



Calls for Rule of Law
in the Era of Economic Reform

经济改革时代的 法治呼唤

顾功耘 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Calls for Rule of Law
in the Era of Economic Reform

经济改革时代的 法治呼唤



顾功耘 / 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

经济改革时代的法治呼唤 / 顾功耘著. —北京:
法律出版社, 2016. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9824 - 1

I. ①经… II. ①顾… III. ①经济法—研究—中国
IV. ①D922. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 180169 号

经济改革时代的法治呼唤
顾功耘 著

编辑统筹 政务出版分社
策划编辑 张瑞珍
责任编辑 田 浩
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司
责任印制 吕亚莉

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
印张 48
字数 660 千
版本 2016 年 8 月第 1 版
印次 2016 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

电子邮件/ info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

编辑电话/010 - 63939635

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010 - 62534456

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

第一法律书店/010 - 63939781/9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 9824 - 1

平装定价: 115.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

自序

自1977年恢复高考制度,我即进入北京大学法律系攻读法律专业,转眼已经40年,正可谓“光阴似箭、日月如梭”。当年20岁的我,风华正茂,如今不觉间已到耳顺之年。回想自己所走过的这40年,是我学习法律、思考法律和宣教法律的40年,也是为国家法治奔走呼号以及竭诚服务的40年。尽管在37岁时,我便破格晋升法学教授,43岁时担任博士生导师,但仍不敢妄言自己已经完全领悟了法律、掌握了法律的真谛。本书汇集了我这40年间,研习法律所发表的主要文章。这些文章自认为是搭着改革开放这个时代的脉搏,结合我国经济发展的实际,表达了个人对法律、法治的一些真实看法,也表达了个人对国家法治伟大理想的追求。

我的职业是大学教师,从业以来从未间断。然而我对法律的理解却并不单纯地来自于书本和课堂,更多的是来自于这个时代的改革实践。20世纪80年代初期,我便主动申请先后进入上海市高级人民法院、上海市人民检察院、上海市政府法制办公室帮助工作(当时没有“挂职锻炼”一说),接触到很多实际案件;1984年,我有幸获得改革开放后最早一批兼职律师的执业资格,开始从事律师业务;90年代初,正值推行国企改革上市,我又自愿申请到上海市证券管理办公室帮助工作;90年代中期,由曹建明教授推荐,荣幸获得中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁员的资格。兼职律师的办案经历以及仲裁员的庭审裁决,让我更多地接触到社会经济活动的实际。更为宝贵的经历是,在90年代后期至21世纪初的10年左右时间里,我有机会作为上市公司的独立董事,先后进入到东南发电、赣粤高速、海立电器、大众科技、浦东

路桥、中远发展、万业企业、兴业银行、东方证券、海通证券等 10 余家大型股份公司和金融机构管理层,与众多业界精英一道参与公司治理的决策实践,了解到了许多书本上无法学到的东西。本书中所论及的公司法、证券法、国资国企法的相关内容,很多都是来自于自己在实践中的体会。

本文集之所以称为“经济改革时代的法治呼唤”,是因为其中文章大多是结合现实提出的制定与修改法律的建议、改进执法司法工作的意见。我相信,这些建议和意见对于这个时代的经济改革和法治进步会发挥一定的作用。在我的职业生涯中,曾有幸经历了三次法制宣讲高潮,使得这些个人的法治见解能够有机会向社会传播。第一次是在 20 世纪 90 年代初期,结合普法活动宣讲现代企业制度与公司法。宣讲对象主要是全国各地的企业经营管理机关和机关干部,宣讲场次近百;第二次是在 20 世纪 90 年代末,结合亚洲金融危机的背景宣讲金融安全与法治。宣讲对象主要是领导干部,其中包括了上海市、江苏省、广东省、湖南省等省级以及全国各地数十个地级市、县领导班子,得到很好的社会反响;第三次是在 2003 年以后,结合党的十六大精神宣讲依法治国,提高党的执政能力。宣讲对象主要是党校、干部学院学员。本人曾长期受聘上海市委党校兼任教授,为党校学员上课;也曾参与浦东干部学院筹建且给参加培训的干部学员上课;2013 年 10 月,在党的十八届三中全会召开前夕,又很荣幸的有机会为中央党校全体学员作关于经济法治战略的报告,影响至广。文集集中的部分文章,便是在这些活动中的法制演讲稿。

我是一个法学工作者,也是国家法治的宣传者与推动者,在某种意义上,还是一个法治的践行者。我对参与的每一个案件,都会认真审读材料、分析证据,正确定性,并准确适用法律;对参加的每一个公司决策,都会认真准备,了解足够信息,努力发挥法律人的应有作用。本文集的许多观点、说理和判断,除应用已有的学术成果外,不少是来源于现实和自身的实践。文中并无华丽的辞藻、繁琐的论证、晦涩的语言,只是试图深入浅出、言简意赅地寻找出有针对性的问题解决方

案。我想,这种研究风格正是我们这个时代所需要的。

于我而言,最值得欣慰的是,自己对学术的这份热诚和朴实,对国家法治建设的这份责任感,能够有幸传递给一批批莘莘学子。如今,我所指导和培养的法学博士生、硕士生已经超过 200 名,所教过的本科生更是不计其数。他们中有的已经成长为大学教授、博导;有的在政府机关或司法机关的重要岗位上肩负起领导职务;还有的在知名律所、金融机构、企事业单位的法务岗位上发挥着核心骨干作用。希望他们能够青出于蓝而胜于蓝,能够将这份法律信仰和法治精神传承下去。

本文集是我最重要的精神财富。我希望通过这次出版,引导更多的学子努力前行,影响更多的读者关注现实,为法治中国倾注自己所有的热情、智慧和努力!

华东政法大学 顾功耘
2016 年 6 月 26 日于闵行寓所

C 目 录

CONTENTS

法治基础论

- 论重启改革背景下的经济法治战略/3
- 宪法法律在治国理政中的定位反思/30
- 论金融危机的防范及其法制对策/50
- 略论司法组织的现代化管理/69
- 简论司法管理体制的改革/80
- 证据体系初探/86

经济法基础论

- 论经济法的调整对象/97
- 中国市场经济条件下的经济法与商法/117
- 略论经济法的理念、基本原则与和谐社会的构建/125
- 我国预算收支结构的失衡与调整
——基于公共财政视角的分析/140
- 国有经济法律制度构建的理论思考/156
- 国有经济发展的理论思考与立法选择
——2005年4月5日在中国浦东干部学院央企
领导干部培训班上的演讲/165
- 所有制改革的新构想
——“横向经济联合中的法律问题”研究报告/196

论我国经济联合组织的发展与法律调整

——“横向经济联合中的法律问题”研究报告/207

国有资产法论

论国资国企深化改革的政策目标与法治走向/223

确保深化国企改革于法有据/238

国有资产立法的宗旨及基本制度选择/242

国有资本经营预算的“公共性”解读及制度完善/252

国有资产授权经营法律问题研究/270

国资委履行出资人职责模式研究/326

国有企业法论

国企改革的政府定位及制度重构/391

国企类型化改革亟待法理应对/411

论国有企业改革的重大转变及其法制方略/413

完善国营企业运行机制的法律对策/426

论国有企业经营机制转换的法理基础/435

商法基础论

关于商法理论的几个基本问题/445

营业自由与国家干预交织下商主体营业资格之维度分析/458

金融衍生工具与法律规制的创新/469

期货立法要尊重期货市场的特殊性/473

公司法论

公有制的第三种形式

——关于《公司法》的理论探讨/477

《公司法》的实施与完善刍议/484

公司章程存在的问题与对策/488

论我国建立独立董事制度的几个法律问题/493

论公司并购的法定形式/510

企业集团的若干法律问题思考/520

略论现代企业的社会责任/527

股份合作企业立法的若干疑难问题研究/536

香港公司条例调整的对象/563

证券市场改革法论

深化证券市场的制度改革须认真审视的几个问题/575

证券法的调整范围与立法体例研究/595

证券交易异常情况处置的制度完善/638

上市公司治理结构问题点与今后的课题/668

外资介入上市公司并购法律问题研究/678

上市公司退市法律问题研究/716

应着手构建投资者保护体制

——由考察美国证券市场所想到的/746

适时解决历史遗留问题是股市健康发展的基础/750

法治基础论

论重启改革背景下的经济法治战略

宪法法律在治国理政中的定位反思

论金融危机的防范及其法制对策

略论司法组织的现代化管理

简论司法管理体制的改革

证据体系初探

论重启改革背景下的经济法治战略^{*}

经济法治战略是国家法治战略的重要组成部分。改革战略、开放战略和经济发展战略的实施迫切需要明确的经济法治战略的配合与支持。经济法治战略应有明确的目标定位和实施的价值标准。实施经济法治战略的本质要求是要用法治约束政府的权力,规范政府的经济管理行为,保证市场充分发挥配置资源的作用。

所谓经济法治战略,是指一国根据现实的环境与条件,为配合实现未来的经济发展目标而选择的有关法治的谋划与安排。这种战略也是一国执政者以法治的思维和方式治理经济活动、促进经济发展的长期计划与制度安排。经济法治战略是国家法治战略的重要组成部分,研究制定和实施经济法治战略,应成为我国贯彻执行党的十八届三中全会精神、重启新一轮改革背景下最紧迫和最重要的一项任务。

一、我们为什么需要经济法治战略

(一) 重启改革,建立、健全市场经济体制机制需要经济法治战略的积极配合

中国的经济改革已历经了 35 年,其间我们在不断探索和寻找前行的动力。20 世纪 80 年代初,我们推行了农村联产承包责任制;90 年代初,我们明确了建立社会主义市场经济体制的目标;21 世纪初,我们加入了世界贸易组织(WTO)。改革推动了中国经济连续高速的增

^{*} 本文是 2013 年 10 月在中共中央党校给全体学员所作的学术报告的部分内容,发表于《法学》2014 年第 3 期。

长,被世界称为“中国奇迹”,这种成功归根结底是因为我们坚持了市场化取向的改革。但不可否认,如今的经济发展中也积累了相当大的问题和矛盾,因为现行的体制机制既包含了市场经济的因素,又包含了统制经济的因素,具有很强的过渡性质,可以被称为半市场、半统制的经济体制机制,^①其存在收入分配不公、官员贪腐严重、群体事件频发、自然环境恶化等弊端。可以说,由于不少领域的市场化改革尚不彻底、开放还不到位,制约科学发展的体制机制障碍较多,使深化改革和转变经济发展方式的任务仍十分艰巨。

国际金融危机后,政府的管制措施趋于加强,市场发挥作用的空间越来越小。加之长期以来政府职能未能够根本转变,改革的红利已释放殆尽,如不进一步深入改革,就有退回到统制经济的危险。十八届三中全会的召开,《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)的出台,标志着新一轮改革已经重启。从现在起到共和国成立 100 周年时,恰巧还有 35 年的时间,目前我们正处在一个历史的中间关键点上。重启改革,目标是建立、健全市场经济的体制机制。在笔者看来,市场经济的机制就是遵循市场经济规律而建立起来的一整套市场主体制度规则体系及其经营行为制度规则体系,其基本规则是产权明晰、契约自由、竞争平等;市场经济的体制则是运用市场经济规律而建立起来的一整套政府以及经济中介组织参与治理经济活动的制度规则体系,其基本规则是适度调控、有限参与、有效监管。建立、健全市场经济的体制机制,说到底,就是建立、健全与市场经济完全相适应的一整套法律制度,并使这套法律制度得以全面实施。法治是减少或消弭半市场、半统制经济体制机制弊端的根本手段。

《决定》对未来的经济改革进行了整体设计和规划,从某种意义上讲,它就是一个经济改革的战略构想,其基本思想有着更加长远的影响。

^① 参见吴敬琏、马国川:《重启改革议程》,生活·读书·新知三联书店 2013 年版,前言第 1 页。

响和意义。《决定》60 条中具体内容涉及经济发展与改革的有 28 条,占比接近 1/2。其中,有的改革设想与措施已明确与立法挂钩,有的还没有,有的还涉及执法与司法等更为复杂的问题,因此,要实现市场化改革目标,仅有《决定》的这些内容是不够的,还需要制定更具有长远性、可操作性的经济法治战略。这样一来,不仅有了《决定》中改什么的设想,还有了经济法治战略中怎么改的方法,不仅有了《决定》中建章立制的打算,还有了经济法治战略中如何落实这些规则制度的措施。

市场经济在本质上就是法治经济。在此问题上,可以说大多数人已有共识。著名经济学家吴敬琏教授就曾指出,市场经济有好坏之分,好的市场经济必然是有序的、法治的市场经济。^①《决定》也明确指出:“必须积极稳妥从广度和深度上推进市场化改革,大幅度减少政府对资源的直接配置,推动资源配置依据市场规则、市场价格、市场竞争实现效益最大化和效率最优化。”^②这里,如何推进市场化改革讲得很清楚,资源配置首先要依据市场规则由市场选择,要减少政府对资源的直接配置。在资源配置中,无论是市场起决定性作用,还是政府起辅助性作用,都要用法律制度加以明确。所谓市场配置资源,实际上就是各市场主体在一定规则的制约下,公平地参与要素的占有、使用、交易与分配。在以往的改革中,市场与政府的职能、作用缺乏明确地界定,造成政府甚至是政府官员在资源配置中自设权力、争抢权力,致资源无法优化配置,官员趁机捞取利益。

市场化改革的过程实际上就是实现法治化的过程。市场化改革要从现实出发,让政府退出不该进入的领域,将绝大部分配置资源权交给市场或者社会,重新划定市场的权利边界和政府的权力边界。“政府的职责和作用主要是保持宏观经济稳定,加强和优化公共服务,保障公平竞争,加强市场监管,维护市场秩序,推动可持续发展,促进

① 吴敬琏:《呼唤法治的市场经济》,载《中国报道》2009 年第 10 期。

② 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》辅导读本,人民出版社 2013 年版,第 6 页。

共同富裕,弥补市场失灵。”^①这样的改革若没有法治的手段,根本无法进行。首先,没有一定的强制性手段,政府不会自动交出手中所掌握的权力;其次,政府可以行使的权力必须要有法律上的依据;最后,政府应承担的责任必须要有法治的手段保证追究。

在重启改革的背景下,特别要注意处理好改革与法治的关系。前35年的改革,我们遵循的是“先改革后立法”的路线。遵循这条路线的客观依据是,我国实行的是高度集权的计划经济体制,当初很少有法,更没有法治。在改革目标尚不明确的情况下,一切皆在摸索中,由于没有现存的法可以依循,改革就是破除当时已有的、与计划经济相适应的一套旧制度,此间出现的承包责任制、公司制、分税制等改革举措就是在实践中探索出来的。再以公司制为例,20世纪80年代初至90年代初,我国并没有公司法,在不断反复的试验中,公司的发展走了许多弯路。为了清理整顿公司发展反复出现的一些严重破坏经济秩序的问题,国务院曾先后出台了多个清理整顿公司的决定,直到1993年《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)的颁布。35年后,我们重启改革是否还能依循这条路线走下去?答案是否定的。在社会主义法律体系已经建成的今天,如果仍然“先改革后立法”,就极易逾越法律的底线,出现大量违规违法行为,如此,法律的权威、法律的秩序将一扫而空。因此,除非改革涉及的领域存在法律空白,否则,应当遵循“先立法后改革”或“先修法后改革”的路线。

35年的改革实践让我们弄清了改革的方向和需要改革的领域,弄清了进行这样的改革会遇到哪些法律上的不协调甚至是冲突与障碍。因此,在进行深化改革方案设计和规划时,完全可以与经济法治战略的制定同步展开,进而以经济法治战略来积极配合市场化改革方案的实施。改革的既有成果可以用法治固定和护卫;改革的新举动可以用法治尤其是以立法(包括修法)来引导和推动。立法与修法的过程是

^① 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》辅导读本,人民出版社2013年版,第6页。

充分发扬民主的过程,也是法治教育的过程。当市场化改革的设想能够通过立法予以反映时,也意味着改革真正达成了共识,各种障碍将被一一排除,改革方案的实施有了法治的切实保障。

(二) 经济发展战略的实施需要法治战略的良性互动

一国经济的发展需要有战略考量。谁的战略有高度有远见,符合本国实际,谁的发展就快、就好。我国执政党执政的不同时期以及历届政府都非常重视经济发展战略的制定与实施,尽管这些战略思想、战略思路、战略部署并不以一个完整的被称为“经济发展战略”的文件所体现。战略的定位非常重要,定位不准,经济发展会遭受挫折;定位准确,经济发展可以加速,可以少走弯路。20世纪50年代的“大跃进”、“文化大革命”时期的“抓革命,促生产”等都是战略失误的典型表现;党的十一届三中全会提出“以经济建设为中心”,党的十六大报告提出“实现小康”,党的十八大报告提出“百年复兴梦”等则是战略定位准确的例证。从提出战略设想到实现战略目标,是一个战略实施的过程。这一过程也需要在战略设计时一体考虑,也就是说,战略目标的分解以及步骤、策略方法、程序与手段等的实施都要在一开始就设计与规划好。同时,在战略实施过程中,如果发生新情况或者条件发生变化,战略设计的内容也应该适时做出调整。国家的经济发展是一个宏大的工程,经济发展战略的实施,同样不能缺少法治的手段以及法律制度的保障。在明确经济发展战略的同时,提出经济法治战略也是十分明智的选择。

2013年9月30日习近平同志在中共中央政治局第九次集体学习会上坦陈,经济发展的突出问题仍然是不平衡、不协调和不可持续。^①发展不平衡、不协调和不可持续的问题是一个综合性的问题,已经存在了相当长的时间,虽然一直在找寻解决的办法,也采取了不少行动,但仍未见有实质性变化。如果说我们针对科技能力不强就提出创新

^① 《中共中央政治局举行第九次集体学习 习近平主持》,载 http://big5.gov.cn/gate/big5/222.gov.cn/ldhd/2013-10/01/content_2499370.htm,访问时间:2013年10月1日。

驱动发展,针对产业结构不合理就提出调整产业结构,针对发展方式粗放就提出发展方式精细化、集约化等能够解决问题,那么它们早就不成为问题了。实际上,对于此我们首先要做的应是分析问题存在的原因、解决问题的条件、哪些国际上的成熟做法与经验可资借鉴等。发展经济是硬道理,对于这一点大家有共识,但在如何发展、发展目标是什么等问题上并未有共识,即使存在些共识,也很难做到大家劲往一处使。因为有的人只追求个体利益,有的人只追求部门和地方利益,有的人则只追求近期利益。所以,经济发展中的平衡、协调和可持续是不可能自动实现的。经济发展不仅要有伟大的战略构想,而且要有实现构想的具体策略方法、法治手段、程序与措施。而要使人们不单单从个体利益、局部利益以及地方利益、短期利益考虑问题,法律的引导和强制不可或缺。发展不平衡、不协调和不可持续的存在有其深刻的体制机制原因,更有其不善运用法治手段的问题。缺乏经济法治战略考虑经济发展,必然是有严重缺陷而没有内涵质量的发展。

法律不仅仅能够在经济活动中规范行为、制裁违法,也可以引导经济向前发展、促进经济效益的增长。美国伯克利大学法学院教授罗伯特·库特和德国经济学家汉斯-贝恩德·舍费尔(Hans-Bernd Schaefer)在《所罗门之结:法律如何终结国家贫困》(Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations)一书中写到,商业活动的确能提高一个国家的经济增长,但需要适当的法律规则与执法机构来保障这一过程的有效进行。他们认为,不安全的个人财产、不可执行的合约、无法追回的债务,以及其他法律问题扼杀了良性商业活动,导致了贫困。^①经济增长需要完善的法律机制作为保障,在许多国家,依法治理经济已经成为解决贫困问题的最重要手段。在我国,依法治理经济也应成为实施经济发展战略的主要方式。长期以来,我们对法律以及法治的理解是不全面的,认为法律以及法治主要是解决社会问题的,

^① 杨绿:《法律与公正——消除全球贫困的利器》,载《中国社会科学报》2013年6月26日。