

经济法研究

Economic Law Review

(第19卷)

主编 张守文



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

经济法研究

Economic Law Review

(第19卷)

主编 张守文



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

经济法研究. 第19卷/张守文主编. —北京:北京大学出版社, 2017. 12
ISBN 978-7-301-29154-2

I. ①经… II. ①张… III. ①经济法—研究—中国—文集
IV. ①D922.290.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第327605号

书 名 经济法研究(第19卷)
JINGJIFA YANJIU
著作责任者 张守文 主编
责任编辑 郭瑞洁
标准书号 ISBN 978-7-301-29154-2
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 law@pup.pku.edu.cn
新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
印刷者 三河市北燕印装有限公司
经 销 者 新华书店
965毫米×1300毫米 16开本 18.5印张 313千字
2017年12月第1版 2017年12月第1次印刷
定 价 46.00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

主编寄语

《经济法研究》一直致力于在经济法领域打造学术交流平台,展示学界最新成果。自创刊以来刊载的数百篇论文,是经济法学者深入思考和辛勤探索的结晶,有力地推动了经济法学术和相关制度建设的发展。

当前,中国经济改革和法治建设开启了新的历史时期,有许多问题亟待深入研究。需要经济法学人深植本土资源,探求理论新知,回应现实诉求。《经济法研究》将一如既往地欢迎大家惠赐优秀研究成果,以共同推进经济法理论和制度的新发展。

卷首语:经济法研究中的经济法思维

在法学研究中,法治思维、系统思维、辩证思维、历史思维通常是人们较为关注的。上述各类“思维”,体现了人们不同的“思考维度”,对于经济法研究亦具有重要意义。

在关注上述思维的同时,经济法学者会进一步追问:是否存在经济法思维?如果存在,则经济法思维的内涵和外延、类型和结构如何?另外,经济法思维在经济法研究中应如何运用或体现?对于上述问题,经济法学界还缺少系统研讨,但随着经济法研究的日益深化,此类研究的重要性已逐步显现。

尽管人们对经济法思维可能有多种理解和界定,但基于“经济法”和“经济法学”所体现的经济与法律、经济学与法学的交叉融合,相对于传统法,在经济法思维中会体现出对经济性、效率性的特别关注。与此相关联,在处理国家与国民、政府与市场等诸多关系时,也会对经济性和效率性有更多的强调。

在关注“经济性”的同时,还要看到,经济法毕竟是“法”,因而在经济法思维中对法律思维或法治思维的强调,自然必不可少。在法治思维之下,对经济法领域整体的经济法治,以及具体的财政法治、税收法治、金融法治、竞争法治等方面的研究,无疑应成为经济法研究中的重要课题。而在上述领域的深入思考,则非常有助于提炼经济法领域的“法治理论”。

此外,在经济法思维中,还应更多体现系统思维。经济法领域的系统思维,尤其强调整体性或体系性思维,并由此关注经济法各类制度的结构和功能。基于系统思维,关于经济法理论体系的研究,有关经济法实施机制的探索,甚至从软法维度对经济法的体系和功能的探讨等,都非常有必要。

本卷刊发的几篇经济法基础理论方面的论文,就涉及对上述问题的探索,其中包括甘强副教授的《经济法思维的构造》、尹亚军博士后的《经济法的理论体系:需要与可能》、韩志红教授的《经济法上民事责任的三种实施机制及其完善》、李帅博士的《经济法中软法调控的解读》。通过阅读这些论文,读者对经济法研究中的经济法思维会有直接的认识。

近年来,随着全面深化改革和全面依法治国的推进,在宏观调控法领域

开启了诸多重要的制度建设,对此展开的经济法理论研究,尤其需要体现法治思维、辩证思维和历史思维。其中,在我国的财税法治、金融法治建设方面,如何看待不同历史时期的法治发展,如何明确制度改进的方向,如何完善具体的法律制度,如何解决相关的国企问题等,都需要深入研究,都需要将经济法思维贯穿其中。

本卷在宏观调控法栏目刊发的几篇论文,分别对上述问题有一定的回应,其中包括张学博副教授的《中国财税法治之回顾与反思(1978—2016)》,蔡昌教授、李为人副教授的《个人所得税改革方向及其税制设计》,王美舒博士的《精细化时代下金融法立法进路之抉择——基于二维框架的展开》,袁康博士等的《贷款人环境责任的理论证成和制度构建》,岳金禄博士的《完善我国金融申诉专员的组织架构》,李昌庚教授的《国有企业涵义的法理辨析》等。相信读者阅读上述论文,能够进一步感受到其中蕴含的经济法思维。

同样,在市场规制法领域,随着市场经济和现代科技的发展,新经济、新业态日新月异,新情况、新问题层出不穷,在分享经济方面的体现尤其典型,如何有效解决垄断和不正当竞争的问题,如何在新时代体现新理念、新手段和新方法,如何通过制度的完善,不断提升规制绩效,也都是需要探讨的问题。只有超越传统法的理念和制度,不断融入经济法思维,才能更好地实现多种层次的绩效。

本卷在市场规制法栏目刊发的几篇论文,对上述几个方面都有回应,其中包括李友根教授的大作《反不正当竞争法应否规定法定赔偿制度——修订草案征求意见稿第20条的批判》、孙晋教授等的《论谦抑理念在互联网行业经营者集中审查中的适用》、蒋岩波教授的《滴滴收购优步中国经营者集中案例的反垄断法分析》、李玉虎副教授的《分享经济与市场监管法律制度的应对——以共享单车为例》、杨光博士的《角色定位与功能实现:信用评级机构的“看门人”机制探究》、郑汉杰博士的《规制绩效及其测度理论初探》。上述论文都从不同角度体现了经济法思维。

近期在经济法领域的立法热点问题较多,其中,《反垄断法》《反不正当竞争法》的修改,尤其备受关注。为此,本卷设“立法笔谈:中国竞争法制度的发展与完善”专栏,邀请该领域的著名学者就中国竞争法律制度修改的相关问题进行讨论。其中,王先林教授的笔谈题目是《关于完善我国竞争法律制度的总体性思考》,孟雁北教授的笔谈题目是《发展中的中国竞争法体系》,这两篇笔谈虽然篇幅不长,但都集中体现了经济法思维。

经济法研究中的经济法思维,其实是普遍存在的,经济法的研究者都在自觉不自觉地运用着。在《经济法研究》所刊发的诸多论文中,也都贯穿着经济法思维。对于经济法思维的深入研究,需要大量学者的共同努力。相信随着有关经济法思维研究的深入,以及人们的自觉运用,经济法的理论研究亦将不断走向深入。

张守文

2017年10月17日星期二

于北京大学经济法研究所

目 录

一、经济法基础理论

- | | | |
|----|-------------------------|-----|
| 3 | 经济法思维的构造 | 甘 强 |
| 19 | 经济法的理论体系:需要与可能 | 尹亚军 |
| 40 | 经济法上民事责任的三种实施机制
及其完善 | 韩志红 |
| 48 | 经济法治中软法调控的解读 | 李 帅 |

二、宏观调控法

- | | | |
|-----|---------------------------------|---------|
| 61 | 中国财税法治之回顾与反思(1978—2016) | 张学博 |
| 79 | 个人所得税改革方向及其税制设计 | 蔡 昌 李为人 |
| 95 | 精细化时代下金融法立法进路之抉择
——基于二维框架的展开 | 王美舒 |
| 109 | 贷款人环境责任的理论证成和制度构建 | 袁 康 黄 涛 |
| 125 | 完善我国金融申诉专员的组织架构 | 岳金禄 |
| 147 | 国有企业涵义的法理辨析 | 李昌庚 |

三、市场规制法

- 159 反不正当竞争法应否规定法定赔偿制度
——修订草案征求意见稿第 20 条的批判
李友根
- 189 论谦抑理念在互联网行业经营者集中
审查中的适用 孙 晋 吴孝敬
- 207 滴滴收购优步中国经营者集中案例的
反垄断法分析 蒋岩波
- 220 分享经济与市场监管法律制度的应对
——以共享单车为例 李玉虎
- 233 角色定位与功能实现:信用评级机构的
“看门人”机制探究 杨 光
- 246 规制绩效及其测度理论初探 郑汉杰

四、立法笔谈:中国竞争法制度的 发展与完善

- 273 关于完善我国竞争法律制度的总体性
思考 王先林
- 278 发展中的中国竞争法体系 孟雁北
- 284 稿约

一、经济法基础理论

经济法思维的构造

甘 强*

摘要:经济法的思维构造包括纵向结构和横向结构。就纵向而言,它是指主体融合经济法思维方式和解决方法解决生活世界中具体问题的过程,其内在结构包括经济法思维方式和思维方法,前者主要包括整体观、差异化和开放性,而后者则是主体在解决问题时所运用的法内和法外技术工具,主要包括经济解释和经济政策;就横向而言,是由其依赖的社会结构所决定的,其内在逻辑是:市场自治是基础,但市场自治会失灵,因此需要国家干预,但国家干预也会失灵,而社会实施可以对其进行补充,因此经济法思维主要表现为国家干预和社会实施。如果进行综合考量,经济法思维可以表述为:经济法主体带着“经济法的思考”去解决生活世界中问题时的方法,主要包括国家干预思维、社会实施思维、经济解释思维、经济政策思维和规制规则思维。

关键词:经济法思维 国家干预思维 社会实施思维 经济解释思维 经济政策思维 规制规则思维。

一、问题的提出

经济法的产生和发展,是法制史上最为引人注目的事件之一,也是20世纪人类文明发展的重要成果^①,但经济法作为现代法,的确在许多地方都不

* 甘强,法学博士,西南政法大学副教授。

① 张守文:《中国经济法学的回顾与前瞻》,载杨紫煊主编:《经济法研究》(第1卷),北京大学出版社2000年版。

同于传统法,这也让很多人对其不理解。笔者一直在思考,为什么会出现这样的情况呢?答案可能是经济法具有较为独特的思维。

我们以“脑白金里有金砖”这个小案例来引入为什么要研究经济法的思维。脑白金是珠海康奇有限公司生产的保健品,脑白金包装物右下角图案中标注“脑白金里有金砖”,图案还特别标明“上海老凤祥特别打造的99.99%金砖”和“价值5000元”等文字。该商品“脑白金里有金砖”的广告宣传引起了很多消费者的注意,2007年,全国已有近500位消费者在购买脑白金后纷纷将脑白金生产厂家和当地销售商告上法庭,以欺诈和广告虚假宣传为由,向其索要金砖或要求双倍赔偿。^②本案的审理在中国的司法实践中出现了完全不同的结果:一是原告胜诉。例如,深圳福田法院就作出原告消费者胜诉的判决,判决认定脑白金有欺诈行为,需双倍赔偿消费者损失。二是原告败诉,大多数法院的判决理由是“脑白金里有金砖”应认定为一则广告语,按照普通消费者的认知水平和识别能力,尚不足以因此广告语而认为购买产品必得金砖。由此可见,前者是将消费者视为交易的个人,进而判定其受到欺诈;而后者,则将消费者视为一个特定群体,进而不认定为欺诈。本案的启示是,同样的事实,采用不同的思维方法,会有不同的结果,因此可能存在一种不同于传统私法思维方法的经济法思维。

当然,除了在司法领域可能存在不同的思维,在立法领域,经济法也呈现出不同的特点,例如,在《消费者权益保护法》中,不是依据传统的权利—义务对等模式来调整社会生活,而是只赋予消费者权利却不规定其义务,以及只设置经营者义务而不赋予其权利,这可能是通过国家干预来达到差异化保护的目。而在执法领域,经济法可能比较重视社会团体的功能来克服市场失灵和干预失灵。以上现象都可能与经济法思维有关,这促使笔者有了专门研究经济法思维的想法。

总的来讲,目前对经济法思维进行专门研究的成果较少,如果我们在cnki里用“经济法思维”作篇名关键词搜索,截至2017年4月,仅有6

^② 依据当时《消费者权益保护法》第49条的规定,即:经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。

篇文章^③,而且还有1篇虽然在标题里有“经济法思维”,但只是在讨论经济法的发展方向,与我们所讨论的没有关系。^④ 硕博士论文也只有1篇,即《经济法司法实施之应用研究——以“民商事”审判中经济法思维引入为视角》^⑤,而后,此论文被改写为专著:《“民商事”审判中经济法思维之运用》^⑥,这也是目前研究经济法思维的唯一一本专著。从研究内容来看,除了这本专著对什么是经济法思维有明确界定外,其余所有的研究都没有对其定义。这本专著认为:经济法思维是法官在经济法理念的指导下,寻找或选择能得出最符合经济法理念结论的法律适用方法,这是经济法思维的过程。^⑦

显然,这种对经济法思维的认知还是局限在传统的司法领域,但其实我们可以有不同的视角,正如有学者在研究商法思维时,就认为其包括了商法中的民法思维、政治思维、商事习惯思维、技术思维、伦理思维、交易配置思维等。^⑧ 这种多角度的研究方式,应当能比较全面地认知经济法的思维,但笔者认为,如果要深入认识并揭示出经济法思维的特性,我们还需要对其构造进行深入研究,可能的路径有两个,其一,从传统法学对法律思维的认识着手,依据法律思维这一上位概念来分析经济法思维的纵向结构;其二,根据经济法在发展过程中所展示的内在逻辑,来探讨经济法思维的横向结构。当然,更为重要的是,我们希望在上述两个分析路径的研究基础上,总结出更为明晰和简洁的经济法思维表达,从而为经济法思维的实践运用奠定一定的理论基础。

③ 这6篇是:吴越:《经济法思维的宪法指向——兼论经济法学的历史命运》,载《法学论坛》2013年第3期;颜运秋:《经济诉讼理论的经济法思维》,载《山东警察学院学报》2006年第4期;吴凤君:《论商法思维——与经济法思维的比较》,载《中国商法年刊》2013年10月31日;李胜蓝:《解决“三农”问题的经济法思维——以完善农村公共产品供给机制为例》,载《兰州学刊》2006年第3期;金励:《论户籍制度改革中的经济法思维——以重庆市的户籍制度改革为视角》,载李昌麒、岳彩申主编:《经济法论坛》,群众出版社2013年版;李晓郭:《司法审判呼唤经济法思维》,载《中国社会科学报》2015年12月2日,第005版。

④ 吴越:《经济法思维的宪法指向——兼论经济法学的历史命运》,载《法学论坛》2013年第3期。

⑤ 徐子良:《经济法司法实施之应用研究——以“民商事”审判中经济法思维引入为视角》,华东政法大学博士论文,2010年。

⑥ 徐子良:《“民商事”审判中经济法思维之运用》,法律出版社2012年版。

⑦ 同上书,第42页。

⑧ 参见曹兴权教授主讲的西南政法大学网络课程“商法的思维”(慕课),<http://mooc1.chaoxing.com/course/86394631.html>,最后访问时间:2016年10月10日。

二、经济法思维的纵向结构:基于传统法理学路径的分析

(一) 经济法思维纵向结构的基本说明

从法理学的路径分析,经济法思维属于法律思维的一种,因此要认识经济法思维,就应当回到法律思维本身上去。而对于法律思维,虽然学界有不同的观点,甚至有学者认为不存在法律思维^⑨,但主流的观点仍然坚持认为法律思维有重要的意义。^⑩ 根据专门性的研究^⑪,维纳克认为思维应当是主体在先习得知识与反应结果之间的沉思过程,遵循这样的思路,法律思维指的是法律思维主体对法律的理性沉思过程,即主体带着有关“法律的思考”的认识,从法律的立场出发,运用法律方法解决具体问题的沉思过程,也是主体通过具体问题对法律的反映、再认识和再把握的过程。从这一视角,我们可以认为,“法律思维,系指生活于法律的制度架构之下的人们对于法律的认识态度,以及从法律的立场出发,人们思考和认识社会的方式,还包括在这一过程中,人们运用法律解决问题的具体方法。”^⑫ 进一步分析,法律思维是法律思维方式和法律思维方法的结合,因此法律思维的构造包括两个部分,即法律思维方式和法律思维方法。思维方式是指思维习惯、思维定式、思维形态、思维模式和思维传统等,而思维方法则指的是思维逻辑的应用方法。正如有学者所分析的,“当法律思维作为思维方式,它的一端便连接着法律的形而上层面,联系着法律和法律人的文化内蕴、品格和精神需求;当法律思维作为思维方法时,它的另一端便连接着法律的形而下层面,它在对解释、推理、论证等法律方法的探索中使法律为人们的生活提供了更为理性的安排”^⑬。或者我们可以更为简明地表述为:法律方式是指法律思维的视角、立场、模

^⑨ 例如苏力就认为:“‘像个法律人那样思考’是深嵌在英美法和美国法学教育传统中的一个命题。其原意从来也不是说,也不意味,法律人有什么独一无二的思维、思维特点或思维方式,仅仅是针对法学院一年级新生的要求,希望他们尽快熟悉英美法的基本制度环境以及分析推理的一些基本技能。”参见苏力:《法律人思维?》,载《北大法律评论》2013年第2期。

^⑩ 例如,郑成良:《论法治理念与法律思维》,载《吉林大学社会科学学报》2000年第4期;陈金钊:《法律思维及其对法治的意义》,载《法商研究》2003年第6期;孙笑侠:《法律人思维的二元论》,载《中外法学》2013年第6期。

^⑪ 范春莹:《法律思维研究》,法律出版社2012年版,第33—34页。

^⑫ 谌洪果:《法律思维:一种思维方式上的检讨》,载《法律科学》2003年第2期。

^⑬ 同上。

式、习惯和传统等,属于法律的形而上层面,决定着思维展开的方向;法律方法是指主体解决法律问题所应用的工具,包括解释、推理、论证等法律方法,属于法律的形而下层面,表现为主体在解决法律问题时所运用的技术。

因此,经济法思维是主体融会经济法思维方式和经济法思维方法解决生活世界中具体问题的过程,同时也是对经济法本身再认识和再把握的过程,其内在结构包括经济法思维方式和经济法思维方法,前者是指主体在解决问题时,所表现出的经济法思维的视角、立场、模式、习惯和传统,而后者则是主体在解决问题时所运用的技术工具。^⑭

(二) 经济法思维纵向结构的具体分析

1. 经济法的思维方式

总体来讲,经济法的思维方式主要表现为整体观、差异化、开放性三个特征。

所谓整体观,是指主体在解决问题时,不只关注个体的权利和利益,而往往从整体社会的视角出发,以社会利益为本位,协调处理各类主体的利益关系。^⑮例如在市场规制法领域,如果两家企业自愿合并,从个体的社会观来分析,这应当属于两家企业自己权利的行使,但在整体观看来,如果企业合并导致垄断,就可能被禁止,比如2009年可口可乐收购汇源果汁,就被我国商务部禁止。再如在宏观调控法领域,以美国2008年金融危机为例,许多重量级的金融机构濒临倒闭,如果按照个体的社会观,这属于企业自己的事,但美

^⑭ 有学者认为经济法思维是法官在经济法理念的指导下,寻找或选择能得出最符合经济法理念结论的法律适应方法,这是经济法思维的过程。徐子良:《“民商事”审判中经济法思维之应用》,法律出版社2012年版,第42页。这种认识方式与本文类似,但存在很大的不同,首先,他将主体局限为法官,而我们没有限定;其次,他将适用领域限为司法领域,而我们认为经济法思维在所有实践中都可以运用,因此是一种开放的认知。

^⑮ 要深入理解这种思维方式,就必须回到社会学对社会的认识。自孔德开创社会学以来对社会的认识一直就有两大传统:唯实论和唯名论。实证社会学派的孔德、斯宾塞、马克思、涂尔干等认为社会是一个抽象于具体个人而存在的客观实体,它有其自身的发展规律。人之于社会,正如细胞之于人,社会一经产生就成为与个人不同的更高的独立层次。人文主义社会学派的腾尼斯、韦伯则认为社会只是一种假象,它不过是由于具体的人的相互联系而组成,不能“只见社会不见人”,因此更应该注重个人的研究。而当今对社会的认识正趋于上述两种传统的融合,哈贝马斯、吉登斯、布迪厄、福柯已提出反对主客二原论思维方式。我国社会学创始人费孝通在总结其一生的学术研究时就指出社会的确是一个实体,但个人是这个实体活的载体,是可以发生主观作用的实体,社会和个人是相互配合的永远不能分离的实体。我们把这种社会观称为整体观。传统私法的思维方式其实是一种唯名论的社会观,而经济法则整体观。