



经济法文库 (第二辑)

Economic Law Library

中日经济法比较研究

*A Comparative Study of Sino-
Japanese Economic Laws*

◎ 张红 著

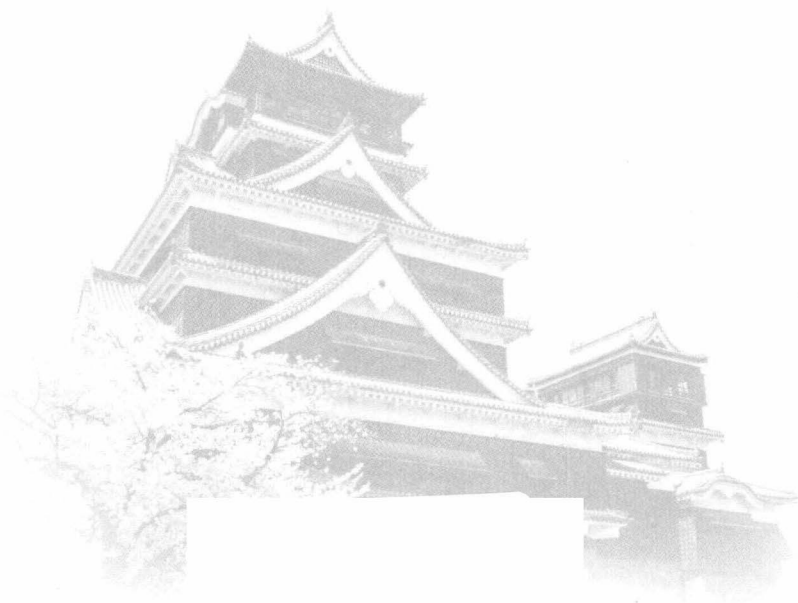


北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中日经济法比较研究

*A Comparative Study of Sino-
Japanese Economic Laws*

◎ 张红 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中日经济法比较研究/张红著. —北京:北京大学出版社, 2017. 1

ISBN 978-7-301-27867-3

I. ①中… II. ①张… III. ①经济法—对比研究—中国、日本
IV. ①D922.290.4 ②D931.322.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 304539 号

书 名 中日经济法比较研究

ZHONGRI JINGJIFA BIJIAO YANJIU

著作责任者 张 红 著

责任编辑 朱梅全 尹 璐

标准书号 ISBN 978-7-301-27867-3

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://www.pup.cn>

电子信箱 sdyy_2005@126.com

新浪微博 @北京大学出版社

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021-62071998

印 刷 者 三河市北燕印装有限公司

经 销 者 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 16 印张 246 千字

2017 年 1 月第 1 版 2017 年 1 月第 1 次印刷

定 价 48.00 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, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370



经济法文库 (第二辑)

Economic Law Library

“经济法文库”总序

我国改革开放三十余年来的经济法制状况,可以用“突飞猛进”这几个字形容。仅从经济立法看,在完善宏观调控方面,我国制定了预算法、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,我国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。

三十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。但是,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、方法和手段?对各类不同的要素市场,实行法律规制和监管有什么异同?

.....

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和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。

华东政法大学 顾功耘

序

张红教授的《中日经济法比较研究》书稿摆在我的桌面上,掩卷沉思,作为曾经的博士后合作导师,不禁要为该书说几句话。

这是一部富于开创精神的法学著作——既是经济法学领域,也是比较法学领域的佳作,读后令人耳目一新。

第一,理论建树上的开阔之处。众所周知,经济法学是20世纪以来世界法学领域最有成就但也颇具争议的科目。本书作者较为全面地考察了各家各派的学说,以中、日两国经济法为典型视角,提出了自己的独特见解。本书认为,经济法调整市场经济运行中产生的基础性经济关系和管理性经济关系,其内容可分为一般经济法和特别经济法。因此,现代经济法即成为国民经济治理之法。尽管对此论断可能引起不同反响,但在学术民主、百家争鸣中亦可作为独特的一家。我相信,真理只会越辩越明。

第二,内容比较上的丰实之处。将在资本主义市场经济条件下形成和发展的日本经济法及其经济法学,同在社会主义市场经济条件下形成和发展的中国经济法及其经济法学作为比较对象,这种选择在某种程度上反映了当今国际社会法治、法学的真实面貌。该书从经济法的历史轨迹、基本原理、本质特征、法律定位和运行机制等五个方面,揭示了现代经济法产生、发展和发挥作用的规律性。作者是用事实和道理作论证的,因而具有可信度。有人总是讲,外国都不搞经济法了,你中国还搞什么经济法。谁说外国不搞经济法?退一步说,中国难道只能简单地复制外国的东西吗?我们要建设中国特色的社会主义法治和法学!

第三,思想方法上的可贵之处。我历来主张,研究经济法,必须以辩证唯

物主义和历史唯物主义为指导思想和根本方法。本书作者是运用了正确的哲学思维的:从个别到一般,又从一般到个别;具体事物具体分析,既有肯定,也有否定;从比较中发现同中之异、异中之同。本书文风之简洁、清新,用语之严谨、规范,亦是值得称道的。

综上所述,本书得出的一个基础性结论——如何依法处理政府与市场的关系,三条建设性意见——如何使经济法因地制宜地发展、如何使经济法能够与时俱进、如何促进中日经济交往中的法律协调,这些真知灼见,不仅具有学术上的价值,而且具有实践上的意义。

作者之所以能够做出这样有益的学术贡献,并非偶然。她既具有中国文化、法学的深厚功底,又熟悉日本的文化、法学,并长期奔走于中国、日本的法律实践平台和法学讲坛、论坛,致力于中日友好交流活动。从这部融经济和法律于一体、寓经济法和比较法于一式的专著中,人们也可看出这位优秀学者兼社会活动家的形象和足迹。如同书中引用中国古代诗人李白的名句:“黄河落天走东海,万里写入胸怀间。”

我觉得,本书还可写得更透彻一些,实证还可更丰满一些。基于时代的发展,随着实践的推进,本书中的理论观点、实证资料也许会发生某些演变。这是可以理解的。瑕不掩瑜,本书确实值得一读。

故此,本人郑重推荐,并与作者、读者共勉之。

北京大学法学院教授、博士生导师

著名经济法学家

杨紫烜

2016年4月于北京

CONTENTS 目 录

第一章 一国经济法研究概说	1
第一节 经济法研究的对象	1
第二节 经济法研究的方法	3
第三节 经济法研究的意义	9
第四节 经济法研究之回顾与展望	12
第二章 比较经济法之视野	26
第一节 比较经济法的定位	26
第二节 比较经济法的对象	31
第三节 比较经济法的方法	39
第四节 比较经济法的目的	46
第五节 本书对中、日经济法比较研究的计划	52
第三章 当代中国经济法学说	55
第一节 中国经济法学说概述	55
第二节 当代若干代表性理论	58
第三节 共识与个性	80
第四章 当代日本经济法学说	90
第一节 日本经济法学说概述	90
第二节 当代若干代表性理论	92
第三节 共识与个性	105

第五章 经济法的形成	109
第一节 中国经济法发展沿革	109
第二节 日本经济法发展沿革	114
第三节 经济法由以生成的基本元素	117
第四节 市场、企业、国家(政府)与法的 组合——以中国、日本为例	124
第六章 经济法的基本原理	129
第一节 从范畴到原理	129
第二节 市场经济运行中发生的经济 关系——交易与竞争	137
第三节 经济法的调整对象	141
第四节 经济法的调整范围	149
第五节 经济法的调整方法	151
第六节 经济法的定义	155
第七章 经济法的特色	158
第一节 经济法的社会属性	158
第二节 经济法的规范分类	160
第三节 经济法的本质特征	169
第八章 经济法的地位	173
第一节 经济法与宪法	173
第二节 经济法与民商法	177
第三节 经济法与行政法	180
第四节 经济法与社会法	182
第五节 经济法与刑法	189

第六节 经济法在国家整个法律体系中的地位——以中、日两国为例	190
第九章 经济法的运行	194
第一节 经济法的治理价值及其实现	194
第二节 经济法中的责任形态及其落实	199
第三节 经济法实施机制之一:政府执法	205
第四节 经济法实施机制之二:经济诉讼	209
第五节 经济法实效的保障——构建经济法制(法治)系统工程	212
第十章 比较与启示	216
第一节 不同社会经济制度下经济法基本原理和主要制度的同质性	216
第二节 不同社会经济制度下经济法原理认知和制度设计的差异性	221
第三节 经济法走向科学的基础性结论	225
第四节 对中、日发展经济法的启示(上):本土化	228
第五节 对中、日发展经济法的启示(下):现代化	232
第六节 中、日经济交往中的法律协调——兼议国际经济法的适用	234
参考文献	242
后 记	247

行到水穷处，坐看云起时。

——(唐)王维

第一章 一国经济法研究概说

第一节 经济法研究的对象

本节回答“经济法学是研究什么”的问题。

一、经济法研究对象的内容上的特定性

1. 现象与实质

人们通常说，经济法学研究经济法。这种表述从字面上看似似乎并无不当，然而仍显得不够深入。经济法是一类社会现象，现象可以作为研究的入口和素材，但现象并不等于实质。一进入现象这个门，就应该发掘它的实质，只有这样才能真正认识它，并运用它来解决现实问题。

怎样去发掘经济法的实质呢？一切应从实际出发。经济法赖以产生的基础是什么？它的发展轨迹是什么状态？它是怎样显示功能或称发挥作用的？对此，必须了解清楚，分析透彻。所以，经济法学的研究对象可以确定为：一国的经济法现象及其产生、发展和发挥国民经济治理作用的规律性。从哲学上看，规律是不以人们的主观意志为转移的，它反映事物之间的内在联系，决定事物发展的必然趋向。研究经济法现象的规律性，才称得上是科学的态度。

2. 时间与空间

中国现在处于社会主义初级阶段，日本已成为资本主义发达国家，这是我

们开展中、日经济法研究面对的最大的实际问题。

中国的经济法学是研究中国的经济法现象及其产生、发展和发挥作用的规律性问题的。按现行行政区划,中国包括大陆 31 个省、自治区和直辖市,以及香港、澳门 2 个特别行政区和台湾地区。在“一国两制”方针下,大陆地区实行社会主义法律制度,其法律体系中还包括《香港特别行政区基本法》《澳门特别行政区基本法》。香港特别行政区实行的法律由三部分组成:(1)《香港特别行政区基本法》;(2) 香港特别行政区立法机关制定的法律;(3) 香港原有法律,即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法,除同《香港特别行政区基本法》相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外,予以保留。澳门特别行政区实行的法律也由三部分组成:(1)《澳门特别行政区基本法》;(2) 澳门特别行政区制定的法律、法令、行政法规及其他规范性文件;(3) 澳门原有的法律、法令、行政法规及其他规范性文件,除同《澳门特别行政区基本法》相抵触或经澳门特别行政区的立法机关或其他有关机关依照法定程序作出修改者外,予以保留。台湾地区尚未回归,仍实行原有的法律制度。有鉴于此,中华人民共和国(本书所称“中国”)的经济法学,主要研究中国大陆现代经济法律制度。

日本的经济法学,主要研究日本现代经济法律制度。

二、经济法研究对象的载体上的特殊性

1. 主要载体

这里所称“主要载体”,指制定法与判例法。

制定法(enacted law 或 statutory law)又称“成文法”,指由特定国家机关制定的法律文件。在大陆法系国家,制定法成为主要法律渊源。

判例法(case law),指具有先例作用的法院判决。在普通法系即英美法系国家,判例法曾经是主要法律渊源。判例法也以成文形式出现。

随着社会的发展,大陆法系国家除了保持以制定法为主要法律载体外,也逐渐形成了一些判例法,或者说,在法院审理案件中注意到先例的启示;普通法系国家也出现了许多制定法。

在中国,法的组成形式主要有:法律、行政法规、地方性法规,以及政府规章。判例法尚未成为法的组成部分。中国法院也已开始重视先前具有典型意义的判决,但并未确定前例对后来的同类案件审理是否具有约束力。不过,可

以预见,判例所发挥的作用将会越来越大。

因此,作为成文法体例下的中国的经济法学,其研究对象的载体以数以十计、数以百计的制定法为主,以判例法为辅。日本的经济法学,其研究对象的载体,亦大致如此。

2. 相关载体

在现实生活中,调整经济关系的社会规范,除了国家法律这一类基本文件之外,还有一些相关的文件,其中最为突出的有两项:一是国家经济政策;一是企业(公司)章程。

任何现代国家,执政当局都会根据国内国际形势的发展和本国的实际需要,制定指导经济发展的方针政策。中国、日本就是这样。尤其在中国,执政党的经济政策,或者执政党与政府联名发出的经济政策,对国民经济的运行发挥着极为重要的引导作用。

企业(公司)章程是企业(公司)以整体身份活动于市场经济中的法律方式。衡量一个企业(公司)的状况,裁决企业(公司)的经济纠纷,往往要对照其原订的章程。

因此,在进行经济法研究时,除了依据国家经济法律外,还要溯及国家经济政策和企业(公司)章程。

学者们将国家经济政策、企业(公司)章程等这一类普遍存在的软规则称为“软法”,而将国家法律或者国家法律中的强制性规则称为“硬法”。美国、欧洲国家、日本、中国都已开展软法研究。如日本的一项软法研究课题,已涉及政府管制、商业交易和知识产权等领域。^①换言之,软法可作为经济法研究的相关载体。

第二节 经济法研究的方法

本节回答“怎样进行经济法研究”的问题。

一、根本方法与具体方法

1. 根本方法

方法论根源于认识论,认识论派生出方法论。

^① 参见罗豪才等:《软法与公共治理》,北京大学出版社2006年版,第1—5页。

中国在 20 世纪 70 年代后期曾进行过一场关于真理标准的大讨论,最终,大多数人接受了或者说达成了一项共识:社会实践是检验真理的唯一标准。从事经济法研究,最适用的工具就是辩证唯物论。

杨紫烜认为:“研究经济法,必须以辩证唯物主义和历史唯物主义为指导思想和根本方法。”^①

刘文华主张:“运用唯物辩证法,探索经济法基本理论问题”;“运用唯物辩证法,解释和解决经济法的其他理论和实践问题。”^②

辩证唯物论告诉人们,世界是客观存在的,世界是在发展变化的,自由是对必然(即规律)的认识和对客观世界的改造与建设。研究经济法,就要依托这样的认识论和方法论。

2. 具体方法

讲到研究方法,有人偏好“范式”这一用语。所谓范式,是指可以作为典型的形式、样式,又称“模式”。经济法学研究方法,或说研究范式,实际上是把人文社会科学研究包括法学研究中适用一些的方法应用过来,以实现本学科的研究目的。例如,历史分析的方法、经济分析的方法、注释法学的方法、比较法的方法,等等。

张守文在其《经济法理论的重构》一书中,第一编即设“方法论的重构”,其中列出了系统分析方法、政策分析方法、博弈分析方法、本益分析方法等。^③

王全兴在其《经济法基础理论专题研究》一书中,第一章列出的经济法学研究方法涉及:概念与含义、观点与论证、定性与设计、分化与综合、总体与结构、个体与整体、平面与立体、法律与经济、当代与后代、全球化与本土化、传统与现代、借鉴与原创、静态与动态等。^④

李昌麒在介绍中国经济法学界中青年的理论贡献时,首先列出了方法维度上的推陈出新。他将这些研究方法概括为:法哲学研究方法、经济分析法学研究方法、社会学法学研究方法、法律史和法学史研究方法等多样化状态。^⑤

以上研究成果都将给后来的研究者以有益的启迪。笔者认为,结合当前

① 杨紫烜主编:《经济法》(第五版),北京大学出版社、高等教育出版社 2014 年版,第 3 页。

② 刘文华:《走协调结合之路》,法律出版社 2012 年版,“前言”第 21、30 页。

③ 参见张守文:《经济法理论的重构》,人民出版社 2004 年版。

④ 参见王全兴:《经济法基础理论专题研究》,中国检察出版社 2002 年版。

⑤ 参见李昌麒:《发展与创新:经济法的方法、路径与视域(上)——简评我国中青年学者对经济法理论的贡献》,载《山西大学学报(哲学社会科学版)》2003 年第 3、4 期。

经济法研究中存在的问题和现实的需要,以下方法更值得推广:经济分析的方法、定量分析的方法、实证分析的方法、博弈分析的方法、系统分析的方法、比较分析的方法。

3. 根本方法指导具体方法,具体方法贯彻根本方法

提出根本方法与具体方法的关系的问题,是有感于时下某些人文社会科学研究包括法学研究中,对根本方法的忽视或者具体方法与根本方法的脱节。这反映出理论研究基本功的欠缺。中国社会学开创者费孝通在 21 世纪初说过一段发人深省的话:“我觉得,有些人的学术基础原来并没有打好,毕业后忙于做课题、写文章,但是写的东西读起来让人感到功底不够。”^①他说的是社会学研究,但我认为对法学研究、经济法研究、比较经济法研究,道理同样适用。所以,我们要练好学术研究基本功,其中的关键之一,就是要以根本方法指导具体方法,用具体方法贯彻根本方法。

二、传统方法与现代方法

1. 对传统方法要推陈出新

传统的法学研究方法,如注释法学、历史分析、公私法分类等,有些应承继并在新的社会历史条件下加以发展,有的则要抛弃,有的可以改造。去其糟粕,取其精华,促其进步,此种扬弃手法,即推陈出新。

就对法律条文的准确理解和正确适用而言,注释法学不失其有效性的一面。然而,不掌握整个法律的精神实质,也就难以对某些条文、某些用语把握到位。例如,在传统的补偿性赔偿条款之外,经济法律中已出现惩罚性赔偿规定。对惩罚性赔偿条款的理解和适用,应当以社会公共性的视角来应对,不只是关注某个个案和个别用语。而社会公共性,正是显示新兴的经济法的本质特征。

就对经济法现象的分析考察而言,传统的二分法仍可应用。曾担任过全国人大常委会委员长的彭真说过:“资本主义的管理,同它所管理的生产过程一样,也有二重性。因此,对于资本主义的管理经验要分析。那些反映社会化大生产的具有‘普遍适用性’的经验,我们必须加以学习、借鉴;而那些反映资本家榨取利润,即压迫、剥削工人的‘经验’,我们不能学。”^②但是,必须了解,

^① [美] 艾尔·巴比:《社会研究方法》(第 11 版),邱泽奇译,华夏出版社 2009 年版,“总序”。

^② 《彭真文选》,人民出版社 1991 年版,第 572 页。

资本主义也是在发展变化着的,现今的劳资关系与一两百年前相比也出现了诸多的新情况。因此,不能不加具体分析地随意套用所谓“二重性”。例如,消费者权益、产品质量安全标准、环境保护、公共交通规则等等,这些能机械地套用“二重性”这样的历史分析、阶级分析的传统方法吗?我们的法学观念,必须与时俱进。

就对法律部门的大分类而言,传统的公法、私法划分的做法不可一笔抹杀,它毕竟还有它的科学原理和存在理由。然而,对于社会经济条件的发展变化导致公法规范部分私法化、私法规范部分公法化的现象,如果再机械地套用“非此即彼”的认知公式已无法奏效。经济法研究就面临着这样的情况。

2. 对现代方法要运用得当

现代的法学研究方法有法经济学、法社会学、博弈论、比较法等,如果运用得法,确实很能说明问题,给人耳目一新的印象。但是,如果运用不当,也有可能牵强附会,甚至适得其反。突出的例子莫过于对法经济学的应用。

法经济学,也称“法律经济学”,从字面结构和词义分析,应是法律的经济学,而不是经济的法律学。说它是一种方法,是由于它结合了经济和法律两种元素(因子)。说它是一门学科,是由于它集经济学和法学于一身;这种交叉学科、边缘学科,其专业特色更偏向经济学。故此,某些明智的学者将他们的著作命名为《法和经济学》^①《法律的经济分析》^②。

法经济学把经济学的某些理论特别是投入—产出、成本—效益理论用来解释法律现象,尽量追求效益、效率,有时却未能顾及公平、正义。例如,为了满足效率,甚至允许违约。

如果把经济学的效益、效率假设不恰当地用来说明法经济学对国民经济的贡献率,有时会引起人们的质疑。我们知道,国民经济的成就,取决于客观的和主观的、物质的和精神的、国内的和国际的诸多因素的制约和影响。怎么单独评价法律包括经济法这一单个因素作用所占的权重呢?事实上,法律因素与其他因素是通过整合而发挥功能的,很难对某一单个因素作出定量计算。由此可见,不应将法经济学推向不着边际的“茫茫之处”。

3. 将传统方法与现代方法结合应用

科学的方法既讲分析,又讲综合。传统方法与现代方法各有所长,如结合

^① See Robert B. Cooter, Thomas Ulen, Law and Economics (6th International Edition), Prentice Hall, 2011.

^② 参见〔美〕理查德·波斯纳:《法律的经济分析》(第七版)(中文第二版),蒋兆康译,法律出版社2012年版。