

经济法 论丛

第1卷

ECONOMIC LAW
REVIEW VOL. 1

■ 徐杰 / 主编

法律出版社

D922
25

经济法论丛

(第1卷)

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

经济法论丛 第1卷/徐杰主编. —北京:法律出版社,
2000.3

ISBN 7-5036-0621-5

I. 经… II. 徐… III. 经济法—研究—中国—文集
IV. D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 73977 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/李 跃

责任校对/何 萍

印刷/北京朝阳北苑印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/22 字数/549 千

版本/2000 年 3 月第 1 版

2000 年 3 月第 1 次印刷

印数/0,001—3,000

社址/北京市海淀区西三环北路 105 号科原大厦 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-0621-5/D·485

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序 言

《经济法论丛》(以下简称《论丛》)由中国政法大学经济法研究中心组织撰稿,由我负责主编,本书是《论丛》的第一卷。

经济法是一个新兴的、独立的法律部门。社会经济生活进一步发展和法制进一步健全对经济法的需求,决定了经济法富有旺盛的生命力和灿烂的未来。在我国建设社会主义市场经济体制的过程中,经济法将发挥更为重要的积极作用。我国对经济法的系统研究已历经了二十年。从事经济法学理论研究者 and 实际工作者,以满腔的热情和高度的责任心,从人民、社会和国家的整体利益出发,勇敢地面对种种挑战和困难,潜心于经济法的理论研究,取得了可喜的成绩,研究成果丰硕,为我国的经济法制建设作出了贡献,经济法学也因此走向繁荣。不过,我们还应当看到,尽管经济法作为国家实现经济管理职能的重要法律手段之一,自建国时就已存在,但是由于历史的原因,我国对经济法进行系统的研究起步较晚,始于国家实行改革开放之时。在经济法基础理论方面,还有一些问题没有很好解决;在经济法具体制度方面的研究,还不能满足社会经济发展和经济法制建设的需要。因此,在经济法学中,有众多学术领域有待开拓,有许多重大理论问题和实务问题尚需深入探究。

可以预言,随着社会经济的发展,经济法在社会经济生活中的作用将日益重要。经济法制的健全和完善需要活跃的学术研究和有价值的学术成果作为理论准备。本《论丛》的出版,就是要为经

济法学研究提供一个展示学术成果、展开百家争鸣的园地。《论丛》的宗旨是：立足于我国改革开放与建立社会主义市场经济体制对经济法制的需要，比较研究和借鉴其他国家和地区的经济立法，深入研究经济法基础理论和部门经济法的具体制度，推动我国经济法学教学和研究工作向更高层次发展，并为我国经济法的立法和实务作出贡献。

根据收集到的论文，《论丛》第一卷分为以下几个学术栏目：经济法基本理论；宏观调控法律制度；国企改革与国有资产法律制度；公司与证券法律制度；市场规制法律制度；涉外经济法律制度。但这并不是我们关于经济法调整范围及经济法体系的观点。我们将根据每次收集到的论文的内容变动栏目的设置。

我们希望《经济法论丛》成为繁荣经济法学理论研究，推动经济法制进一步健全和完善的学术阵地。

徐 杰
一九九九年十二月

目 录

1	序言	
1	经济法基本理论	
1	论经济法的产生与发展	徐 杰
24	经济法中的国家主体问题研究	范 健
49	政府干预市场经济走向法治化 的法理思考	刘俊海
82	宏观调控法律制度	
82	中国税收立法问题研究	刘剑文
145	论中央银行法的基本原则	陈 晓
180	国企改革与国有资产法律制度	
180	国有企业改革的法律问题研究	徐晓松
216	国有资产法略说	谢次昌
272	公司与证券法律制度	
272	上市公司收购制度研究	杨志华、耿利航
346	中国上市公司收购制度探微	殷召良
384	可转换公司债券持有人保护制度研究	时建中
442	公司控股权竞争者间法律关系及规范	韦玉龙

463	公司设立瑕疵制度研究	周芬棉
492	市场规制法律制度	
492	反不正当竞争法若干问题研究	孔祥俊
573	简论国有土地使用权出让法律制度	符启林
605	涉外经济法律制度	
605	国际租税规避与立法管制对策	陈贵端
667	我国外国直接投资法律与公司法律制度之关系论	王玉梅

经济法基本理论

论经济法的产生与发展

徐 杰*

19 世纪下半叶,人类社会生产力水平空前提高,引发了社会关系与社会思想领域前所未有的剧烈冲突与深刻的变革,“根源于物质生活关系”^① 的法律回应生产力的发展,产生了一个崭新的法律部门——经济法。经济法是调整国家管理和协调经济运行过程中发生的经济关系的法律规范总称。它的产生根植于国家对经济运行管理和协调的必要性,得益于法哲学、经济学理论的发展。经济法从诞生之日起就以确立国家管理、协调经济运行的方式促进了生产力的发展,为社会的发展尤其是经济的发展作出了巨大贡献;经济法所树立的社会本位的理念还促进了社会观念的进步。这样的法律在历史上是开创性的,也必将产生更深远的影响。回顾经济法的产生与发展历程,分析经济法蓬勃发展的深刻原因,无疑有助于人们更好地把握经济法的本质与发展规律,有助于促进中国经济法理论研究和执法司法的大发展,有助于经济法在 21 世

* 徐杰,中国政法大学教授,经济法专业博士生导师,中国政法大学经济法研究中心主任。

① 《马克思恩格斯选集》第 2 卷,1972 年版,第 194 页。

纪的健康成长。

一、经济法的产生与发展 是历史发展的必然

对于法律的研究与思考必须拨开纷繁芜杂的社会生活表象,着眼于经济生活的实际要求,这是辩证唯物主义的基本观点。经济法从它诞生那天起,就不仅反映着经济基础的要求,而且直接地反作用于经济基础。纵观经济法百余年的历史,经济法应社会化大生产的需要而生、随国家对经济运行不同程度的管理和协调而长,经济法的历史就是国家有意识地管理和协调经济运行,追求社会整体利益,并兼顾公平、正义、自由与秩序理念的历史。在经济法产生之前,没有任何一个法律部门对经济基础的反作用像经济法那样自觉、直接、突出,没有任何一个法律部门与经济发展的关联像经济法那样密切。经济法的这种特性深刻地根植于社会化大生产的要求,是人类社会经济、法律、文化发展的必然产物。

(一)社会化大生产需要经济法的调整

1. 资本主义社会经济法的产生与发展

现代经济法产生于19世纪下半叶自由竞争的资本主义向垄断资本主义过渡阶段。在这一阶段生产力迅猛发展,社会经济生活出现一些无法解决的矛盾,国家自觉主动地成为社会经济的管理和协调者,于是经济法诞生。马克思在其论著中深刻地指出:“一切规模较大的直接社会劳动或共同劳动,都或多或少地需要指挥,以协调个人的活动,并执行生产总体的运动——不同于这一总体的独立器官的运动——所产生的各种一般职能。一个单独的提琴手是自己指挥自己,一个乐队就需要一个乐队指挥。”^①而社会

^① 《马克思恩格斯选集》第23卷,1976年版,第367页。

化大生产需要国家“指挥”，这是经济法产生的最根本原因。而社会化大生产之所以需要国家“指挥”，是因为社会化大生产存在自身不可克服的矛盾。一方面生产力的进步使生产规模不断扩大，社会分工更加严密，使经济个体对经济整体与经济环境的依赖性更强，社会经济日益成为一个有机的整体，没有任何一种经济行为可以避免外部性，也没有任何一个经济主体可以不受其他主体及经济大环境的影响，全部社会经济就像一座齿轮相嵌的钟表，一个环节的失败必然触及另一环节，甚至可能带来恶性多米诺效应。社会化大生产需要使每个主体都能平稳发展的良性秩序，否则将导致社会性灾难。今天，经济的协作与分工已跨出国界，金融危机的蔓延极好地证明了社会化大生产的前述本性。另一方面，经济个体在社会化大生产面前是盲目的，他们不会顾及社会整体利益，也没有能力协调整个经济链条，各环节之间的冲突不可避免；更进一步，在资本主义制度下，经济个体不择手段地追求利润，导致互相倾轧、盲目生产、追求垄断，社会经济既没有目标也没有合理秩序，私有制与社会化大生产之间的矛盾无法调和，经济个体的行为总是对经济整体秩序的巨大破坏。因此，生产力发展到社会化大生产阶段，必须由一个权威力量协调各种利益、保障社会经济秩序，否则就会导致经济危机、进而可能引发战争，两次世界大战的历史有力地证明了这一点。承担起协调经济秩序任务的机构就是国家。19世纪末20世纪初，在资本主义社会里，国家放弃了自由资本主义时期放任自由的“夜警”态度，主动干预社会经济运行，国家职能扩大。国家对经济运行的介入可以缓解社会矛盾、避免社会资源浪费、促进生产力的进一步发展，是对历史发展规律的回应，而国家实现主动协调社会经济运行任务的法律就是经济法。

在资本主义自由发展时期，新兴的资产阶级对社会化大生产的认识是短视的，他们渴望彻底摆脱一切束缚，主张自由主义的行动纲领和改革措施，反对国家介入经济生活。亚当·斯密1776年

的《国富论》为其代表。亚当·斯密认为：“一切特惠的或限制的制度一经完全废除，最明白最单纯的天赋的自由权利制度，将自然而然地自己树立起来。每一个人，在他不违反正义的法律时，都应任其完全自由，在自己的方法下，追求他自己的利益，而以其勤劳及资本，加入对任何人或其他阶级的竞争。监督私人产业，指导私人产业的义务，君主们应当完全解除。”在这样的理论基础上，资本主义国家一度热衷于依靠市场竞争的自发调节机制实现资源配置。这种理论认为，由供求机制、竞争机制、价格机制与信息机制构成的市场机制可以通过竞争与商品供求变化形成价格，生产者和经营者可以根据这个自动形成的价格信息决定生产的种类与规模，从而使商品生产自动地适应社会的需要，使社会资源得到有效配置，这就是所谓“看不见的手”的作用。但是这种作用以下列假设为前提：市场上应有大量的买主与卖主，企业数量众多但规模不大，没有任何垄断力量；任何买主或卖主只能被动地接受市场上已经形成的商品价格；所有卖主提供的产品或劳务具有同质性，没有任何差别；各种生产要素在所有行业具有完全的流动性，等等。而实际上，没有任何一个市场可以满足这些条件，因此，“看不见的手”理论存在固有的不能克服的缺陷。这也从反面证明社会大生产必须在国家协调之下进行，社会化大生产是经济法孕育和发展的适宜土壤。

1890年，美国为了禁止垄断、保护竞争秩序，颁布了作为现代经济法标志的《谢尔曼法》。该法禁止任何人垄断或企图垄断，或与他人联合、共谋垄断州际间或与外国间的商业和贸易。此后，随着垄断弊端日现、经济危机的频繁出现及两次世界大战的爆发，资本主义国家逐渐认识到社会经济必须管理和协调的本性，先后进行了大量的经济立法，主动管理、协调本国经济的发展。德国以第一次世界大战为契机，开始了对经济的管理与协调。1915年制定了《确保战时国民粮食措施令》，旨在集中全国物资进行战争；1919

年的《煤炭经济法》和《钾盐经济法》与 1923 年的《防止滥用经济权力法令》，使德国得以对战略物资实行国家统筹；1933 年的《卡特尔条例》与 1934 年《德国经济有机结构条例》，从经济组织法的角度使国家获得了对国民经济的全面控制权；二战以后，原西德经济法进一步发展，先后制定《卡特尔法》与《不正当竞争法》防止垄断，制定《稳定法》、《投资援助法》减少盲目生产，制定《农业法》强迫土地兼并以促进农业发展，等等。德国是世界上第一个在立法中使用“经济法”一词的国家，从它的立法轨迹可以看出经济法管理和协调经济发展的本质。有人认为经济法发轫于战争或危机，因此是暂时性的法律，不能成为独立的法律部门。实际上战争与危机恰恰是社会化大生产需要管理和协调的证明，经济危机是国家没有管理和协调经济运行、被动接受经济规律的制裁的结果，而战争是错误的解决问题的方法，但是从战争中发展起来的经济法观念，则是人们意外的收获。二战之后，人们总结战争的经验，更自觉地利用经济法手段来管理、协调经济，经济法得到进一步发展。日本经济法的发展与德国有相似之处，二战以前，日本先后制定《出口组合法》（1925 年）、《重要产业统制法》（1931 年）、《工业组合法》（1932 年）等法律控制国民经济的运行；战后，日本制定了大量的经济法，协调经济的发展，其中包括消除封建财阀控制企业的《禁止私人垄断法》与《经济力量过度集中排除法》；废除封建土地制度的《自耕农创设特别法》与《农地调整法》；促进产业合理化的《工业标准化法》、《企业合理化促进法》；促进工业部门发展的《机械工业振兴措施法》与《电子工业振兴措施法》；调整企业关系、扶植中小企业发展的《中小企业现代化促进法》和《中小企业基本法》等等。日本经济法贯穿了国家管理和协调经济这一主线，并带有排除封建因素对资本主义的阻碍的特点。美国经济法始于反垄断立法，《谢尔曼法》（1890 年）与《克莱顿法》（1914 年）向阻碍社会化大生产发展的垄断行为、破坏竞争行为开战，《谢尔曼法》经过八次补充

和修改,逐步形成规范垄断与竞争关系的法律体系。大萧条以后,罗斯福为治理经济危机推行“新政”,通过以《产业复兴法》、《农业经济调整和农业信贷法》、《紧急银行法》等为代表的 70 多个经济法令直接对国家经济运行进行管理与协调,这些法令涉及到工业、农业、金融、财政预算、基础设施建设、劳动关系、社会救济等社会经济生活的各个方面,最终使美国摆脱了经济危机;此后,美国保持了国家管理与协调经济运行的立场,先后颁布了 1952 年的《禁运法》、1954 年的《农业贸易发展与援助法》、1969 年《出口管理法》、1974 年《贸易法》及 1986 年的《税务改革法》等等。继里根政府以来,美国历届政府都要利用经济法与财政赤字作斗争。上述情况表明,主要资本主义国家已由自由放任的经济政策转向依法管理和协调经济运行的政策,大量立法事实证明社会化大生产确实需要经济法的调整,经济法的调整确实取得了一定的成效。

2. 社会主义国家经济法的产生和发展

社会主义国家经济法的产生和发展与资本主义经济法不同,它是国家主动运用马克思主义政治经济学理论治理国家的产物。前苏联建国初期,列宁就十分重视运用法律协调经济关系,他曾经认为:“没有一个使千百万人在产品的生产和分配中最严格遵守统一标准的有计划的国家组织,社会主义就无从设想”。前苏联先后颁布了《苏联各部条例》、《社会主义国营生产企业条例》、《关于进一步完善工业管理的若干措施》、《生产联合企业条例》等一系列经济法规,前苏联经济法学界还曾于 70 年代拟订过《苏联经济法典》要点草案。前苏联经济法为其经济的迅速发展作出了巨大贡献,使它得以在很短时间内巩固了国家政权。真正颁布了经济法典的国家是原捷克斯洛伐克共和国,它于 1964 年颁布的《捷克斯洛伐克共和国经济法典》是世界上惟一的一部经济法典,并于 1982 年进行了修订。原捷克斯洛伐克的法律体系三分而治:民法调整为满足公民个人生活需要而发生的经济关系;劳动法调整社会劳动

中发生的经济关系;而国民经济领导和社会经济组织活动所发生的经济关系则由经济法调整。其他社会主义国家都十分重视用法律的手段调整经济的运行。当然,不可否认的是在社会主义国家的经济法立法中曾经过于强调行政干预手段,政府包办企业的一切行为,排斥商品经济、排斥市场机制,抑制了生产力的发展。这段历史说明依法管理和协调经济必须掌握好一个尺度,但是经济法在各国经济中曾经发挥的作用仍可以说明,国家管理与协调有助于避免经济运行中的破坏性的危机,是社会化大生产顺利进行不可缺少的一个要素。

(二) 经济法是新兴的法律部门

如前所述,自由资本主义时期,资产阶级曾坚决反对国家介入经济生活,这一时期国家扮演经济生活仲裁人的角色,相应地提倡平等、自由、自治的民法获得极大发展,成为经济生活的基本准则。在这一时期,民法确立了私人财产所有权无限制、意思自治、契约自由、过错责任等基本原则,资本主义民法的典型代表《法国民法典》明确提出:“所有权是对于物有绝对无限制的使用、收益及处分的权利,但法令所禁止的使用不在此限”,“任何人不得被强制出让其所有权”。英国著名法学家约翰·杰西尔则认为,“如果公共秩序有什么更需要做的事,那就是有充分理解力的成年人,在缔结契约上应当享有最大限度的自由,他们自由与自愿缔结的契约应当被看作是神圣的,并且应当由法院来执行。”在这样的思想理论支持下,“契约自由”、“意思自治”、“所有权神圣不可侵犯”成为当时资本主义世界最重要的法律信条,经济在“看不见的手”调整之下自动自发地完成社会生产。这一阶段的立法有下列特性:(1)法律调节奉行个人本位主义。法律对经济活动的调整遵循由个人到社会的逻辑,它强调保障每一个单个主体的活动自由与经济利益,最终实现整个社会的有序化,而不是从全社会整体利益的角度考虑问题,更对国家尤其是行政权力的干预保持高度警惕,采取公法、私

法的分类方式严格限制国家或政府对个人的干预。(2)民法调节社会生活具有相当大的弹性。民事规范适应个人本位思想以任意性、选择性规范为主,经济行为主体有相当大的任意行为自由,而这些主体却往往因为信息短缺、自利性过强等原因处于盲目行为的状态。(3)法律对经济的影响限于商品交换关系,没有形成对经济的全过程进行宏观调控的观念,更不会介入到经济主体的内部对企业组织、生产进行管理。

传统法律曾试图通过对自身的改良弥补它的缺陷,具体表现为民事权利平等的原则扩大、无限私有制原则受到一定限制、契约自由原则在某些领域被冲破及无过错责任产生。如《法国民法典》从19世纪末开始扩大了对所有权的限制,限制土地所有权上达土地上空的原则,规定可以不给任何赔偿而在他人私产上空架设电报、电话线,只有发生损害时才给予赔偿。一些国家法律逐渐承认了定式化合同,并规定了法院有权增减当事人原来约定的赔偿数额,从而使契约自由原则发生了变化。一些主要资本主义国家还针对工业危害与产品责任问题提出了无过错责任归责方法。所有这些改良的目的是希望缓和经济个体之间的冲突。然而,这些措施局限于固有的法律思维,带有消极、改良的色彩,更没有对社会化大生产的协调问题做出应答。这一段历史表明,传统法律本身无法超越自身的局限性,只能由一个全新的法律部门来解决社会化大生产与经济个体之间的冲突,这个法律部门就是经济法。

经济法在下列几个方面较传统法律有了突破。首先,经济法确立了社会本位原则。在经济法看来,经济个体追求利益的行为必须置于社会整体利益的框架中来评价,个体利益不应危害社会整体利益,只有维护好社会整体利益,个体利益才能得到普遍的、充分的实现,从而突破了传统法律中个人本位思想。其次,经济法突破了传统法律部门的划分,横跨多个法律领域综合地、系统地运用多种方法协调国民经济的发展,相当一部分经济法的规范是强

制性的,保障了经济法社会本位观念的实现,为其他法律的实施提供了井然有序的经济大背景。第三,经济法创造性地提出要从经济运行全局的角度对国民经济进行管理和协调,它的权利义务体系深入到社会生产领域,不再囿于流通领域;深入到经济主体内部,不再止于主体外部;凡是为社会化大生产正常运行而需要由国家管理和协调经济的场合都是经济法发挥作用的地方。经济法的这一特性决定了它必然是一个法律集合体,对传统的法律部门观念提出了挑战。第四,经济法将国家引入经济运行之中,主张国家主动自觉地管理和协调经济的运行。国家的行为范围是相当广阔的,它可以协助塑造市场主体、维护市场秩序、实行宏观调控、完善社会保障;国家的行为方式可以是经济监督、经济管理、运用经济杠杆、开办国有企业等等。所有这些在传统法律观念中都不占主要地位。最后,经济法是一门开放性的法律,它与经济的发展状况紧密相联,经济的发展日新月异必然使管理和协调的内容有所变化,必然使经济法的内容发生变化。在经济法这里,不断更新是它的规律,也是它生命力的源泉,如果一定要给法律的稳定性一个交待的话,那么经济法提供的稳定性不体现在它的具体内容里,而蕴含于它的法的精神之中:管理和协调经济运行、追求社会整体利益。

(三)法哲学、经济学的发展为经济法的产生与发展提供了必要条件

虽然社会化大生产决定了经济法必然产生,但是从经济要求到法律的创制绝不是一个简单的、一蹴而就的过程,新的经济法法律观念的形成是经济法产生和发展的一项必要条件。法哲学与经济学理论的发展为经济法法律观念的形成提供了必要的准备。

19世纪末20世纪初法哲学领域“社会化”思潮兴起,超越了以往个人绝对自由、个人权利绝对至上的观念,提倡社会利益观念,发展了正义的内涵并为国家职能的扩大提出了合理的解释。

以庞德为代表的社会法学、以狄骥为代表的社会连带主义法学和以马克思·韦伯为代表的法社会学派是这股思潮的代表。庞德认为19世纪法律的历史主要是有关日趋承认个人权利——这些权利常常被看作是“自然”的和绝对的权利——的记录。^①但20世纪的法律应该更广泛地承认人类的需求和社会利益。庞德将利益划分为个人利益、公共利益和社会利益三种,认为在20世纪应更多考虑社会利益。狄骥认为传统的国家主权观念仅赋予国家三种职能,即对外防止侵略的职能、对内维持秩序的安全以及社会自身的存在的职能、执行正义的职能,而这种观念到了20世纪已经过时,国家的上述职能已远远不够而应被大大扩充。在《法理学——法哲学及其方法》一书中,博登海默指出同一时期的资本主义法学家已认识到国家应该用法律的手段协调和调整相互冲突的经济作用力,防止无控制的竞争造成的过分分散和浪费。^②而这一时期,人们对于正义的理解也发生了变化,越来越多的人认识到极端的个体自由并不能给人们带来幸福,反而会破坏社会平等与安全,应当从社会整体利益的角度追求平等与自由相平衡的正义观。这些法哲学思想有力地支持了由国家管理和协调经济的观念,使经济法得以突破传统法律观念的樊篱而产生。但所有这些理念都不如马克思主义法哲学阐述得直接、透彻,马克思主义关于法律本质及社会大生产特性的分析是社会主义国家经济法建立的理论源泉。

经济法产生与发展的另一理论支柱是现代经济学理论。经济法由其性质决定必然与经济学理论产生紧密联系。国家干预主义是支持经济法的一个最重要的资本主义经济学理论,它结束了“自

① E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第141页。

② 同上,第401页。