



CSSCI来源集刊 2013年下卷 总第25卷

经济法论丛

ECONOMIC LAW FORUM

漆多俊 ■ 主编

本卷专题

- ◎ 经济法基础理论
- ◎ 市场规制法
- ◎ 宏观调控法
- ◎ 通讯传播法专题
- ◎ 域外法研究



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



CSSCI来源集刊 2013年下卷 总第25卷

经济法论丛

ECONOMIC LAW FORUM

漆多俊 □ 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

经济法论丛. 第25卷 / 漆多俊主编. —北京: 法律出版社, 2013. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5776 - 7

I. ①经… II. ①漆… III. ①经济法—法学—文集
IV. ①D912.290.1-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 296236 号

经济法论丛(第25卷)

漆多俊 主编

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 13.25 字数 368千

版本 2013年12月第1版

印次 2013年12月第1次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-5776-7

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《经济法论丛》编委会

编委会委员(按姓氏笔画)

王 健	王先林	王红霞	王新红	冯 果
刘孔中	刘继虎	应飞虎	张德峰	李国海
陈云良	徐士英	蒋建湘	漆多俊	颜运秋

执行编委

漆多俊	蒋建湘	陈云良	颜运秋	李国海
刘继虎	张德峰	王红霞		

主 编

漆多俊

本卷执行主编

王红霞

编辑部办公室主任

王红霞

ECONOMIC LAW REVIEW

Editorial Committee

Members of Editorial Committee

Wang Jian	Wang Xianlin	Wang Hongxia	Wang Xinhong
Feng Guo	Liu Kungchung	Liu Jihu	Ying Feihu
Zhang Defeng	Li Guohai	Chen Yunliang	Xu Shiyong
Jiang Jianxiang	Qi Duoju	Yan Yunqiu	

Administrative Editor

Qi Duoju	Jiang Jianxiang	Chen Yunliang	Yan Yunqiu
Li Guohai	Liu Jihu	Zhang Defeng	Wang Hongxia

Editor-in-Chief

Qi Duoju

Executive Editor

Wang Hongxia

Office Director

Wang Hongxia

【卷首语】

1993年《经济法基础理论》一书的出版标志着由《国民经济的法律调整》一书(1984年交稿,出版于1986年)初步阐释的“国家调节说”思想的核心理论体系全面建成。该书随后接续4版,销量超10万册,被众多大学指定为专业参考书,引证率居高攀升……尔来整整20年。本论丛2013年上卷曾专门择取两篇论文解读“国家调节说”的本与源。秉承漆多俊先生倡导的学术研究“钻进去、跳出来”的思考方法,本卷择发两篇由外部视角“跳出来”观察省思经济法学的特色论文,继为之贺。吴伟达教授《经济法两种传播途径之比较》从传播学和社会学的角度观察了作为现象的经济法,从作用与影响的角度检讨了成长中的经济法学。其对中国经济法学传播基本特点的分析,特别是对此一格局的危害与成因的揭示,及由此提出的解决对策,对以经济法为业的圈内学人颇富启发。李国海教授《论中国经济法学的价值》从学术研究的应然价值入手,提出经济法学价值四点,进而总结30年来中国经济法学实然层面的价值释放,肯定成绩的同时特别发掘了外界的三方面质疑及其肇因,建设性地提出了经济法学界可采行的四项整体性对策。上述两议题另辟蹊径,却皆关乎学门整体,值得细读深思。

竞争政策作为世界普遍关注和热烈讨论的议题,在国内尚缺乏系统性的整体研究和针对性的深入分析。著名竞争法专家徐士英教授《中国竞争政策论纲》一文,厘定了竞争政策的基本内涵和核心功能;分析了在中国,竞争政策的促进经济发展功能、统领经济政策功能和保障市场经济运行功能都被大大低估;提出面对阻碍我国全面推行竞争政策的因素,亟待建立一个完整的竞争政策体系,分层次分阶段地确立竞争政策目标;并明确了实现竞争政策目标的致力方向。全文无疑为此一大议题

构筑了基本框架。目前我国经营者集中审查由于标准模糊,导致实践中出现诸多争议。应品广博士《论我国经营者集中反垄断审查标准的选择》,明确提出安全港标准、“严重妨碍有效竞争”的反竞争评估标准,以及抗辩标准此三项我国经营者集中反垄断审查的指导性标准,可谓切中肯綮。学界公认,我国现行《反不正当竞争法》关于不正当竞争行为的立法界定,在市场经济的快速发展中日显滞后。澳门理工大学冷铁勋教授《澳门不正当竞争行为的立法界定及其启示》一文,透过阐述《澳门商法典》关于不正当竞争行为的界定模式,对内地修订《反不正当竞争法》提出了参考范本和可选的立法路径。除选取分别聚焦于反垄断、反不正当竞争的两个实践困惑和立法难点的前述两文,本卷又择发两篇关注于新经济形态对市场规制提出的新问题的论文。针对网络团购这一近年来新兴的商业模式,甘强博士等《网络团购市场治理的法律选择——基于“责任规则”与“规制规则”的比较分析》以责任规则与规制规则在团购市场治理中的功效为出发点,融合行为经济学等理论的新进展,提出并分析了网络团购的法律治理路径选择问题。双边市场自21世纪以来逐步进入经济学和法学的研究视野,并在近几年吸引了相当数量的国内外法学研究者的热情。它的显著特异性、高度复杂性挑战了传统法学的智识。特别是相关市场如何界定,困扰了诸多反垄断法专家但至今尚无定论。黄岩同学《双边市场条件下相关市场的界定》尝试准确界定双边市场三性,并从双边市场类型化角度分类研究各种情形下的相关市场界定问题,不失为一种有益探索。朱体正博士《商号招牌及戏仿商号的规制路径——以“最高发院”为例的分析》发掘了商号与广告在工商行政执法审查中常遭混淆的成因与危害,进而提出戏仿商号的规制要顺应市场经济的自由本性不应一概禁止,应在利益衡量的基础上进行公序良俗的价值补充和合规性判断,读来饶富趣味。

“宏观调控法”栏目首推徐澜波教授《论宏观调控法体系的构成——兼论宏观调控法与财政税收法、金融法的关系》一文。该文针对宏观调控法长期以来的理论模糊地带和争议性议题,综述各家观点,指明了误区所在。对宏观调控法体系的法律规范内容构成及其与文本化的宏观调控法律规范载体的关系作出了清晰回应;亦剖析了宏观调控法

与财政税收法、金融法的关系。全文承袭了作者一以贯之的鲜明问题意识和强烈思辨色彩,结论中肯。本栏目另分别对财政、金融交易和信用信贷三方面各安排两篇论文。宪法文本中的财政规范堪称政治体制大厦的根基,财政入宪被誉为我国政治体制改革的突破口。朱大旗教授等《财政入宪的规范分析》一文立足于世界各国宪法文本,将财政关系作为财政入宪的核心范畴,并确定了财政入宪理念的三个基本维度,及一国财政入宪关键理路。李刚教授《海峡两岸税务行政协助制度比较研究》一文,对税务行政协助制度的原则,以及主要行政机关对税务机关的协助问题,在两岸间展开了从规则内容到法理背景的逐一比较。据此提出了大陆地区可借鉴台湾地区的有益经验。金融消费者权益保护是近年来广受关注的热点议题。博士生马永保《商业银行歧视消费者法律规制》一文挖掘了商业银行对消费者不平等对待的判断标准及其非正当性,对商业银行歧视的现状分类逐一剖析,并澄清了此一现状背后的法律原因和三项规制对策。樊纪伟博士《日本金融商品交易欺诈民事责任制度及其借鉴》一文研究了日本《金融商品交易法》民事责任的设计特色,据此提出了我国修改《证券法》的制度建设参考。鄢梦萱博士《银企格局下小微企业信用构建探讨》一文提炼了我国当前实践中对小微企业信用的三种补充路径,进而剖析上述路径存在的三重问题,最后立论认为,对小微企业信用的法律构建需要完善小微企业动产抵押制度,发挥政府在征信体系构建中的作用和完善中小企业信用担保制度。国外对于农村消费信贷问题鲜有法学学科的研究,但经济学学者对农村消费信贷进行着系统、持续的研究。胡元聪博士《国外农村消费信贷促进机制研究述评——基于法律激励与约束的视角》一文,透过梳理此类研究成果,发现其聚焦于健全农村消费信贷机构与信贷客户的激励及约束法律机制上。

通讯传播法是高度复杂的新兴公法律领域,虽与传统电信、广电、互联网法律制度渊源绵密,但又非其简单加总或机械整合,是三网融合进程中对既有的问题和融合的挑战的系统性制度回应。本刊近年来持续关注此领域并发表相关论文。本卷更特设“通讯传播法”专栏。丁道勤博士《论信息通信法的体系架构》一文从纵向和横向分别讨论了通讯传播法的范围,并对国内外立法进行了比较,总结了域外特点和趋势,对我

国通讯传播法立法提出了相关建议。通讯传播法的核心议题之一是互联互通的实现。在三网融合大持续推进下,互联互通在实现上的种种障碍迫切要求法学研究的回应。娄耀雄教授等《互联互通诉权问题研究》一文从程序角度讨论了互联互通难以实现的原因,总结了我国互联互通诉权现存的突出问题,并提出了建设性对策主张。

本卷“域外法研究”栏目择发了分别来自3个不同国家的学者投稿,使我们得以透过各自的研究议题发掘不同观察视野和问题意识。日本的林秀弥教授针对“甲骨文并购仁科案”作了细致研究,《从甲骨文并购仁科案看美国的企业并购诉讼》一文对该案中涉及的相关市场界定、反竞争效果的分析等企业并购重大问题进行了分析与判断,揭示了其对反垄断实践特别是IT产业的反垄断的重要启发。澳大利亚希尔利教授《在澳大利亚遵守竞争法:规制者和企业的不同对策》讨论了竞争法时的热门议题即竞争合规问题。文章阐述了澳大利亚竞争和消费者委员会在执法中的基本立场与实践中的积极作为,以及企业应当如何保证其对竞争法的遵守。澳大利亚的这些做法对我国不无启发。该文还为企业在其他法域设立守法项目的尝试提供了指引。欧洲竞争政策论坛主席格雷厄姆·马瑟先生《软法居上?——非传统立法的利与弊》一文,反思了近年来治理革新的一个重要面向即软法之治。作者尖锐剖析了软法存在的诸多问题,指出软法既不与法治相契和,也不为宪政秩序奠基,永远不能为现代社会提供一个稳定基础。从长远看,要么将软法硬法化,要么摒弃它。见解独到,发人深省。

20年前《经济法基础理论》一书初版付梓之时,经济法作为部门法刚刚获得系统化的理论表达。21世纪的今日,透过本卷亦能发现,日益丰富和深入的议题正在吸引更多的经济法学人致力求索。我们诚挚期待藉此平台持续呈现更具新颖性的“落地”研究,和更具穿透力的洞见思想。这是我们鸣谢经济法前辈坚定开拓此一学门的最好方式,更是回应经济发展和时代需求的学者使命。

本卷执行主编

王红霞

2013年9月

目 录

【经济法基础理论】

经济法两种传播途径之比较	吴伟达(2)
论中国经济法学的价值	李国海(17)

【市场规制法】

中国竞争政策论纲	徐士英(31)
论我国经营者集中反垄断审查标准的选择	应品广(48)
澳门不正当竞争行为的立法界定及其启示	冷铁勤(71)
网络团购市场治理的法律选择 ——基于“责任规则”与“规制规则”的比较分析	甘 强 尹亚军(90)
双边市场条件下相关市场的界定 ——以双边市场分类为视角	黄 岩(109)
商号招牌及戏仿商号规制中的法治思维 ——以“最高发院”为典型的分析	朱体正(131)

【宏观调控法】

论宏观调控法体系的构成 ——兼论宏观调控法与财政税收法、金融法的关系	徐澜波 张 辉(147)
财政入宪的规范分析	朱大旗 胡 明(165)
海峡两岸税务行政协助制度比较研究	李 刚(181)

商业银行歧视消费者法律规制	马永保(210)
日本金融商品交易欺诈民事责任制度及其借鉴	樊纪伟(228)
银企格局下小微企业信用构建探讨	鄢梦莹(250)
国外农村消费信贷促进机制研究述评 ——基于法律激励与约束的视角	胡元聪(266)

【通讯传播法专栏】

论信息通信法的体系架构	丁道勤(288)
互联互通诉权问题研究 ——间接代理理论的视角	姜耀雄 孟庆顺(308)

【域外法研究】

从甲骨文并购仁科案看美国的企业并购诉讼	[日]林秀弥(345)
在澳大利亚遵守竞争法:规制者和企业的不同对策 [澳大利亚]迪波拉·希尔利(371)	
软法居上? ——非传统立法的利与弊	[瑞士]格雷厄姆·马瑟(394)

《经济法论丛》稿约

CONTENTS

[Basic Theory of Economic Law]

Comparison of the two kinds of Economic Law Disseminations

..... Wu Weida(2)

The value of economic law in China Li Guohai(17)

[Market Regulation Law]

Outline of Chinese Competition Policy Xu Shiyong(31)

The choice of China's Anti-monopoly Review Standards on

Concentrations of Undertakings Ying Pinguang(48)

The Legislative Definition of the Unfair Competition Acts of

Macau and its Implications Leng Tiexun(71)

On Choice of Law for Ruling of Online Market of Group Purchase

—In Perspective of Comparative Analysis of “Liability Rule”

and “Regulation Rule” Gan Qiang Yin Yajun (90)

Definition of Relevant Market based on Two-sided Market

..... Huang Yan(109)

The Thinking of the Rule of Law in the Regulation of Trade Name

Shop Sign and the Parodied Trade Name Zhu Tizheng(131)

[Macro-Regulation Law]

The Structure of Macro-control Law System

—The relationship between macro-control law, financial & tax

law, and financial law Xu Lanbo Zhang Hui(147)

- The Normative Analysis of the Constitutionalization of Fiscal
Norms Zhu Daqi Hu Ming(165)
- A Comparative Study of Tax Administrative Assistance System
between Taiwan Strait Li Gang(181)
- Legal Regulation on Discrimination against Ordinary Consumers
by Commercial Banks Ma Yongbao(210)
- The Civil Liability of Financial Trading Fraud in Japan and Its
Reference to China Fan Jiwei(228)
- On SMEs' Credit Construction Yan MengXuan(250)
- Review on Promote Mechanism on Foreign Rural Consumer
Credit
—From the Perspective of Law Incentive and Constraint
..... Hu Yuancong(266)

[ICT Law]

- Study on ICT Legal System Ding Daoqin(288)
- Application of The Theory of Indirect agency in Interconnection
Litigation based on Telecommunication Law
..... Lou Yaoxiong Meng Qingshun(308)

[Extraterritorial Law]

- A Study of United States Merger Litigation From Oracle's M&A
of People Soft Case Hayashi, Shuya(345)
- Competition Law Compliance in Australia: Diverse Strategies for
the Regulator and Business Deborah Healey(371)
- Is soft law taking over?
—The perils and benefits of non-traditional legislation
..... Graham Mather(394)

Call for Papers of ELR

【经济法基础理论】

【编者按】一门学科的独立,必须有其独特的研究对象和方法,有其独特的范畴和理论体系。经济法基础理论是经济法学安身立命的根和本,经济法学界的同仁,只有坚持学科自信,不断实现理论创新,才能使经济法学之树根深叶茂。20世纪80年代以来,我国经济法学界不乏学科理论体系的创新成果。“国家调节说”就是其中的典型代表。漆多俊教授在考察市场、调节机制与法律同步演变的过程中,归纳出了“市场三缺陷”、“国家调节三方式”、“经济法体系三构成”的“国家调节说”(或称“三三理论”)的经济法学理论。该理论对经济法产生的社会根源、调整对象、本质特征、基本价值、功能和任务、制度体系等作了系统的回答,从根本上划清了经济法与民商法、经济法与行政法的界限,为经济法成为一个真正独立的法律部门,奠定了理论基础。这种理论学说符合100多年来世界各国经济、国家职能和法律发展演变的历史事实,并对当前中国的改革,特别是如解决收入分配不公、反对权贵资本垄断等方面,具有十分重要的现实意义。

1984年,以《国民经济的法律调整》一书初步阐释了“国家调节说”的基本思想;1993年,《经济法基础理论》一书出版标志着“国家调节说”的核心理论体系全面建成,迄今整整20年。以此为契机,本栏目接续上卷,继续发表两篇论文:有别于大多数基础理论方面的论文,两文从“跳出来”的外部视角对经济法学此一学科作出了各自的观察省思,视角独特,见解亦颇富启发。特置于本栏,以飨同仁。

经济法两种传播途径之比较

吴伟达*

摘 要:根据传播过程中的受众不同,中国经济法传播可以分为小众传播和大众传播两种。与传统部门法传播相比,现有经济法传播的特点是:小众学术讨论与大众传播频道不同,内容也不相同;先有大众传播的泛滥,再有小众学术讨论的成熟;理论研究的先进成果基本上没有被立法接受;虽然“国家调节说”对小众学术传播发挥了引领作用,但在大众传播中其应有的引领作用受到了阻碍。其危害结果是:小众学术研讨的自娱自乐和大众传播的无知无觉;经济法启蒙教育的失败,教学资源浪费;无法消除社会公众对经济法的偏见。要纠正大众传播的错误,需要我们还还原行经济法大众传播的本来面目,加强政府部门对大众传播内容的监管,发挥小众传播权威对大众传播的引领。

关键词:经济法 小众传播 大众传播 国家调节说 体系化 纯粹化

一、引言

作为20世纪80年代开始在中国出现的一种特有法律文化现象——经济法,^①它所以能在中国得到发展,是与三十多年来,中国经济

* 吴伟达,浙江财经大学法学院教授,博士。

① 文中如无特别指明是“经济法学”或“经济法法律”,本文所指“经济法”是广义的“经济法”,即涵盖“经济法学”和“经济法法律”。

法学工作者致力于它的研究和传播分不开的。因为所有文化都有一个共有特点:通过传播获得发展,通过传播增强生命力。基于这一认识,笔者认为,从传播学角度考察中国经济法之发展,也不失为一种研究方法的创新。

根据中国经济法传播过程中受众的不同,我们将经济法传播的途径分为小众传播^①和大众传播两种。当然,小众与大众的区分是相对的。小众传播所言的“小众”是指在一定环境下或某一时间段内有共同信息需求的群体。中国经济法小众传播所言的“小众”就是指一群具有基本相似的学术信仰、学术操守、学术诉求、学术愿景的法学工作者。其群体包括:经济法学教学工作者、各社会科学研究机构中从事经济法学研究的学者、各高等院校和科研机构招收培养的经济法学专业本科生、研究生、博士生。中国经济法大众传播所言的“大众”是指小众以外,因职业培训、职称考试,以及其各种再社会化过程中,被强制或自愿地接受经济法知识洗礼的社会公众。广义的大众也包括小众。

与大众传播相比,“小众”传播往往被要求更专业、更严谨、更深入。在大多数情况下,专业化的小众研讨、传播,不一定会取得大众的传播效果,但小众传播的意义在于其权威性——“因为权威而成为大众传播的领军”。^②笔者认为,近三十年来,中国经济法之不幸在于:虽然经济法在小众学术研究的过程中,逐渐形成了权威,但这种权威一直没有得到官方的确认或者说跨出小众学术圈子,以致失去了发挥学术权威引领大众传播的作用或机会。

中国政府一直重视经济法这两种途径的传播。但传播的效果并不理想,离经济法在中国市场经济建设中应该发挥的作用还有较大的差距。

① 鉴于小众学术传播主要形式是学术研究、学术探讨和法学专业教学,因此,如无特别说明,本文中出现的“小众传播”、“小众学术研讨”、“小众学术研究”系同一个意思。

② 单冷:“关于‘小众’传播和‘大众’传播的思考”,载 http://www.jyb.cn/high/sjts/201308/t20130807_547406.html, 2013年8月7日访问。

二、经济法传播途径的特点

(一) 中国经济法传播的基本特点

与传统部门法的传播途径相比较,中国经济法的传播具有如下几个特点。

1. 小众学术讨论与大众传播频道不同,内容也不相同。

一般部门法学之小众学术讨论与大众传播之频道虽然不同,但基本内容和框架相同。或者说,两者传播的精神特质是一致的。如民法。虽然民法之大众传播在包装上,即以教材为主的媒介选择上,可能以更贴近大众语言或形式出现,但无论如何贴近大众,其基本内容框架还是民法的框架,其所秉持的民法精神、民法原则是不变的、统一的。而经济法的小众学术讨论与大众传播不但频道不同,而且基本内容框架也不同。小众学术研讨的是“经济法”,大众传播的是“经济的法”。两者虽然一字之差,但其精神实质完全不同。

2. 传播顺序的颠倒——先有大众传播的泛滥,再有小众学术讨论的成熟。

一般部门法之传播顺序是:先有小众学术讨论的成熟(即理论体系的成熟),再有一般部门法学之大众传播。“从近代以来,世界各国的法律移植的历史事例来看,引进的几乎都是西方国家的法律及其制度”。^①这一现象中国也不例外。可以说,除经济法以外,中国所有的部门法基本理论都是从西方移植来的。^②当然我们不否认在移植过程中,中国学者所作出的本土化努力。但以上事实足以证明,一般部门法在大众传播之前,已有相应的小众学术传播之成熟。

中国经济法的情况则完全不同于其他部门法,几乎不存在现成法律制度可供移植。虽然反垄断法基本上是移植过来的,但它也得解决西方国家不曾面对的行政垄断问题。而且历史又与中国经济法开了一个天大的玩笑。由于体制原因,让它失去了拥抱来自日本、德国那些更接近

① 何勤华主编:《法的移植与法的本土化》,法律出版社2011年版,第130页。

② 笔者认为,这里的移植不只是照搬,也包括了“借鉴”、“吸收”、“继受”和“传播”等含义。