



# 法治經濟與經濟法治

华东政法大学经济法学院  
30周年院庆文集

主编 吴弘



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



# 法治经济 与经济法治

华东政法大学经济法学院  
**30**周年院庆文集

主编 吴弘



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

法治经济与经济法治:华东政法大学经济法学院 30  
周年院庆文集 / 吴弘主编. —北京:法律出版社,  
2015. 11  
ISBN 978 - 7 - 5118 - 8713 - 9

I. ①法… II. ①吴… III. ①经济法—中国—文集  
IV. ①D922. 290. 4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 266444 号

法治经济与经济法治

——华东政法大学经济法学院 30 周年院庆文集

吴弘 主编

责任编辑 李峰云

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 11 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 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 24.75 字数 383 千

印次 2015 年 11 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 - 8713 - 9

定价:68.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 本书编辑委员会

主 编

吴 弘

副主编

陈岱松

### 编委会委员

顾功耘 吴 弘 沈贵明 陈岱松 孙宏涛

朱 平 任 超 杨勤法 蒋 红 伍 坚

张 璐 贾希凌

## 华东政法大学经济法学院简介

华东政法大学经济法学院前身为设立于1985年的经济法系，2003年改为经济法学院。随着市场经济的繁荣和法制建设的发展，学院逐步成长并迅速壮大。1990年取得经济法硕士学位授予权，2001年获得环境法硕士学位授予权，2003年获得经济法博士学位授予权。

华东政法大学经济法学科具有本科、硕士、博士、博士后培养能力，是上海市重点学科（2005年起）。本学科经济法学教学团队是“国家级教学团队”（2010年），金融法学教学团队是上海市级教学团队（2010年）；“经济法学”是国家精品课程（2009年），“商法概论”为上海市精品课程（2004年）；经济法教程获全国法学教材一等奖，证券法教程获上海市教材一等奖，另有上海市级教学成果奖多项。

华东政法大学经济法学院设有经济法、商法、环境法、金融法等教研室。经济法律研究院于2008年3月正式设立，目前设有经济法研究中心（下辖税法、竞争法、网络法等研究机构）、商法研究中心（下辖公司法、金融法等研究机构）、环境与资源法研究中心（下辖循环经济法、能源法等研究机构）以及日本法研究中心。近年来，与欧盟、美国、加拿大、俄罗斯、日本、澳大利亚、荷兰、新加坡、比利时、爱尔兰等国的多所大学建立了密切友好的学术交流合作关系。

# 深化改革的政策目标与法治走向

(代序)

顾功耘\*

十八届三中全会和四中全会,分别作出了全面深化改革和全面依法治国的政策目标和行动纲领。法治与改革是一对关系密切要素。在改革的推进中,法治的力量不可或缺;以法治引领改革,推动改革,才能保证改革行动不偏向并顺利前行。习近平同志曾多次指出,“凡属重大改革都要于法有据。在整个改革过程中,都要高度重视运用法治思维和法治方式,发挥法治的引领和推动作用,加强对相关立法工作的协调,确保在法治轨道上推进改革”。<sup>①</sup>

## 一、完善产权保护制度,实现公平竞争

改革开放以来,我国对产权保护制度,包括对国有资产及其相关权利的保护制度,从《宪法》到《民法通则》,再到《物权法》《企业国有资产法》,都进行了一系列规定,但仍存在重大缺陷。现行《宪法》特别强调“公有财产神圣不可侵犯”,而对于私有财产则只做受法律保护的一般表述。正因为公有财产神圣不可侵犯成为《宪法》中的“帝王条款”,其他法律法规就极易对公有财产与私有财产及其权利的保护作出区别性对待。例如,在《刑法》中,对侵占公有财产与侵占私有财产的犯罪,就规定了

---

\* 顾功耘,华东政法大学经济法学教授,副校长。

① 李林、熊秋红:《积极稳妥有序推进司法体制改革试点》,载《求是》2014年第8期。

不同的罪名和刑罚,对侵占公有财产犯罪的惩罚要远重于对侵占私有财产犯罪的惩罚,刑法学者将其称为“国有资产的特殊保护”<sup>②</sup>;在《物权法》及其他相关法律中,虽然试图强调公有财产与私有财产的同等对待、一体保护思想,但在现实生活中,由于公有私有的身份差别,其享受的待遇实际上相去甚远。国有企业往往可以很容易取得政府的各种项目或者获得商业银行的贷款,民营企业却很难;更让人不可思议的是,国有企业与民营企业发生经济纠纷时,国有企业往往能够得到充分保护,而民营企业则常常费尽心力最终仍失望而归。这种状况与我们所要建立的社会主义市场经济体制目标几乎格格不入。

“公有制经济财产权不可侵犯,非公有制经济财产权同样不可侵犯”,三中全会决定中这一清楚的表述,表明了我党改变现状的鲜明态度。市场经济运行的基本规律就是供求规律、价值规律和竞争规律。要建立社会主义市场经济,我们就必须充分认识、尊重和运用这些规律,让市场在资源配置中起决定性作用,同时在竞争规则的指引下,让市场主体公平竞争,优胜劣汰。在我国,要推进这种市场化改革,就必须大幅度减少政府对资源配置的直接介入,让资源配置依据市场规则、市场价格、市场竞争实现效益最大化和效率最优化。<sup>③</sup>

要真正完善产权保护制度,使各种所有制经济平等使用生产要素,实行公平竞争,需要解决几个问题:首先,应当根据三中全会决定的精神,积极做好理论与舆论准备,尽快启动修改宪法的程序,删除《宪法》第12条“社会主义的公有财产神圣不可侵犯”条款,强调公有财产私有财产实行一体保护的制度。其次,认真清理和废除现行法律法规中有关公有财产私有财产间的不平等待遇条款,为各种所有制经济依法平等使用生产要素、公开公平公正参与市场竞争创造充分和必要的条件。最后,除非出于国家安全与公共利益的考虑,公有制经济不应享有任何特权。不仅如此,由于历史的原因,公有制经济享有先占利益,公有制企业尤其是国有企业规模与实力均普遍大于民营企业,我们需要给予民营企业、中小型企业必要的政策倾斜以及

② 杨子良:《国有资产刑法保护研究——一个整体刑法学的视角》,中国人民公安大学出版社2009年版,第162页。

③ 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》辅导读本,人民出版社2013年版,第6页。

扶持措施。政府简单地提出“平等竞争”,而不对民营企业采取任何的支持行动,不符合“平等”的本意和要求。21世纪初我国就制定了《中小企业促进法》,后来国务院以及相关政府部门又多次出台支持非公企业或民营企业发展的法规规章,但是执行始终难以到位,收效均不明显。究其原因,与错误的“形式公平”的“平等竞争”观有关。竞争是无情的,但是对于竞争的前提就不公平,或者在竞争中本来就处于不利地位的市场主体,应当给予差别对待,体现市场活动中的“实质公平”原则,即公平应当着眼于市场主体实际权利义务的配置及其结果,而非限于形式上的规定。<sup>④</sup>

## 二、积极发展混合所有制经济,使各种所有制资本进一步融合

混合所有制早在十六大报告中就已正式提出。当时的表述是“除极少数必须由国家独资经营的企业外,积极推行股份制,发展混合所有制经济”。三中全会决定是再次重申。在20世纪90年代的国企改革中,建立现代企业制度即股份制公司是改革的明确目标。<sup>⑤</sup>1993年《公司法》的颁布为国企的公司化改革提供了制度支撑。依据《公司法》的规定,国企改制除非采用国有独资形式,否则就是在发展混合所有制。从1994年《公司法》施行之日算起,混合所有制经济已实践了20余年。应当说,20余年混合所有制经济的改革已大大突破了公有制经济一统天下的格局。在世纪之交,我国的国有经济、民营经济和外资经济的大致比重已经是各占1/3。近十年来,三者比重虽有所调整,但总体格局未有大的改变。“目前,我国非公有制经济GDP所占的比重超过60%,税收贡献超过50%,就业贡献超过80%”。<sup>⑥</sup>除所有制结构的变化外,混合所有制还带来了公司法人治理结构的变化和分配格局的变化。之前的全民所有制企业实行厂长经理负责制,改制后的公司,即使是国有资本占控股地位的公司,实行的都是股东会、董事会、监事会相互平衡制约的治理机制。正如有学者所指出的,混合所有制建立的过程其实就是法人治理结构真正完善的过程。<sup>⑦</sup>就利益分配来说,由于公司广泛吸收社会资本,个人投资者、机构投资者均可以参与

④ 杨思斌、吕世伦:《和谐社会实现公平原则的法律机制》,载《法学家》2007年第3期。

⑤ 邱海平:《论混合所有制若干原则性问题》,载《人民论坛·学术前沿》2014年第6期。

⑥ 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》辅导读本,人民出版社2013年版,第68页。

⑦ 厉以宁:《在调查混合所有制中发现的几个误解》,载《当代社科视野》2014年第4期。

公司的利润分红,使普通劳动者除了获取劳动收入外,还能获取适当的投资回报;这就极大地调动了广大劳动者投资以及参与公司决策、监督的积极性,从而彰显了社会主义市场经济的民主性。事实说明,实行混合所有制经济不仅具有经济意义,还具有很现实的政治意义。

对混合所有制,理论界、实务界均做出了不同解读。有的观点认为,重提混合所有制经济并无新意,应当在坚持公有制为主体的前提下,适当让民间资本参与充当配角;有的观点认为,重提混合所有制经济就是要加快实行私有化,让国有经济尽快从竞争性领域退出。<sup>⑧</sup>前两种观点不免偏左或偏右。这次重提混合所有制实际上至少有四新意:一是态度更为积极、导向更为明确。此次重申混合所有制经济时,增加了“积极发展”的表述,看似像形式上的口号,但实则是在日前《宪法》坚持公有制经济处于主导地位的情形下,支持和鼓励民营经济发展的有力措施。二是强调混合所有制经济是独立于纯粹的国有经济、民营经济等的一种经济形态,是我国基本经济制度的重要实现形式。其目的在于发挥国有经济与民营经济的各自优势,实现优势互补和劣势对冲,希望通过整合国有企业的实力与民营企业的活力,从而提高我国企业的整体竞争力。三是强调平等参与,不存在孰高孰低。国有资本、集体资本、非公有资本等交叉持股、相互融合,并相互促进、共同发展。四是允许在混合所有制企业里实行员工持股,形成资本所有者和劳动者的利益共同体。总之,结合国资国企需要深化改革的背景分析,此次积极发展混合所有制经济的目的是要让社会资本更多地参与国有企业改制,使各种所有制资本进一步融合,形成“你中有我、我中有你”的市场主体。

之所以重申混合所有制,是因为今日的国企尽管无论是规模还是内在素质都是20年前的国企无法比較的,但下一步的发展却遇到了前所未有的“瓶颈”:一方面,纯粹国企的背后仍是政府配置资源,而政府过度追求GDP的结果会造成重复建设、产能过剩、严重污染等问题;另一方面,国企改制不到位,国有大股东绝对控制地位导致公司治理机制无法有效发挥作用,同时,由于国企决策机制以及监督机制不合理,内部人控制严重,造成贪腐行为层出不穷。而发展混合所有制公司,尤其是发展

<sup>⑧</sup> 陶卫华:《混合所有制:热与冷的背后》,载《中国民商》2014年第5期。

国有股不再享有控制权的公司,则可以有效抑制政府在资源配置中的决定性作用,去除国有企业所享受的“父爱”呵护。当混合所有制的公司走上市场竞争舞台尤其是国际竞争舞台时,就可以真正形成平等竞争的格局。这时,企业发展才真正有了压力和动力,科学的治理机制才真正能够建立。可以说,发展混合所有制经济是医治国企弊病的最好药方。

今后在发展混合所有制经济时,应改变过去那种利用、控制和改造民资的一贯思路与做法。一是不应再将吸收民营资本作为解救国企的手段或工具。当国企缺乏资金时,通过资本市场发行股份筹集资金,一旦资金周转过来,就挤压民资;二是应彻底去除国资“以我为主,受我控制”的思想。民资并非只有在国资的引导下,接受国资的监督、管理才能被允许参与混合经营,不应将民资作为被改造的对象。为此,今后的制度设计应特别注意三点:首先,应以混合所有制组建的市场主体,看成是投资者与劳动者的利益共同体。不管公有、私有,还是集体、个人,也不管投资多少,都应相互尊重,相互支持,利益按股分享;其次,公司控制权的安排应综合多种因素,并进行平等协商。除非特殊情况,否则国有股东在竞争性领域应尽量不控股。这与三中全会决定“鼓励非公有制企业参与国有企业改革,鼓励发展非公有资本控股的混合所有制企业”的精神完全相符;最后,混合所有制经济的经营模式可以多样化。通过混合所有制企业,贯彻国家的政策意图,不只有控股一条路,可以国有民营,可以信托经营,也可以授权经营,等等。

### 三、加快现代企业制度建设,适应市场化与国际化竞争环境

从十四届三中全会提出,建立现代企业制度是我国国有企业改革的方向,到十五届四中全会提出建立“实现产权清晰、权责明确、政企分开、管理科学”的现代企业制度,可以说建立现代企业制度的改革实践在90年代初期就已经开始积极探索,并一直在不断推动和深化。<sup>⑨</sup>然而,时至今日,仍有相当比例的国企还未展开行动,整体上,现代企业制度的建立仍在半途中。究其原因确实很复杂。有的对现代企业

---

<sup>⑨</sup> 张喜亮:《三中全会国企改革思路解读——如何“完善”现代企业制度》,载《现代国企研究》2013年第12期。

制度的认识很肤浅,以为将国企改成公司就达到目的了;有的对国企要不要改制、怎样改制认识不清,因而宁愿观察等待,不愿主动出击;有的认为,国有企业体制很好,所在企业一直营利,何必改制?即使已经进行了改制的企业,也存有很大争议。例如,是否存在国有资产被侵吞和严重流失的现象?是否存在私有化倾向?民族品牌是否存在被外资控制?垄断经营的企业是否应该在境外上市?可见,尽管20多年过去了,但对国企改制的争议依旧不断。

重启国有企业改革,主要就是因为当前的国有企业制度对市场化、国际化的新形势适应性不够。国有企业要与市场经济进一步相融合,必须重点规范经营决策,积极参与市场竞争,提高企业运营效率,同时,主动承担社会责任。总之,再次启动的国企改革就是要对国有企业的各种要素进行清理和整合,建立一套真正符合市场运行机制的现代企业制度。

这套制度的建立首先需要解决国有企业法律制度的重塑问题。目前,1988年颁布的《全民所有制工业企业法》仍是有效的法律,但其中很多规范已经过时,有的与《公司法》《企业国有资产法》等法律法规存有严重冲突,应将这部法律的废除提上日程。今后,国有商事企业可以执行《公司法》,但是,国有公共企业还缺少专门的法律规范,这就需要考虑尽快制定《公共企业法》,让国有企业改制为公共企业时有法可依。<sup>⑩</sup>当然,做好这些工作,离不开国资监管体制的配套改革。

在新一轮国企改革的具体操作过程中,第一,要解决科学分类和准确定位的问题。不同类型的国企应采取不同的改制方法和措施。竞争性企业必须面向市场,公共性企业可有条件的面向市场。第二,改制必须结合国家建立市场经济体制以及实施经济战略的要求,采取市场化的手段进行股份发行与交易、股权转让与收购、企业资产买卖与重组等。第三,除极少数需要国家控股的企业外,保留的国企应通过混合所有制等形式尽量实现股权的分散化。只有股权分散,才能解决国企经营不受行政干预的问题,才能解决“一股独霸”的问题,也才能真正建立协调运转、有效制衡的治理机制。第四,要通过市场化选聘方法,选聘优秀的经营管理人才,并建立职业经理人制度。第五,要建立合理的考核、激励制度和严格的责任制度。应根据不同的

<sup>⑩</sup> 顾功耘、胡改蓉:《国企改革的政府定位及制度重构》,载《现代法学》2014年第3期。

岗位,明确经营者的分工,给予不同的待遇。对于那些违背职业道德,违反信义义务的董事、监事及高级管理人员,要依法依规进行处理,该罢免的则罢免,该追究责任的则应当追究责任。

#### 四、法治经济是国家治理的重要基础,也是经济法研究和实践的重要目标

建设社会主义市场经济,必须认真领会和贯彻三中全会全面深化改革和四中全会全面推进法治的精神,切实提高治理经济的能力与水平,让我国的社会主义市场经济法律制度在全球化的背景下日益显示出它的竞争能力和优势。

法治经济给经济法的研究和实践指明了目标。经济法在全面深化改革和全面依法治国的征程中得以大显身手,改革与法治实践也给经济法学的理论研究提出了许多新的课题,必将推动经济法学理论的进一步繁荣。本书就是华东政法大学经济法学院教师与博士生,在深化改革、发展法治经济背景下进行深入研究和理论创新的初步成果。

华东政法大学经济法学院自1985年建系、2003年改学院以来,一贯重视理论与实际的结合,在经济法理念、体系、发展史等基础理论方面独树一帜,形成了一批注重应用理论研究并取得较大影响的特色分支学科,获得了一批国家级的科研成果、精品课程和教学团队等荣誉。相信华东政法大学经济法学院将在全面深化改革和全面依法治国的过程中,与我国市场经济和经济法学共同发展。

## 目 录

|                          |          |
|--------------------------|----------|
| 深化改革的政策目标与法治走向(代序) ..... | 顾功耘(001) |
|--------------------------|----------|

### 全面深化改革的经济法促进

|                              |              |
|------------------------------|--------------|
| 建设法治经济的经济法思考 .....           | 吴 弘 宋 澜(003) |
| 产业政策与反垄断法的协调机制思考 .....       | 钟 刚(017)     |
| 反垄断法实施面临功能性挑战 .....          | 徐士英(028)     |
| 竞争中立视野下欧盟职业足球政府补助的法律规制 ..... | 任 超(045)     |
| 俄罗斯国家安全审查制度研究 .....          | 王东光 王 萍(061) |
| 我国循环经济法制的发展历程 .....          | 曲 阳(073)     |

### 深化财税体制改革的法制促进

|                       |              |
|-----------------------|--------------|
| 地方政府融资平台的法理基础辨析 ..... | 李慧俊(089)     |
| 城市治理中预算法治问题研究 .....   | 欧阳天健(108)    |
| 论我国慈善信托税制的法律构建 .....  | 祁 琳(118)     |
| 一般反避税规则中的举证责任探究 ..... | 任 超 成 威(126) |

### 互联网时代的竞争法制与消费者保护

|                           |          |
|---------------------------|----------|
| 论互联网产品在相关市场界定中的竞争特性 ..... | 曾 晶(141) |
| 互联网交易中虚假价格宣传行为的法律规制 ..... | 陈肖盈(153) |

互联网理财产品的监管机制与消费者权益保护研究 ..... 桂 祥(163)

互联网保险的投保人保护 ..... 寺岛美贵子(177)

混合所有制改革与国企法律问题

混合所有制改革与国企信息披露的监督功能 ..... 吕 洁 沈贵明(191)

混合所有制背景下国企高管民事责任的强化与承担 ..... 王长华(206)

上海国企分类化改革背景下公共企业反垄断规制研究 ..... 翟 巍(219)

日本公企业制度变迁考察与评析 ..... 陈美颖(228)

企业出售中“债务跟着资产走”原则的反思与重构 ..... 曾大鹏(242)

我国企业信息公示制度完善研究 ..... 吴 韬(257)

有限公司章定股权转让条款的效力探析 ..... 伍 坚(266)

论股东本位 ..... 周 珺(274)

金融创新的金融法制保障

P2P 网贷现行政策解析及监管细则预判 ..... 陈岱松 魏华文 梁家雷(291)

论投资领域的金融消费者保护 ..... 何 颖(301)

论生态文明建设的金融法治保障 ..... 李慈强(317)

上海车险人伤理赔中司法鉴定问题的对策研究 ..... 李伟群 殷跃平(329)

论信托第三人违反信托责任的弱化 ..... 张 敏(348)

我国债券市场创新发展的法治问题 ..... 窦鹏娟(358)

破产程序下金融债权保护之衡平 ..... 张华松(372)

The background of the entire page is a light gray with a repeating pattern of stylized leaves and flowers. In the center, there is a dark gray rectangular box with a thin white border. This box is framed by four ornate, symmetrical scrollwork designs: one at the top, one at the bottom, and one on each side. Inside this central box, the title is written in white, bold, sans-serif Chinese characters.

全面深化改革的  
经济法促进



## 建设法治经济的经济法思考

吴 弘 宋 澜\*

党的十八届四中全会提出了建设中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家总目标,这对于全面建成小康社会、实现中华民族伟大复兴的中国梦具有根本意义。四中全会通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《决定》),《决定》明确指出:“社会主义市场经济本质上是法治经济”,并作出一系列的要求,为我国健全社会主义市场经济注入了新的活力与动力,开启了法治经济的新时代。

建设法治经济,是符合经济发展一般规律、迎合民族振兴时代需要的一项正确举措。正如英国学者丹尼尔·汉南(Daniel Hannan)指出,经济繁荣的一项基本前提是彼此信任,这种信任不仅仅存在于各交易主体之间,更包括信任裁判当局。汉南在其著作《我们如何发明了自由以及为什么这很重要》中阐述到,信任陌生人帮助英国和美国富裕起来。英美两国促进了世俗民主和私营企业的发展。勤劳的人们离开家乡追求财富,他们有时移民、并在异国他乡安顿下来。比如,美国。这些努力能够获得成功,仰赖的是一套行之有效的民事司法体系。在这种体系下,外地人可以像本地人一样获益。<sup>①</sup>

不可否认的是,建设法治经济既是学术问题、也是实践问题。关于如何理解“市

---

\* 吴弘,华东政法大学经济法学院教授;宋澜,华东政法大学经济法博士生。

① Daniel Hannan, *Inventing Freedom: How the English-Speaking Peoples Made the Modern World* (Harper Collins, 2014)