

经济法论丛

2000

2000年第一卷（总第三卷）

漆多俊 / 主编

经济法论丛

本辑专题

- 专论
- 反垄断法
- 域外法与比较法
- 书评·信息·资料

中国方正出版社

经济法



2000

中国政法大学出版社

ISBN 7-5620-2000-0

经济法

主编

王利明

中国政法大学出版社

1999年1月第1版

中国政法大学出版社

2000年 第一卷
(总第三卷)

经济法 论丛

漆多俊 / 主编

中国
方正
出版
社

图书在版编目(CIP)数据

经济法论丛(第三卷)/漆多俊主编. —北京:中国方正出版社, 1999.5
ISBN 7-80107-332-0

I. 经… II. 漆… III. 经济法-文集 IV. D912.29-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 39389 号

经济法论丛

(第三卷)

中国方正出版社出版发行

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编 100813)

北京四季青印刷厂印刷

新华书店北京发行所经销

开本:787×960 毫米 16 开 印张:34.375 字数:535 千字

2000 年 9 月第 1 版 2000 年 9 月第 1 次印刷

印数:1-5000 册 定价:61.80 元

(该书如有印装质量问题,请与本社出版部联系)

[卷首语]

新世纪的新思考

人们对于 21 世纪早已寄予了殷切的期待，学术界倾注了大量心血回顾过去，探讨得失，展望未来。经济法学界同样表现了高度的赤诚与时代责任感。20 世纪最后两年间，经济法学代表性学者高密度地出版了五种经济法学教材，^①就体现了人们对于新世纪的热诚信念。《经济法论丛》也于世纪之交创刊。人们期望自己的预言得到验证，但社会生活、观念与学术思想的飞跃并不随着岁月的更替自动到来。经济法的未来归根结底取决于社会经济的发展和法制的进步，而我国以及世界经济都处于剧烈变革时期，在新世纪真正到来之时，需要学术界恢复一种平常的心态，静下心来从事一些脚踏实地的思考。

在新世纪伊始，我们一再告诫自己，须秉承一贯的冷静、审慎态度，潜心对本学科的发展规律作出更加深入的探索。自经济法学兴起以来，由于创建新的学科、建构其理论体系的需要，也由于整个法学与法制全方位的重建，需要澄清相互间的关系，更由于经济生活尚未全面展开，因而迄今经济法学研究对于经济法基础理论倾注了较多的关切，部门经济法的研究特别是其中某些领域没有得到应有的强调。《经济法论

① 漆多俊主编：《经济法学》，武汉大学出版社 1998 年版；王保树主编：《经济法学原理》，社会科学文献出版社 1999 年版；潘静成与刘文华主编：《经济法》，中国人民大学出版社 1999 年版；李昌麒主编：《经济法学》，中国政法大学出版社 1999 年版；杨紫烜主编：《经济法学》，北京大学出版社 1999 年版。

丛》第三卷的内容注重一些重要而长期为人所忽视的领域。例如，政府采购行为对于经济的调节作用是显而易见的，但对其规律性的系统研究尚不为人所重视，王全兴教授的《政府采购制度研究》可谓是填补空白之作。郭玉军博士的《论美术作品追续权》，也是发前人所未见，向法学界提出一个新的课题。此外，对于一些传统的论题，本期也努力从新的角度提出独到的见解，史际春教授与王先林教授《论我国建立中小企业法的若干基本问题》、漆多俊教授《个体、私营经济与中小企业的发展和立法问题》，以及周林彬教授《可持续发展观念下中国自然资源法制度创新》、沈敏荣博士后的《反垄断法不确定性及其克服》，都属这一类佳作。

须强调的是，上述态度这并不意味着我们的旨趣仅限于细枝末节。我们认为，要准确把握经济法的发展走势，必须关切其每一步进展，从中剖析、判明其规律性，方能在理论上得到升华。在漆多俊教授主持下，二十余位博士、硕士研究生查阅了1999年每一种法学刊物上所有的经济法论文，撰写了大量心得与评述，最后由王艳林、冯果博士总纂成文，凝聚成本期《述评》一文，就是我们这种努力的体现之一。

世界经济的一体化走势对于法学研究产生了深刻影响。经济法是现代市场经济的基本法律保障，在这一领域对外国法进行借鉴与移植是中国法制现代化的必由之路。自本期起，德国著名经济法学家弗里茨·里特勒教授、美国著名法学家约瑟夫·诺顿教授加盟本刊编委会。里特勒教授还专为本卷撰写了《德国经济法的任务、发展与结构》一文。我们相信，通过中外法学家的共同努力，《经济法论丛》将成为沟通中外经济法学术思想的桥梁，为中国经济法学走向世界尽绵薄之力。本卷中，我们还在“域外法与比较法”专栏精心选择了李金泽博士的《对跨国公司的域外管辖权》、孔庆江博士的《区域性投资法律文件比较研究》、黄德明博士的《论英国公司税收制度》等力作。在其他栏目中，我们也加重了外国法制评述的比重，如在“反垄断法”专栏中，我们重点推荐德国学者沃尔夫冈·黑费梅尔的《通过司法和学说使〈反不公平竞争法的一般条款〉具体化》一文，以及程宗璋博士的《论美国反托拉斯法的变迁机理》。此外，我们登载了贸易法委员会电子商业示范法，希望能对学者的研究有所裨益。

2000年7月1—2日，北京大学经济法研究所邀请全国知名经济法

学家和一批中青年学者，召开了“经济法理论前沿问题研讨会”，就经济法与民商法的关系、制订经济立法纲要的必要性与可行性、经济审判制度的完善及经济法系发展走势等，展开热烈讨论。本论丛邀请部分与会学者就“经济法与审判制度的完善”进行笔谈，并期待以此抛砖引玉，诚请读者赐稿，将这一问题的讨论引向深入。

在《经济法论丛》第三卷付梓之际，我们高兴地看到杨紫烜教授主编的《经济法研究》第一卷、徐杰教授主编的《经济法论丛》第一卷出版了。这是值得祝贺的好事。百家争鸣既是学术繁荣的必要条件，也是知识进步所不可缺少的动力。经济法学的发展与成熟需要全体学人共同努力，这既是我们共同的心愿，也是我们共同的责任。

编 者

2000 年 5 月

目 录

经济法与审判制度的完善(笔谈)

..... 盛杰民等 (1)

[专 论]

德国经济法的任务、发展

和结构..... [德]弗里茨·里特勒著,郑友德译 (21)

论我国建立中小企业法

的若干基本问题..... 史际春 王先林 (32)

个体、私营经济与中小企

业的发展和立法问题..... 漆多俊 (56)

政府采购制度研究..... 王全兴 管 斌 (66)

可持续发展观念下中国

自然资源法制度创新..... 周林彬 郝 磊 (131)

论公司对其财产的权利..... 孙加瑞 (151)

论美术作品追续权..... 郭玉军 陈 云 (209)

公司章程条款研究..... 刘黎明 (229)

电子合同初论..... 赵可星 (287)

[反 垄 断 法]

通过司法和学说使《反不公平竞争法》的一般条款

具体化... [德]沃尔夫冈·黑费梅尔著,郑友德译 (305)

垄断的确立及其方法..... 王艳林 (341)

反垄断法不确定性及其克服..... 沈敏荣 (350)

论美国反托拉斯法的变迁机理..... 程宗璋 (376)

主编 漆多俊

编委 [德] Fritz Rittner

弗里茨·里特勒

[美] Joseph Norton

约瑟夫·诺顿

刘文华 王保树

李昌麒 漆多俊

本卷执行编辑 许光耀

郑友德

万 猛

DAK29/12

目 录

经济法论丛

2000年 第三卷

(总第三卷)

[域外法与比较法]

- 对跨国公司的域外管辖权 李金泽 (387)
区域性投资法律文件比较研究 孔庆江 (430)
论英国公司税收制度 黄德明 (455)

[书评·信息·资料]

- 中国经济法学 1999 年研究综述 中国经济法研究综述课题组 (473)
经济法精神在程序法上的体现
——评《新型诉讼——经济公益诉讼的理论与实践》 李国海 (505)
中国法学会民法学经济法学研究会'99 年年会综述
..... 翟云岭 郭 萍 魏国君 尹伟民 周 平 张 欣 (512)
经济法制建设和经济法理论研究的回顾与展望
——第七届全国经济法理论研讨会综述 吴勇敏 陈旭锋 (523)
贸易法委员会电子商业示范法 (532)

CONTENTS

The perfection of a adjudication system Sheng Jiemin etc. (1)

[MONOGRAPHIC STUDY]

The task, development and structure of German economic Law
..... [Germany] Fritz Rittner, translated by Zheng Youde (21)

Some basic problems about the law of small and medium-size
enterprises Shi Jichung & Wang Xianlin (32)

The development and legislation of individual economy, private
economy and small and medium-size enterprises Qi Duojun (56)

Studies on the institution of government procurement
..... Wang Quanxing & Guan Bing (66)

The institutional innovation of China's natural resources law
undertheidea of sustainable development
..... Zhou linbin & He Lei (131)

Company's rights upon its property Sun Jiarui (151)

On the Droit de Suite of artistic products ...Guo Yujun & Chen Yun (281)

A study on the provisions of the memorandum of association
..... Liu Liming (229)

On electronic contract Zhao Kexing (287)

[ANTI-TRUST LAW]

To concretize the general provisions of Anti-unfair Competiton Law
through judicature and doctrines

[Germany] Wolfgang Hefermehl, translated by Zheng Youde (305)

The affirmation of monopoly and its ways Wang Yanlin (341)

The obscurity and its overcoming of Anti-trust Law ...Shen Minrong (350)

The demelopment of the Anti-trust Law of the U.S.A.	
.....	Cheng Zongzhang (376)

[EXTRATERRITORIAL LAW AND COMPARATIVE LAW]

Extraterritorial jurisdiction of transnational corporation	Li Jinze (387)
Comparative studies on the legal documents about regional investment	Kong Qingjiang (430)
The company taxation system in the U.K	Huang Deming (455)

[COMMENTS, INFORMATION AND MATERIALS]

A comprehensive review of Chinese Economis Law Association in 1999	(473)
The spirit of Economic Law in procdural law	Li Guohai (505)
A comprehensive introduction of 1999' annual meeting of Civil Law and Economic Law Association of China	
..... Cui Yunling, Guo Ping, Wei Guojun,	
..... Yin Weimin, Zhou Ping, Zhang Xin	(512)
The reviews and prospects of the legislation and theoretic study of Economic Law	Wu Yongmin Chen Xufeng (523)
The model code of E-commerce by the Trade Law Commission	
.....	(532)

[经济法与审判制度的完善 (笔谈)]

编者按：2000年7月1日至2日，北京大学经济法研究所在北京达园宾馆举行“经济法理论前沿问题研讨会”，到会的有杨紫烜教授、漆多俊教授、刘文华教授、肖乾刚教授、徐杰教授、张士元教授等经济法知名专家和一批中青年学者，大家就经济法与民法商法之关系，制订经济立法纲要的必要性与可行性，经济审判制度的完善及经济法的发展等问题，展开了热烈讨论。本刊和北京大学经济法研究所共同邀请与会的部分中青年学者就“经济法与审判制度的完善”进行笔谈。但这一问题的解决并不是一、二次笔谈可以完成的。为推进中国经济审判制度乃至中国司法制度的改革和完善，本刊欢迎大家就此问题继续进行学术讨论。

经济审判及其运作是经济法学研究的重要内容

中南大学法学院 王艳林

对于经济法而言，经济审判及其运作即是经济法适用的一个重要层面，也是经济法功能释放的基本渠道。恰如西谚所云：适用是法的生命。遗憾的是，这么一个重要的问题，现在却成了经济法学研究的死

角。

经济法学忽视经济审判及其运作的研究，已经在客观上造成了至少两方面的损伤：

一、关于经济法研究方法和研究内容上的残缺

中国时下的经济法学研究，无论在研究内容，还是在研究方法上，都亟待加以改进。有些研究犹如悬浮于半空中的低压云团，上则因理论修炼的功力不济，无法成为中国法治天空中最亮丽的长虹，下则因和经济活动的土壤保持着距离而没有成为及时雨，厚泽于经济人。形成这种局面的主要原因，一是过分强调和经济学的结盟，甚至认为经济法是三分法律加七分经济，导致经济法教科书和论文泛论广存，实论有限，既难以解决微观经济活动中的纷争，又不能为宏观经济调控的阻结失序提供药方。二是对司法个案缺乏系统的研究，使经济法作为实用性学科，缺乏技术性分析和操作性规则。因为立法者提供给社会与司法的仅是法的一种文本，不同的职业、不同的文化训练和不同的理念要求，会使该文本具有风格迥异的解读。经济法学研究个案，可以发现经济法规范是如何由文本提升为社会调节，并观察实施社会经济调节时哪些规则是可适用的，哪些规则是不可适用的。对于前者，适用的机理是立法者的设计？还是实践者的理解？对于后者，是由避法行为造成？由他规则替代造成？还是由于规则自身的不能适用性（如超前、过时、缺乏理性公正、不效益）造成？这都是需要系统研究个案，才能总结出来的。三是对国家调节经济活动的个案缺乏敏锐的关注和深入的分析，使经济法只能充任经济政策的跟班而无法成为经济政策的领班。尽管中国的经济法学家们几乎是一致寻求到市场经济条件下，经济法的理论支撑点是国家干预、调节经济，但对于国家如何干预经济？适当干预之度如何确立和把握？过度干预如何矫正等问题，并没有给出明确的法学解答。这和学者们缺乏深厚的理论素养，在重大社会经济问题上跟随经济学家没有主见相关，也因为他们对国家经济调节个案如对公用企业像电力、电信价格垄断的规制，行业价格自律的规制，国家经济安全的规制，经济不景气的规制，产业发展政策的规制，区域发展不平衡的规制等，较少学术的执著和理性的关爱，对持不同意见的往往不作理论的批判，对赞同的也往往让人看不出是出自不谋而合？是出自理论对现实的解注？还是出

自应景之作？久之，则使经济法远离国家经济调节之决策。

二、经济审判及其运作的基础缺乏经济法理论的维护和支持

对于经济审判及其运作问题，诉讼法学界除顾培东等人于 20 世纪 80 年代从经济诉讼的层面予以关注并有少量成果面世外，近年来已较少见到诉讼法学者对经济审判及其运作的关爱了；经济法学者中，除孙本鹏与甘培忠主编的《中国经济审判》和韩志红等人的《新型诉讼——经济公益诉讼的理论与实践》外，我们的视觉中已极少见到有分量的论著了。以经济审判及其运作为主要研究课题的学者，比论著本身还少而又少。那么，是什么原因促成了经济法学者对经济审判及其运作采取漠视的态度呢？我们知道，经济法学在中国兴起和发展的过程中，将经济司法视为经济法的重要内容，经济法学者试图建立的是容实体规范和程序运作为一体的经济法体系。这一学术努力，在重实体轻程序十分浓厚、视实体法与程序法泾渭分明的法学气氛中，被一些学者指责为经济法学混杂的表现。经济法学者人为纯洁经济法的内容将经济程序法和经济司法运作排除出研究领域，并将这些内容视为诉讼法学界的当然任务。然而，十分不幸的是一些不太了解经济法学的诉讼法学者却借机举起了铲除经济程序的大旗，试图将经济审判及其运作归入到民商事审判的框架内。造成这一结果不能说和经济法学界排斥经济程序法和经济审判及其运作的研究无关。

经济审判和经济立法、经济法一样是经济体制改革和对外开放的产物，是加强社会主义民主与法制建设的产物。自 1978 年 11 月原重庆市中级法院提出经济审判庭的受案范围进行试点至今，经济审判的建立和运作已二十余年，但其理论的基础至今未能很好的解决。经济审判相对于刑事审判、民事审判、行政审判而言划分的依据是什么？是基本法中实体法分类的对应、还是审判权细划的要求？经济审判之命运，仅仅关系到经济审判自身吗？人民法院实现司法公正，提高诉讼效率，是靠整体设计进行系统化的改革来完成，还是靠机构的撤并和门庭变换来完成。世界范围内来看，审判机构内部设置的共性是什么？基本共性之外，各国是否保留有个性？该个性体现的是民族特色？还是先贤的理性设计？这些都需要人们三思。

必须清醒地看到，经济审判及其运行的改革和完善，是在司法改革

的大背景下进行的，而不是孤立的就经济审判论经济审判。因此，在审视经济审判之走向时，必须首先解决下列问题：经济审判及其运行的现状如何评价？存在的主要问题是什么及症结何在？如何设计经济审判的受案范围和审理程序，才能实现司法改革的最低要求？经济审判是否具有自己的价值追求及如何保证这些价值目标的实现？理论界及实务界取消经济审判的主张有助于司法公正的实现吗？是提升诉讼效益的要求吗？符合中国法制现状及未来发展的要求吗？实现司法独立性、现代性与公正性的充分必备条件和经济审判是排斥的关系吗？

本文的任务

限于时间和学力，本文的任务仅仅是提出问题，呼唤经济法学必须对经济审判及其运作予以关注，并将其纳入到研究范围中来。研究经济审判及运作，既是现代经济法自身的要求，也是克服经济法缺乏可诉性缺陷，实行市场经济运行法治化的必然结果。

经济法的发展与经济审判的变易

北京大学法学院 张守文

一、基本前提

现代经济法的产生和发展是 20 世纪至为重要的法律现象。随着中国改革开放的伟大事业的推进,我国的经济法在制度和理论层面也取得了长足的发展,与此存在一定关联的经济审判也在维护经济与社会的发展方面起到了重要作用,这些都是有目共睹的事实。但同时也得出一个重要问题:在当今大变革的时代,随着经济法的发展,经济审判应否随之变易?

要回答这个问题,首先要明确经济法与经济审判的关系,这是进行讨论的一个基本前提。通常认为,我国的经济法与经济审判都是伴随着改革开放的推进而产生和发展起来的。从历史上看,我国的经济改革、经济法、经济审判都是在摸索中前进。由于是“摸着石头过河”,因而在前往“彼岸”的漫漫征途上,并没有明确的设计,也没有全面的理论准备,这不可避免地会使许多人很容易把一些事物“标签化”、“一体化”,以为凡标有“经济”字样的都是如此。事实上,长期以来,甚至直到今天,有许多人(其中包括学者和法官)都一直认为经济审判就是运用经济法进行的审判,法院的经济审判庭就是专门从事经济法方面的案件的审判工作的机构。

上述理解在经济庭设立之初是比较普遍的,因为那时人们对于何谓经济法,经济庭的职能是什么等问题认识并不清晰。在把经济、经济法、经济庭都作广义理解的情况下,在经济法和经济庭发展的初期,上述的理解对于经济法与经济庭的迅速发展客观上起到了积极的推动作用

用,但这并不能成为今天仍然要固守这种理解的理由。事实上,随着我国改革开放事业的迅猛推进,经济全球化、信息化的急速发展,特别是我国的经济法理论和经济法的制度建设的大规模重构和变迁,原来对于经济法和经济庭的广义认识,对于它们的宗旨、职能等方面的认识,特别是对于它们的应然状态和实然状态的认识,也必然要发生变化。依据经济法理论和经济庭审判的现时状况,不难作出以下推断:经济法与经济庭并不存在一一对应或一一映射的内在联系,经济审判并非全部依据经济法来对案件进行审理和判决,实际上的经济审判已经有了“泛化”的意义,它与法学上界定的经济法的调整范围是不尽相同的。

可见,随着经济法理论和经济审判实践的发展,经济法与经济审判已经出现了相互“偏离”的倾向,它们之间的关系不再是一些人最初想象的“相互重合”的一一对应的关系,两者并非处于同一层面。这是进行后面的讨论的一个基本前提。由于这一前提本身也是一个事实,因而它已引起了学者和司法部门的重视,并展开了相关的经济审判机构改革的讨论。在这场讨论中,有一个问题值得重视,即为什么会出现两者之间的“偏离”倾向?只有分析这个问题,才能更好地分析经济审判的变易问题。

二、“偏离”原因的简略分析

基于前述,随着经济法理论与经济审判实践在不同的角度上分别发展,两者在一定程度上的“偏离”也就随之产生。“偏离”的具体成因是多个方面的,但我认为有几个原因是较为重要的,如经济法理论的“严谨化”,经济审判的“私法化”,经济法立法的“非规范化”等。

经济法理论的“严谨化”,主要表现在经济法学者已经开始自觉地依据法学的基本“范式”来认识和构筑经济法体系以及经济法学体系,已经注意重新审视经济法上的基本假设、命题、基本范畴,从而开始对经济法理论进行重构。时至今日,无论是哪种经济法理论,都已经比最初的经济法理论要“理性”得多,这突出地表现在学者们都已经注意到:要客观地界定经济法的调整对象,要科学地处理经济法与其他传统部门法之间的关系,从而使经济法的研究更加严谨。而“严谨化”的结果,必然是经济法的调整范围小于最初一些人理解的“与经济有关的法”的范围,特别是经济法学人一般都认为经济法并不直接调整平等主