



法学学术

经济法专论

邱本 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



本书的出版得到了温州大学“重中之重”学科发展基金的资助，特此致谢！

经济法专论

邱本 著

图书在版编目(CIP)数据

经济法专论 / 邱本著. —北京: 法律出版社,
2014. 10
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6813 - 8

I. ①经… II. ①邱… III. ①经济法—研究—中国
IV. ①D922. 290. 4

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第204163号



经济法专论

邱本著

责任编辑 刘文科 李峰云

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787×960毫米 1/16

版本 2015年1月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 45 字数 638千

印次 2015年1月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6813-8

定价:80.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

我的经济法研究之路(代序)

1985 年,我带着对“经济法”最朴素的理解考入了吉林大学法学院经济法专业。在四年的学习过程中,我对学派林立、见仁见智、争鸣不断、尚无定论的经济法充满了好奇和兴趣。毕业时,我选择了“经济法的调整对象”作为我毕业论文的题目。当时,“经济法诸论”并存,它们对“经济法”有各自的理解,但它们对“经济法”一词中的“经济”,要么不作界定,要么泛泛而论。当时我认为,要正确认识经济法,首先要科学理解“经济法”中的“经济”。限于当时的认识水平,我认为,这里的“经济”既不是历史上的“自然经济”,也不是正在改革中的“计划经济”,更不是遥不可及的“产品经济”,而只能是“商品经济”。结合当时自己比较赞成的“经济管理说”,认为“经济法是调整商品经济管理关系的法律规范的总称”。不揣冒昧,我把该文寄给了《法律科学》杂志社,承蒙陈冰编辑的抬爱,该文发表在该杂志 1989 年第 6 期。这也是我正式发表的第一篇学术论文。

1992 年邓小平同志发表“南方谈话”,1993 年我国确立社会主义市场经济体制,给整个中国法学带来了巨大的影响,也给经济法带来了挑战和机遇,“经济法诸论”都在反思和调整自己的理论观点和体系结构。我顺理成章地把经济法当中的“经济”由“商品经济”替换为“市场经济”,并对“市场经济管理关系”作了进一步的分析。我经过长期的思考和不断的修正,对经济法逐渐形成这样的基本观点:经济法立足于市场经济,市场经济的本质属性是自由竞争,市场经济的自由竞争派生出限制竞争与盲目无序两种基本属性,这两种基本属性都会限制市场经济自由竞争,从而阻碍经济发展、社会进步和人类文明,为此国家必须进行市

市场监管以反对限制竞争、进行宏观调控以克服盲目无序,这样就形成了市场监管关系和宏观调控关系。由于既有的法律部门如民法和行政法都不能有效地调整这两类社会关系,因而需要一个新的法律部门即经济法来予以调整,这样,它们就构成了经济法的调整对象。上述经济法的调整对象决定了经济法的基本原则为市场监管原则和宏观调控原则,经济法的主体为市场监管者和宏观调控者,经济法的权力为市场监管权和宏观调控权,经济法的属性为以社会公共性为本位、以确认和规范国家干预为特征并具有社会法的属性,经济法的体系由反垄断法和反不正当竞争法等所组成的市场监管法和由计划法、财政法、金融法和产业政策法等所组成的宏观调控法共同构成。

在对经济法作出上述总体界定以后,我进一步对涉及经济法的一些关键词作出了自己的分析。如许多人把经济法体系的构成要素之一叫做“市场规制法”。但我认为与其叫做“市场规制法”还不如叫做“市场监管法”。因为就两者而言,“规制”这个术语比较生僻费解,但在大多数人看来,其基本的含义就是“管理”或“监管”(“监督管理”的简称),而且在我国目前立法或已有的法律名称中,叫的也是“监管”而不是“规制”,如“银行业监督管理委员会”、“保险业监督管理委员会”、“证券业监督管理委员会”及其相关的法律法规。所以,我认为叫“市场监管法”比叫“市场规制法”更好。但由于“市场监管法”的内容非常广泛,不仅包括经济法意义上的市场监管,而且还包括行政法意义上的市场监管,如果叫“市场监管法”的话,就会把一些行政法的内容纳入经济法的体系,导致本来就错综复杂、聚讼已久的经济法与行政法的关系更加“剪不断、理还乱”。即使是经济法意义上的市场监管,也包括宏观调控法方面的市场监管,如包括银行业、保险业和证券业监管在内的金融监管,但我们在理论上和习惯上都把金融监管视为宏观调控法特别是金融法的基本内容,如果把金融监管纳入市场监管法,势必破坏宏观调控法尤其是金融法的内在协调统一,也会扰乱经济法体系内部两大构成要素之间的关系。鉴于此,要特别说明的是,这里所说的市场监管,核心和重点是对市场竞争、产品质量和消费者权益等的监管,侧重的是对微观市场秩序的监管。

还有一个问题是,在经济法理论中,到底是叫“国家干预”好还是叫“政府干预”好?我们常常不加区分地互用“国家干预”和“政府干预”。我认为,在没有特别指明的情况下,政府干预等同于国家干预,因为“政府干预”中的“政府”并不限于行政机关,因而等同于“国家”。这就像在国际事务中一样,人们常常听到“对……,××政府表示强烈抗议”,这里的“政府”并不限于行政机关,这里的“××政府表示强烈抗议”也不是“××行政机关表示强烈抗议”,人们是在广义上或“国家”的意义上使用“政府”的。因此,人们用“政府干预”代替“国家干预”时,尤其是进一步把“政府干预”简化为或等同于“行政干预”,是不正确的。为了避免这种误解和误用,我觉得还是用“国家干预”更好。

经济法本来是在市场经济社会的客观要求和已有法律难以满足的情况下产生的,是法律随着经济社会不断发展和分工细化的必然结果,但一些民法和行政法学者却认为这是经济法在与民法和行政法争地盘,因而对经济法予以两边夹击。我无意与一些民法和行政法学者进行学科之争,因为这样做意义不大,但民法和行政法学者的夹击迫使经济法学者必须回答经济法与民法和行政法的关系,如果经济法学者不予回应或回答不了,似乎就说明经济法是自知理亏,无以立足了。这样一来,经济法与民法和行政法的关系就成了关系经济法生死存亡的重大问题,成了经济法学者不能回避而必须回答的问题。

我认为,民法是商品经济和市场经济社会规律及要求的记载、表述,民法的主体平等、意思自治、私权神圣、自己责任原理就是以此为基础而理想化地构建出来的,民法作为一门基础性的法律对于促进经济社会的发展起到了非常重要作用。对此,经济法应以民法为师,向民法学习,经济法源于并服务于克服民法的局限性,只有充分地认识了民法的局限性,经济法才能明了自己作用的方向、方式和范围。但我反对一些民法学者以“民法帝国主义”自居,藐视经济法,不能正确认识经济法之于民法的价值。我认为,民法虽然是一种主体平等法,但现实中的人们是千差万别的,民法的主体平等是抽象假定的,是把千差万别的人们抽象假定为平等,但人们之间存在的千差万别是客观存在的,是抽象假定所无法抹平的。随着社会的不断发展,特别是市场竞争的演化激化,人们之

间的差别不断扩大,有些差别足以决定和导致人们之间主体地位的不平等,从而动摇了民法主体平等的基础。如经过激烈的市场竞争,导致优胜劣汰,生产集中,形成垄断,而垄断的出现,就表明人们之间的地位不再平等,力量不再均衡,人们不再自由,市场不再竞争。民法虽然是一种意思自治法,但这种意思自治只能是私人就自己所掌握的有限信息就自己的私事进行自治,它本质上是一种微观自治,也许在微观领域它能行之有效,但在市场化、宏观化、社会化、全球化的大背景下,面对无法摆脱的必然性和难以克服的盲目性,渺小的私人倍感“身在江湖,身不由己”,无法意思自治。这些都说明,民法主体平等、意思自治的基础是不牢固的,也不是自身能够具备的,它需要别的法律部门包括经济法去奠定和创造。经济法一是通过市场监管反对垄断,分解大企业,扶植中小企业,重新缔造人们之间的平等,限制企业滥用市场支配地位,扶助市场弱小者,重新恢复市场自由竞争;二是通过宏观调控,科学制定发展规划,公平分配社会财富,稳定金融货币,合理调控产业,保障经济社会秩序,在这些基础上,民法的主体平等才能得到保障,民法的意思自治才能有效进行,从而整个民法才能充分发挥其调整功能。从这个角度看,经济法是在为民法奠定基础 and 创造前提。但一些民法学者看不到这些,反而就民法论民法,以为民法能够自足全能、调整一切、包打天下,无视、否认、贬斥经济法,这是不应该的。

至于经济法与行政法的关系,关键在于正确理解什么是行政法?我认为,要理解什么是行政法?首先又要理解什么是行政?关于什么是行政?现在很多学者包括一些行政法学者及其撰写的行政法著作大都只是引证马克思并非在为行政下严格定义时所说的那句话——“行政是国家的组织活动”,据此所推论和构建的行政法大多是一种行政管理法。如果持这样一种行政法观点,那就难以区分经济法与行政法的关系,而且必然会把经济法视为行政法的一部分,就像过去经济行政法学者所认为的那样。为了正确理解什么是行政和行政法,我曾查阅过亚里士多德、洛克、卢梭、孟德斯鸠等人对行政的论述。如亚里士多德指出:“执行人员和公民团体只应在法律(通则)所不及的‘个别’事例上有所

抉择,两者都不该侵犯法律……命令永不能成为通则。”^①洛克认为:“在某种场合,法律本身应该让位于执行权……因为世间常能发生许多偶然的事情。”^②卢梭说:“行政权力并不能具有像立法者或主权者那样的普遍性,因为这一权力仅包括个别的行动。这些个别行动根本不属于法律的能力。”^③孟德斯鸠指出:“行政权的行使总是以需要迅速处理的事情为对象。”^④从以上表述不难发现,他们对行政有着共同的认识,都认为行政的对象是具有特殊性的社会关系。因为某种社会关系具有特殊性,作为普遍性的法律无法调整或不宜调整,只好由行政去管理,行政在管理特殊性的社会关系时往往无法可依从而享有较大的自由裁量权,为了规范约束行政自由裁量权,因而需要根据行政自由裁量权行使的规程和规律制定一系列的法律,如行政组织法、行政程序法、行政诉讼法和国家赔偿法,它们构成行政法的主要内容。从上述行政法的主要内容来看,行政法的核心是程序法,实质是“控权法”,即管理行政的法而不是行政管理的法。尽管随着社会经济的发展和国家职能的演变,人们对行政和行政法的认识有所变化,但上述基本观点并无改变,所以包括伯纳德·施瓦茨、韦德等在内的有代表性的现当代行政法学家依然共同坚持上述基本观点。从行政法发展的历史进程来看,随着从“行政权力支配一切”到“三权分立”再到“公私法的划分”、“法律的社会化”等的变革,行政法的范围是不断缩减的,许多法律从行政法中先后分离出来,私法是从行政法中分离出来的,经济法也是如此。另外,有些人之所以把经济法视为行政法的一部分,还源于把国家干预等同于行政干预,但事实并非如此。在许多国家,负责对社会经济进行干预的机构如美国的美国联邦储备局、联邦贸易委员会等并不是行政机构,即使名义上隶属于行政机构但也具有自己的独立性,不受行政首长的干预。在我国,虽然我们的发展规划、财政预算、货币政策由国务院或隶属于国务院的有关机构负责编制和制定,但它们最后都要由国家权力机构审批和监督,因此严

① [古希腊]亚里士多德著:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1981年版,第192页。

② [英]洛克著:《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1993年版,第99页。

③ [法]卢梭著:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1981年版,第51页。

④ [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1981年版,第161页。

格来说,这些干预措施也不能说是行政的而应是国家的。尽管行政干预是国家干预的一部分,但不能把它等同于就是国家干预。如果人们对行政法和行政干预有上述认识的话,也许就不会认为经济法是行政法的一部分了。

我认为法律是理念与制度、原理与规则的内在统一,并且它们是相互因应参证的。我在经济法的研究过程中,一方面,是从经济法的制度和规则中概括提炼出经济法的理念和原理;另一方面,又把所概括提炼出来的经济法的理念和原理贯彻适用到经济法的制度和规则中。“真理是全体”,真正的研究应该是系统的研究,真正的思考应该是体系性的思考。我在研究经济法基础理论的同时,把自己的研究方向和范围逐渐扩大到我所认定的经济法的两大构成部分,即市场监管法和宏观调控法,希望经济法基础理论能够统率说明市场监管法和宏观调控法,同时市场监管法和宏观调控法能够贯彻和体现经济法的基础理论,它们能够构成一个有机的整体。

经济法是一门新兴而重要的学科,这门学科在中国已有三十多年的历史。它不但新新不已,而且博大精深,要真正全面、深入而科学地认识经济法,也许还要许多个“三十多年”。本着求新、求深和求真的精神,我的经济法研究之路还将继续走下去。

目 录

我的经济法研究之路(代序) / 1

第一编 经济法原理

应重视和加强经济法基础理论研究 / 3

公正地对待经济法 / 10

论经济法的几个关键词 / 18

论经济法的世界观 / 36

经济法与社会公共性论纲 / 50

论经济法的共识 / 69

论经济法对法律方法的创新 / 79

重思民法与经济法的关系——写在中国民法典制定之际 / 101

论国家干预 / 119

政府模式的比较研究 / 146

政府适度干预经济的范围 / 164

行政权力约束与政府适度干预 / 193

社会经济团体与政府适度干预 / 215

论经济发展方式转变与经济法 / 231

和谐社会的构建与经济法制建设 / 244

金融危机对经济法的启示 / 253

论经济法的改革 / 263

关于经济法发展的几个问题 / 275

论经济法的诉讼模式 / 287

经济法调研报告(“十一五”~“十二五”期间) / 300

中国经济法学三十年 / 330

中国特色社会主义经济法学理论 / 364

第二编 市场监管法

论市场监管法的基本问题 / 407

论市场竞争法的基础 / 424

论竞争法的基本精神 / 451

来自竞争的价值 / 473

论国有企业的改革与反垄断法的适用 / 484

论信息产业与反垄断法 / 503

关于可口可乐并购汇源一案的思考 / 539

论中国的竞争政策 / 555

第三编 宏观调控法

宏观调控法通论 / 587

关于预算法修订的几个问题 / 616

加快发展我国民营金融机构的法律保障制度建设 / 628

人民币国际化的法律问题研究 / 650

关于产业政策法的几个问题 / 689

关于制定《宏观调控法通则》的立法建议 / 701

第一编 经济法原理

应重视和加强经济法基础理论研究

一、经济法基础理论研究的现状有待改进

我国的经济法是十一届三中全会以后兴起的一门新兴学科,与我国的改革开放同步,迄今已有三十多年的发展历程。在前一阶段,人们对经济法怀有浓厚的理论旨趣,对经济法作过许多理论研究,提出过许多观点学说,呈现出学派林立、百家争鸣、一派繁荣的喜人局面,我国的经济法理论研究取得了突飞猛进的发展。但后一阶段,随着其他学科的发展,特别是民商法的复兴,许多学者转向了其他研究,过去那种老少咸集、群贤毕至的现象已不复存在;随着研究的不断深入,困难越来越大,激情和兴趣已过,许多人不愿啃硬骨头,于是就纷纷离它而去;特别是随着学风的转变,许多人已缺乏理论旨趣,偏好务实,对经济法基础理论研究已不感兴趣;加上多年来经济法基础理论研究进展缓慢,表现欠佳,频遭质疑和否定,也令许多有志者颇感气馁,望而却步,有的人甚至嘲讽、反对和否弃经济法基础理论研究。凡此种种,都使经济法基础理论研究陷入严重的困境,现状不能令人满意:一是尽管学派林立、众说纷纭,但这近似“盲人摸象”,争论不休,局面相当混乱,有必要去伪存真、去粗取精,在充分深入研究的基础上达成基本的共识,形成统一的经济法学说;二是虽然已有一些经济法基础理论研究,但缺乏理论感,没有上升到应有的理论高度,没有抓住根本,理论不彻底,不能自圆其说,以理服人,有时反而越说越糊涂;三是理论不系统、不统一,经济法的基础理论与具体制度犹如两张皮,基础理论不能统率指导具体制度,具体制度不是基于源于基础理论;四是在经济法基础理论中,虽出现了许多术语、观点、知识和理论,但有的是照抄照搬,尚未向经济法转化,有点观点含糊不清,歧义丛生,尚需严格研究,精确厘定,有的基本范畴尚未完全建立起来,

没有解释工具,不能解释现实,远未形成具有理论感和解释力的经济法理论体系。

二、经济法基础理论研究的要求

1. 基础理论研究要有广博的知识,应相当熟悉乃至精通哲学、法学、经济学、政治学、社会学、历史学等相关学科的知识,只有建立在通晓人类一切科学知识基础上的研究才能视野开阔,基础宽厚,高屋建瓴,体大思精,理直气壮,这样的研究才能称得上是基础理论研究。

2. 基础理论研究要有炽热的理论情怀、不懈的理性精神、健全的思维能力、深厚的理论功底、高超的思想水平,才能抓住根本,深入原理,求真至理,把经济法基础理论说清道明,切中肯綮,具有深厚的理论感和深刻的思想性,这样构建出来的经济法基础理论才能科学坚实、行之有效。

3. 任何理论都源于基于现实,是实践的反映和概括,同时一切理论都要回归现实,指导实践,理论联系实践是一切科学研究的不二法门,经济法基础理论研究亦然。从事经济法基础理论研究必须具有求真务实精神,大力开展调查研究。但经济法所面对的现实问题纷繁复杂,至大无外,至小无内,如最近的全球金融危机,如果没有很高的理解力和实践力,根本就无法去认知和把握它,也难以发现问题并给予理论上的合理说明,更谈不上根据经济法基础理论提出相应的切实可行的法律对策建议去解决问题。

4. 经济法是一门新兴学科,在世界上仅有百来年历史,在我国只有三十多年历史,就全世界范围来说,经济法都根基不深,积累不多,许多国家还不重视经济法基础理论研究,导致可供直接借鉴的学术资源太少,加上经济法与各国的国情和政策密切相关,无法直接引进。所有这些都决定了经济法基础理论研究更加需要独立思考、自我研究、开拓创新。

三、经济法基础理论研究意义重大

1. 加强经济法基础理论研究是由包括经济法在内的所有法律学科的性质所决定的

法律是调整社会关系的规则,但规则总是有限的,而社会关系是无

限的,所谓法律调整社会关系,其实是以有限的规则去把握无限的社会关系,这就难免出现法律调整的漏洞。为了弥补法律调整的漏洞,法律在制定法律规则的同时还必须确立法的原理,法律实质上是规则与原理的内在统一,原理对于法具有十分重要的意义。但要深切地体会并掌握、运用法的原理,必须加强法的基础理论研究。经济法更应如此,因为经济法的规则更为有限,如《反不正当竞争法》只有 33 条、《反垄断法》只有 57 条,但经济法所调整的社会关系却十分复杂,有限的经济法规则在调整繁复的社会关系时存有更多的漏洞。所以,经济法的性质决定了经济法更倚重经济法的基础理论,加强经济法基础理论研究十分重要。

2. 加强经济法基础理论研究是经济法学科建设发展的需要

任何一门成熟的学科都有科学的基础理论作支撑,基础理论是否科学是学科是否成熟的主要标志,凡是在基础理论上说不清道不明的学科,从根本上说是不成熟的,难以立足于学科之林。我国经济法尽管有了数十年的发展历程,但目前经济法学说纷纭,分歧较大;许多问题浅尝辄止、语焉不详;有些认识不够深化,有些理论不够彻底,在理论上还不能完全给人以真知、在实践上还不能完全给人以实用,经常遭到人们的质疑和抨击。这些都说明,目前我国的经济法仍然不够成熟完善,亟须自我构建、自我完善、自我巩固,打好基础。经济法基础理论研究就是要为经济法的发展打好基础,让经济法立于不败之地,从根本上把经济法是什么说清道明,回答人们的各种质疑和抨击,言之有理,以理服人,使经济法屹立于学科之林。

3. 加强经济法基础理论研究也是充分发挥经济法的实用价值所必需的

法律以规则为载体,一切法学研究的最终目的在于通过究天人之际,通古今之变,博中外之长,成一套规则,这是法律实用的前提和基础。经济法作为一门实践性很强的学科,要实用,首先要形成一条条的规则,如果连规则都没有,那就无法实用,必然会遭到人们的非议和冷落,甚至根本就没有存在的合法性。虽然近年来,人们本着求真务实的精神加强和深化了经济法的研究,并取得了相当丰硕的成果,但毋庸讳言,许多经济法研究还没有形成具体的法律规则,如计划法研究即是如此。计划,

作为一种与市场调节相辅相成的资源配置手段,属于大政国是,关系国计民生,涉及整体全局,影响国泰民安,理应法治化。尽管我国长期实行计划经济,对计划可谓经验丰富,最起码教训深刻;而且一直以来,经济法学界都在极力倡导以计划法为“龙头法”去构建经济法的体系,却未能制定出一部《计划法》。究其根本原因,一个重要方面就是经济法基础理论研究得不够,缺乏理论根基和理论自信,无力把理论认识和原则理念转化为具体的系统化的规则。与之相反的是,诸如财政法、金融法这两类法律倒是规则很多,打开这类书,里面充斥着规则,有的甚至是堆砌规则。但这并不等于规则就为人们所知悉、所运用了。因为规则仅是法律之一面并且是末的一面,法律还有比它更根本的一面,即法律的精义,如果不掌握法律的精义,根本就运用不了法律规则,因为“不知法之义而正法之数者,虽博,临事必乱”。况且,法律规则千条万条,但最高最后的一条还是基本原理,法学本质上是一门讲理的学问,只有把法律的基本原理说清道明,掌握了法律的精神实质,才能运用好法律规则。其实,法学研究重要的不是就法论法式地告诉人们以规则而是追根究底地揭示法律规则背后的原理精神,仅仅授人以规则,知其然而不知其所以然,这犹如“授人以鱼”,只供一餐之需,用途是极其有限的,而揭示法律的原理精神,犹如“授人以渔”,才能让人终生受用无穷。实践证明,真正影响人们思想从而规范人们行为的依然是公平、正义、自由、民主、权利、博爱、责任等最原本又最核心理念,而所有的规则都不过是它们的具体化系统化。因此法学研究(包括经济法研究)应追根究底,揭示、诠释法律规则的上述理念,并使它们深入人心,化为行动,这才是真正的实用、大用。为了更好地掌握和运用具体的经济法规则,也必须加强经济法基础理论研究。

四、经济法基础理论研究的内容

经济法基础理论研究,研究的是经济法中基础性、根本性的理论问题。具体说来,侧重于研究以下内容:

1. 经济法的历史发展

法是历史的产物。经济法的产生有其历史背景、社会条件和历史契