

Economic

# 经济法

# 研究

第13卷

■ 主编 张守文

清华大学出版社  
UNIVERSITY PRESS



014038815

D912.290.4

01

V13

《经济法研究》实行匿名审稿制

# 经济法研究

第13卷

张守文 主编



D912.290.4

01

V13



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



北航

C1726206

## 图书在版编目(CIP)数据

经济法研究. 第13卷/张守文主编. —北京:北京大学出版社, 2014. 4  
ISBN 978-7-301-23874-5

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(2014)第020563号

书 名: 经济法研究(第13卷)

著作责任者: 张守文 主编

责任编辑: 郭瑞洁

标准书号: ISBN 978-7-301-23874-5/D·3526

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>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027  
出版部 62754962

印 刷 者: 三河市博文印刷厂

经 销 者: 新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 21印张 355千字

2014年4月第1版 2014年4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](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

## 卷 首 语

本卷分为“本卷特稿”“经济法学学科建设笔谈”“经济法基础理论”“宏观调控法”“市场规制法”“文化产业立法专题”“博士生论坛:法学视野中的市场与国家关系”七个部分。

“本卷特稿”专栏刊发了两篇文章。杨紫烜教授的《关于竞争法的若干问题》一文,对竞争概念、竞争法调整对象和竞争法的定义提出了新的解读,进而探讨了竞争法的部门法地位和法域属性问题,并就现行《反不正当竞争法》的修改提出了详细的建议,强调应重设新的经济审判庭以强化竞争法的实施,为经济法实施提供可靠的司法保障。李亢博士的《论我国特许经营合同规制的制度设计》一文,认为需要从签约主体、协议期限、风险负担、政府承诺、价格机制,以及特许经营合同标准化与争议解决等方面,完善我国特许经营合同规制的法律制度,以促进公私合作,均衡私人利益与社会公共利益,妥善处理政府与市场关系,引导经济社会良性运行。

“经济法学学科建设笔谈”专栏刊发了徐孟洲教授的《中国人民大学经济法学科的创立与建设》、冯果教授的《关于经济法平台课程群建设的实践与思考》、杨松教授和闫海副教授的《学术平台、学科方向与人才培养——辽宁大学经济法学科建设的回顾与展望》、刘大洪教授的《转变与融合:经济法学科建设的心得体会》、叶姗副教授的《北京大学法学院经济法类课程建设述要》。上述作者分别介绍了所在院校经济法学科建设的有关情况,并就经济法学科建设的未来发展提出了建设性的意见,尤其有助于促进不同院校经济法学科建设之间的相互交流和共同提高。

“经济法基础理论”专栏共刊发了三篇论文。席月民研究员的《中国经济法治创新的着力点与挑战》一文,论述了市场经济法治创新的内涵与原则,分析了市场经济法治创新的理论依据与着力点,以及市场经济法治创新所面临的主要挑战,强调中国当前的市场经济法治创新必须以科学建构体系化的善法为最终目标,坚持以消费者为本、以市场导向为用、以法律伦理为纲、以本土法律资源为体、以公平和效率兼顾为目的的原则,同时,法律信仰理论、法律不完备理论以及诠释法律与法律诠释理论为市场经济法治创新提供了重要的理论依据。邢会强副教授的《中国经济法学研究的规则经济法转

向》一文,总结了中国经济法学研究的四种类型,提出规则经济法导向作为中国经济法研究走向常规科学研究的判断标准,并具体论述了规则经济法研究的主要任务和内容,强调要研究好规制经济法原理,应当立足中国经济法治建设实践,贯通经济法总论与分论研究,引入实证研究和法律经济学分析等研究方法和工具,不断提炼出经济法的规则原理,从而打通经济法理论与实践的关节。肖京博士的《社会诚信危机的社会法应对》一文,认为当前社会诚信危机的根源在于我国当前社会发展与政治、经济、文化、法律发展的不平衡,其有效应对可以从政治、经济、文化、法律等多个方面着手,其中社会诚信法律制度建设是连接这些手段的关键点;应对我国当前的社会诚信危机,需要进一步加强社会法理论研究和制度完善。

“宏观调控法”专栏共刊发四篇论文。滕祥志教授的《中国税法实务中的“透视”案例盘点——以非居民企业股权转让为视角》一文,强调出于保障国家税收主权的需要,中国税收执法实践越来越多地运用税法透视原理来加强税收征管,以堵塞税收漏洞。孙放副教授的《中国政府投资法律制度建设的“量效背反”:困境、根源与出路》一文,剖析了我国政府投资法律制度建设的现实成效上呈现出的“量效背反”的悖论现象,指出了导致这些悖论的直接形成因素和深层次原因,强调政府投资的核心价值在于公民权利的实现与公民福利的增进,必须进一步推动政府投资制度转型。缪因知博士的《矿产油气业国企境外投资之治理风险:案例考察》一文,认为随着经济全球化的加深和各国投资者保护水平的普遍增加,跨国经营风险将越来越大,国企在尝试境外投资前应该建立产权明晰、分权制衡、互相监督约束的机制,而加强国资委的监控未必能有效减少境外投资风险。吴天宇博士的《税收法定主义抑或税收收入法定主义?——税收功能视角下的税收法定理论简析》一文,认为经典税收法定理论无法有效解释多元化的税收功能,导致了税收法定主义与调控实践之间的一些问题,故有必要重视税法各种现代功能的现实需要,协调和平衡不同的权利保护框架,以丰富和拓展既有的税收法定理论。

“市场规制法”专栏共刊发两篇论文。韩伟博士的《经合组织2011年合并救济论坛介评》一文,介绍了2011年6月经合组织竞争委员会召开的合并救济论坛针对各国面临的突出问题的研讨成果,并就反垄断执法中的合并救济问题,进行了微观制度层面的分析,提出了一些有价值的观点和建议。杜若英博士的《论反垄断损害赔偿之诉的间接购买者适格——以转嫁为中心》一文,通过对美国联邦司法和欧盟地区关于间接购买者适格和转嫁适用经验

的介绍、比较、分析,指出了我国目前构建间接购买者适格理论需要注意的问题、具体方法及其理由。

“文化产业立法专题”专栏共刊发三篇论文和一篇译文。权金亮博士的《日本1970年代观光产业法制的变迁及背景》一文,介绍了日本构建以《观光基本法》为龙头的比较完善的观光产业法律体系的域外经验,认为旅游观光业是文化产业的重要组成部分,旅游观光产业立法有助于该产业的健康持续发展,并在实践中发挥了显著的积极作用。魏倩博士和高杰博士合作的《日本景观文化的法律与政策支持》一文,介绍了日本修订《文化财产保护法》时将景观文化纳入法律保护范围,使承载历史与现世文化的街道景观受到法律政策的扶植和保护,成为日本文化产业兴国的重要组成部分这一域外经验,梳理分析了日本景观文化政策,并指出其对我国文化强国政策之完善和丰富的借鉴意义。杨广平副教授的《日本文化立国的制度体系建设》一文,论述了日本2001年《文化艺术振兴基本法》的立法背景和立法构造,分析了日本文化产业振兴的政策重点和基本规划及相关制度保障体系,对文化产业振兴的财税援助制度进行了微观层面的分析,强调文化立国是适应现实社会发展状态的一项长期策略。李胡兴硕士和魏倩博士合作完成了日本《文化艺术振兴基本法》的全文翻译,为学界提供了不可多得的域外研究资料。

本卷继续开设“博士生论坛”专栏,主题为“法学视野中的市场与国家观念”,共刊发六篇文章,分别是陈铭聪的《政府特许经营的法律性质与监管问题研究》、李鲁岳的《市场与社会的另一种叙事——从〈大转型〉切入》、茅少伟的《合同自由的限制:目标、方法与后果》、周游的《中国公司之谜新探——从现代公司与国家的关系展开》、苏盼的《法律、产业政策与行业保护——评〈鹿特丹规则〉对中国国际班轮运输业的影响》以及夏戴乐的《反思作为国家市场边界的公共物品理论——以证券监管权配置为例》。这些文章从宪法学、法理学、民商法、公司法(经济法)、国际经济法、证券法(经济法)等不同的视角,运用不同的理论,围绕主题进行争鸣、切磋与交流,对于从法学视角全方位理解市场与国家关系,具有较为重要的参考价值。

当前,如何“打造中国经济升级版”,加快转变经济发展方式、保持经济持续健康发展是社会各界都非常关注的问题。经济法对于实现中国经济升级版,构建权利公平、机会公平和规则公平的调制机制,促进改革红利的稳定增长和公平分配,保障经济社会的良性运行和协调发展,有着重要的作用。《经济法研究》也一如既往地欢迎大家惠赐优秀研究成果,为实现中华民族

的伟大复兴贡献绵薄之力。

北京大学经济法学科的博士生何锦前、肖京、段礼乐、张东和覃甫政等，参加了本卷约稿、编辑等工作，在此表示感谢。同时，也感谢北京大学出版社法律部邹记东主任、郭瑞洁编辑长期以来的支持。

张守文

2013年5月20日

于北京大学经济法研究所

# 编者按

## 经济法学科建设笔谈

【编者按】学科建设是增进教学质量、培养优秀人才、提高科研水平的重要方面。经济法发蒙未久,学科建设也在不断的摸索之中。各个院校在长期教学科研过程中,形成了不同的特色和传统,积累了宝贵的经验。为了更好的推动经济法学科建设的发展,本卷特意开设了经济法学科建设笔谈,邀请不同院校的老师,介绍本院校经济法学科建设的成功经验,促进不同院校经济法学科建设之间的相互交流、吸收借鉴、共同提高、砥砺前行。

## 文化产业立法专题

【编者按】近年来,我国从文化事业和文化产业两个方面大力推进文化体制改革,公共文化服务体系框架基本建立,文化产业蓬勃发展。尽快建立符合经济社会发展需要的现代文化产业体系,是我国当前和今后一段时期的重要战略任务,其中涉及大量经济法理论和实践问题。为了借鉴国外在发展文化产业方面积累了丰富的经验,我们组织了“日本文化产业立法”这个专题笔谈,希望能推进与经济法相关的文化立法以及文化法学方面的研讨。

## 博士生论坛

【编者按】国家与市场关系,是一个历久弥新的话题。从司马迁善因论到斯密自然自由制度,对国家与市场关系的思考,一直没有停止。国家与市场关系,也是贯穿于经济法的一根红线,二者之间的张力与博弈不仅塑造了经济法的发生背景,也是经济法具体问题的彻底解决所必须回归的根本性问题。中共十八大报告,也将正确国家与市场关系作为重要的内容。因此,如何从法学视野认识国家与市场关系,对于推进法学理论研究的深入以及经济社会的科学发展,具有重要的意义。本期论坛特意选取法学视野中的国家与市场关系作为主题,邀请法理学、宪法学、民法学、经济法学等不同方向的青年才俊,从不同学科视角,围绕主题,展开讨论、交流与争鸣,希望对于相关研究的深化与实践的发展,有所裨益。



# 目 录

---

## 本卷特稿

- 3 关于竞争法的若干问题 杨紫烜  
13 论我国特许经营合同规制的制度设计 李 亢

## 经济法学科建设笔谈

- 35 中国人民大学经济法学科的创立与建设 徐孟洲  
47 关于经济法平台课课程群建设的  
    实践与思考 冯 果  
54 学术平台、学科方向与人才培养  
    ——辽宁大学经济法学科建设的  
    回顾与展望 杨 松 闫 海  
62 转变与融合:经济法学科建设的心得体会  
    刘大洪  
68 北京大学法学院经济法学类课程建设述要  
    叶 姗

## 经济法基础理论

- 81 中国市场经济法治创新的着力点与挑战 席月民  
 98 中国经济法学研究的规则经济法转向 邢会强  
 106 社会诚信危机的社会法应对 肖京

## 宏观调控法

- 121 中国税法实务中的“透视”案例盘点  
     ——以非居民企业股权转让为视角 滕祥志  
 140 矿产油气业国企境外投资之治理风险：  
     案例考察 缪因知  
 159 中国政府投资法律制度建设的“量效  
     背反”：困境、根源与出路 孙放  
 182 税收法定主义抑或税收收入法定主义？  
     ——税收功能视角下的税收法定  
     理论简析 吴天宇

## 市场规制法

- 191 经合组织 2011 年合并救济论坛介评 韩伟  
 208 论反垄断损害赔偿之诉的间接购买者适格  
     ——以转嫁为中心 杜若英

## 文化产业立法专题

- 227 日本 1970 年代观光产业法制的变迁及  
     背景 权金亮  
 233 日本景观文化的法律与政策支持 魏倩 高杰  
 243 日本文化立国的制度体系建设 杨广平  
 249 日本《文化艺术振兴基本法》 李胡兴译 魏倩校

## 博士生论坛：法学视野中的市场与国家关系

- 259 政府特许经营的法律性质与监管问题  
     研究 陈铭聪

- 271 市场与社会的另一种叙事  
——从《大转型》切入 李鲁岳
- 280 合同自由的限制:目标、方法与后果 茅少伟
- 288 中国公司之谜新探  
——从现代公司与国家的关系展开 周 游
- 296 法律、产业政策与行业保护  
——评《鹿特丹规则》对中国国际班轮  
运输业的影响 苏 盼
- 311 反思作为国家市场边界的公共物品理论  
——以证券监管权配置为例 夏戴乐

# Contents

---

## **Special Report**

- On Some Issues of Competition law Yang Zixuan 3
- On Institutional Design of the Franchise Contract Regulation  
in China Li Kang 13

## **Essays on Course Construction of Economic Law**

- The Subject Creation and Construction of Economic law in  
Renmin University of China Xu Mengzhou 35
- On the Practice and Thoughts of Economic law Platform Subject  
group construction Feng Guo 47
- Academic Platform, Academic Orientation and Talent Cultivation-the  
Retrospection and Expectation of Economic law Subject  
Construction in Liaoning University Yang Song, Yan Hai 54
- Transformation and Integration: the Experience of Economic  
Law in Subject Construction Liu Dahong 62
- Outline of Course Construction on Economic Law of Peking  
University Law School Ye Shan 68

**Basic Theory of Economic Law**

- The Exerting points and Challenges of Innovation for Law and  
Regulation on China's Market Economy Xi Yuemin 81
- A Regularization Turning of the Research on Economic Law  
in China Xing Huiqiang 98
- The Social Credit Crisis Response of Social Law Xiao Jing 106

**The Macro-control Law**

- Summary of "Perspective" Cases In Tax Law Practice In China  
—From The View of The Transfer of Equities of  
Non-resident Enterprises Teng Xiangzhi 121
- Risks And Defects of Governance for the Outbound Investment  
From Chinese State-owned Enterprises of Oil and  
Natural Gas Industry Miao Yinzhi 140
- "Opposite Quantities And Effects" of Legal System of Government  
Investment In China: Dilemma, Source and Way Out.  
Sun Fang 159
- Tax Legalism or Tax Revenue Legalism: an Analysis of the Theories  
of Tax Legality Under the Perspective of Tax Functions  
Wu Tianyu 182

**The Market Regulation Law**

- A Review of the OECD forum for Merger Remedies(2011) Han Wei 191
- On Standing Requirements of the Antitrust Injury of Indirect Purchaser  
Focus on Passing-on Doctrine Du Ruoying 208

**Essays on culture industrial legislation**

- Changes and Background of Tourism Industry Legislation in  
Japan in the 1970s Quan Jinliang 227
- Legal Regulation and Policy on Landscape Culture Protection  
in Japan Wei Qian, Gao Jie 233
- Strategies for Nation-Building Based on Culture and System  
Construction in Japan Yang Guangping 243
- Japan Basic Law for the Promotion of Culture and the Arts  
of Japan Li Huxing 249

**PhD Forum**

- The Research on the legal Nature and Regulation of  
Government Franchising Chen Mingcong 259
- Another Narrative of the Relationship Between the  
Market and Society Li Luyue 271
- Limitations on Freedom of Contract: Purposes, Methods and  
Effects Mao Shaowei 280
- A New Exploration of the Enigma of Chinese Corporation  
Law, Policy and Industry Protection Zhou You 288
- Criticisms of the Rotterdam Rules on Liability of  
Chinese Carriers. Su Pan 296
- Public Goods Theory Review: Taking Security Regulation as  
an Instance Xia Daile 311



本 卷 特 稿







# 关于竞争法的若干问题

杨紫烜\*

## 一、竞争法的概念

### (一) 竞争的概念

“竞争”这一概念有广义和狭义两种理解。《现代汉语规范词典》对“竞争”这一概念下的定义是：“双方或多方之间，为了各自的利益，通过自身力量的相互较量来争夺胜利。”<sup>①</sup>这里所说的“竞争”，是从广义上讲的。

相对于从广义上讲的“竞争”而言，竞争法中的“竞争”概念是从狭义上讲的。笔者认为，对于竞争法中的“竞争”概念，应该下这样一个定义：竞争法中的竞争，是指经营者之间在商品经济活动中为了获取更大的经济利益而进行较量的行为。该定义的基本含义有四：一是竞争是一种行为，是相互进行较量的行为；二是这种相互进行较量的行为发生在经营者之间，就是说，参与竞争的主体是两个或两个以上经营者；三是这种相互进行较量的行为是在商品经济活动中进行的；四是经营者之间相互进行较量的行为的目的，是为了获取更大的经济利益。这种竞争，可以称为市场竞争或经济竞争。

### (二) 竞争法的调整对象

笔者认为，竞争法的调整对象是，在反对垄断和不正当竞争过程中发生的经济关系，简称竞争监管关系。这就是说，在经营者之间发生国家禁止的排除、限制竞争行为或者发生不正当竞争行为时，国家为了反对垄断和不正当竞争，于是发生了竞争监管主体与经营者之间的竞争监管关系，这才是竞

---

\* 杨紫烜，北京大学法学院教授、博士生导师。

① 《现代汉语规范词典》，外语教学与研究出版社、语文出版社 2004 年版，第 699 页。