



经济法文库

Economic Law Library

系统经济法论

——经济法本质及其与WTO关系研究

Xitong Jingjifalun — Jingjifa Benzhi Jiqi yu WTO Guanxi Yanjiu

© 刘哲昕 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

系统经济法论

——经济法本质及其与WTO关系研究

Xitong Jingjifalun —— Jingjifa Benzhi Jiqi yu WTO Guanxi Yanjiu

◎ 刘哲昕 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

系统经济论:经济法本质及其与 WTO 关系研究/刘哲昕著. —北京:北京大学出版社,2006.3

(经济法文库)

ISBN 7-301-10491-X

I. 系… II. 刘… III. 经济法-研究 IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 002601 号

书 名:系统经济论——经济法本质及其与 WTO 关系研究

著作责任者:刘哲昕 著

责任编辑:杨莹颖 丁传斌 王业龙

标准书号:ISBN 7-301-10491-X/D·1435

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱:pl@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者:北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者:三河市新世纪印务有限公司

经 销 者:新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 13.75 印张 257 千字

2006 年 3 月第 1 版 2006 年 3 月第 1 次印刷

定 价:25.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究



刘哲昕 1973年12月出生。1998-2004年就读于华东政法学院，获法学硕士、博士学位。自1995年起，先后在福建省莆田市中级人民法院经济审判庭、申银万国证券股份有限公司法律总部、德隆国际战略投资有限公司法律总部工作，历任书记员、法官、公司高级法律顾问。2004年初进入中国浦东干部学院任教。

自1998年起，先后参与撰写著作、教材四部，国家级、省部级或国际合作课题十余项，在《法学》等刊物公开发表论文十余篇。

经济法文库

Economic Law Library

- 社会保障的法学观
- 公司涉税法论
- 国有经济法论
- 补贴与反补贴制度分析
- 西方经济法发达史
- 中国竞争法新论
- 公司治理的法理学研究
- 市场监管法论
- 内幕交易规制论
- 系统经济法论
- 经济法前沿问题

责任编辑：杨莹颖 丁传斌 王业龙

封面设计： 春天·书装工作室
tel:13051363823

《经济法文库》总序

我国改革开放二十余年来的经济法制状况,可以用“突飞猛进”这几个字来形容。仅从经济立法来看,在完善宏观调控方面,制定了预算法、中国人民银行法、所得税法、价格法等法律,这些法律巩固了国家在财政、金融等方面的改革成果,为进一步转变政府管理经济的职能,保证国民经济健康运行提供了一定的法律依据。在确立市场规则、维护市场秩序方面,制定了反不正当竞争法、消费者权益保护法、城市房地产管理法等法律,这些法律体现了市场经济公平、公正、公开、效率的原则,有利于促进全国统一、开放的市场体系的形成。

然而应该看到,建立与社会主义市场经济相适应的法制体系还是一个全新的课题。我们还有许多东西不熟悉,不清楚,观念也跟不上。尤其是面对未来逐步建立起的完善的市场经济,我们的法制工作有不少方面明显滞后,执法、司法都还存在着许多亟待解决的问题。

二十余年的经济法研究呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面,各种学术观点和派别不断涌现。但总体来说,经济法基本理论的研究还相当薄弱,部门法的研究更是分散而不成系统。实践需要我们回答和解释众多的疑难困惑,需要我们投入精力进行艰苦的研究和知识理论的创新。

在政府不断介入经济生活的情况下,我们必须思考一些非常严肃的问题:政府介入的法理依据究竟是什么?介入的深度与广度有没有边界?政府要不要以及是否有能力“主导市场”?我们应如何运用法律制度驾驭市场经济?

在国有企业深化改革过程中,我们不能不认真研究这样一些问题:国有的资本究竟应当由谁具体掌握和操作?投资者是否应与监管者实行分离?国有企业应当覆盖哪些领域和行业,应通过怎样的途径实现合并和集中?如何使国有企业既能发挥应有的作用,又不影响市场的竞争机制?

加入 WTO 以后,我国经济、政治、社会生活的方方面面都会发生重大影响。我们必须研究:市场经济法制建设将面临什么样的挑战和机遇?在经济全球化

的背景下,我们的经济法制将如何在国际竞争中发挥作用?国外的投资者和贸易伙伴进入我国,我们会提供一个什么样的法律环境?我们又如何采取对策维护国家的经济安全和利益?

面对环境日益恶化和资源紧缺的生存条件,循环经济法制建设任务繁重。如何通过立法确定公众的权利义务,引导和促进公众介入和参与循环经济建设?怎样增强主动性和控制能力,以实现经济发展与环境资源保护双赢,实现利益总量增加?如何发挥法律的鼓励、引导、教育等功能,通过受益者补偿机制,平衡个体与社会之间的利益?

在市场规制与监管方面,如何掌握法律规制监管的空间范围、适当时机和适合的力度?在法律上,我们究竟有什么样的有效规制和监管的方式、方法及手段?对各类不同的要素市场,实行法律规制与监管有什么异同?

.....

我们的经济法理论研究应当与经济生活紧密结合,不回避现实经济改革与发展中提出的迫切需要解决的问题,在观念、理论和制度等方面大胆创新。这是每一个从事经济法科学研究者与实际工作者应尽的义务和光荣职责。我们编辑出版《经济法文库》,就是要为经济法研究者和工作者提供交流平台。

《经济法文库》的首批著作汇集的是上海市经济法重点学科和上海市教委经济法重点学科的项目成果,随后我们将拓展选择编辑出版国内外众多经济法学者的优秀研究成果。我们坚信,这些优秀成果一定会引起社会各方面的广泛关注,一定会对我国的经济法制建设起到推动和促进作用。

期望《经济法文库》在繁花似锦的法学苑中成为一株奇葩。

华东政法学院 顾功耘

2005 年国庆节

就这样一路走来

——代序

写下这些文字的时候,窗外正飘着片片雪花。这在上海,当然是不多见的。而哲昕博士邀我作序,亦如2006年2月18日上海飘下并积起厚雪一样,让我惊喜之余,惶惑间有不真实的感觉:事情真的是要这样发生吗?无论如何我都知道,学识的浅薄和对经济法研究贡献的不足,都让我无法胜任为一篇经济法博士论文作序的。

在哲昕博士再三诚意邀约之下,我终于明白,对于他艰辛而坚韧的学术之路,没有人比我更有资格作见证人了。

上海飘雪罕见,而在北京,岁末年初降下大雪,则是必须的了。2001年底,瑞雪覆盖下的北大银装素裹,有四位年轻的学子经常翻越北大小西门矮矮的护栏,到一个名为“花花”的餐厅用餐。这四人便是哲昕、厉永、毛玲玲和我。当时我在北大读博,他们三位前来听北大英语考博辅导课。课后我领着他们到价廉物美的“花花”,叫上两三个菜。哲昕爱点“京酱肉丝”——这是一道北京长盛不衰的“名菜”,也爱抢着买单。每次我们都把饭菜吃得精光,心满意足地返回双榆树——另一位朋友缪剑文在北京的住所。缪剑文是个热心肠的好友,他以真诚和无私,先后帮助了几拨在京考博的朋友。那年春节,我们都没有返家,而是在一起度过了除夕之夜。哲昕后来说,这是他第一次不在家里过年。他是父母唯一的儿子。

英语辅导课结束后,哲昕前去拜望北大法学院的盛杰民教授。我自告奋勇地带路,并且骑上那辆破损不堪的自行车,让哲昕坐在后座,在自行车压着

厚厚的积雪发出的“嘎吱嘎吱”声音中,我们一起来到盛教授在清华园的寓所。由于拜师心切,我们竟然比预定时间提前 20 分钟去敲他的家门。盛教授以一贯的宽容和善意,原谅了我们这一事后想来极为失礼的行为。感谢盛教授,他的鼓励和期许,在冰天雪地的北京,温暖了两颗学子的心。也感谢“花花”,这一后来消逝的、当时也是默默无闻的餐厅,抚慰着我们四颗饥饿的心灵。后来,他们三位和我一样,都相继完成了法学博士学位。而缪剑文在双榆树的临时寓所,也有希望成为世界上单位面积里“培养”出最多博士的地方。现在想来,那段时间,清贫、忙碌而且快乐。

后来,在老师的期许和照顾女友的考虑之下,哲昕决定转考母校,并以优异的成绩被录取为华政博士研究生,师从顾功耘教授。哲昕考取博士于我而言,是意料之中的事情。他在创办《青年法学》并任青年法学会会长期间,展现出的法学研究和文字能力,以及做事的热情和投入,感染了许多人。得知哲昕考博成功后,我在祝贺他之余,也为顾老师多了这么一位好助手而由衷地喜悦。果然,博士三年来,在顾老师主持的几个课题中,都活跃着他的身影。哲昕和顾老师合作的《论经济法的调整对象》,发表于《法学》,显示了他对经济法研究的真诚投入。而以此为基础,在顾老师主编的《经济法教程》中,哲昕承担了基础理论部分的撰写工作。该部以理论出新、体系合理见长的著作,获得了司法部优秀教材一等奖,为华政争得了宝贵的荣誉。

哲昕博士是个才子。除了在球场上挥洒运动天赋外,他还弹得一手好吉他。一首名为《孤雁》的吉他弹唱,曾俘获了不少 fans 的心。有一次我笑问哲昕及其夫人小姚,哲昕当年是否凭着这首《孤雁》成名曲,博得小姚的喜欢,从此两人成“双飞雁”的,两人均笑而不答。不过,一个显见的事实是,自打他们在一起后,我再也没有听到哲昕弹唱《孤雁》了。

虽然不再“孤雁”,但哲昕博士的“候鸟”本性却一点都未曾更改。在一次我主持的博士沙龙上,我戏称“哲昕博士像候鸟一般,在若干领域自由迁徙”。的确,从中级法院到申银万国证券公司转而到德隆国际战略投资公司,最后在中国浦东干部学院暂时停留了下来,这种人生体验和历程,足以使其拥有同龄人所不具备的洞察力。在他选定博士论文题目征询我的意见时,我诧异于这一理论色彩极为浓郁的选题与其职业背景之间的差距之殊远。他说,理论研究是一项值得追寻的事业。毫无疑问,舍制度比较

之易而就理论研究之难,足见其对学术的热诚。现在,他所就职的中国浦东干部学院,是一个培养国家高级干部的地方,那里起点高,对授课老师的要求严格得近乎苛刻。他的努力和才智,使他成为极少数最早获得上课资格的博士之一。现在,他向领导人讲授法律思维课,获得了相当大的成功。我相信并且期待,哲昕博士正在践行的“法治国”理想,终将结出美丽的硕果。毕竟,这是一项值得我们所有法律人共同追寻的事业。

是为序。

罗培新

2006年2月18日

CONTENTS 目 录

导论 经济法理论研究的问题和方法	1
第一章 经济法系统方法论	6
第一节 系统方法论的发展历史与主要思想	7
第二节 系统论是经济法理论研究的重要方法	25
第二章 经济法存在论本质及其与 WTO 关系	40
第一节 经济法存在论的法学传统困境	41
第二节 经济法存在论困境的系统方法论之解	49
第三节 经济法系统与经济体制改革环境的互动互抑	64
第四节 WTO 是经济法系统的重要环境	80
第三章 经济法认识论本质及其与 WTO 关系	87
第一节 经济法产生和发展的社会历史根源	87
第二节 经济法定义再考察	93
第三节 经济法系统的内部体系	99
第四节 经济法主体及其行为系统	115
第五节 WTO 规则是经济法的重要法律渊源	137
第四章 经济法价值论本质及其与 WTO 关系	144
第一节 法律价值的系统论解说	144
第二节 经济法系统之质——经济法的价值	150
第三节 WTO 系统与经济法系统的同质性	159

CONTENTS 目 录

第五章 经济法发生论本质及其与 WTO 关系(一)	
——经济法立法系统	166
第一节 经济法立法控制论	167
第二节 WTO 对经济法立法系统的重要制约	172

第六章 经济法发生论本质及其与 WTO 关系(二)	
——经济法司法系统	179
第一节 经济审判庭之辩	179
第二节 经济法诉讼机制之辩	182
第三节 WTO 司法审查制度对经济法司法系统的 制度性提升	194

结语	201
----	-----

参考文献	207
后记	210

导 论

经济法理论研究的问题和方法

一、经济法困境——经济法理论研究的两个问题

历史的车轮驶进了 21 世纪,作为法学的重要分支——经济法学也迎来了繁荣发展的良好局面。全国的经济法学者在理论研究和实践探索两个层面上并进开拓,不断推陈出新,为我国的法学研究贡献出一大批论著,成为法学界最为活跃的群体之一。经济法学的创新与发展正迎来前所未有的机遇。

然而,繁荣的背后依旧隐藏着难以化解的危机。其实,从诞生起,经济法的理论危机似乎就从未被真正化解过。经济法是什么?经济法存在吗?经济法有必要存在吗?多年以来,不管是在经济法发展最为顶峰的时刻还是最为低潮的时刻,这些直究本体的追问一直困扰着经济法的研习者们。不管经济法发展得如何高级化和精细化,彻底否定经济法的声音却从来没有消失过。这是法学发展史上的一个奇怪现象:一边是无畏无惧的高歌猛进,另一边却是釜底抽薪式的彻底否定。作为经济法的研究者和学习者,笔者相信经济法独立存在的必要性。然而抛弃门户之见后也不难发现,在肯定经济法的声音中固然有着经济法学者一以贯之的敏锐、先觉和睿智,但在那些否定经济法的声音中也不乏一个严谨的理论者必备的理性、逻辑乃至权威。这是为什么?经济法理论难道真的只是一个凭空杜撰的理论怪胎吗?经济法学二十多年的繁花似锦难道真的不过是南柯一梦?

历史的车轮继续向前,就在经济法学界还处于与经济法虚无主义的纠缠之中时,经济法的另一个重大挑战不可避免地来临了。2001 年底,我国正式加入世界贸易组织,这个古老而又年轻的国家在历经二十余载的改革开放之后,终于向世界正式敞开了厚重的大门。加入 WTO,不仅意味着我国将真正直面世界经

济一体化,也意味着我国的制度领域势必将要掀起一场影响深远的变革运动。正如很多学者所指出的,WTO 给我国带来的深层次挑战主要是政府管理职能和管理范式的转换问题,所以,作为规范政府和社会管理经济行为最为直接和重要的规则,经济法将在这场 WTO 带来的制度变革运动中首当其冲。自近代以来,由于“变革”这个词语的频繁出现,人们对它的反应趋于平淡和麻木,“变革”一词的运用似乎也渐渐沦于庸俗化。其实,真正的变革总是意味着蜕变时的剧烈痛楚,意味着变革的发动者和参与者都要面临一场重大的挑战。因此,如何正确面对并最终赢得 WTO 带来的变革挑战,必然成为我国经济法学界现在和将来相当长一段时期内的重大理论任务。

由此可见,经济法实际上正同时面临着两个重大的挑战:一个是经济法虚无主义思潮一如既往的困扰和围剿,另一个则是因为加入 WTO 而引发的一场经济法变革运动。从一个理论学科层面来看,这两个挑战都应该是根本性的、不可逃避和不可妥协的。形象地讲,前一个挑战指向经济法的存在论本质问题,应该属于经济法的“内忧”,而后一个挑战则主要涉及经济法的实践论外延问题,可以称得上是经济法的“外患”。自古以来,人们形容一个国家或一个民族面临重大困境时,莫不过采用“内忧外患”这个词。我国经济法也正同时面临着“内忧”与“外患”的共同挑战,积极地正视和面对这两个重大挑战并通过有效途径战胜之,经济法学才能令人信服地立足于法律科学之林,经济法学的创新和发展,才不会被其他学科当作自说自话。

挑战源于问题的存在。从具体的理论格局看,每一个挑战的背后总会有一个实在的声音。经济法的怀疑论者一向众多,论调也各异。不过随着经济法理论的调整与发展,绝大多数的怀疑声音已经渐渐微弱甚至消失,但是有一个声音不仅一直存在,而且近段时间似乎越加响亮,这就是所谓的“经济行政法论”。可以说,构成经济法所谓“内忧”的挑战应以经济行政法理论为最。经济行政法论的持有者主要来自于行政法学界,在很长一段时间内,这些行政法学者主要从手段和程序的层面,对经济法应当属于经济行政法的观点进行了较严密的逻辑推演。但是这种仅仅满足于逻辑形式而缺乏实质内容的理论领域争夺行为,往往被经济法学者们驳斥为学术上的“圈地运动”,^①认为是行政法学者在耕作“自留地”的间歇,目光所及,从理论上论证一下经济法属于行政法的“飞地”,在得到理论满足之后则继续埋头耕作其自留地,基本没有能力进行有效的“管辖”。从实际情况看,经济法学者这一反驳是有事实根据的,然而最近一段时间情况开始出现了一些微妙的变化,更为年轻、思维更为活跃的行政法学界新一代学者

^① 参见顾功耘主编:《经济法教程》,上海人民出版社 2002 年版,第 13 页。

们开始直接涉足经济行政法具体问题的研究,其研究领域初步涵盖了经济行政法的宏观架构和微观问题,研究方法也开始从传统法学方法和政治学方法延伸到经济法学者一直颇为得意的“独门秘技”——法经济学分析方法,从而对经济法的独立性和特殊性提出了更为直接的挑战。^①

与直接质疑经济法本体存在的“内忧”挑战相比,经济法所谓的“外患”挑战并没有那么咄咄逼人。从目前的情况来看,在这场舶来的 WTO 规则与本土的经济法规则相互融合与相互博弈的过程中,经济法的“外患”挑战并没有表现为经济法的研习者所习惯的那种与其他学科领域的研究者们展开的针锋相对的研究领域争夺战,而更接近于一种对 WTO 规则如何在我国运用的话语权的争夺。当然,经济法学界这次竞争的主要对手显然应该是法学界 WTO 研究的先驱——国际经济法学界。从某种角度讲,这种竞争关系是有益和必要的,国际经济法学界对 WTO 规则多年的潜心研究对于经济法学者们的启发、引领和借鉴作用是巨大的。不夸张地讲,经济法学界能够在如此短的时间内迅速进入 WTO 研究领域并取得长足的进步,正是站在国际经济法学界这个巨人的肩膀之上的结果。WTO 变革问题简单地讲就是中国法律与 WTO 规则两个要素的结合问题。如此看来,由于分别在本土规则和 WTO 规则上占有先发的研究优势,在这个从本土到世界的“光谱表”上,经济法和国际经济法应该各执一端。然而,经济法与国际经济法相互借重和共同合作的关系并不能完全消除两者在该领域内某种程度上的理论竞争关系,而我国法学界人才构成的现实在某种程度上更加剧了这种竞争。作为 WTO 的研究者,国际经济法学界似乎可以更加方便地在国内外两种研究资源之间进行转换,同时拥有一定的语言优势。而作为一直专注于本土规则研究的经济法学界,其多年来沉淀的知识结构和语言背景似乎还不能在短期内完全适应对 WTO 进行深入研究的需要,更不排除有极少数学者出于对于陌生领域的恐惧感或排斥感,而在理论研究上对其进行有意无意的抗拒,而这将更为直接地导致经济法学与 WTO 研究的脱节。从目前的理论局面看,虽然经济法学者们也从各个层面不断涉足 WTO 领域并崭露出对 WTO 规则本土化问题的独特研究视角,但是不可否认的是,当前我国 WTO 研究的话语权和学术权威基本上掌握在国际经济法学界的手中。^② 尽管十分努力和虚心,^③ 经济法学界似乎仍然难以在短期内摆脱在 WTO 研究领域亦步亦趋的尴尬处

① 如宋功德:《论经济行政法的制度结构——交易费用的视角》,北京大学出版社 2003 年版。

② 这点从中国法学会 WTO 法研究会 2003 年第二届年会的交流论文情况中就可以略窥端倪。在该年会的论文集中共收录 58 篇论文,其中经济法学者提交的论文仅有寥寥数篇。

③ 当然也不排除极个别经济法学者在该领域进行所谓的“理论创新”时显露出与自身 WTO 研究功力不太相称的大胆与浮躁。

境。也许很多人都相信“寡人无疾”，但是在一双忧患意识浓烈的眼睛里，经济法学界并非完全没有被排斥于 WTO 主流研究队伍之外的边缘化危险。

二、经济法理论困局的系统论方法之解——经济法理论研究的一种方法

这两个理论困境昭示了当前经济法理论研究在某方面存在着较为严重的缺陷。在笔者看来,其中最大的缺陷应该是方法论。有一样东西,明明感觉是对的和有意义的,是实践所需要的,却一直无法在理论上给予一个有力的证明,也无法从理论上对它的反对者给予确凿的证伪,那的确说明,研究者的论证方法出现了问题。坦率地讲,经济法理论的研究者的确十分努力,他们的假设固然大胆,但其论点不可谓不合理,论据不可谓不充分,论证也不可谓不小心,然而时至今日却依然无法摆脱经济法挑战者们早早布下的理论困局,这与方法论缺陷是不无关系的。

我国的经济法学家基本上都是传统法学理论衣钵的传人,因此在进行经济法理论研究的时候,经济法学者们最常采用的也必然是法学界惯用的传统研究方法。所以经济法学方法论的匮乏与机械也自然折射出我国法学界传统方法论的尴尬。平心而论,尽管已经建立起一整套也算称得上精巧和严谨并得以自足的理论体系,但是我国的传统法学理论在某些理论领域,如法学本体论的研究中,似乎还缺乏敢于突破的创新精神以及提升本学科水准的较高的哲学素养。在我国的学术界,一向有观点认为我国法学的学术层次较低,法学在相当范围和程度上存在非学术化现象。这些观点甚至认为,我国的“法律人”本身就不是知识分子,这个群体虽然垄断了所谓法学研究领域,而且在最近十数年间保持着数量惊人的产出,但是从未向知识界提供真正优秀的作品。^① 话很刺耳,但是从法学理论的创新精神和哲学底蕴角度看,这些话似乎也戳到了传统法学理论的痛处,比如本书后面所要检讨的传统法律部门划分理论,就是一个典型。正是由于缺乏正确的方法论指导,在面对经济法这一新兴事物时,传统法学界的一部分人才会试图将经济法扼杀在摇篮之中,以免破坏他们心目中经典理论的自洽性与完整性;也正是由于哲学方法论上的欠缺,在面对经济法带来的理论挑战时,传统法学界的另一部分人也才会在创新惰性的作用下奉行鸵鸟政策,从而导致一般理论与实践理论的脱节,使各种理论矛盾同时并存。

解决经济法困境的道路只有一条:寻求正确的方法,积极面对并解决问题。问题已经列出,那么方法呢?其实关于经济法研究的方法,一直以来都是经济法学者寻求突破的着力点之一,而且经济法理论发展的成绩证实了这一点。从最

^① 参见谢晖:《法的思辨与实证》,法律出版社 2001 年版,第 43 页。

为传统的法学权利义务分析方法,到最为“前卫”的经济学成本效益分析方法,经济法学者一直孜孜追求着一种能够合理解释经济法现象,并妥善解决经济法理论冲突的研究方法,这些努力分别从不同的角度对经济法的特殊性进行了阐释,在某种程度上缓解了质疑的声音并维护了经济法的独立地位。但是公平地讲,如果说真的存在一种能够在经济法理论研究中充分证明和证伪的方法论,那么也不能说,这种方法论已经被某位学者旗帜鲜明地遵循和运用过。也许它的确曾被某些学者在论述经济法研究方法论问题时提及过,但这种提及是如此匆忙,以至于这枚金子还来不及闪耀出自身的哲学光芒,就被淹没在列举式方法论的瓦砾堆中。

笔者并不相信自己已经找到登入经济法理论庙堂的金钥匙。不过当自己在某一种方法论的指引下,以自以为是的方式解开若干对自己来讲一直是难以解决的理论纠结时,笔者有理由相信自己走在一条相对正确的道路之上。笔者希望用它来解决前文所指出的经济法的两个困境:经济法的本质问题以及经济法与 WTO 的关系问题,并期望运用这个方法去解决更多的理论难题,并在运用的过程中去印证、完善。

这一方法,就是 20 世纪中后期迅速发展起来的横断科学方法——系统论。