

第四卷

经济法论丛

ECONOMIC LAW FORUM

漆多俊【主编】

本辑专题

- ◎ 理论探索
- ◎ 反垄断法
- ◎ 金融法
- ◎ 公司法

中国方正出版社

2001年 第一卷

(总第四卷)

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(第四卷)/漆多俊主编. —北京:中国方正出版社,
1999·8

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

(第四卷)

中国方正出版社出版发行 新华书店经销

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编 100813)

北京市增富印刷有限责任公司印刷

开本:889×1194 毫米 32 开 印张:14.25 字数:386 千字

1999 年 8 月北京第 1 版 2001 年 8 月第 1 次印刷

印数:1-3000 册 定价:22.80 元

(该书如有印装质量问题,请与本社出版部联系)

《经济法论丛》编委会委员

(按姓氏汉语拼音字母为序)

[德]弗里茨·里特勒 德国弗莱堡大学教授

冯 果 法学博士,武汉大学法学院副教授

[美]约瑟夫·诺顿 美国南卫理公会大学法学院教授;英国
伦敦大学法学院教授

刘文华 中国人民大学法学院教授,博士生导师

李昌麒 西南政法大学教授,博士生导师

漆多俊 武汉大学法学院教授,博士生导师;中南大学法学院教授,博士生导师

王保树 清华大学法学院教授,博士生导师

王全兴 中南财经政法大学教授

王艳林 中南大学法学院教授

万 猛 法学博士,武汉海事法院院长

许光耀 法学博士,武汉大学出版社编辑

郑友德 华中科技大学法学院教授

Members of Editorial Committee

(Alphabetical Order of Surnames According to Pinyin)

Fritz Ritter Professor of law, Freiburg University, Germany.

Feng Guo PhD., Associate Professor of Law, Wuhan University.

Joseph Norton Professor of Law, South Methodism University &
London University, USA.

Liu Wenhua Professor of Law, People's University of China.

Li Changqi Professor of Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing.

Qi Duojun Professor of Law, Wuhan University & Zhongnan University.

Wang Baoshu Professor of Law, Qinghua University, Beijing.

Wang Quanxing Professor of Law, Zhongnan University of Finance, Economics, Political Science and Law.

Wang Yanlin Professor of Law, Zhongnan University.

Wan Meng PhD., Chief Justice of Wuhan Maritime Court.

Xu Guangyao PhD., Editor of Wuhan University Publishing House.

Zheng Youde Professor of Law, Huazhong University of Science and Technology.

[卷首语]

反思与探索

一位哲人曾说过：“人生最苦的莫过于责任”。但凡人生在世总是有要负一定的义务和责任。凡属我们应该而且能够做得到的事，便属于我们的责任。当我们在将其做好、做完之前便像千斤重担压在肩头，这自然最苦不过的了。作为学者，我们深切地感受到了责任的沉重。二十一世纪是人类不断开拓的世纪，更是一个充满挑战的世纪。在我国和全球经济急剧变动的今天，尤其需要我们以更加理性的态度反思和探寻本学科的特点和发展规律，把握经济法的时代特征。正是基于此种认识，本卷我们特刊发了漆多俊先生的《转变中的法律——中国经济法的时代特征》一文。该文揭示了经济体制转轨与经济法的关系，探讨了治国方略转型对经济法的要求，并分析了经济全球化和以电子网络为代表的高科技发展对经济法产生的深刻影响。值得学界予以关注。

我国正处于由计划经济向市场经济转型时期，自由竞争是市场经济的重要基础。但由于计划经济的影响根深蒂固，良好的自由竞争环境尚不具备，为此我们将进一步关注竞争法的研究。本卷所刊发的国家经济贸易委员会政策法规司的马思涛先生的《反垄断法如

何控制市场支配地位》一文便是我国目前理论界关于反垄断法基本范畴研究方面不可多得的一篇力作。该文对滥用市场支配地位行为进行了认真分析，并以此为基础对滥用市场支配地位的行为之规制问题进行了探讨，颇值得一读。当然实现公平是社会的崇高理想，实现社会整体效益应该是反垄断法的根本价值，即便是在高度发达的市场经济国家，也有自然垄断行业的存在。那么自然垄断行业究竟应遵循哪些特殊规则不能不令人关注。本卷刊登了西南政法大学教授、博士生导师李昌麒先生和国家经贸委法规司吴文龙先生的《论自然垄断行业的政策与法律调控》一文，以飨读者。在全球经济一体化的今天，各国法律趋同化的现象愈加明显，一国法制难以脱离国际法制环境而存在，从日本学成归来的王为农博士的《企业集中规制中的关联的划分标准——美国、EU及日本的反垄断法律制度的比较研究》一文将给我们以很好的启迪。

二十世纪九十年代，我国金融证券业得到了迅速发展。我们编发了这方面的系列论文。其中刘和平、王银凤同志的《投资基金从封闭型向开放式转变的法律思考》，基于学者的责任，以冷静、理智的态度对我国现行行政法规进行了建设性的批判，指出了我国推行开放式基金亟待解决的法律问题，并提出了合理且具体可行的立法建议。王苏生博士的《基金管理人注意义务研究》则对基金管理人的注意义务进行了全面考察。韩龙博士的《离岸金融市场监管刍议》在考察和分析离岸市场给金融监管带来的挑战和监管的内涵的基础上，对离岸金融市场是否存在监管以及监管特色进行了考证。这对于为我国建立自己的离岸市场制度提供借鉴，消除模糊认识，具有重要意义。此外，崔明霞教授的《中外证券法律制度比较》、侯汉杰先生的《证券信息披露制度的若干问题探讨》以及封颖女士的《券商进入银行间债券市场的效应及几点建议》三篇论文，从不同角度对我国有关证券法律制度进行了专题研究，值得学术界及有关部门重视。

学术的生命在于创新。经济法学的繁荣寄希望于青年学人。尽管近年来我国公司法领域科研成果颇丰，我们还是从大量的来稿中

精选了南京大学法学院蒋大兴先生的新作《企业集团内部责任构造之激进模型研究——以欧盟公司法文本为中心讨论》和苏州大学法学院朱谦先生的《论董事的罢免》两篇文章。文章作者以敏锐的洞察力和对相关问题的深入思考，向我们展示了年轻一代学者的才华。梅夏英博士的《当代财产权的公法与私法定位分析》一文，为我们研究财产权问题提供了一种全新的视野。我们期待着新人、佳作不断涌现。此乃经济法学希望之真正所在。

在[信息·资料]一栏中，我们除了对中国法学会民法学经济法学研究会2000年年会作了综述外，还刊载了由汪鑫博士和陈云硕士编译的《关于具有系统重要性支付系统的核心原则——支付系统原则和实务特别工作小组的报告》，相信对我国有关立法和实务有重要参考价值。

二十一世纪是一个多元化的世纪，人们的生活方式多样化必然带来思想观念的多元化。我们真诚地期待学术研究有一个更为宽松的环境，也希望《经济法论丛》在学界同仁的继续关爱下，成为经济法学教学和研究的民主自由园地。

编者

2000年12月

目 录

[理论探索]

转变中的法律

——中国经济法的时代特征 漆多俊 (1)

[反垄断法]

反垄断法如何控制市场支配地位 马思涛 (17)

论自然垄断行业的政策与法律调控

..... 李昌麒 吴文龙 (50)

企业集中规制中的关联市场的划定标准

——美国、EU及日本的反垄断法律制度的
比较研究 王为农 (65)

[金融法]

投资基金从封闭型向开放式转变的法律思考

..... 刘和平 王银凤 (111)

基金管理人注意义务研究 王苏生 (156)

离岸金融市场监管刍议 韩 龙 (185)

中外证券法律制度比较 崔明霞 (229)

证券信息披露制度的若干问题探讨 ... 侯汉杰 (279)

券商进入银行间债券市场的效应及几点建议

..... 封 颖 (297)

主编 漆多俊

本卷执行编辑 冯 果

[公司法]

公司集团内部责任构造之激进模型研究

——以欧盟公司法文本为中心讨论 蒋大兴 (307)

论董事的罢免 朱 谦 (341)

[博士论文选登]

当代财产权的公法与私法定位分析 梅夏英 (363)

[信息·资料]

中国法学会民法学经济法学研究会 2000 年年会综述 (409)

关于具有系统重要性支付系统的核心原则

——支付系统原则和实务特别工作小组的报告

..... 汪 鑫 陈 云译 (427)

CONTENTS

The Fourth Volume, The Economic Law Forum

[THEORETICAL STUDIES]

- The law in change: on the features of economic law in the new era QI Duojun (1)

[ANTI-MONOPOLY LAW]

- How anti-monopoly law controls the market dominating status MA Sitao (17)
- On policies and legal regulation of natural monopoly trade LI Changqi & WU Wenlong (50)
- Criteria of determination of associated markets in enterprise centralized scheme: comparison of anti-monopoly legal systems of the U.S., EU and Japan WANG Weinong (65)

[FINANCIAL LAW]

- Legal thinking on the change of the investment funds from closing to opening type LIU Heping & WANG Yinfeng (111)
- Duty of care of funds' administrators WANG Susheng (156)
- On financial control of the offshore market HAN Long (185)
- Comparison between Chinese and foreign securities laws CUI Mingxia (229)
- Several issues on the disclosure system of securities information HOU Hanjie (279)

Several suggestions on bond-trader's entering inter-bank
bond market FENG Ying (297)

[COMPANY LAW]

Study on radical mode of the construction of the internal res-
ponsibility of corporation groups JIANG Daxing (307)

On dismissal of the directors ZHU Qian (341)

[SELECTION OF PHD. DISSERTATIONS]

Allocation analysis of public and private laws of contemporary
property rights MEI Xiaying (363)

[INFORMATION & MATERIALS]

Summary of the 2000 annual meeting of the Civil & Economic
Law Association of Chinese Law Association (409)

On the core principle of the payment system possessing systema-
tic importanceTrans. by WANG Xin & CHEN Yun (427)

[理论探索]

转变中的法律

——中国经济法的时代特征

漆多俊*

目 次

- 一、经济体制转轨与中国经济法的发展
- 二、治国方略转型对经济法的要求
- 三、加入 WTO 和全球化对经济法的影响
- 四、高科技（电子网络）时代对法律的挑战和呼唤

当代中国顺应国际社会发展演变的时代潮流，正发生着多种深刻的社会变革，处于多种重大社会转变之中。这些主要包括：经济

* 漆多俊：武汉大学法学院教授、博士生导师，中南大学法学院院长。

体制由计划经济向市场经济的转变；治国方略由人治向法治的转变；在国际关系上由封闭到对外开放，再到加入 WTO 和参与全球化进程；还有高科技（电子网络）时代到来引起的变化等。

社会生活的变革影响着法律。传统法律及其观念遇到了挑战，产生了困惑。法律应当适应社会生活的变革，而不能令社会生活裹足不前，或削足适履，迁就于原有法律的逻辑框架。

本文重点论述经济法——也可以说是以经济法为例，说明法律同时代的关系即法律的时代特征。中国经济法有着十分鲜明的时代特征，它是处于上述各种社会转变之中的法律，在这些转变中产生和发展，而它本身也在不断转变之中。

一、经济体制转轨与中国经济法的发展

中国经济法产生和发展的社会根源与西方国家有着基本共同点，它们都是由于生产社会化和国家经济职能（即国家调节）的出现和发达引起的。但其具体历史条件和道路则显著不同。中国经济法是在国家经济体制改革，即由计划经济向社会主义市场经济转轨中发展起来的；西方国家经济法则是在自由市场经济向社会主义市场经济转变中产生和发展的。两者发展进程乃是两条相向的运动轨迹。

西方国家原来实行自由市场经济。市场调节发达，它基本上为惟一调节机制。市场虽存在固有的缺陷，但由于当时历史条件，它们尚未充分显露。只是自 19 世纪末开始，由于生产社会化和垄断形成，市场缺陷引起严重后果，“市场失灵”，需要新的调节机制同原有市场调节机制相辅助和配合。国家调节机制和国家经济职能于是出现和发达起来。此即调节机制二元化。国家调节也有缺陷（此即所谓“政府缺陷”），需要法律加以规制，也需要法律保障。作为规范和保障国家调节之法——经济法于是出现。

由于国家调节是为弥补市场缺陷才需要和产生的，所以国家调节方式和活动必然是针对市场存在的那些缺陷，采取相应措施，这又决定了经济法体系的基本构成。本作者过去曾经论述市场存在着三缺陷（市场障碍、市场唯利性、市场的被动性和滞后性）；国家

调节采取三方式（反垄断、反不正当竞争以排除市场障碍，国家直接投资的进入和退出，国家指导、促进或称宏观调控）；经济法体系有三构成（市场规制法，国家投资法，宏观调控法）。此即所谓经济法“三三理论”。^①

中国原来实行高度集中的计划经济。国家对经济全面组织管理（或曰“统制”），否定和排斥市场机制的调节作用。社会经济结构和运行全由国家计划安排或曰计划调节。国家组织管理经济的手段和方式主要靠执政党和政府的政策与行政指令，不重视运用法律，法律不发达。1978年底国家确定以经济建设为中心，并加强法制建设。此后，颁布了各种有关国家管理和调节经济的法律。这些法律具有经济法性质；但行政法色彩甚浓。

随着改革不断深入，市场因素逐渐发育，经济调节机制出现二元化，即除计划调节外，市场调节逐渐发挥作用。1992年国家明确提出经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济，要实现由计划经济向市场经济的转变。市场经济乃以市场机制为其基础性调节机制，国家对经济的管理不能过宽过死，应当转变国家经济职能的范围和行使方式。国家由对经济的全面统制逐步变为一种调节，即国家调节。

按国家调节的性质和作用，国家主要是创造条件让市场机制充分发挥调节功能，并弥补市场调节之不足；绝不是排斥和取代市场调节。国家调节的基本方式和基本活动，仍然基本如西方市场经济国家那样，主要采取规制市场竞争、国家投资进入或退出、宏观调控三种。只是一则由于中国还正处于经济体制转轨之中，市场经济尚未完全建立；二则中国要建立的市场经济的类型乃是社会主义市场经济，同其他国家的市场经济类型和特点有所不同。因此，中国的国家调节在范围、力度和作法上同别国有所差异。市场机制的基础性作用在逐步形成中，国家调节在一定时期内和在许多方面，仍发挥着主导作用。这决定着当前中国经济法的特点。例如：

^① 漆多俊著：《经济法基础理论》，武汉大学出版社2000年第三版。

(一) 在市场规制方面,同西方发达国家不同的是,中国原本市场不发达,国家还担负着培育市场的任务;中国经济生活中的垄断主要是国家垄断和国有企业的垄断,这是国家政策使然,是一种合法垄断,必须通过国家主动改革才能改变;此外还一度严重存在各种行政性垄断,这也主要需要国家采取改革措施。这些决定了经济法中在市场规制法方面的特点。

(二) 在国家投资方面,中国的国家投资和国有企业的比重,远远超过西方国家。国有企业改革和退出任务十分繁重。既要大力改革、改制、改组,又要考虑社会承受能力,如职工失业和社会保障问题。有些连续、严重亏损并且无挽救意义的企业,本可实行破产,但不仅要考虑前面所说的职工安置,还要考虑国有银行大量贷款不能回收而流失问题。如此等等,决定了国有企业改革和退出的难度,不能一蹴而就。中国经济法中关于国家投资和国有企业立法当前紧迫的任务,就是促进和保障国有企业改革及其安全退出;此外也需进一步完善和健全新增国家投资的进入法律机制,以严格控制和把握新增投资的规模、方向和重点,有效发挥国家投资对经济结构和运行的调节作用。

(三) 在宏观调控方面,国家在转变经济职能行使方式过程中,近些年来对此种方式已十分重视,初步建立了宏观调控体系及其立法体系。实践中也取得较好成效。今后需要注意的,一是恰当把握宏观调控的范围和力度,始终让市场机制充分发挥基础性作用;二是继续改进宏观调控的方式。宏观调控不同于反垄断那种“干预”方式和国家投资那种“参与”方式,它主要是指导、促进和为社会经济主体的经济活动提供必要的基础设施和服务。要综合运用“计划—经济政策—调节手段”。计划主要是指导性的。财政、税收、金融、外汇、外贸等政策为实现计划服务。各项经济政策要协调、配套,形成互动。可以根据不同时期的经济形势,选择其中一、二几项政策作为主导。要灵活运用各种经济杠杆和政策工具。我国的宏观调控立法体系还需进一步健全,以保障国家依法调控。

经济法立法和实施主要集中在以上三个方面,要进一步改变过

去经济法“大而全”的状况。由于市场机制逐步发达，应大力加强民商法。该由民商法调整的，经济法不予调整。另一方面，涉及一般行政管理的，由行政法调整；经济法调整方法也应尽量减少行政指令，淡化其行政法色彩。只有这样，经济法特有的体系和特点才会更加明确，经济法作为独立部门法的性质也便更加纯正。

中国的经济体制转轨尚需一定时日才能完成。经济法要适应这种转变，保障和促进改革；并在此进程中不断实现自身的完善。

二、治国方略转型对经济法的要求

中国过去很长一段时间不重视法律。70年代末开始加强法制建设。90年代末国家明确提出治国方略要逐步实现由人治向法治转变。这给包括经济法在内的立法和法律实施提出了更高的要求。经济法必须适应这种转变。

80年代初期，人们对于社会主义法制的要求提出4句话：有法可依，有法必依，执法必严，违法必究。4句话的意思归纳起来不外乎两条，即一是有法（立法），二是要严格实施。从无法到有法，并要求依法办事，这无疑是个大进步。但仅如此就够了吗？按法治要求，它可能相去甚远。并且它本身即有不严谨之处：有法还要区分是怎样的法——良法，恶法？是治民、管民之法，还是维权（利）、控权（力）法？法是否真正体现民众意志，符合广大民众利益，是否有利于维护和促进生产力发展和社会进步，即是否正义？法怎样才能、才应当严格实施？法的权威性，法同政策、同执政党和国家领导人的决议、指示的关系怎样？广大民众是否自觉自愿守法？立法者、执法者和民众的法意识怎样？等等。

经济法是现代国家必不可少的一个重要法律部门。社会经济需要国家调节，国家调节必须制定法律，必须依法调节。我国如今已经颁布了许多关于国家经济调节的法律法规，初步建立了基本适应市场经济的经济法体系框架。今后经济法的任务，一方面固然要继续完备体系；另一方面或尤其重要的，是不断改善经济法的内涵，弘扬其固有的本质和精神，提取其应有价值，崇扬其权威，强化其