

Economic Law Review

主
编
史
际
春

经济法学 评论

第一卷(2000)

Volume No.1(2000)

中国法制出版社

D912.29-13

6/1

中国人民大学经济法研究中心主办

经济法学评论

Economic Law Review

第1卷(2000年)

Vol.1(2000)

史际春 主编

中国法制出版社

责任编辑 陈学军

图书在版编目(CIP)数据

经济法学评论. 第1卷, 2000年/史际春主编. - 北京: 中国法制出版社, 2000.6

ISBN 7-80083-709-2

I. 经… II. 史… III. 经济法-法的理论-研究-文集 IV. D912.29-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 62788 号

经济法学评论 第1卷(2000年)

JINGJIFAXUE PINGLUN

主编/史际春

经销/新华书店

印刷/河北省涿州市新华印刷厂

开本/850×1168 毫米 32

印张/12.5 字数/344 千

版次/2000年6月北京第1版

2000年6月北京第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-709-2/D·682

(北京西单横二条2号 邮政编码 100031)

定价: 21.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话: 66062752)

卷 首 语

20 世纪是经济、技术、法治昌明的世纪，毋庸置疑也是战乱、物欲横流、缺乏理性和科学思想，远未摆脱野蛮和愚昧，人类梦寐以求、合理期待的高度文明尚未切实到来的一个世纪。不得不承认的是，人对利益的追求是永恒的，即使追求的手段往往不符合某种公认的道德。追逐私利而提升个体生产力及其财产占有、滥用科技和大规模耗费资源、享乐和消费主义、世俗化等，也是一种发展。在此过程中，数千年来作为压迫机器、吮吸民脂民膏而备受诅咒的社会异化物——国家，再次为免社会在冲突中毁灭而积极扮演调停、平衡协调者的角色，以至于公共行政无所不在，法的调整不断深化、精细，愈益社会化、经济化、专业化、技术化。从表面上看，国家和法仍在蚕食着社会，但是社会民主、人道的进步，社会性、自律性组织及其规范之初见端倪等，预示着社会螺旋式发展中的一个新的轮回已经开始。人们有理由相信，当代国家和法之承受空前的公共职能，是人民意志的空前自觉的体现，缘此，它的发展将不是进一步异化于社会，而是日趋社会化，与社会融合而最终回归社会。社会法、经济法等，正是始于 19 世纪末的社会化进程开始和发展中出现的新兴法律现象。

而当资本主义列强步入社会化发展之时，中国却饱受其欺

压蹂躏而陷入民族危难，为图强而继受了社会化前的大陆法体系，又为革命聚合“一盘散沙”、陶冶民族性情而致封建家长制死灰复燃，以至法本身的发展抑或官方和民间的研究，均不足以支持经济法从“六法全书”和蜕变了的前苏联式法体系中脱颖而出。

所幸国人自 20 余年前选择了改革开放和建设社会主义市场经济体制。我国在计划经济的名义下，不存在自由的商事活动，民事行为几乎被限制在个人参加的民事关系中，生产经营均有赖党政直接操控，既无所谓经济法，更没有民商法生存和发展的空间。而社会化的市场经济，既以国家对经济的干预、参与、组织和管理为必要条件，同时又要求国家的这些行为主要依靠具体经济制度设计、产业政策和指导性计划、契约、企业、利率、价格、税制和税率、公开市场操作等经济手段，以法治方式来实现。经济法及其学问因市场经济体制和法治目标的确立而获得生机，方兴未艾。

有感于具有特色的经济法园地太少，众多经济法学成果散布在法学“大田”中难以彰显，因而编辑这部丛刊，以偿夙愿。希望能够本着社会法的宗旨，融会公、私法的精神，或曰将纵横相统一，来研究法对经济的调整，形成某种流派，对文不对人，荟萃同流佳作，并求推陈出新，耕耘一片长青的园地。

经济合同依其固有特性集中体现了经济法的公私相融、纵横统一之要义，本意为计划组织性的合同，也即通过经济合同来落实计划，同时将其作为计划的手段，使计划建立在经济核算和合同的基础之上，履行或违反计划与履行或违反合同的责

任融合为统一的经济法责任。文革之后，人们深感长官、党政任意和缺乏起码的合同法制之弊端，制定了“经济合同法”，使经济活动听命于上级、毋需也无视合同的时代一去不复返。然而，随着市场关系的发展，指令性计划大为缩减，国有及公有制主体也在当事人意思自治的基础上从事流转和协作活动，理应由民商法对相关合同关系进行调整，于是名不副实的“经济合同法”被统一于民事“合同法”，当为顺理成章之事。同时，“合同法”又统一不了业已泛化的各类合同，市场经济下公私因素交织不可分的经济合同仍有其存在余地，经济合同和经济合同法的再定位便成为我国经济法学和经济法制建设的当务之急。为此主笔和中国人民大学法学院博士生邓峰合著了《经济（政府商事）合同研究——以政府采购合同为中心》一文，并拟出《政府采购法（民间建议草案）》，供各界包括有关部门参考。鉴于规范化、有经济调控宗旨、公开市场操作的政府采购在我国尚属新生事物，读者如发现该文及所附民间法案中有对政府采购及其合同制度吃得不透之处，应不足为奇，但愿它能起到抛砖引玉的作用。

市场经济的精髓在于市场主体独立自主决策基础上的充分、适度、公平的竞争，竞争的基本要素则是厂商按市场供求关系变化自由定价，这样方可实现有效率的淘汰、重组，发挥市场在资源配置中的基础性作用。然而市场经济的一个天然倾向是人为地限制竞争，以便“舒舒服服赚大钱”，从而损害经济的活力，以至否定市场经济本身。随着市场化进程的深化，垄断和限制竞争现象日益孳生，因而制定反垄断法和修订《反不正当竞争法》均已被提上议事日程。为此亟待弘扬普及现代

市场经济的竞争观念，这对依其职权有能力影响社会竞争秩序的政府和司法部门来说尤为重要，同时也需加强对国人尚领会不深或仍告阙如的竞争法制度的研究。这正是本卷之所以要组织反垄断法专题讨论的原因。藉在中国人民大学攻读博士学位之机，安徽大学青年学者王先林教授结合当前世人瞩目的微软垄断案，献出他的新作《从微软垄断案看市场支配地位及其滥用——兼论我国反垄断立法相关问题》。主笔则与前国家工商局政策研究室主任吴炯兼职教授一拍即合，感到政府有关部门对当前经济生活中出现的低价竞销现象所持态度及采取的措施有违市场经济精神，与她漫话市场经济、不当贱卖、倾销、价格卡特尔、政府定价和行会的作用等，形成了《关于贱价竞争和人为限价的法律思考》这篇文章。也在中国人民大学攻读博士学位的安徽大学法学院院长王源扩教授，则以他在澳洲莫那什大学所作的研究为基础，考察我国经济生活中控制转售价格行为的环境条件、具体特点和现实危害，撰写了《控制转售价格：经济分析与竞争法的对策》一文，弥补了反垄断法研究中的一个薄弱环节，颇具理论意义和实践价值。在中国人民大学取得法学硕士学位后到法国巴黎一大继续攻读硕士和博士学位的孙涛，写了《欧盟竞争法的政策基础及其对企业结合的反垄断控制》一文，在比较相关制度和相关国家的制度并结合中国实际的基础上，介绍论述了欧盟竞争法中的企业结合控制制度，表达了个人的意见和倾向性，也有相当的参考价值。

国有企业改革是长久以来的一个沉重话题，经济法学也给予了它充分的关注。但是应当承认，企业法研究往往仅着眼于竞争性企业的地位、组织和运作机制，而忽视了对公用性、政

策性等企业的研究，甚至无视竞争性与非竞争性企业的区别。这是我国历经 20 余年改革，普通企业法已相对完善，而特殊企业法的观念和制度仍未建立，非完全竞争性的企业鉴于其某种特殊性而不得不放任行政操控的主要原因之所在。柳州铁路局的徐云同志在系统掌握法学理论和知识的基础上，更注重联系实际的探索思考，写了《铁路运输企业及其基层站段的法律地位探讨——兼论铁路运输管理体制改革的》一文，并就《铁路法》的相关修改拟出参考条文。尽管文章还略显粗糙和概念化，但是她的学术勇气和文章的整体水平，表明她已无愧于中国第一代 JD（借用美国的 Juris Doctor 来比拟授予高级复合型、实践型人才的法律硕士学位，与 MBA 相当）的称号。

实践催生经济法，赋予经济法学以生机，使它在成长中脱离幼稚状态。然学无止境，学者在经济法学诸领域辛勤耕耘，不断推出新的成果。中国人民大学博士生导师徐孟洲教授的《论税法的基本原则》，正是一篇深入探究财税法的理论和实际的力作。经济法学作为部门法学，更是一门实践性学科，只有回馈实践方能由生活之树不断汲取活力。中国人民大学博士生宋彪自告奋勇承担了一项案例评析任务，就我国“恒裕”轮在南非德班被扣案进行理论分析，写出“论国家对国有企业的责任”一文，提出了一个发人深省的问题：山西省的一家国有企业与德国某企业发生商贸纠纷，该德国企业竟可在南非向法院申请扣押海南省一家国有远洋运输企业的船，这背后除了外国人对中国的不了解和某种不言自明的歧视外，我国自身在观念和体制上是否也存在着某种重大缺陷呢？中方如果在此案中败诉，则开一个坏的先例，中国的国有企业和国有资本参股企业

今后就无法在境外正常开展活动，后果将不堪设想。

作为新兴的社会科学学科，经济法学要借鉴法学各科和其他社会科学学科的成就，乃至吸收人类文化的一切优秀成果。一方面，它与法理学、民商法学、行政法学、劳动和社会保障法学、环境法学、经济学、管理学等息息相通，可以相互借鉴通融；另一方面，通过国际的比较研究，分析某种制度的存废及其不同类型和规定之利弊，借鉴外国的经验教训，对于经济法学也是不可或缺的。中国人民大学的高产青年学者张世明博士生宁愿坐“冷板凳”，写出《经济法学的经济学基础探讨》一文，尽管该文可能存在一些不够严谨之处，但它对于读者拓展思路，进一步思考经济法的社会经济基础，仍不无裨益。

史际春

2000年3月27日

目 录

卷 首 语

〔热点问题：经济合同的再定位〕

经济（政府商事）合同研究

——以政府采购合同为中心…………… 史际春、邓 峰（1）

〔反垄断法专题〕

从微软垄断案看市场支配地位及其滥用

——兼论我国反垄断立法相关问题…………… 王先林（46）

关于贱价竞争和人为限价的法律思考…………… 史际春、吴 炯（67）

控制转售价格：经济分析与竞争法的对策…………… 王源扩（73）

欧盟竞争法的政策基础及其对

企业结合的反垄断控制 …………… 孙 涛（111）

〔改革之道〕

铁路运输企业及其基层站段的法律地位探讨

——兼论铁路运输管理体制改革 …………… 徐 云（169）

[论 坛]

论税法的基本原则 徐孟洲 (207)

[案例评析]

论国家对国有企业的责任

——“恒裕”轮南非德班被扣案的法理分析 ... 宋 彪 (241)

[立法建言]

政府采购法(民间建议草案) 史际春、邓 峰 (331)

[他山之石]

经济法学的经济学基础探讨 张世明 (349)

[热点问题: 经济合同的再定位]

经济(政府商事)合同研究*

——以政府采购合同为中心

史际春 邓 峰

目 次

- 一、概述: 经济(政府商事)合同问题的提出
- 二、政府采购的目标、特性和法律原则
- 三、政府采购制度的构成分析
- 四、政府采购合同制度的法律分析
- 五、结 语

一、概述: 经济(政府商事)合同问题的提出

合同,作为本质上体现商品交易要求的法权形式,作为体现市民社会及民法本质的社会存在和法律制度,随着社会的发展,已经成为任何当事人之间相互接受承诺的法律形式。尤其是随着政府职

* 本文得到北京天则经济研究所资助,属于该所“政府体制改革”课题研究的组成部分。

能的扩大和社会角色的分化,它已超出私法的范畴和领域,扩展到法的各个部门和法学各领域,以至相邻学科。^①

合同涵盖的社会关系日益复杂,作为一种形式化了的法律制度,合同已经成为现代政府用来进行个别性调整的法律制度之一。^②国家在管理、参与、调控经济的同时,采用合同这种方式来确定政府与其他主体的权利(力)义务关系,从而将权力的、公共的、公法上的意志通过源于私法的平等形式加以实现。这是社会生活复杂化的必然,也是现代国家在公共管理中引进民主和平等因素的结果。

(一) 经济合同或政府商事合同

经济合同或政府商事合同,本质上是国家或政府在经济活动或者经济管理,将其意志直接体现到原本由私人自治的契约关系中去。这种现象在当代社会化条件下具有普遍性,并非中国或者计划经济的特有产物。

由肇始于前苏联的计划经济,形成了作为计划落实手段的经济合同概念和相应的制度,我国也在1981年制定了《中华人民共和国合同法》(简称《合同法》)。随着市场化改革的深化,指令性计划式微,包括国有企业在内的市场主体日益在当事人意思自治的基础上从事活动,导致《合同法》蜕变为普通的民商事

① 比如制度经济学中也谈论合同或契约,但其相关观念与法学的契约观念不尽相同。新制度经济学将合同的概念不断泛化,作为一种解构制度进行分析的工具,典型地表现为它对上下级之间的行政管理、命令服从关系也用委托—代理的契约关系进行分析。诸如此类的批评请参见[英]G. M. 霍奇逊著:《现代制度经济学宣言》,北京大学出版社1993年版,第178页以下;李风圣的“译者前言”,《契约经济学》,经济科学出版社1999年版,第3页。

② 法的发展过程就是从个别性调整(特殊性调整)到一般性调整(普遍性调整)、再到特殊性调整的否定之否定过程。伴随着前一过程的是法律从校正正义向形式正义的过渡,而随着国家角色和职能的扩大,法律和政府的特殊性调整越来越多,法律更加注重实质正义。参见孙国华主编:《法理学教程》,中国人民大学出版社1994年版,第31页;史际春:《经济法的地位问题与传统法律部门划分理论批判(续)》,载《当代法学》1992年第4期。

合同法，终为1999年颁行的作为民法典组成部分的《中华人民共和国合同法》（简称《合同法》）所取代。^①

然而，由社会化所要求的政府对经济的干预和参与，并不因计划经济的消退而有丝毫削弱。无论是西方还是中国，政府或设立企业，直接参与经济活动或者经济关系；或为招标、订货、发包、出租、出让、信贷、担保等行为，订立或参加各种经济性合同关系，如政府投资基础设施或者其他事业时订立订（购）货合同和工程承包合同、政府与企业订立承包经营合同或租赁合同、政府与开发商或其他厂商订立土地出让和租赁合同、中央银行与商业银行订立借款合同、国家政策性银行与普通企业订立信贷和担保合同、国债发行机构与承销商之间订立包销或者分销合同，以及尚未寿终正寝的指令性计划合同等，种类繁多，不一而足。客观经济规律和法治的要求，迫使我们经济合同重新定位，将其定位为“政府+商事”、“经济+（公共职能和公共）管理”的合同。^② 否则我们就不可能在新的世纪之交建成现代的市场经济。

经济合同或政府商事合同既非当事人自治的单纯的民事，也非可以不顾及经济和市场的单纯的行政。概括而言，它呈现出以下特色：

第一，合同的基本条件或者主要条件由政府规定或确定。

第二，合同的一方主体属于政府机构或者具有公共职能的机构或组织，或者双方当事人及其订约与否和订约的基本条件均由政府确定。

第三，合同体现政府的普遍性意志，亦即往往具有公共利益或公共政策的目的，无论是显性还是隐性的。

① 这部合同法被称为统一的合同法。但是所谓“统一”，是指将《经济合同法》、《中华人民共和国涉外经济合同法》、《中华人民共和国技术合同法》这三个法律文件统一起来而言的，并不是说中国只有并只能有这一部《合同法》，也不意味着《合同法》实施以后，就不存在不由它调整的任何合同了。参见史际春、邓峰：《合同的异化与异化的合同——关于经济合同重新定位问题》，载《法学研究》1997年第3期。

② 参见前引史际春、邓峰：《合同的异化与异化的合同——关于经济合同重新定位问题》。

第四,在合同中,存在着事实上或合同上的政府主导性权利。这种情况包括两种:一是政府在合同订立中运用促进竞争等“构造买方市场”的手段来取得事实上的优势或主导地位,常见于政府采购合同;二是政府基于普遍意志,要求在合同中加入保证政府主导地位的权利,比如监督管理权、撤销或终止合同的权利,如在公共工程建设、委托或授权经营公共设施、土地使用权出让等合同中的情况。

第五,在合同中,政府具有具体合同当事人和公权力主体的双重身份,使得这种合同成为特殊或个别性法律调整的有效并且强有力的手段。

第六,合同与政府及其运作机制有着密切联系。从法律规范的属性来说,经济合同或政府商事合同属于“公私法交融”的法律规范,其中含有由政府体现出来的人民的普遍意志,但同时采取了形式上平等的私法手段。正是基于普遍意志的公共性,要求政府商事合同必须在遵守市场和交易规则的同时,需要遵循政府运作的基本要求,包括贯彻和执行公共政策或经济政策、厉行节约、廉洁行政、公开政务、促进竞争、保护国内产业和小企业、国有资产保值增值等多重原则和目标。换言之,良好的文官制度和高素质的官员,是政府商事合同得以有效订立和实现的必要条件。^①

由此,对经济合同或政府商事合同的概念应当表述为:合同一方是政府机构或执行政府政策的机构或者双方就其缔约均对政府负责,直接体现政府意志,为了实现政府的经济政策或目的的合同。

(二) 政府采购

1. 政府采购概念及其特征

政府采购(Government procurement 或 purchasing)也称为公共采购,各国对它的定义、范围并不一致。财政部没有在其规章中明确政府采购的概念,而北京市和上海市等地方相关规章中则对这一概

^① 政府商事合同或经济合同能够合法或不法地向公私机构、地方或个人输送利益,使得其成为厂商、机构和私人眼中的“唐僧肉”,成为产生官僚主义和腐败行为的根源之一。

念作了定义。例如“本办法所称政府采购,是指纳入本市市级预算管理的机关、事业单位和社会团体(以下统称使用单位),为了完成本单位管理职能或者开展业务活动以及为公众提供公共服务的需要,购买商品或者接受服务的行为”;^①“本办法所称的政府采购,是指政府为了开展日常政务活动或者为社会公众提供服务的需要,以确定的、规范的方式和程序,购买货物、工程和服务的行为”。^②

概括起来,政府采购具有以下主要特征或要素:

第一,政府采购属于公共财政的范畴,各财政预算单位的商品、工程、服务的采购及其管理构成了这一制度。作为最大的消费者,政府采购常常在 GDP 中占到 10% 以上的份额,对社会经济产生着重要影响。^③

第二,政府采购具有公共性,其目的不限于满足个别单位的需要,同时具有为社会或公众提供服务的特性。相当的政策性质——财政政策、经济政策乃至政治目标,显性或隐性地包含于采购行为之中。

第三,政府采购制度通过确定的、规范的方式来完成。资金来源的公共性、政府管理的民主化和制度化、克服权力腐败和权利侵蚀的要求,决定了政府采购制度的综合性和复杂性。其复杂性在于,采购制度的规范化与具体市场行为之间难以和谐统一;其综合性在于,该制度涉及采购政策、采购程序、采购管理、采购合同等。在法律制度上,它涉及合同关系、政府经济管理关系、层级组织内部管理这三种不同性质的法律关系和法律规范,以及公务员制度、行政控权、经济管理、经济责任制、反不正当竞争、反垄断、合同、财政管理、廉政制度、经济监督和稽查、法律救济等一系列具体制度。

① 《北京市政府采购办法》,第 2 条。

② 《上海市政府采购管理办法》,第 2 条。

③ 比如,欧盟的政府采购往往占到其 GDP 的 15%。See Conor Quigley, *European Community Contract Law*, Kluwer Law International Press, P.326.

2. 我国既有政府采购制度的弊端与制度转轨

在地方政府不可遏止的探索热情和种种做法的推动下,又鉴于政府改革和加入世界贸易组织的需要,我国中央政府的采购制度也在发生变化。1999年,财政部颁发了《政府采购管理暂行办法》,随后陆续颁布了《政府采购招标投标管理暂行办法》、《政府采购合同监督暂行办法》。政府采购制度的集中化、透明化和法制化,是改革的发展方向。

政府采购制度的变迁对于建设市场经济的中国社会和中国政府有着重要的意义。它对于政府法制建设、塑造现代的公平竞争的市场、维护企业和政府诸方合法权益乃至增进全民福祉,都是不可或缺并起着某种主导作用的环节。

政府采购制度的转轨,从根本上说在于由各单位的分散采购过渡到集中与分散相结合的纳入公共财政管理的采购。现行的政府采购制度,是从战时经济条件下实行的财政供给制发展而来,目前主要是由各个支出单位自行采购。对政府采购的控制,主要是对财政资金使用和采购标的的控制。既有的采购制度自改革开放以来已经呈现出不能胜任在市场经济条件下对政府行为施加有效控制的要求,曾经采取的社会购买力控制、禁止建造楼堂馆所、禁止车辆使用超标等做法,均反映了在原有制度下实现这种要求的努力。

既有采购制度的弊端在于其强烈的行政任意性,它造成了政府采购管理的难度,又不能很好地反映财政政策的变化和发展。从法律制度而言,这样的政府采购决定了必然是在行政法架构内追求内部控权,而平等的合同关系则依赖私法体系,这种是一种“纵横分离”的调整模式。而市场经济下,需要对政府采购实行“纵横统一”的管理和调整,由此决定了市场经济下的政府采购制度必然属于经济法的范畴。^①

我国既有政府采购制度的弊端主要表现在:

第一,在政府采购制度中,国家作为经济管理者、行政管理者

① 参见史际春、邓峰:《经济法总论》,法律出版社1998年版,第52页以下。