题为《法学的困惑与创新》的讲演。本刊编辑部人员看了讲演稿和听了录音后, 认为这是一篇很有分量的讲演, 决定在本卷“专论”栏目中刊发。

漆先生 20 多年来虽然主要从事经济法学理论研究, 但其视野绝不仅仅拘束于经济法一个部门法。正如先生所倡导的学术研究应当“钻进去, 跳出来”那样, 他自己深深地“钻进”经济法 20 多年, 创立了以“国家调节说”(或称“三三理论”)为代表的经济法学理论体系, 他又时常“跳出来”, 跳出经济法看经济法, 甚至跳出法学看法学。他对经济法学的研究, 丰富和验证了法学的一般原理, 而他对法学(还有经济学、政治学等)的研究, 又反过来指导和检验了经济法学研究。本刊所登载的漆先生这篇讲演, 便是实现二者完美结合的一个体现。讲演中那种开阔恢弘的视野, 纵横捭阖的气度, 雄辩缜密的逻辑, 深入浅出的文风, 相信能给读者以诸多有益的启迪。

在本卷的“专论”栏中, 我们还安排了一篇来自外国的重头文章:《转轨经济国家中经济法改革的制度基础: 以竞争政策和反垄断法实施为例》。美国联邦贸易委员会现任委员威廉姆·E·考夫辛克先生对由中央计划经济向市场经济转型的国家的法律变革进

行了认真的考察，并以竞争政策和反垄断法的实施为例提出了这些国家在法律变革中应给予重视的各种问题。这篇文章虽然没有直接涉及中国，但对于我国的法律变革尤其是经济法的变革无疑具有重要的借鉴意义。该文的译者王传辉先生是本刊的热心作者，持续为本刊提供高水准的论文或译文，对此，我们表示衷心的感谢。

本卷我们集中刊发了五篇理论探索意味比较浓的论文，放在“理论探索”专栏。刘大洪教授等撰写的《论经济公益诉讼》一文将经济公益诉讼上升到权利层次进行研究，体现出了明显的创造性。应飞虎教授撰写的《关于法经济学若干问题的初步思考》一文，虽无宏大架构，但针对法经济学这样一个抽象的命题，娓娓道来，平凡中显示出不一般的学术功力。张德峰、宋威先生将漆多俊教授关于国家经济调节的理论运用到国际领域，研究国际经济指导调控及有关的责任问题，提出了一系列新的见解和结论。齐建辉先生撰写的《经济法运行的程序机制初论》从动态的角度对经济法展开研究，在指出经济法各种内在或外在的冲突的基础上，提出运用程序来整合这些冲突，也不乏新意。徐锦堂先生撰写的《论国际法的本来含义及国际经济法在其中的地位》一文则真正地显示了初生牛犊不怕虎的气魄，对目前存在的有关国际法的界定和国际经济法在国际法中的地位的各种主张一一进行了鉴评，有肯定也有否定，只以学术之理为标尺，不避权威，殊为难得。

在中国社会经济转型过程中，税收问题一直是社会的焦点，使得法学界的税法研究不断升温。本卷特设置“税法研究”这个专栏，刊发了两篇文章。刘继虎先生等人撰写的《违法所得可税论》针对是否应向违法所得征税这个敏感课题展开研究，使用法理论证以及比较研究等方法，得出违法所得可税的结论，既不乏新意，也颇具说服力。胡俊坤先生兼具法学研究人员和税务官员的双重身份，对我国的推定课税制度进行了一番审视，提出完善有关立法和实践的具体建议，因此而形成的《我国推定课税制度检讨》一文自然就具有了独特的内涵和价值。

反垄断法在经济法体系中占有重要地位，而我国目前正在酝酿

制定《反垄断法》。因此,本刊一直致力于推动国内的反垄断法研究。本卷刊发的两篇论文涉及的都是反垄断法领域的具体问题。游钰先生以其博士阶段的研究成果为基础,对划分市场卡特尔进行了集中研究,专门为本刊撰写了《论市场划分卡特尔的规制》一文,文章内容丰富,论证严谨,不失为一篇反垄断法领域的力作。吴伟达先生曾对价格垄断问题进行过细致专门研究,本次应编辑部之邀撰写的《论反价格垄断法律体系的构建》一文,体现的是其在相关研究中取得的最重要的成果,无疑具有较大的理论和实践价值。

本刊常务编辑李国海博士在中国社会科学院法学所从事博士后研究期间,在国内首次对英国竞争法展开了集中研究。其博士后出站报告《英国竞争法研究》获得了学术界相关人士的较高评价。本卷刊发的《论英国竞争法的发展历程》是该报告的精华部分之一。文章对英国竞争法复杂的发展历程给予了较详尽的论述。希望有助于推动国内法学界对英国竞争法展开更多的研究。另外,新加坡借鉴英国的经验,于2004年10月出台了该国第一部法典化的《竞争法》。李国海博士将该法从英文翻译为中文,也发表在本卷的“域外法”专栏中。

国内法学界存在一种令欧美人士颇为费解的现象,每年出版的法学著作不少,但好的书评却如凤毛麟角。为促进这种现象的转变,本刊一直有意识地选发一些高水平的书评。本卷发表的由美国密执安大学法学教授鲁文·S·阿威-约纳撰写的《为什么对富人征税?》一文是针对杰尔·B·斯莱姆罗德编辑的《阿特拉斯耸肩吗?对富人征税的经济后果》一书的书评,该文以评为核,但又不止于评,应可作为我们撰写书评的示范。为此,我们也要感谢郭兰英女士和单飞跃教授将该文翻译成中文,并为本刊获得原作者的发表授权。

编者

2006年3月12日

目录

[专 论]

法学的困惑与创新(附:王先林教授

点评) 漆多俊(1)

转轨经济国家中经济法改革的制度基础:

以竞争政策和反垄断法实施为例

..... [美]威廉姆·E·考夫辛克 著 王传辉译(18)

[理论探索]

论经济公益诉讼 刘大洪 殷继国(65)

关于法经济学若干问题的初步思考 ... 应飞虎(90)

国际经济指导调控及相关责任

问题研究 张德峰 宋 威(104)

经济法运行的程序机制初论 齐建辉(125)

论国际法的本来含义及国际经济法在

其中的地位

——从漆多俊教授学术思想出发

界定国际经济法的科学内涵 ... 徐锦堂(145)

[税法研究]

违法所得可税论 刘继虎 葛婉婉(169)

我国的推定课税制度检讨 胡俊坤(193)

[反垄断法研究]

- 论市场划分卡特尔的规制 游 钰(213)
论反价格垄断法律体系的构建 吴伟达(241)
从公共利益角度论我国反不正当竞争法的完善 彭礼堂 武 芳(286)

[域外法]

- 论英国竞争法的发展历程 李国海(301)
新加坡2004年竞争法 李国海译(335)

[书评]

为什么对富人征税

——效率、公平与累进税制

- [美]鲁文·S·阿威-约纳 著 郭兰英 单飞跃 译(397)

- 《经济法论丛》稿约 (418)

CONTENTS

[Academic Thesis]

Perplexities and Outlets of Jurisprudence (Appendix :

A Review by Professor Wang Xianlin) Qi Duojun(1)

The System Foundation of Economic Law Reform in

Transition Economies

——Example by Competition Policies and The

Enforcement of Anti-monopoly Law

..... [U. S. A] William E. Kovacic, tran. Wang Chuanhui(18)

[Theory Probe]

Discussion on the Right of Economic Public Interest

Lawsuit Liu Dahong Yin Jiguo(65)

Some Initial Thoughts about Law and Economics Ying Feihu(90)

On the International Economic Direction and Regulation

and the Related Liabilities Zhang Defeng Song Wei(104)

On the Procedure System of Economic Law Qi Jianhui(125)

On the Proper Definition of International Law and the

Status of International Economic Law in

International Law Xu Jintang(145)

[Study on Tax Law]

Analysis on Taxability of Illegal Income

..... Liu Jihu Ge Wanwan(169)

Analysis on China's Illicit Tax System Hu Junkun(193)

[Study on Anti-monopoly Law]

- On the Regulation of Market Division Cartel You Yu(213)
- On the Establishment of the Legal System by which Regulate
the Monopoly Relevant to Price Wu Weida(241)
- On perfect law of counter-unfair competition from public
interest angle Peng Litang WuFang(286)

[Extraterritorial Law]

- On the History of Development of Britain
Competition Law Li Guohai(301)
- Singapore Competition Act 2004 tran. Li Guohai(335)

[Book Review]

- Why should the rich be taxed
..... [U. S. A] Reuven S. Avi-Yonah tran. (397)
Guo Lanying Shan Feiyue

[专 论]

法学的困惑与创新

漆多俊*

Abstract

The article is made up of three parts. The first part have reviewed the development history of the China's jurisprudence since the founding of the People's Republic of China, and emphasized that jurists should not only promote China to institute all kinds of laws but also to institute good laws. In the second part, the author cited the development history of China's economic jurisprudence as example, combined what he has learned, pointed out that we should not adore authority blindly but should dare to think independently in our study of jurisprudence. In the third part, aimed to solve the young jurists' perplexity in their study, the author introduced the basic route of jurisprudence study from the superficial to the deep. The author also emphasized that the jurists should

* 漆多俊, 武汉大学法学院、中南大学法学院教授, 博士生导师。本文系根据作者于2005年10月17日在安徽大学法学院发表演讲的记录稿整理而成。

have far view and deep insight in their study of jurisprudence.

目 次

- 一、混沌初开的中国法学
- 二、上下求索，天上人间——以经济法为例
- 三、青年学子之烦恼——法学研究如何从肤浅走向深入

老师们，同学们：

大家好！很高兴来到安徽大学法学院同大家作学术交流。

法学院的领导和老师让我给大家讲一讲，讲些什么，有两个选择：一是讲讲具体的专题性的理论问题，但我想因为是第一次跟大家见面，专题性的某个问题即使很重要，也讲得很透，面还是窄了些；今天就跟大家讲讲法学研究方面的问题吧——总体性地回顾一下我国法学研究的一些情况，提出一些问题，讲讲自己一些体会，以期能对同学们和青年学者深化法学研究有所启迪和帮助。

一、混沌初开的中国法学

在这一部分，主要讲我国法学如何从“混沌”状态走出来。

中国有句古话叫“混沌初开，乾坤始奠”。据说过去天地不分，像一锅粥。以后分开了，上浮者为天，下沉者为地。我用“混沌初开”既表征中国法学于上世纪70年代末由法律虚无的混沌状态向法制建设的转变，也可以说自那时以来至今我们的法学仍基本处于这种状态。在混沌状态下有没有困惑？可以说有，也可以说没有，因为是混沌的嘛，有什么困惑呢？日子就这样过呗。无论是法律或法学都如此，因为法学离不开法律。

中国的法律和法学从毛泽东时代到现在经历了（经历着）三个阶段和两个转变时期：第一个阶段是毛泽东时代。有人研究毛泽东法律思想，我认为那可以一言以蔽之曰：“法律虚无主义”。改革开放了，邓小平同志提出要建设社会主义法制。于是又有人研究

小平同志的法律思想。这值得研究。但这个阶段的特点，我认为主要仍属于一种“法律工具主义”。法律是统治阶级统治民众的工具。时代在前进，人们察觉“法律工具主义”有问题，它同真正的民主法治要求相差甚远，于是又生困惑。

纵观此三个阶段，人们的思想经历着困惑——不困惑——困惑的发展历程。在毛泽东时代，从当权者来看，毛泽东当时不困惑，他很自信。据说1958年在北戴河开会时刘少奇有困惑，他问毛泽东：中国是搞“人治”还是搞“法治”？毛主席不困惑，明确回答说搞“人治”。他还说，法律那个东西也重要，但我们主要不靠它，我们靠一年开几次会、发几个决议。当时基本上没有法律。“文化大革命”时期就只有一个《公安六条》。没有法律社会秩序怎么弄？嘿，日子也能过。当时靠领袖“最高指示”，还有各级领导的指示、讲话、决议、电话，“两报一刊”社论，等等。工业无法律，工业学大庆；农业无法律，农业学大寨；全国人民学解放军。军人的天职是服从命令，一切行动听指挥。那时没有合同法。那生产、流通怎么搞？原材料采购和产品销售也不能都是现货交易呀，不签合同能行吗？靠计划呀，当时每年都要开几次计划供货会，各种物资及数量、价格等都是计划安排好了的。在农业领域，农民种什么、怎样种，甚至插秧、收麦的时间，农作物的行距和株距都被规定好了，一个电话下来，一切必须照办，违反了将受到政治批判和行政处分。“文革”期间没有刑法，只有“公安六条”，还有批斗会、学习班，大家都不敢含糊。没有法律，也就没有法学，没有法学家。连法学和法学家都没有，当然谈不上法学家的什么困惑了。

到了后来，当权者有困惑了，刘少奇和邓小平都有困惑（举刘少奇同志被批斗的例子）。粉碎“四人帮”之后，国家领导人意识到没有法不行，光凭个人说了算，领导人自己都要吃苦头；专搞政治运动也不行；经济发展不起来。搞经济建设就不能靠强制、行政命令，要靠法制。于是自上世纪70年代末开始制定一系列法律法规，建设社会主义法制。同时恢复停办了十几年的法学教育，恢

复了法学。法学从无到有，发展很快，大家很高兴，又没困惑了。

法学恢复初期，当时法学界的人基本上是按照五六十年代自己所学习和理解的那种法学理论观点来构建法学各学科体系的，基本上是前苏联维辛斯基为代表的那一套。西方国家的法学情况和新发展，可以说一无所知。虽然表面上也“结合”中国改革开放的国情，但本质上仍是陈旧的。例如，当时提出社会主义法制的基本要求是四句话：“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究。”对此我本人当时就有困惑：这四句话归纳起来不过说了两点意思——前一句说的是要立法，从无法到有法可依；后三句说的基本上是一个意思，即法要严格实施。可是，这就够了吗？这就是社会主义法制了吗？直到上世纪90年代后期国家提出要由人治向法治转变时，人们甚至还把这四句话说成是社会主义法治的要求，就更荒唐了。德国希特勒纳粹时期也有法可依，执法也可谓严格，能说那是社会主义法制，或者是法治社会吗？

当时中国也确实陆续颁布了大量法律法规，总的说是具有时代进步性的，保障和推进了改革。但有些立法实施效果很不理想，例如关于国有企业改革的立法数量最多，内容也不断翻新，但企业的经济效益就是上不去，无论是让利放权、承包制，还是后来的股份制试点，都是如此。人们又困惑了：原来并非只要“有法可依”就万事大吉，法还有好坏、良恶之分。我记得有一次给厂长经理们讲课，课后有一个企业家拿着一份报纸上刊登的法规（可能是《私营企业暂行条例》）问我说：“漆老师你看，这上面规定了我们这样和那样的许多义务，可我们的权利呢？”问得多好啊！法律不能只是老百姓的义务书，不能只是管理工具。这样的法是好法、良法吗？老百姓能欢迎、拥护和自觉遵守吗？那时我们还常听企业界人士抱怨说：“每多颁布一部法规，我们就多了一个婆婆，身上多了一条绳索。”如果真是这样，说明那法就不是良法。当时在我国法学界人们也很少注意良法、恶法问题，在过去的法律思想观念的惯性支配下，当然地认为法律是国家管理的工具，是管理法。不知道或不敢承认法（特别是良法）它首先必须是维护民众权利的维