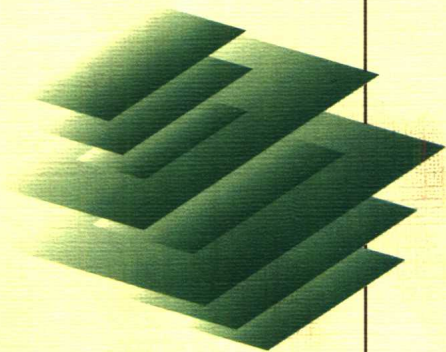


漆多俊 主编

经济法论丛

JING JI FA LUN CONG

第1卷



中国方正出版社



经济法论丛

第1卷

漆多俊 主编

中国方正出版社

(1999—1)

图书在版编目 (CIP) 数据

经济法论丛/漆多俊主编. —北京: 中国方正出版社, 1999. 2
ISBN 7-80107-289-8

I. 经… II. 漆… III. 经济法-法学-研究-丛书 IV
. D912. 29. 51

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 03389 号

经济法论丛

中国方正出版社出版发行

(北京市西城区育幼胡同甲 1 号 邮编: 100813)

北京民族印刷厂印刷

开本: 850×1168 毫米 1/32 印张: 16.5 字数: 412 千字

1999 年 4 月北京第 1 版 1999 年 4 月第 1 次印刷

印数 1—3000 定价: 32.00 元

(该书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系)

总

序

《经济法论丛》在经济法学界同仁热情支持下，经过较长时间酝酿，现在出版问世了。广大学者和读者早就盼望出版此种丛书，我们经济法学界也应当有此丛书。

现代社会经济需要国家调节机制，现代国家担负调节经济的职能。经济法作为规范和保障国家调节的法律，理所当然地受到国家和人民的高度重视。经济法学科在我国是教学、研究队伍最庞大，研习人员最多，成果也最多，知识普及面最广的重要学科之一。《经济法论丛》的出版，适应了社会各界学习研究经济法的需要。

本丛书自1998年首卷开始，以后每年出版1—2卷。每卷设有专论与评论、立法研究、域外法与比较法、成案研究、博士硕士论文选登、信息与动态、书评等栏目，面向海内外征稿，贯彻百家争鸣方针，不同学说主张和不同理论观点兼收并蓄。

重视名家论述，又注重为中青年学者提供发表研究成果的园地。

本书的问世，正值新旧世纪之交。20世纪各国和国际社会的经济、政治、法律各方面发生了种种巨变，其中法律领域最重大的事件之一，便是经济法的出现和成长。经济法是时代的产物。一个世纪以来，战争的硝烟，经济危机的飓风，冷战的阴云，经济和社会发展的凯歌，都在经济法的肌体上留下斑斑痕迹，但它终于成长了。21世纪将迎来人类文明高度发达和科技、经济、政治、法律及其他社会各方面更加迅猛的发展变化。全球化和现代化将使经济法法制和学科建设面临新的问题、挑战和机遇。全体经济法学界人士，特别是中青年学者，需要好好地回顾过去，面向未来，奋力推进经济法研究，促进法制建设。但愿《经济法论丛》能够在这方面发挥绵薄之力。

诚盼海内外特别是我国的经济法学者、经济法实务工作者和读者们，都来关心《经济法论丛》，把它作为自己的园地和阵地，同我们一道培育它的成长和繁荣。

漆多俊

1998年岁末于武昌珞珈山

PREFACE

With great efforts and selfishless devotions, the Series of Economic Law Research have been come out. We devote it to the supports of our colleagues, friends and authors. And we believe that many scholars and readers have expected to get the book just like this for a long time.

It's necessary to have the state—adjustment mechanism in contemporary economy and one of the most important functions of government is to play the role of adjustment in economic activities. Economic law which protects and corrects the adjustment function of government should be given greatly attention to. Economic Law is a much comprehensive and complicated subject, in which we have gathered a large group of colleagues in teaching and research. The publishing of the Series of Economic Law Research will benefit all researchers and learners, and it will be much helpful to the society.

After the first volume of Economic Law Research in 1998, one or two volumes will be come out every year in the future. Every volume includes some forums as follows: Topics & Reviews, Information and Tendency, Extraterritorial Law and Comparative Laws, Case Study, Abstracts of MA and ph. D. papers, Recommends of books, etc. We need your help and we eager to get your valuable papers. We pay attention to the views of famous scholars, also we pay attention to the views of young scholars. And we wish the Series of Economic Law Research be a way for us to deepen the analysis of Economic Law. As the new century comes, we have the Series of Economic Law Research published. In 20th century, There happened great changes in economics, politics, and laws in the world, especially the emerging and developing of Economic Law is one of most important things. There will be much great and rapid changes in science and technology, economy, politic, law and other aspects in 21th century. So Economic Law will meet with new problems, new challenges and new opportunities of development. All of us should devote ourselves to make much progress in the study of Economic Law. We hope that the Series of Economic Law Research would play a great role in this area.

We would like to acknowledge the assistance that all the authors and publishers gave us in producing this Series of Economic Law Research. We hope it will help to extend the knowledge contained in these papers to everyone who are interested in Economic Law.

Qi Duojun
Loujia Mountain
WuHan

Dec. 30. 1998

目 录

总 序..... 漆多俊 (1)

【专论】

市场、调节机制与法律的同步演变

——世纪之交的回顾与展望..... 漆多俊 (1)

经济法的价值问题 徐士英 魏琼 瞿向前 (25)

合同的异化与异化的合同

——关于经济合同的重新定位 ... 史际春 邓峰 (41)

关于国有资产法基本理论的探讨 ... 王金兴 樊启荣 (66)

土地资源权与土地资源有偿使用..... 蔡守秋 (125)

公司自己股份取得制度研究..... 冯果 (185)

国际收支平衡的法制研究

——国际货币基金协定论析..... 杨松 (210)

域名抢注与商标保护刍议..... 符启林 侯怡 (265)

【域外法与比较法】

- 世界反不公平竞争法的新进展(译文)…………… 郑友德 冯涛 (279)
- 欧共体银行法及其对中国的启示…………… 李仁真 (342)

【博士硕士论文选登】

- 论公司收购的法律管制…………… 代越 (365)
- 结构与行为
——论反垄断法的规制对象…………… 陈爱斌 (444)

【成案研究】

- “宝日税案”的法律思考…………… 段善武 (489)

【书评】

- 经济法学科成年的标志
——漆多俊先生主编《经济法学》
读后…………… 李运华 (505)

【信息与动态】

- 全国经济法理论研讨会在湘潭大学召开…………… 国海 (511)
- 中国法学会民法学经济法学研究会
'98年会在西安召开…………… 雨水 (513)
- 《经济法论丛》约稿启事…………… (515)

TABLE OF CONTENTS

PREFACE (1)

【ACADEMIC THESIS】

The Synchronous Change of Market, Market-
adjustment and Law

——The Review and Prospect Facing the
New Century Qi Duojun (1)

On The Value of Economic Law
..... Xu Shiyin, Wei Qion, Qu Xiangqian (25)

Alienation of Contracts and Contracts
Alienated Shi Jichun (41)

On Law of State Assets Wang Quanxing, Fan Qirong (66)

Land Resource Right and the Onerous Use of
Land Resource Cai Shouqiu (125)

Study on System of Share-obtaining of
the Company Itself Feng Guo (185)

The Law Idea of International Monetary .
Fund Arrangement Yang Song (210)

The Forefall Register of Territory Name
and the Protect of Trade Mark Fu Qilin, Hou Yi (265)

【EXTRATERRITORY LAW AND COMPARATIVE LAW】

The New Development of International Anti-
unjust competition Law (Translation) ... Zheng Youde (279)
EU Bank Law and it 's Inspiration to China
..... Li Renzhen (342)

【ABSTRACTS OF MA AND PH. D. PAPERS】

Law Control on the Purchase of Company
..... Dai yue (365)
Constructionism and Conductism Chen Aibin (444)

【CASE STUDY】

Bao Ri Tax Case Duan Shanwu (489)

【RECOMMEND OF BOOKS】

The Milestone of the Muture of Economic Law
--- About 〈Economic Law〉 of Mr. Qi Duojun
..... Li Yunhua (505)

【INFORMATION AND TENDENCY】

National Theory Conference of Economic Law
Convened in Xiangtan University Guo hai (507)
Civil Law and Economic Law Conference of
China Law Institute Convened in Xian Yu shiu (513)
Notice Soliciting Articles (515)

【专论】

市场、调节机制与法律的同步演变

——世纪之交的回顾与展望

漆多俊*

目 次

上篇 调节机制的二元化与法律体系的演变

- 一、全国统一市场的形成、市场调节与民商法秩序
- 二、市场的缺陷与国家调节的救济
- 三、经济法的出现与法律体系的演进

下篇 全球化与调节机制及法律的变化新趋势

- 四、市场全球化与国际调节
- 五、国际经济法的兴起与国际市场经济的法律保障体系

* 漆多俊：武汉大学法学院教授、博士生导师。

上篇 调节机制的二元化与法律体系的演变

一、全国统一市场的形成、市场调节与民商法秩序

市场本指商品交换的场所，也代表商品交换关系的总和。市场随着商品交换的产生、发展而产生、发展。有商品交换便存在市场。人类早期社会，商品交换关系简单，市场不发达，各个地方市场互相隔离。是为自然经济社会。封建社会末期，特别是资产阶级民主革命以后，商品交换迅速发达起来，商品经济上升为社会经济主导地位，从而进入商品经济社会。这时的市场相应地也日益发达。人们把这时候的商品经济又称为市场经济。^①

在市场经济条件下，市场已成为人们各种经济活动的枢纽环节，连接着从生产到消费的社会再生产全过程。用以交换的商品种类不断增多，不仅原已存在的消费品和生产资料这些传统商品市场更加繁荣，还陆续出现了资本市场、劳动力市场、技术市场、信息市场等各种生产要素市场。并且，这各类市场互相关联，有机结合。从地域来说，在一国（或一大地区）范围内，打破了割裂封闭状态，各地方市场互相沟通交流，逐渐形成统一的全国（或大地区）大市场体系。各地方、各行业的生产经营者和消费者，可以自由出入这个统一的市场，进行各种商品交换，并开展自由竞争。这就是市场所具有了的统一性和开放性。

在统一和开放的市场上，广大生产经营者的自由和充分的竞争，使价值规律充分发挥作用，不仅从微观上调节各生产经营者个体间的利益关系，而且能够在社会经济的宏观和总体上调节资源的配置和资本的流向，调节社会经济的结构和运行。价值规律的这种调节

^① 商品经济相对于自然经济和“产品经济”而言，主要是从生产目的是否为了交换以及交换是否按价值尺度进行这一角度划分的；市场经济相对于计划经济而言，主要是从调节机制模式角度划分的。发达的即上升为社会经济主导地位的商品经济，即为市场经济。

作用，是市场经济本身具有的内在机制，因此又称为市场调节。所谓市场调节，其实就是指价值规律的宏观作用。在市场经济条件下，社会经济内部何以能够维持大致协调的各种结构比例关系，并能从总体上维持比较稳定的运行？原来正是市场调节这只“无形之手”在悄悄地发挥作用。当时人们认为，社会经济凭藉市场这一种调节机制，足以有效地进行调节，甚至认为它是万能的。

其实，市场调节要充分发挥作用必须具备一定条件，这就是市场必须允许和存在自由竞争。经营者可以自由出入市场，消费者可以自由选购商品，不存在市场出入障碍，不存在市场机制不能进入发挥作用的领域。经营者有充分的定价权，允许价格随供求关系自由波动。自封建社会末期特别是资产阶级政治革命完成后开始，直到19世纪末期，当时的市场确实具备这样的特征。当时社会生产力水平决定，经营者规模较小，谁都无法凭藉强大经济实力限制他人竞争；而当时妨害竞争的封建特权和其他政治因素已基本清除，新建立的资产阶级政府奉行不干预经济的原则。这保障着市场能够实现较充分和公平的竞争，价格能够反映价值并随着供求变化而波动，调节着社会经济的结构和运行。

全国统一市场的形成以及市场调节的充分有效性，这是市场经济发展第一个阶段的情形。这个阶段，我们可以称之为自由市场经济阶段。自由市场经济即相当于自由资本主义阶段。后者是以列宁为代表的马克思主义者在划分资本主义社会发展阶段时的提法。该二者所反映的当时社会经济本质是一致的，只是分析角度有所不同，前者是从经济体制即经济调节机制模式方面说的。自由市场经济最显著的特征，是其调节机制的一元化，即市场调节。

市场调节发挥作用的前提和基础是充分和公平的自由竞争。为保障竞争有序进行，必须有大家都遵守的竞争规则。另一方面，生产力和经济的发展，使以市场为中心的各种社会关系发达起来，需要完备各种行为规范予以调整。商业道德规范和一些行业组织自律性规则发达起来；但是，最有权威和普遍适用的莫过于国家的法律。

在自由市场经济时期，资产阶级国家奉行不干预经济的原则，这是指当时国家一般不以自己为一方主体同其他社会经济主体直接发生权利义务关系（财政税收和其他如治安等行政管理关系除外），但并不意味着国家对社会经济完全放任不管。国家作为社会最高管理者，它需要为社会经济活动制定各种必要规则即法律，以规范各主体的经济行为，调整它们间的各种社会关系，维护公平的市场竞争秩序。这也是一种国家管理方式。不过这种管理，国家只是制定法律，让社会各主体遵行，国家一般不参与其中，不以自己为一方主体发生法律关系。这类法律有如游戏规则、竞赛规则，国家制定规则而不参与游戏竞赛。竞赛中的争议一般也由民间社会自己解决（如协商、仲裁），到了十分必要时才由国家（它的司法机关）予以处理。这类法律就是民商法性质的法律。

调整民间社会各主体之间的经济关系（商品经济关系）的法律，在历史上很早就有了，古罗马法中已较发达。但当时法的体系是诸法合体，民商法并未形成独立部门。资产阶级革命成功后，为适应市场和经济发展的需要，这类法律迅速发达起来。各国纷纷制定民法典，有些国家还另外制定了商法典。

民商法着眼于个体权益和微观经济领域，立法以维护个体权利为本位。贯彻着当事人地位平等、意思自治、诚实信用和互利等原则。法的调整方法以任意性规范为主，并适用等额补偿为主的制裁方式。民商法是否有意忽视社会总体利益和宏观经济领域呢？也不是。任何国家立法总要（且不说首先）考虑社会公共和总体利益，维护社会秩序；但根据当时情况，个体利益同社会利益、微观经济和宏观经济之间的矛盾并不突出，通过对各个体权益的维护，便能实现社会总体的和谐。资产阶级国家的民商法立法贯彻着资产阶级早期思想家的政治、哲学和经济学的基本理论观点。例如“天赋人权论”、“社会契约论”和“自由放任主义”等。这些理论都认为，人生而自由，包括享有经济生活的自由和财产等权利；人们通过契约组成国家，虽放弃了自然权利却获得了约定的权利，因此仍然是自

由和平等的；听任各个体追求个体利益，便能达到社会最大利益，听任资本主义自发力量发挥作用，便能使社会经济得到调节，保持均衡。从历史角度看，上述理论相对于封建社会的特权制度和对个体的严重禁锢而言，无疑具有革命性和进步性。就经济生活而言，提倡自由和个性解放，维护个体权益，可以激活社会经济这个有机体的各个细胞，而大量细胞充满生机活力，整个有机体便得以健康成长。民商法虽然着眼于保护自然人和法人这些个体的自由和权益，但它通过对个体的维护使市场维持公平而充分的自由竞争，使价值规律充分发挥作用，因而使社会经济在总体和宏观上得到调节。这就是民商法在客观效果上的宏观作用。正是在这个意义上，我们说民商法是市场调节机制的法律保障。

由民商法对于个体和微观经济领域的直接作用，以及它对于社会总体和宏观领域的间接（自发的、客观效果上的）作用，这两方面相结合，形成一种完整而和谐的社会经济秩序，这就是民商法秩序。在市场经济第一阶段即自由市场经济阶段，同当时调节机制一元化（即市场调节）相适应，在调整社会经济关系（民间私人经济领域）的法律体系中，也主要是民商法。那是一种较纯粹的民商法秩序。

二、市场的缺陷与国家调节的救济

市场调节机制充分有效发挥作用必须具备一定的条件，过去的市场和社会能够满足这些条件，所以它能有效地进行调节，被人们认为它是万能的。其实，市场机制也是有缺陷和局限性的，我们简称之为市场缺陷。这些缺陷在一定条件下并不显露；而在另外的条件下，则会显露出来，可以造成严重后果，表明市场调节并非万能，有时还会发生“市场失灵”现象。

市场的缺陷主要是由下列三种原因造成的：一是市场障碍，即市场上存在阻碍市场机制发挥作用的要素，使之不能进入施展其作用；二是市场机制的唯利性（近利性），它是一种非理性的调节，有些经济领域它不愿进入；三是市场调节的滞后和被动性，它是一种

事后调节。

所谓市场障碍，即市场调节机制作用的障碍，它主要是指竞争秩序问题。竞争本是市场不可缺少的因素，它同市场相伴生，并是市场机制发生作用的前提和基础。没有竞争就没有动力，资源配置和资本流动就会呆滞，价值规律和市场机制便不能启动。但市场竞争不可避免地存在两种不良倾向：一是限制竞争；二是不正当竞争。限制他人竞争，使自己谋取和维护对商品价格和市场的操纵地位，便能赚得超额利润；其他经营者则大批亏损。采取其他不正当方式和手段进行不正当竞争，也使他们获取非法利润。限制竞争导致竞争不足；不正当竞争是为竞争过当。两者都是竞争无序的表现。这些无序竞争的结果，使得商品价格严重偏离价值，价值规律被扭曲。从微观上说，造成各经营者和消费者个体间利益关系不公平；从宏观经济角度看，如果上述现象普遍和严重时，则妨害市场调节机制对整个社会经济作用的发挥，以致引发社会经济总体结构失衡，运行阻滞。可见限制竞争和不正当竞争可以构成市场机制正常运行的严重障碍。

能限制他人竞争，自己支配市场，获取超额利润，这是许多经营者梦寐以求的。但实现这一点谈何容易！除非拥有特权或凭仗强力，否则就只有靠自己拥有雄厚的经济实力和庞大的生产经营规模，凭藉这一点在竞争中把别人挤垮或撵走。在自由资本主义时期，生产社会化程度不高，中小业主居多，再大一点的企业也不足以达到市场支配地位。因此市场竞争较为充分。但到19世纪末期以后，情况发生了重大变化。产业革命引起生产社会化，资本积聚和集中使企业规模不断扩大。而当时“契约自由”的法律原则允许各经营者自由联合或结盟。于是，某家企业独自或几家企业结盟以垄断市场，限制其他经营者竞争，获取高额垄断利润的情况，终于发生，并越来越严重。19世纪末期开始，资本主义国家先后发生一次又一次经济危机。说明市场机制对宏观经济的调节作用受到阻滞而失灵。

市场机制的唯利性或近利性，是指投资经营者所关注的是经济