

中国人民大学经济法研究中心主办

经济法评论

第九卷
(2008)

Economic Law Review
Volume 9 (2008)

主编 / 史际春

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中国人民大学经济法学研究中心主办

经济法学评论

第九卷 (2008)

主 编 / 史际春

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

经济法学评论. 第9卷, 2008/史际春主编. —北京:
中国法制出版社, 2009. 8

ISBN 978-7-5093-1383-1

I. 经… II. 史… III. 经济法—法的理论—文集 IV.
D912. 290. 1-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 131551 号

策划编辑 张 岩 责任编辑 周琼妮 封面设计 蒋 怡 周黎明

经济法学评论 第九卷 (2008)

JINGJI FAXUE PINGLUN DIJIUJUAN (2008)

主编/史际春

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/850 × 1168 毫米 32

版次/2009 年 9 月第 1 版

印张/14.5 字数/331 千

2009 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-1383-1

定价: 36.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfsz.com>

编辑部电话: 66067023

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

卷首语

危中有“机”：反思、休整、 从新的高度崛起

树欲静而风不止。正当中国一心一意谋发展、奔小康，并取得显著成效之时，一场突如其来的金融危机，毫不留情地“折腾”我们来了。然而，危中有“机”，它也给了国人一个反思、休整和国家、民族从新的高度再崛起的绝好机会。

在市场经济条件下，风险和危机是不可避免的，关键在于对风险或危机的适当预测、防范和处理，最小化危机损失和应对的成本。经济的市场化、全球化，导致进入了一个以民族国家为主体开展竞争的时代，政府不再外在于市场和经济，而成为其内在的主导力量。在这种情况下，政府的政策及其调控监管，对一国经济兴衰起着至关重要的作用。

客观地讲，此次国际金融危机爆发之前，我国各级政府的危机意识、调控监管的敬业精神和专业能力都是有欠缺的。徒法不足以实现自由、秩序和公平正义。

面对金融工具层出不穷、无度放大金融规模、国际游资兴风作浪，总的来说，在美国“次贷”出事之前，我们的政府和民众都对其抱着向往、敬畏和崇尚的心态。股市出现泡沫，就想让财产性收入成为民众的重要收入来源，对虚拟经济、华尔街和美国一片溢美之词；出口稍有兴旺，农民好不容易外出打工增收，

就泛起一股做“世界工厂”丢人现眼、“不为国际资本打工”、不该“以市场换资本和技术”的浮躁之风。殊不知,像香港、新加坡这样的发达城市经济体,财产性收入也只是少数人的游戏,绝大多数民众还得靠出让自己的劳动力谋生,何况13亿人的一个大国;不为国际资本“打工”,我们那些过时的装备、几十年一贯制的产品、被“大锅饭”腐蚀坏了的劳动者、政治化和行政化的企业经营管理如何能在竞争中脱胎换骨、更新换代?还是一穷二白的社会、国家,又怎可能在短时间内装备起那庞大无比的农村剩余劳动力大军?如小平所讲,结果只能是死路一条。政府的调控监管建立在认识不到位、头脑发热的基础上,又偏重行政而脱节于市场,头痛医头、脚痛医脚,出了问题只会左一个禁止、右一个不许,往往顾此失彼、事与愿违,人为地造成短缺、秩序紊乱和社会不公。

比如,依现行法律,人民币在非经常性项目下并不能自由兑换,而国际游资进入股市、房市等领域炒作,赚了钱拿走,如入无人之境。其原因,就是政府的不敬业、不专业和不作为,背后隐含的,则是危机意识和责任的缺失。反过来设想,如果国际金融危机不是在这个时间点上爆发,石油等能源、大豆等农产品继续涨价,CPI节节攀升,政府一时也拿不出有效的应对方案和措施,真令人感到后怕。而这一切,并不在我们的掌控之中,属于风险或危机的范畴,问题是对其爆发和处理缺乏必要的心理和对策准备。

头脑发热的另一个重要表现是不能善待企业。汇率、出口退税、信贷、劳动合同等,使得苦心经营、为社会实实在在创造财富的企业尤其是中小企业处境艰难。直到金融危机爆发,中央高层纷纷到基层实地调研中小企业问题,某些负有责任的官员们还在死扛硬撑,说什么不存在中小企业经营面临困境、歇业倒闭、农民工下岗等问题。就此而言,金融危机及时阻止了商业环境恶

化的势头，改革开放的成果避免毁于一旦，坏事岂非变成了好事。

凡此种种，印证了徒法实不足以实现自由、秩序和公平正义的道理，使我们再次反思究竟什么是法治？可以肯定的是，法有规定而不去做或做不好、法无明文该做的也不去做、人为操纵法的立改废、强推错法等等，都不是法治。法治，应当是遵循主流社会的合乎社会整体及长远利益的主流价值观并受其评判和约束的一种善治。

人民通过人民代表大会制组成政权、行使国家权力，授权政府管理经济、社会事务。政府不是万能的，因此，政府要依法调控监管及参与经济活动，国民经济和社会发展的规划、计划和国家预决算需由人民代表大会审查批准，政府的重大决策或事项应当由人大或其常委会讨论决定，政府及其工作人员的行为都应当具有可问责性，接受体制内外的各种监督，包括媒体、民众的自发监督，对法律和人民负责。

近年政府法治的进步十分显著，在各级人代会及其常委会期间，对预决算和政府决策及其行为的审议越来越具有实质性，公众对政府的问责开始发挥不亚于上下级、监察、审计、检察、党的纪检等体制内问责的作用。然而，就应对国际金融危机而言，国务院已出台4万亿元人民币的内需刺激计划，这既涉及规划和预决算，更是一项关系国计民生的重大决策，理由由人代会审议通过。在4万亿逐步到位并拉动20万亿地方和民间投资的过程中，更应当鼓励企业、公民的参与和监督，如果这样，以建三峡、办奥运的精神和高标准应对此次危机，在人民同意和知情的前提下公正、透明地用好每一笔属于人民的资金，就不仅可以消除经济发展和结构优化的近忧，也可望使我国的政府调控监管、经济法、反腐和整个法治更上一个台阶。

此次金融危机及各国应对的方式和措施，为我们认识政府调

控监管法治的规律及其模式,提供了清晰而有力的实践佐证。它表明,在社会化市场经济条件下,政府内在于经济,公共管理成为经济的有机组成部分,对经济的调控监管与企业微观活动一样,必须由调控监管主体面对纷繁复杂的市场和社会情势相机行事。相应的法治规律或模式,只能是法律概括授权——调控监管主体自由裁量——问责制。这就要求扬弃公私对立和法条至上的旧有观念,即:政府对经济是外在的干预,政府的权力来源于法律的具体授权,超出授权范围就是违法,法律没有具体规定就是不允许的,而不论其正当、合理与否。其依据是市民社会与政治国家分野、“法律万能”和法条崇拜,对政府法治作机械和形式主义的理解,将立法者推到了先知先觉、无所不能的高度,假定其具有充分理性和完全的认知及行动能力。而经济生活太复杂了,法律不可能预定各种经济形势及其细节,将政府宏观调控和微观监管的具体行为一概法律规则化是不可能的,但这不等于放任政府随意抉择,而要将其纳入问责制体系。

所谓问责制,并非简单地追究负责官员的责任及将其免职。问责制是一个三段式,它首先要求调控监管的角色定位科学,目标清楚,权责相当、明确,担当落实、到位,这是第一段,是前提;第二段是最重要的,也即日常、动态、制度和非制度化的问责过程,以确保对调控监管主体的激励和约束,以及绩效的落实;第三段是最后保障,凡角色错位、越位、不到位或在利益冲突下有腐败和不当行为,或调控监管的决策或行为超出合理的专业判断造成不良后果的,行为人就应在民主和法治的框架内承担相应的不利后果,包括责令纠正或辞职、引咎辞职、行政处分、赔偿损失、刑事责任等。问责的过程、救济的方式和责任形式,都有赖于不拘一格的体制内外的各种途径和机制,包括司法审查和自发的舆论如网络言论等的监督。只有这样,专业、科学合理、有效的政府经济调控监管才得以、也才能从根本上获得可靠

的法治保障。不期而遇的金融危机还及时地警醒、告诫国人：请善待企业和“老板”！企业是当今最重要和主要的财富创造主体，要实行社会主义市场经济、发挥市场在资源配置中的基础性作用，具体而言就要鼓励人们根据市场情势，不失时机地投资企业做老板，权衡盈亏而进退于市场。经历了计划经济和大锅饭后，举国形成的共识是：除了市场经济，人类尚未找到任何一种比它更好的生产组织方式，市场及财产关系对社会成员的利益驱动和利益约束，是任何力量、任何组织都无可取代的。这也是改革开放30年取得的巨大成就的前提条件之一。要消除市场经济的弊端，只能以政府调控监管加以弥补，并以竞争法和消费者法直接作用于市场机制，维护市场经济秩序及其运行，以发挥其优越性，而万万不能通过否定市场经济——市场在资源配置中的基础性作用，损害、消灭市场机制的方式来解决市场经济的问题。

遗憾的是，由于地区、城乡、不同人群、个体、经济和社会发展等不平衡，加上历史上“农本商末”和“无商不奸”观念的影响，社会上出现了仇富、贬抑企业、对企业和老板的营利行为施以道德责难以及平均主义和质疑市场经济的思潮，不幸在政策和法律中也有所体现。适逢金融危机山雨欲来风满楼之时，国家、政府对经济的虚旺也缺乏正确而清醒的认识，未能体察到多数中小企业已陷入困境，又受到社会上盲目同情劳动者、厌恶企业和老板的情绪主义影响，出台了一系列使企业雪上加霜的政策法规。比如引发社会严重分歧的《中华人民共和国劳动合同法》（简称《劳动合同法》）就是一个典型。作为改革开放的成果之一，我国的劳资关系已充分市场化，法律和政府需关注的只是拖欠工资和劳动保护、既定社会保障的落实，诸如黑砖窑事件则是游离于劳动法制之外的刑事案件，本与劳动法没有什么关系。然而，《劳动合同法》节外生枝，在书面合同、无固定期限合同、

劳动者离职补偿金等问题上做文章,即使其出发点是好的,却因此给企业增加了成本和用人难度,市场一时调整不过来,导致处于困境的企业只好减员、关门大吉。这对 IT 精英等高端劳动者根本没有什么影响,他们有足够的实力与企业讨价还价,炒老板的鱿鱼或自己创业也非难事,却害苦了广大低技术、中低端的劳动者,也给多年来国家和全社会千方百计增加农民收入的努力形成拖累。殊不知,农民工现象的本质是农民增收,而不是什么城市化或剥夺其土地搞“规模化”经营。城市化是一个适应生产力发展的渐进过程,决不可拔苗助长,即使在新加坡这个发达的城市国家,也还有最后一个叫做万国甘榜的村庄尚在等待拆迁建设呢。如果强行把农民工变为城市居民,断掉其作为农村土地集体所有权主体成员的退路,一遇金融危机,势必在城市里制造出大量的流浪者和贫民窟,改革开放的成果也就毁于一旦了。

企业要营利才能维持和扩大再生产,人们有了钱、有了财富不能仅用于消费和储蓄,要鼓励其追求盈利而投资于企业从事生产经营,担负组织社会财富创造的光荣职责,劳动力则是每一个人可以自愿、自由地用来与企业进行交易的一种商品。这个道理虽简单,却实为国家长治久安、可持续发展、提升中华民族国际竞争力的最重要的基础性机制。值此应对国际金融危机之际,我们要倍加小心地呵护它、理直气壮地保护它。

一场金融危机,也让我们得以看清楚法和法治究竟是什么。要有效地应付突如其来的危机,不可能拘泥于既有的法条或法律法规,只能依循法治的精神、原则和正当程序灵活应对。这也体现了当代法的另一个趋势——法的政策化和政策的法治化,但又不是要回到无法无天或脱法的人治去,因此要把握好其中的辩证法。

比如人们会问:《劳动合同法》即便有“错”,但如果不强力推行的话,法制的威信和尊严何在?殊不知,法不等于法条,

法等于法治。“错法”是普遍规律，在任何国家包括发达国家，在现行法中，不合时宜的、错的、形同虚设的法律法规都要占据一定比例。其原因五花八门，或立法者认识有误、或草率仓促立法、或时过境迁而法条不及废改、或法条超前或理想化或过分严厉而不具有可操作性，等等。在民主、法治的框架下，立法者和行政执法、司法者受到主流民意和既有司法、行政和道德机制的制约，硬性推行“错法”或法律没有规定就不去做，都是有悖法治所要求的正当性暨合法性评判的。这就是、也才是法治和法治国家。“错法”纠正要有制度，如宪法、立法法、行政复议法和司法制度，以及有待建立的日常化的违宪审查和抽象行政行为诉讼，但在缓不济急，立法者“知错不愿改”、“知错不改”甚至“知错强推”的情况下，那就只能依靠问责制的第二段，由体制内外的各种途径和机制形成的主流民意对立法者形成强有力的约束，令错法形同虚设并最终得以纠正。

现行法定纠错途径受制于整体法治水平不高而很难奏效，民众只好通过不满和规避来表达对错法的异议。从长远看，要确保社会在任何时候都能形成理性并合乎社会整体及长远利益的主流民意，最终有赖于政府与民众以及民众内部的充分沟通、商谈和博弈以形成包括现代法治理念在内的社会主流价值观。

这场金融危机还使我们从理论上反思：市场经济下的“经济宪法”究竟是什么？长期以来，经济法学界接受美国、日本的一种提法，认为中国既然实行市场经济，就应当像发达市场经济国家一样，将反垄断法作为“经济的基石”、“经济宪法”或者说经济法的龙头法。而在中国，由于政府自上而下主导转轨时期的改革开放和历史悠久的官本位传统，反垄断法并不具有这种地位，财政法则在整个经济和经济法中起着牵一发动全身的作用，是经济法的“龙头法”，立法者和政府对它的应用也颇为得心应手。现在看来，所谓“经济宪法”的命题在西方国家其实

也不能成立,中国自然没有必要将其作为追求的目标。道理很简单,反垄断法是市场导向的法,它通过直接作用于市场机制——修补、维护市场机制,来维护市场经济的秩序,就这一点而言,反垄断法与民商法是一样的。而市场和市场关系的本性正是优胜劣汰,市场本身不可能解决地区、产业、群体和个人等以及不同时期发展不平衡问题,反而会加剧这方面的矛盾。这就是连资本主义大本营的美国经济也不得不由政府主导的原因所在。且不说奥巴马推动国会通过7,870亿美元的“2009美国复兴与授权投资法”,就是在景气时期,航天、互联网、公共及军事采购、波音和麦道合并等等,美国的经济又何尝不是政府主导的呢。日本一度迷信“经济宪法”说,行之有效的产业政策的正当性受到质疑,经济法成为反垄断法的同义词,以至吃了亏,学者和实务界才幡然醒悟。

按照一般理解,规划和产业政策法似乎应当是经济的“龙头”,而实际上,无论就其对经济发生作用的直接性,还是其在经济中的作用及其刚性和力度而言,它与财政法都是无可相比的。在发达国家,中国也不会逊色,财政及财政主导的公共开支都占到了社会总支出的“半壁江山”,加上财政也不乏计划性,这种计划性与一国既定的规划和产业政策是一致的。因此,无论中外,财政法才是“经济宪法”或经济法的龙头法,而不是反垄断法。当然,这并不否定财政、规划和产业政策等政府调控监管都要立足于市场,服从促进自由竞争、维护公平竞争的要求,也丝毫不会降低反垄断法的地位及其应有的作用。2008年8月1日,《中华人民共和国反垄断法》(简称《反垄断法》)施行,激发出社会的反垄断冲动,经济法学界则持续给予高度关注,深化其理论、实践和比较的研究。相较于立法,法的生命力和活力集中体现在其实施过程中,《反垄断法》能否在日常适用中实现其促进自由竞争、维护公平竞争的宗旨,也是中国是否真正成为

市场经济国家的一个重要标志。因此，该法实施及相关问题构成本卷的主线，专题栏中安排了关于反垄断法实施或执行的6篇文章，并在案例评析栏对《反垄断法》施行后提起诉讼的第一案——兆信公司等4家防伪企业状告国家质检总局一案做了剖析和深入思考。

反垄断法适用于个案时，对行为的合法性判断取决于合理性分析，而不能简单地套用法条。因此像独家交易、知识产权滥用等行为，合理性和损害竞争的可能性并存，又鉴于其表现形式复杂，如何对其恰当地适用反垄断法，实际上体现了一国反垄断执法的水平。南京理工大学副教授董新凯博士和中国人民大学的余艳萍博士生，分别就独家交易协议和单方拒绝技术许可的合理性及其反垄断法的违法性进行探讨，作了有益的思考，其分析框架和思路可为刚刚起步的反垄断执法提供某种参考。

《反垄断法》在经营者集中一章规定了国家安全审查，就立法而言具有中国特色。在此之前，相关行政法规、部门规章如《关于外国投资者并购境内企业的规定》中对外资并购的国家安全审查问题已有规定，现将其上升到法律层面，提高其制度位阶和效力，具有重要的意义。但如何将一个法条在执行中落实为完善的制度，无论从理念、审查标准，还是执法主体、与经营者集中审查的衔接等方面看，都仍在探索之中。任职于中粮的俎涛硕士对此颇有心得，撰文就建立健全我国外资并购国家安全审查制度提出自己的观点和对策，其有关外资并购的国家安全审查标准应超脱并高于商业暨市场关系、国家安全审查与经营者集中审查的执法机构应当分立等论点，值得读者注意。

就政府与市场的关系而言，《反垄断法》不啻为与政府全方位相关、关系最密切的一个法。一方面，在现代市场经济条件下，政府既可以做市场的运动员，参与公开市场操作，如政府采购、买卖有价证券等，也可以投资于企业或项目做老板，兼做运

动员和教练员；另一方面，《反垄断法》赋予政府以市场裁判员的职责或角色，要求政府本身作为市场的运动员或教练员也不得违反《反垄断法》，不法为垄断协议、滥用优势和经营者集中的行为，否则就应承担相应的责任，并由一定的救济机制予以保障。这是一个即使在发达国家也没有完全解决的复杂且重大的课题。南京晓庄学院副教授李昌庚博士生就政府自身行为违反《反垄断法》、政府策划或操控他人所为的行为违反《反垄断法》、政府执行《反垄断法》的行为违法等及其责任和救济作了初步研究，虽仍显稚气和粗浅，但毕竟提出了问题，比原先法学界及经济法学界关于“行政垄断”的认识，进了一步。

因应《反垄断法》出台的形势，本人于2007年9月以《日本禁止垄断法的经验及其对中国反垄断法实施的借鉴价值和对策研究》为题，投标住友财团的“亚洲各国与日本有关的研究助成”项目，课题组成员还有中国人民大学法学院副教授杨东博士、中国政法大学国际法学院副教授戴龙博士和任职于外交部亚洲司的王莹硕士。现项目成果出炉，在本卷全文首发，读者对其有任何问题或意见，尚请不吝赐教。日本名古屋大学大学院的林秀弥副教授是日本竞争法及经济法学界的新秀，他聪颖勤奋，在课题组于日本调研期间，提出要结合欧洲微软案，为本卷评论贡献一篇关于欧盟规制排除型滥用行为执法的文章，作为中日反垄断执法的参照。感谢林教授深入的前沿性分析评论，从他的文章中，不难看出日本学者与国际接轨的学术规范、视野和深厚的理论功力。

对4家防伪企业状告国家质检总局案进行评析的是中国人民大学校办的方蔚玮硕士和北方工业大学文法学院的副教授王斐民博士，两人不约而同地从如何规制“行政垄断”出发展开，实证与理论并重，具有相当的说服力。

2008年对中国人来说是极为不平凡的一年。除《反垄断法》

实施和成功举办奥运外，还发生了举世震惊的“5·12”汶川地震和三聚氰胺奶粉事件，本卷对此自应有所回应，给予经济法的关怀。论坛栏中兰州商学院讲师赵忠龙硕士的《文明的意志与智慧——“5·12”灾区重建法的经济法理论思考》一文，视野及知识面广阔，思考深入细致，与其说意在対灾后重建法制进行设计，莫如说是以灾害对策和震后重建为契机，对经济法从理念到制度的一次充实和升华。北京中关律师事务所主任李青山博士则不改律师本色，从责任和救济层面对三聚氰胺案件中的各种关系作了详细剖析，结论是要切实、有效、公平地解决产品大规模侵权及消费者大面积受害事件，我国有必要进一步推广产品责任保险，并建立针对特定消费品的强制产品责任保险制度。

论坛栏还发表了澳门大学法学院的 Rostam J. Neuwirth 助理教授写的《国际贸易法的“碎片化”现象——以分析 WTO 制度下的 DVD 区域码系统为例》一文。醉翁之意不在酒，他的关注点主要不在 DVD 区域码系统，而是借此表达对国际法和内国法中由来已久的割裂公私法、社会经济及法制实践因此深受其害的不满。一位接受了大陆法系法学训练的年轻学者，能够敏锐地察觉到传统和学究式教条之不合时宜，这是本文与经济法的契合之处，也正是编者所感兴趣的。

法国是老牌资本主义国家，又是恪守公私法划分传统的典型大陆法系国家，其法律制度在许多方面透出僵化和老迈的迹象，面对社会化、全球化高度发展的形势有不堪应对之虞。为解决这一老大难问题，法国的最新努力是颁行了一部《经济现代化法》。这部新法究竟有哪些内容？相信中国读者对其充满了好奇。他山之石栏特刊出评论的老作者孙涛博士寄自巴黎的一篇短文，对该法作了简要介绍，使我们得以了解其概貌和基本内容。其中，将自雇企业主扩大适用于全体国民而进一步清除源于中世纪的商人制度的残余、缓和对商业经营的管制和行政许可、设立

独立的竞争执法机构、扩大商家的促销自主权等,相信能够博得读者的会心一笑。

最后,新加坡和中国的两位青年法律工作者陈建霖、赵蓉婧对两国差不多同时引进的一人公司制度作了比较研究。其比较不拘泥于法条,而结合了两国的社会、法制实践,以及英美法和大陆法的不同法制模式及传统。文章具有英美法风格,虽仍不乏学术痕迹,但相较于国内学者的同类文章,肯定是值得一读的。

在本卷将要付梓之时,我期待着它面世之后来自读者的各种不同反响。

史际春

2009年8月28日

来稿请发: shjich@sohu.com; yaohaifang@sohu.com

目 录

卷 首 语

危中有“机”:反思、休整、从新的高度崛起 史际春(1)

专 题

论反垄断法对独家交易协议的规制问题 董新凯(1)

论知识产权人单方拒绝技术许可的反垄断法
规制 余艳萍(77)

——兼论《反垄断法》第55条的规定

论我国外资并购国家安全审查制度的完善 沮涛(124)

政府违反《反垄断法》的行为、责任及其救济

刍议 李昌庚(181)

日本禁止垄断法的经验及其对中国

反垄断法实施的借鉴价值和对策

研究 史际春 杨东 戴龙 王莹(192)

欧盟竞争法对垄断企业排除竞争者行为的

规制 [日]林秀弥 戴龙 译(297)

——以欧洲微软案为中心

论 坛

文明的意志与智慧 赵忠龙(325)

——“5·12”灾区重建法的经济法理论思考

国际贸易法的“碎片化”

现象 Rostam J. Neuwirth 郭桦 译(356)

——以分析 WTO 制度下的 DVD 区域码系统为例

案例评析

《反垄断法》实施第一案:问题与

思考 方蔚玮 王斐民(383)

消费者权益保护的路径选择 李青山(407)

——从“三鹿集团”生产、销售伪劣产品案说起

他山之石

法国《经济现代化法》述要 孙 涛(419)

中国和新加坡一人公司:公司人格制度

视角下的比较研究 陈建霖 赵蓉婧(426)