

何立慧 / 著

经济法问题研究

STUDIES ON SEVERAL ISSUES OF ECONOMIC LAW



经济科学出版社
Economic Science Press

D922. 290. 4/49

2008

经济法问题研究

何立慧/著

经济科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

经济法问题研究 / 何立慧著. —北京: 经济科学出版社,
2008. 1

ISBN 978 - 7 - 5058 - 6827 - 4

I. 经… II. 何… III. 经济法 - 研究 - 中国
IV. D922. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 203999 号

责任编辑：杜 鹏 刘怡斐

责任校对：杨 海

版式设计：代小卫

技术编辑：董永亨

经济法问题研究

何立慧/著

经济科学出版社出版、发行 新华书店经销

社址：北京市海淀区阜成路甲 28 号 邮编：100036

总编室电话：88191217 发行部电话：88191540

网址：[www. esp. com. cn](http://www.esp.com.cn)

电子邮件：[esp@ esp. com. cn](mailto:esp@esp.com.cn)

汉德鼎印刷厂印刷

永明装订厂装订

880 × 1230 32 开 9.5 印张 250000 字

2008 年 1 月第一版 2008 年 1 月第一次印刷

ISBN 978 - 7 - 5058 - 6827 - 4/F · 6080 定价：20.00 元

(图书出现印装问题，本社负责调换)

(版权所有 翻印必究)

序 言

法是什么？法乃公器。公器者何？我自认为：公者，广而知之，众意之决。器者，工具也，有事难处之借助者也。对于法，则是利益难处之借助者也。因此，法的目的、实质、核心、宗旨，都是利益难处而借助的工具；法处理利益的正确方法应该是广而知之，众而决之。因此，公开，是法之必然要求也。众决，或曰民主，亦法之必然要求也。现在来看，凡事公而公决之，是公正之根本。即公开和民主，是公正的根本途径。相反，密而私决，乃专制之根本特征。而在公开与公决之间，亦有天然之次序，公开是基础，公决离开了公开，徒为形式耳。“公开”与“公决”中之所谓“公”，乃“利益相关者也”，非利益相关者，无需为其公开；非利益相关者，不能替其决。因此，“公”无定大，亦无定小，但均需要二者及其之上也。“公决”中之“决”，如何“决”，亦需要以利益相关程度大小而定，利益大者多决，利益小者少决。然利益大者对利益小者于“决”之中损害之可能，亦不得不考虑。故“利益比例而决”亦非最佳之策。此外，“公开”与“公决”亦非无本之小事，其成本亦须加以必须之考虑。此等困难皆是立法之难点重点也。

法乃预期。法是告诉人什么可以做，什么不能做，什么必须做，而且违背禁止做或必须做的强制性内容就会受到名义上代表社会的国家机器强制性惩罚的知识，也使人们确知自己在社会中可以做什么、不能做什么和应该做什么的知识。这种知识提供给主体一

种对自己和他人行为结果的预期能力。从而可以通过主动地行动和自主地约束,使主体在社会交往中比较好地预期和控制自身与他人或社会的权利义务关系。越是法治社会,法所提供的预期就越是明确;反之,则是人治。

法是自由的范围。法通过“可以”、“禁止”和“应该”,使任何主体可以为自己划出一个自由活动的范围。这个“自由的范围”可以提供给我们一个区分法治与民主社会的基本标准。主体各自的“自由范围”越是趋同,社会的民主性就一定越高;“自由的范围”明确程度和范围越广,“法治”的程度就越高。而相反,则越是“专制”和“人治”。

法应该追求什么?正义吗?何谓正义?是形式正义,还是实质正义?现代法学认识到,二者不可偏废。社会实践证明,“公而决之”是重要而可以依赖的方法,也是进入现代民主法治社会之门的一把钥匙。但是,这只是理论,要真正实现公而决之的民主法治社会,要找到公而决之的方法,通过法给主体提供有效的预期,让人人享有平等的自由,并不断明确和扩大这种自由的范围,则需要法学理论和法学技术的不断创新与发展。

经济法作为一个部门法,从其宗旨、实质、理念和追求上同样不能离开“法乃是公器,法得提供一种预期,法是一种自由范围”的这种特征。经济法在性质上同样是一种公器,它亦须为主体提供一种有效的预期,亦是对主体自由范围的一种确定。因此,现代民主法治社会的经济法,必离不开公开、众意、有效预期和经济自由。这应成为现代民主社会经济法律的基本理念、基本宗旨和基本追求。这种理念,既需要以新的理论基础去阐释和体系化,又需要新的理论和技术去有效实现。促进经济自由、促进经济公平,有效协调国家、企业、个人、社会之间利益关系的和谐、持续、平衡发展,就必然要求以公开、公决的方式,平衡确定国家、企业、个人和社会之间的权利义务,确定好不同主体的各自权利边界。尤其是处理好国家和企业、个人和社会之间的关系,即如何有效确定好政

府权力范围的边界，或者说政府与市场的边界。这种理念的确定将会从根本上要求改变我国经济法的指导理念，从方法上则需要更多地引入西方经济学中的“个人主义方法论”，并运用公共选择理论，不再把政府简单看做一个公正、无私的社会公益代表，而是与任何自然人一样，有自身利益、有自身意思形成机制的个人集合体。同时，从技术上讲，要真正保证经济自由，保证国家、社会、企业、个人利益关系的平衡、和谐、持续发展，就必须承认国家、社会、企业、个人之间不同的利益，以及不同企业、不同个人之间的利益差异，尤其在市场经济条件下，就必须充分运用市场经济学的有关理论去阐释、分析和设计不同主体利益关系的平衡、协调技术。而这种从理念到分析技术的变化，无不要求经济法学研究方法、基础理论等方面的全新发展。同时，法是一种制度，制度经济学的许多理论和分析、设计技术，自然是经济法学研究和促进经济法发展不可不借鉴的内容。同时，社会制度的发展是一个积极构建与有机演进不断相互作用的过程，更多有关制度构建和演进的理论，同样是经济法学研究和我国经济法发展不可不积极借鉴的内容。

总之，现代民主法治市场经济社会的法的理念的进一步科学化，就必然使包括古典经济学和现代经济学各种理论在内的经济学理论及经济分析方法成为现代经济法发展的重要理论基础。本书由19篇篇幅长短不同的论文汇集而成，尽管内容涉及经济法的基本理论与方法、主体制度、金融法、会计法、经济执法等诸问题，但体现的理念和运用的分析方法则表现出对上述认识的一贯。其中，《关于经济法的几个基本问题的探讨》、《论商人有限责任有效性之限制》、《特许经营之特殊性及其民事责任独立性之限制》、《经济分析方法及其在非市场领域分析中的应用》、《关于破产法几个基本问题的探讨》、《证券市场运行中的法律责任研究》、《略论商业银行信息披露的法理依据和标准》、《我国会计执法环境的经济分析》、《选择性执法的成本、收益和激励效应的经济分析》、《商

业贿赂及其治理的经济分析》、《判断社会文化是否健康的五个机制标准》等文章，包含着较多独到见解和原创性内容。通过这些论文，把作者在经济法基本理论、经济法研究方法、经济法律责任、金融法、会计法等方面的一些基本观点和思考展示出来，希望这些论述对经济法及相关法律问题的研究能有所贡献。

书中观点系个人所思，一家之言，失误在所难免，敬请各位赐教和指正。我的电子信箱是：heLh04Lzu@163.com，欢迎来信赐教和交流。

何立慧

2007年11月

目 录

第一部分

基础理论与方法

关于经济法的几个基本问题的探讨

——概念、根源、特征、基本体系与核心范畴 3

判断社会文化是否健康的五个机制标准 28

经济分析方法及其在非市场领域分析中的应用 31

第二部分

主体法研究

论商法人有限责任有效性之限制 51

特许经营之特殊性及其民事责任独立性之限制 63

关于《破产法》几个基本问题的探讨

——目的、宗旨、界限标准与立法重点 80

第三部分

会计法研究

会计信息失真的原因分析 93

论我国会计信用法律体系的构建 107

我国会计执法环境的经济分析 128

第四部分

金融法研究

论我国《金融法》的基本原则	145
论金融脱媒的实质、影响及处理	
——一种法律视角的解析	152
政策性银行的特点、运行机制及职能分析	157
略论商业银行信息披露的法理依据和标准	163
证券市场运行中的法律责任研究	175

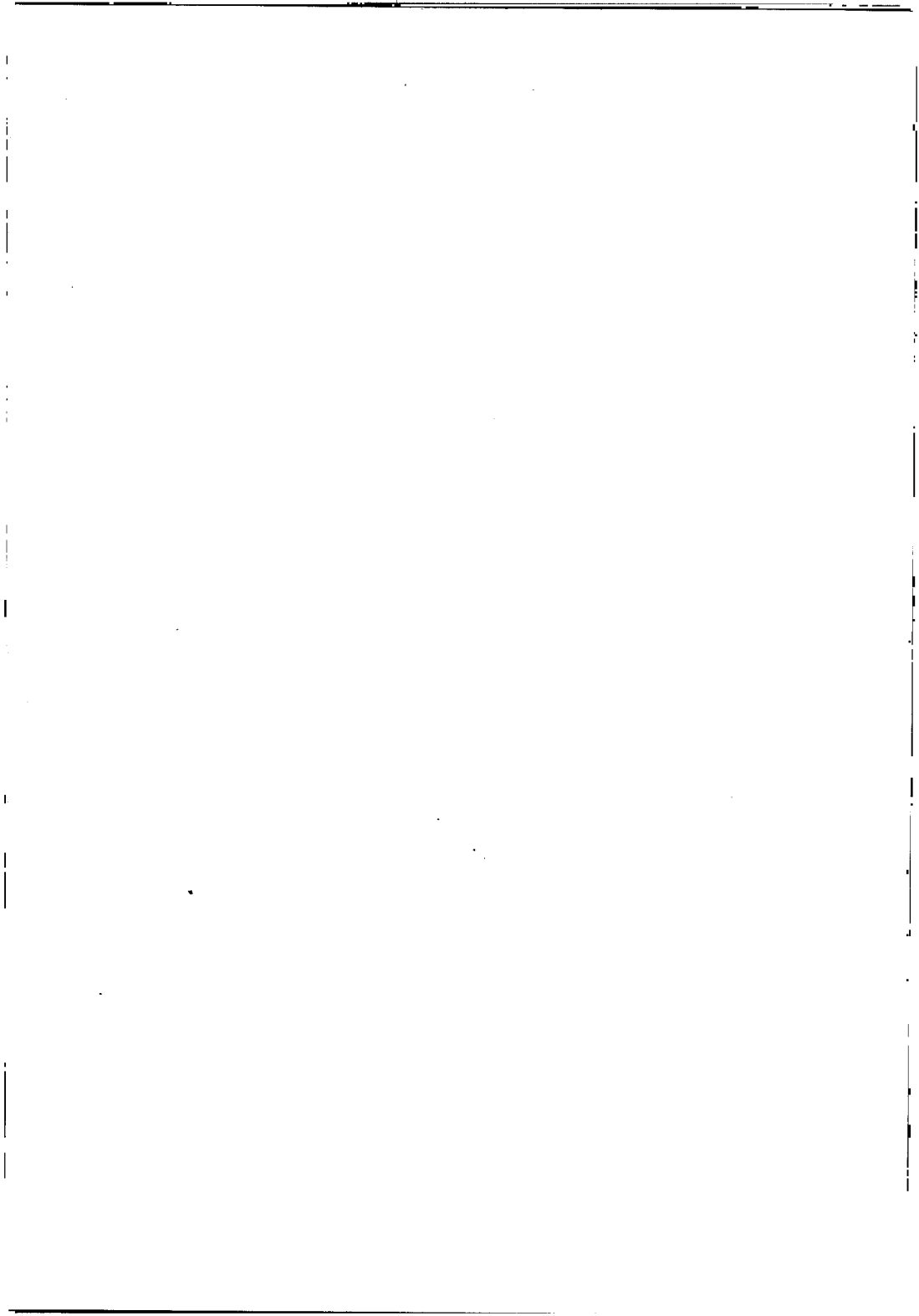
第五部分

经济执法研究

选择性执法的成本、收益和激励效应的经济分析	241
商业贿赂及其治理的经济分析	256
新《企业所得税法》实施中的冲突与协调	266
旅馆住宿服务中的第三人侵权责任问题	276
关于我国劳动仲裁的立法完善	287

第一部分

基础理论与方法



关于经济法的几个基本问题的探讨^①

——概念、根源、特征、基本体系与核心范畴

内容摘要：经济法是否能成为独立的部门法，在法学界一直存在争议。本文从经济法作为部门法的独立性、经济法产生的经济根源、经济法与民商法和行政法的根本区别、经济法新的基本体系的构建、经济法总论的主要问题及经济法的核心范畴等方面进行了分析，提出经济法作为独立部门法的理论论证，构建了新的更有利于经济法基础理论深入发展的经济法基本体系，并对经济法核心范畴等基本问题提出了自己的观点。

关键词：经济法 市场机制调控法 市场完整促进法 宏观经济调控法 经济职权

科学的经济法体系必须完成双重任务——既要能使人们从实然层次上科学地认识、把握和学习现有的经济立法，又要从应然和理论层次上为认识经济法的本质，研究和进一步发展经济立法提供坚实的理论支点。

一、经济法的调整对象和经济法的概念

划分部门法的主要标准是调整对象，此外则是考虑调整方式，

^① 本文初稿于2000年12月完成，此次略作改动。

这似乎已成通论。这一点，不仅广见于各种版本的《法理学》教材，而且在其他各类部门法教材中也都基本持这样的观点。之所以形成这种几乎一统的局面，是与部门法的历史发展有着直接关系的。例如，最典型的就是传统的部门法，如民法、行政法、商法，都是以其调整对象为划分标准的，而另一大传统部门法——刑法则是以其调整方法或制裁方式进行划分的。显然，从部门法划分的历史和传统来看，从数量上，划分部门法的第一标准自然是“调整对象”，第二标准则是“调整方式”。

但是，这种观念的形成首先是与法的历史发展甚至整个人类社会的发展历史相适应的，它是历史的，不是永恒的；其次必须指出的是，在历史和传统中，部门法的划分标准从逻辑上就不是统一的，而这种不统一是“逻辑”适应“实际”的结果。因此，从传统部门法的划分中得出的所谓“第一”、“第二”标准的部门法划分观念或观点是“表面或表象”，而部门法划分标准的真正“内涵或实质”则必须加以挖掘。故而，在讨论经济法能否作为部门法之前，想首先讨论部门法的划分标准问题。

“部门法”是一个学理上的概念，部门法的划分及其划分标准的选择，都不能离开对法的研究、立法、法的实施等目标，都必须以有利于该领域学术和实际，即理论和实践的发展为目标与准则。法的部门法的划分历史也证明，正是这种准则性的要求，才有了“法的体系”、“法的部门”等。因此，部门法的划分在遵循有利于“理论和实践”发展的理念或原则的前提下，其具体标准的选择应符合以下基本条件：（1）这种标准形成的部门法能容纳的现行法律规范的数量足够多而又比较适度，即容纳的法律规范的数量不能太多，亦不能太少。（2）这种标准的选择能使人们从一个新的角度或新的侧面更好地理解、掌握本国的现行法，并且有助于立法、司法、执法和法律的遵守，有利于法学理论的发展，有利于社会正义的更好维持。

基于此，笔者在划分标准方面提出如下三点意见：（1）部门

法的划分标准是相对的，不是绝对的，随着社会的发展，在继承历史的基础上，是应当可以变通的，而不是固定不变的。（2）不能把“部门法的划分标准”同“逻辑上的类划分标准”相混同，否则，将会认为“逻辑”与客观冲突。例如，在逻辑上，我们认为，某一标准的选择应当能够穷尽某类事物，并且，划分成的各个子类应当选择同一标准，而不能把不同标准划分的子类相互并列使用，这才能符合逻辑。而在事实上，我们并不是只选择一种标准划分法律的部门，而且选择不同的标准划分后的子类我们也在并列使用，而这也并没有在实践中造成大的矛盾，相反，却促成了法学的繁荣和发展以及法律实践的更大成功。（3）法律规范所调整的社会关系与其他事物一样，实际上是多维的和多侧面的，不能简单地认为一种社会关系只能由一种性质的法律规范去调整，只能归属于一种法的部门，同一种社会关系可能会交织着多种不同特点的侧面，也就需要从多个侧面去考察、研究和规范。同一个法律规范可能会同时属于几个不同的部门法，需要不同的部门法都加以研究。不能将此归结为交叉标准。

因此，适应历史的发展和客观实际的需要，我们不能固化一种标准，让我们的研究、立法等“削足适履”，而应根据理论研究和法律实践的实际需要去选择标准。同时，我们必须要充分认识的法的体系和法的部门的相互关系，不能把法的部门和法的体系混为一谈。法的体系可以由选定的某一标准划分的部门法从逻辑上很严密地构成，但依不同标准划分的法的部门并不能逻辑上严密地构成法的体系。但是，从理论研究和实践发展考虑，把法的体系从基本协调的不同标准划分成不同的部门法却更符合实际。正如我们传统的法的体系中同时包括了以调整对象为标准划分的民法、商法、行政法，以及以调整方式为标准划分的刑法。因此，在法学的部门法研究中，充分认识部门法划分中的这种“逻辑”与“实际”的冲突

是必要的。例如,“金融法”^①、“税法”、“产品质量法”可以作为部门法,但我们不能严格地说它们是属于民法、行政法还是经济法。因此,在法的部门法划分方法及体系构成上,过分地强调逻辑性而否认实际是不必要的。

以上述观点为基础,笔者就经济法提出如下观点。

1. 经济法应当成为现代法体系中一个独立的部门法。对经济法是否能成为一个独立的部门法,在法学界已基本上形成比较一致的观点,即大部分学者都承认经济法是一个法的部门,对于经济法作为部门法的划分标准,一般都是以调整对象进行划分的,但经济法的具体调整对象应该是什么,至今法学界仍有比较大的分歧。但是,不管以什么语句去表述,有一点是毫无疑问的,即在现代社会中,确实有相当大范围内的一种社会经济关系,与传统社会中的经济关系的主体部分已有很大的不同,它的最大特点是:国家权力介入这种经济关系,而且国家权力介入成为现代社会经济发展的必要。这种经济关系既然在现代社会经济关系中占了相当大的比重,而且其运作是否顺畅已直接影响着一国国民经济的发展,因此,运用法律进行规范和调整已成为现代世界各国立法中的一个重要内容。因此,从理论上探索这种经济关系调整中的规律性就成为必要。调整这种经济关系的法律规范从数量上已足够多,专门探讨其规律性已对社会发展有着重大意义,因此,在法的体系中,形成一个专门研究和调整这种经济关系的法的部门是历史的必然。

2. 经济法部门法的确立标准应当选择“调整对象”。经济法之所以能作为现代法律体系中的重要法律部门,其主要因素就是因为其所调整的特定的社会经济的特殊性。这种关系的特殊性在于其影响整个社会经济的运行,必须通过国家权力的介入进行调整。如果从调整方式上,则既有家国行政权力的介入,又有刑事责任的承

^① 狭义的“金融法”,主要是属于经济法范畴,因此,狭义金融法可认为是经济法的次级部门法。参见何立慧:《金融法原理》,兰州大学出版社2004年版,第7~8页。

担,既是行政法,又是刑事责任法,甚至是民法。因此,经济法部门法的确立标准是其“调整对象”,而不能多元化,既讲调整对象,又讲调整方式,这样的结果便是淹灭了经济法的存在基础。

3. 经济法的调整对象。从理论上讲,经济法的调整对象应当是那些国家权力介入才能良好运行、才能促进社会福利最优或最大化的特定的经济关系后形成的新的社会经济关系。但是,在实践中,由于人的认识能力的限制,使一些本不需国家权力介入的经济关系也受到国家权力干预。但哪一种经济关系需要国家权力介入,哪一些又不需要,这既要求经济学家去研究,也要求法学家去探索。因为法学虽然是用法学的语言在翻译经济规律,但同时法学家又可以通过被翻译的经济规律——法律规范的实践去检验被翻译的所谓经济规律是否正确。因此,作为经济法的调整对象,就应当包括国家经济权力已经介入后形成的新的经济关系和国家权力应当介入后形成的新的经济关系。经济法的发展和经济立法的完善,就是要把这种“应当”介入和“已经”介入的范围一致起来。

4. 经济法作为部门法应当研究的主要内容是:国家权力必须介入才能维持良性运行的特定经济关系后形成的新的经济关系中主体的权利和义务设置。或即这种经济关系中的主体之间如何分配权利和义务,才能够保证该种经济关系中所蕴涵的经济规律能够被正确地反映和遵循。也正是这一内容决定了经济法学者必须首先明确这种关系中的经济规律,然后充分运用自己的法学知识把各种经济关系中的经济规律用法学的语言和方式翻译或表现出来,以使人们通过法律规范的遵守来遵循经济规律。

5. 经济法的概念。基于以上几点,理论上可以把经济法的概念定义为,“经济法,是调整那些必须有国家权力介入才能良性运行,或国家权力已经介入以求经济良性运行的特定社会经济关系后,形成的新的经济关系的法律规范的总称。”但这一概念太抽象了,既不利于理解,又不利于在具体中把握。因此,结合现代社会经济发展的实际,借鉴现代经济学的研究成果,对科学界定经济法