

共和国六十年法学论争实录

江平/总主编

DF08217
6(7)

江平

民为邦本

法治天下

经济法卷

朱崇实/主编 | JINGJIFA JUAN

著名法学家、中国政法大学终身教授 江平 总主编

再现六十年法学历史进程的恢弘之作

以史家的笔法真实记录法学重要问题论争

首次以“实录”的方式研究法学学术史



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

共和国六十年法学论争实录

江平/总主编

经济法卷

朱崇实/主编 | JINGJIFA JUAN
刘志云/副主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

共和国六十年法学论争实录·经济法卷/朱崇实主编. 厦门:厦门大学出版社,
2009.10

(共和国六十年法学论争实录/江平总主编)

ISBN 978-7-5615-3394-9

I. 共… II. 朱… III. 经济法-法学史-中国-1949~2009 IV. D909.27

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 184507 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

厦门集大印刷厂印刷

2009 年 10 月第 1 版 2009 年 10 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:25 插页:3

字数:452 千字 印数:1~5000 册

定价:50.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



自1949年10月1日开国大典至今,新中国走过了不平凡的历程。六十年风雨砥砺,沧桑巨变。抚今追昔,展望未来,令人感慨万千。

新中国建立后,由于废除了国民党的“六法全书”,全盘学习苏联,建立了权力高度集中的经济体制和政治体制,民主法治缺乏必要的社会经济基础和政治基础,因而法律工具主义(实用主义)、法律虚无主义盛行。共和国前30年,民主法治建设遭受严重挫折,“文化大革命”期间甚至出现了“无法无天”的局面。1978年十一届三中全会之后,以市场化为取向的经济体制改革不断深入,为民主法治建设奠定了必要的社会经济基础,而依法治国方略的确立则为民主法治的发展提供了必要的政治条件,民主法治建设由此走上了正轨,呈现出欣欣向荣的景象。今天,我国的法律体系日趋完备,司法运行机制基本健全,公民法律意识普遍加强。但是,我们应当清醒地认识到,依法治国、保障人权虽然已经写进了宪法,但是离真正实现还有漫长的道路。

与社会主义民主法治进程相适应,我国法学理论发展大体上也以1978年为界分为前后两个时期:前一个时期的法学理论受到法律工具主义和国家意志主义的支配,具有浓厚的意识形态色彩。在那段时期,法律被认为是统治阶级意志的体现,是阶级专政的工

2 总序

具,人类社会创造的一切法律文化和法律文明都被视为剥削阶级的法学而遭受彻底的否定,正常的法学学术讨论变成“打棍子”、“扣帽子”的政治运动,大批法学教授被打成右派,成为阶级专政的对象,法学因此丧失了科学性而沦为一定意识形态的奴仆,法学园地一片荒芜。后一个时期的法学理论随着民主法治的进步逐渐得以重建与发展,从构建法学的基本理论开始,法学界以极大的热情投入到改革开放的伟大实践中去,研究改革开放过程中不断涌现的新问题,为解决实践中的难题提供理论支持,为社会主义民主法治建设献计献策,法学也从以往的“荒蛮之地”发展为日益繁荣的“显学”。近年来,我国法学理论研究彻底抛弃法律工具主义和法律虚无主义观念,逐渐摆脱了对特定意识形态的依附,有了对国家民主法治的独立的价值判断和理论追求,法学理论体系的框架初见端倪。法学不仅仅是一门“显学”,而且已成长为一门科学。然而,我国法学的成长并非一帆风顺。总体而言,我国法学的成长面临着两大问题:一是旧观念的束缚。新中国成立以后逐渐形成的特定的意识形态,如阶级斗争理论、法律工具主义观念等,是横亘在我国法学成长道路上巨大的理论障碍。法学研究必须摆脱这些旧的观念的束缚,必须冲破这些理论樊篱,才能获得成长。二是由于在很长时期内,对人类社会一切法律文明都持否定态度,导致了我国法学严重的先天不足,相关知识匮乏,研究视野狭窄,理论水平低下,“幼稚的法学”曾是较长时期内人们对法学的基本评价。法学要发展,法律人就必须发愤努力,扩大理论视野,吸收人类社会一切法律文化和法律文明的知识养分,以后天的努力来弥补先天的不足,摘掉“幼稚”的帽子。

经过改革开放30年来所有法律人的艰苦努力,站在今天的角度,我们可以乐观地说,我国法学基本解决了上述两大问题,法学理论中的意识形态色彩逐渐褪去,法学不再是“幼稚”之学,我国法学成长起来了!

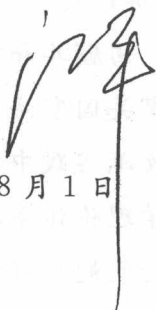
在共和国 60 年的历程里,虽然 20 世纪 50 年代即有关于“法的阶级性与继承性”的讨论,但是,这些论争的声音极为微弱,合理的意见和主张非但不能进入主流,反而被作为“反党反社会主义”的谬论加以批判。最能集中体现法学成长的当属改革开放以来发生在法学各个学科领域的一次又一次的论争。从 20 世纪 80 年代的“法的本质”的论争、“法治与人治”的大讨论、民法调整对象之争、无罪推定的争议,到 90 年代的公私法理论讨论、免于起诉制度存废之争,再到新世纪由北大法学教授的一封“公开信”引发的《物权法(草案)》“违宪”大论战,关于沉默权、废除死刑、死刑复核程序、辩诉交易、宽严相济刑事政策的争论等,无不引起全社会的关注。回顾共和国 60 年来尤其是改革开放以来法学的论争,其间既有关国家法治前途的重大理论问题(如法治还是人治问题),也有改革实践中提出的具体实际问题(如国有企业改革问题),还有法学理论体系构建层面的一般学术问题(如民法学中的物权行为理论问题),可谓千姿百态。与五六十年代的动辄政治运动、上纲上线不同,改革开放以来的法学论争,主要是在学术层面上展开,基本做到了百家争鸣。这也从一个侧面表明我国法学理论研究趋于理性,日臻成熟。

60 年来,我国法学的发展如同唐僧西天取经那样,历经波折,备尝艰辛,其间的经验教训是一笔宝贵的财富,值得记录总结,留给后人评判。有鉴于此,《共和国六十年法学论争实录》试图以史家的笔法,以“实录”的方式,从学术史的层面上再现共和国 60 年历史进程中发生的一次又一次关于法学重要问题的论争,从一个侧面揭示我国法学从“荒蛮之地”走向“显学”,从“幼稚之学”走向成熟,与时俱进、不断开拓的历程。《实录》参照我国法学学科的划分,分为法理学卷、宪法卷、行政法卷、民商法卷、刑法卷、诉讼法卷、经济法卷和国际法卷,由一批具有较高学术成就的中青年学者担任主编。各卷的主编多是改革开放以来法学论争的见证者或参

4 总序

与者,他们的勇于担当,必将使《实录》的初衷得以更好的实现。读者不仅能从其间领略到我国法学成长过程的点点滴滴,同时也能真切感受到共和国60年民主法治与法学发展的艰辛历程。

以“实录”的方式再现共和国60年间发生的法学论争,这在我国法学学术史的理论研究方面还是第一次。民为邦本,法乃公器。我期待并且相信,《实录》的组织编写和出版必将有助于促进法治精神的传播,使法治精神进一步体现在民众的言论和行动中,落实到国家的法律政策中。法治天下,其日可待。



2009年8月1日



总 序/江 平

导 论

中国经济法学 30 年的论争与展望	(1)
一、中国经济法学 30 年发展历程回顾	(2)
(一)有计划的商品经济时期的经济法学	(2)
(二)市场经济条件下的经济法学	(5)
二、中国经济法学 30 年发展的主要成就	(8)
(一)经济法学对传统法学理论的超越与突破	(8)
(二)经济法学推动了社会主义市场经济体制的建立与完善	(14)
三、中国经济法学 30 年发展存在的不足	(17)
(一)经济法理论研究存异有余,求同不足	(17)
(二)经济法学理论研究的本土化有待加强	(17)
(三)经济法的主流研究范式欠缺	(18)
(四)国有资产管理法研究滞后	(20)
(五)对经济诉讼的研究不够	(20)
(六)对经济法责任的国际冲突与协调研究不足	(21)
(七)对经济法与其他部门法的交叉研究薄弱	(23)
四、中国经济法学研究的未来展望	(23)
(一)经济法基本理论一般共识的达成	(24)
(二)经济法学研究将回应新鲜的时代命题	(24)

2 共和国62年法学论争实录·经济法卷

(三)经济法学研究将向区域化、国际化方向发展	(25)
(四)法律经济学的分析方法将在经济法学研究中 逐步实现本土化	(26)
(五)经济法学研究将关注与其他部门法的协调发展	(26)
参考文献	(27)

第一专题

经济法独立性之争	(31)
一、引言	(32)
二、经济法独立性论争的缘起	(34)
(一)“大经济法”时期	(34)
(二)“纵横统一论”占主导地位时期	(38)
三、经济法独立性论争的转折	(46)
(一)管理—协作论和密切联系论	(47)
(二)经济行政法论	(47)
(三)经济管理关系论	(47)
(四)企业经营管理法论	(49)
四、经济法独立性地位的确立	(49)
五、经济法将与其他部门法协调发展	(56)
(一)经济法与宪法的协调发展	(58)
(二)经济法与民法的协调发展	(59)
(三)经济法与行政法的协调发展	(61)
六、结束语	(62)
参考文献	(63)

第二专题

经济法定义之争	(67)
一、引言	(68)
二、有计划的商品经济时期的经济法定义	(70)
(一)初创阶段的经济法定义(1978—1986年)	(70)
(二)调整修正阶段形成的经济法定义(1986—1992年)	(78)

三、建立社会主义市场经济时期的经济法定义	(83)
(一)迅速发展阶段的经济法定义(1992—2001年)	(83)
(二)全面发展阶段的经济法定义(2001年至今)	(90)
四、结束语	(94)
参考文献	(96)

第三专题

经济法调整对象之争	(101)
一、引言	(102)
二、经济法调整对象之争的症结:划分部门法的标准	(103)
(一)传统的部门法划分标准	(103)
(二)经济法对传统的部门法划分标准的挑战	(106)
三、初创阶段经济法调整对象的肯定 与否定之争(1978—1986年)	(108)
(一)经济法调整对象否定论	(108)
(二)经济法调整对象肯定论	(109)
四、调整修正阶段的经济法调整对象之争(1986—1992年)	(117)
(一)管理—协作论和密切联系论	(117)
(二)经济行政法论	(118)
(三)企业经营管理法论	(118)
(四)经济管理关系论	(118)
五、迅速发展阶段的经济法调整对象之争(1992—2001年)	(120)
(一)迅速发展阶段的经济法调整对象研究概说	(120)
(二)迅速发展阶段经济法调整对象研究的特点	(125)
六、全面发展阶段的经济法调整对象之争(2001年至今)	(126)
(一)全面发展阶段的经济法调整对象研究概说	(126)
(二)全面发展阶段经济法调整对象研究的特点	(129)
七、对经济法调整对象之争的反思	(130)
(一)经济法调整对象研究路径的反思:得失参半	(130)
(二)经济法调整对象的历史演变:与时俱进	(135)
八、结束语	(138)
参考文献	(139)

第四专题

宏观调控法之争	(143)
一、30年来宏观调控法研究概况与主要论争	(144)
(一)30年来宏观调控法研究概览	(144)
(二)30年来宏观调控法研究的主要论争	(158)
二、“宏观调控”与“宏观调控法”的概念之争	(173)
(一)“宏观调控”的概念之争	(173)
(二)“宏观调控法”的概念之争	(176)
三、宏观调控法体系之争	(178)
(一)我国宏观调控法的体系之争	(178)
(二)《宏观调控基本法》与《稳定增长法》的讨论与立法实践	(184)
四、宏观调控行为的可诉性之争	(189)
五、结束语	(191)
参考文献	(192)

第五专题

金融法体系之争	(199)
一、引言	(200)
二、20世纪80年代有关金融法体系的争论	(200)
三、20世纪90年代以来金融法体系的争论	(201)
(一)1995年以前的金融法体系研究	(202)
(二)1995年以后的金融法体系研究	(202)
四、21世纪初有关金融法体系的争论	(204)
五、结束语	(207)
参考文献	(207)

第六专题

金融经营与监管模式之争	(209)
一、引言	(210)
二、金融业经营模式：分业抑或混业之争	(212)
三、金融监管体制：分业监管抑或混业监管之争	(214)

(一)20世纪80年代关于金融监管模式的讨论	(214)
(二)20世纪90年代关于金融监管模式的讨论	(215)
(三)21世纪初对金融监管模式的争论	(219)
四、结束语	(228)
参考文献	(228)

第七专题

税收法律关系性质之争	(231)
一、引言	(232)
二、税收法律关系性质无争论阶段(1986—1988年)	(234)
(一)教材专著方面	(234)
(二)论文方面	(235)
(三)小结	(235)
三、税收法律关系性质有论无争阶段(1989—1998年)	(236)
(一)教材著作方面	(236)
(二)论文方面	(239)
(三)小结	(241)
四、税收法律关系性质有论有争阶段(1999—2009年)	(242)
(一)论文方面	(242)
(二)教材专著方面	(250)
(三)小结	(256)
五、结束语	(257)
参考文献	(261)

第八专题

反垄断执法机构之争	(267)
一、引言	(268)
二、反垄断执法机构设置模式	(269)
(一)设立隶属于国务院的专门机构	(270)
(二)指定现有机构承担反垄断职责	(272)
(三)设立隶属于全国人大的专门机构	(274)
(四)司法机关承担反垄断职责	(275)

三、反垄断执法机构的职权	(276)
(一) 职权类型	(276)
(二) 反垄断与反不正当竞争执法权合一还是分离?	(278)
(三) 行政性垄断的处理权	(280)
(四) 反垄断执法权与行业监管权	(281)
四、结束语	(282)
参考文献	(283)

第九专题

行政性垄断之争	(285)
一、引言	(286)
二、行政性垄断界定之争	(287)
(一) “行政性垄断”的概念是否恰当	(288)
(二) 何为行政性垄断	(288)
(三) 国家、国务院是行政性垄断主体吗?	(290)
(四) 行政性垄断的表现形式	(292)
三、行政性垄断控制之争	(293)
(一) 行政性垄断成因分析	(293)
(二) 法律控制、体制改革还是综合治理	(294)
(三) 行政法控制还是反垄断法控制	(296)
(四) 温和惩戒还是严厉处罚	(297)
四、结束语	(299)
参考文献	(300)

第十专题

仿冒行为之争	(303)
一、引言	(304)
二、假冒他人注册商标就是侵犯注册商标专用权吗?	(305)
三、仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的认定	(308)
(一) 知名商品与商标驰名或著名的商品、获奖商品的关系	(309)
(二) 被仿冒的商品即为知名商品?	(310)
(三) 特有商品名称应当受到专门保护吗?	(312)

四、擅自使用他人企业名称或姓名之认定	(314)
(一)企业名称使用中地域、行业限制的合理性	(314)
(二)企业名称是否应当知名?	(316)
(三)企业名称权的性质及其与商标权的关系	(318)
五、结束语	(321)
参考文献	(321)

第十一专题

消费者权益保护法上的“消费者”之争	(323)
一、引言	(324)
二、“知假买假者”是否属于消费者?	(325)
(一)肯定论	(325)
(二)否定论	(328)
(三)争鸣期	(330)
三、单位是否属于消费者?	(332)
(一)否定论	(332)
(二)肯定论	(333)
四、商品房购买人是否属于消费者?	(334)
(一)否定论	(334)
(二)肯定论	(335)
五、患者是否属于消费者?	(337)
(一)否定论	(337)
(二)肯定论	(339)
六、结束语	(340)
参考文献	(341)

第十二专题

外商投资立法模式之争	(345)
一、引言	(346)
二、20世纪80年代外商投资立法模式之争	(347)
三、20世纪90年代外商投资立法模式之争	(348)
四、21世纪有关外商投资立法模式之争	(350)

五、结束语	(352)
参考文献	(352)

第十三专题

关于环境法调整对象的论争	(355)
一、引言	(356)
二、环境法的调整对象——人与人之间的关系	(357)
三、调整论	(358)
四、环境社会关系和人与自然关系的辩证统一	(361)
五、环境法的调整对象——与环境有关的行为	(362)
六、结束语	(363)
参考文献	(363)

第十四专题

关于环境权的论争	(365)
一、引言	(366)
二、环境权的概念之争	(367)
三、环境权的性质之争	(368)
(一)人权说	(368)
(二)人格权说	(370)
(三)自得权说	(370)
(四)习惯权利说	(371)
四、环境权的特征之争	(371)
五、环境权的主体之争	(372)
(一)环境权主体只包括公民	(372)
(二)环境权主体包括公民和国家	(373)
(三)环境权主体包括公民、组织团体和国家	(373)
(四)环境权主体包括公民、组织团体、国家和人类	(374)
(五)环境权主体也包括自然体	(374)
(六)环境权主体只是人类	(375)
六、环境权的客体之争	(375)
(一)一元论	(375)

(二)多元论	(376)
七、公民环境权的内容之争	(376)
(一)实体性环境权	(377)
(二)程序性环境权	(378)
八、结束语	(380)
参考文献	(381)
后记	(383)



中国经济法学30年的论争与展望

Dao Lun