

王保树/主编

商事法
专题研究文库

法律限度

沈敏荣/著



法律出版社
LAW PRESS

王保树/主编

商事法
专题研究文库

商事法

法律限度

沈敏荣/著



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法律限度/沈敏荣著. —北京:法律出版社, 2003.1

(商事法专题研究文库/王保树主编)

ISBN 7-5036-4109-6

I. 法… II. 沈… III. 经济法-研究-中国
IV. D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 004246 号

法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	
开本/A5	印张/8.875 字数/234 千
版本/2003 年 3 月第 1 版	印次/2003 年 3 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939685 63939689	传真/010-63939701
中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	销售热线/010-63939792
网址/www.Chinalaw-book.com	010-63939778
书号:ISBN 7-5036-4109-6/D·3827	定价:16.00 元

饮余马于咸池兮

总馀辔乎扶桑

折若木以拂日兮

聊逍遥以相羊

前望舒使先驱兮

后飞廉使奔属

鸾皇为馀先戒兮

雷师告馀以未具

吾令凤鸟飞腾兮

继之以日夜

——题记

总 序

《商事法专题研究文库》是一套大型系列书,入选书目由中国社会科学院法学研究所商事法研究中心和法律出版社共同确定,主要是商事法的专题研究著作。商事法研究中心虽属于并依托中国社会科学院法学研究所,但它是面向社会、开放的研究机构。因此,入选书目的作者不限于中国社会科学院法学研究所的学者,而是包括所内外的商事法学者,主要是中青年商事法学者。

无疑,书店里陈列的各类丛书已不算少。现在,我们也编写丛书之类的大型文库,很有凑“热闹”之嫌。然而,这只是就形式上而言。如就其实质而言,嫌疑就自然解除了。我本人热衷于两大研究领域,一是经济法,一是商事法。前者,需另作讨论。仅就商事法而论,如荀况在《劝学》中所云:“故不登高山,不知天之高也;不临深溪,不知地之厚也;不闻先生之遗言,不知学问之大也。”当我接触商事法的时候,深感如临浩瀚大海一般。从事对它的研究工作,当然要花“锲而不舍”之功,然而一旦略有收获,就会带来无穷的乐趣。就整个学界的商事法研究状况而言,不难发现有许多可喜之处,但也不容乐观。如何进一步繁荣商事法的研究?我以为应着眼于扎扎实实的基础工作,而不是盲目地追求轰动效应。正是从这一意义上考虑,商事法研究中心已着手做三件事:一是编写《商事法文库》,包括一套系统阐述商事法理论的著作;二是编写《商事法论集》,每年出版一卷,及时发表商事法学者的学术论文;三是编写本专题研究文库,陆续出版商事

法学的专著。无疑,这三件事的目的是一致的,都是为了有效地促进学界对商事法的研究,加强商事法学的学科建设。但是,其具体宗旨又有不同。以编写商事法专题研究文库而论,它主要是为了倡导和推动人们对商事法的专题进行深入、系统的研究,从宏观和微观的结合上精心解决商事法各领域的具体理论问题。没有对专题的认真研究,商事法学不可能有雄厚的基础,它也不可能有活力。当然,专题研究要难于教科书的撰写,它需剖析商事法某一具体领域的历史、现状、不同学术观点的争议,尤其须要有作者对该领域的自己的见解,纵然是一两点也好。然而,困难往往是同需要并存的。因此,解决这些困难的必要性是不言而喻的。

本文库不采用“命题作文”的做法,即不是先拟定选题再分配于作者,而是根据商事法研究的现状和发展趋势,选择含有某一领域相对成熟的研究成果(当然,并不要求已成定论)的著作列入本文库。本文库的选题标准是:(1)应是学术著作;(2)须是对商事法专题进行认真研究的论著;(3)须是符合学术规范的著作。选入本文库的著作不限于仅研究中国商事法,可以是商事法的比较研究著作,也可以是某个国别的商事法的专题研究著作。但不论是上述哪一类著作,都应是对商事法前沿课题和重大课题有深入研究的,都须有利于人们对商事法认识的深化,有利于人们对商事法的进一步思考。需要提及的是,经济法专题研究的著作也将依上述标准选入。但是,这并不意味着经济法属于商事法,它正如商事法不属于经济法一样。并且,选入本文库的经济法专题研究著作也应有利于经济法学的学科建设。一俟条件成熟,再另编《经济法专题研究文库》。

本文库的问世得益于中青年商事法学者的积极参与,编入文库的每一部著作都分别渗透着他们的心血。他们对商事法学的贡献,人们是不会忘记的。本文库的出版更得益于法律出版社的积极支持,当我向该社提出本文库选题的时候,他们立即欣然接受并给予了

积极的合作。该社繁荣学术之举,使我和本文库所有作者都为之感动,谨在此表示诚挚的谢意!我衷心欢迎读者阅读本文库的每一部著作,并恳请学界同仁不吝赐教,提出您的宝贵意见。

万事开头难,但良好的开端就是成功的一半。本文库第一本著作的出版就预示着文库的美好未来,我对本文库的前景充满了信心。

王保树

序 言

法律的发展有其自身成长的思想基础、制度基础、规则基础和概念基础。孟德斯鸠曾言：“一国的法律，应当非常适合于本国的人民，一国的法律竟能适合于别国人民，那是非常稀有的。法律应该与本国的自然状况、人居环境、生产方式相适应，与政治、宗教、习性、财富、人口、贸易、民俗相适应。法律与法律之间要相适应，法律和它们的传统渊源要相适应，和立法者的目的相适应，也要和作为法律基础的社会秩序相适应。总之，应从所有这些方面考察法律的整体性。”现代法律是从西方法律发端的，有的法律制度引入中国之后产生变形、扭曲乃至无效，正是由于缺少这些相应条件。

从法律的成长性认识法律规则的发展是很有意义的，它可以揭示规则的形成及其适用上的限制。法律的发展往往先有思想产生，而后才有相应制度、规则的形成。而学习过程则是由表及里、由浅入深，从现象到概念、规则、制度，再到思想。学习路径与法律发展的自然过程有着本质的差别。法律发展中出现的许多问题都可以从学习过程与法律发展的逆向性找到原因。在我国法制建设中，法律的形成和适用存在着种种的局限性。这是法制现代化过程中的必然现象，需要认识的不断深化，探究法律成长性规律。可以讲，法律有成长性，认识法律也要有成长性过程。

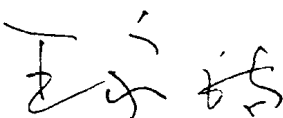
我国法律的发展有其自身的特殊性。不同地域、不同发展水平、不同阶层的巨大差异，需要解决规则如何统一、自由裁量及其限度、市场经济与政府的关系等问题。同时，法律的发展也离不开中国深厚的传统，如何实现基于传统的法律现代化也是需要解决的问题。

2 法律限度

这是一个系统问题,而不是单向、独立的问题。希望一步解决所有问题是不切实际的。这一问题的解决需要不断深化。从法律的成长性来探讨法制发展中的问题,揭示法律自身的发展规律,可以克服认识片面性所带来的不利影响。

由沈敏荣博士著作的《法律限度》这部书,从法律成长性这个角度探讨了我国经济法的发展,揭示出我国现有经济法制中存在的问题、特点,以及加入 WTO 对我国经济法律制度乃至整个法律制度的影响,充分展现了法律研究领域的广度与深度。从部门法来分析法律的演进、从经济法的发展来考察我国法律现代化的规律是十分有益的。法律发展规律的阐明并不单单是法理学的任务,也是任何一个部门法需要解决的基础问题。如果部门法的解释缺乏一个法律的总体理解、没有对法律发展路径的了解,解释工作是难以完成的。现代法律发展最突出特征就是各种主要法律思想的融合和法律理论相互吸收。成文法的发展应避免理解成固定不变的制度、规则,从而忽视法律的成长性。希望敏荣同志再接再厉,大胆探索,取得更多、更好的成果。

(签名)



2001年11月28日

内 容 摘 要

本书探讨影响法律实现的各种因素。随着我国法律体系的健全,如何实现法律及其权利成为法治的关键。法律的实现需要克服一系列制约因素,正是这些因素的欠缺形成了法律与现实的差距。在实践中要避免法律有限度地适用。本书分五章,从五个方面,也就是五个专题来论述影响法律实现的重要因素。

第一章,论述法律实现的基础,即法律的基础地位和独立性的确立。现代社会的基本特征是法治,也就是确立法律在社会生活中的基础地位。没有这一基础,法律在社会中很难实现其应有的作用。而法律的独立性是法律实现的必要条件。

第二章,阐释作为法律实现基本载体的法律解释。正是通过这一环节,文字的法律走向现实,成为现实的法,实现其社会治理的功能。为实现这一功能,法律解释需要将规则的稳定性与社会的变动性、抽象规则与具体现实的多样性高度统一起来。

第三章,是关于制约法律实现的各种重要因素,如成文法的不同阶段对法律的实现有不同的要求,法律思想传统、法律的不确定性、自律规则等对法律的实现也有不同程度地影响。这里面就涉及到法律的概念、规则和思想基础,这是法律实现过程中非常重要的制约因素。

第四章,阐明经济法在法律实现中的重要性。当政府与市场关系在基本法中未能明确的情况下,作为调整政府与市场关系的经济法就显得尤为重要,在各个经济部门中发挥基础性作用。这在竞争法与反垄断法中可以得到很好地说明。

第五章,指出法律的实现,尤其是经济法,离不开国际经济法的适用,特别是WTO规则。在更为开放的条件下,国内法的发展与实现需要将国内法与国际法这两个因素综合起来。

ABSTRACT

The book, *Limits of the Law*, probes into the elements effecting the realization of law. With development of the law system, it becomes a key problem how to realize the law and rights, and how to eliminate a series of factors, which form the gap between the law and reality with a result that the law is not applied entirely. There are five chapters, or five topics in this book to discuss factors that influence the realization of law.

Chapter 1 discusses the foundation of law realization, i.e. establishment of fundamental basis and independence of the law. One basic character of modern society is rule of law, which law occupies a basic place in social life. Otherwise, it is difficult to realize law properly in society. And independence of the law is prerequisite of the law realization.

Chapter 2 is about the interpretation of law, which is the carrier of the realization of law. From this point, literal rules become reality realizing their function of social management, which needs to unify the stableness of rule and mobility of social life, abstract rule and diversity of real practice.

Chapter 3 concerns factors influencing the realization of law, e.g. different stages of statute law have difference requires on law, otherwise, ideology tradition of law, uncertainty of the law, and self-discipline influence realization of the law, which come down to the

basement of concept, rule, and ideology.

Chapter 4 elucidates the importance of economic law in law realization. When the relation between government and market is not clear in basic law, economic law that deals with the government and market is playing important role in economic departments. The example is competition law and antimonopoly law.

Chapter 5 is on international law, especially the WTO rules, which cannot be left in discussing the realization of domestic law, and economic law in particular. In a more opening condition, it is necessary to combine the factors of domestic law and international law together for the development and realization of domestic law.

目 录

第一章 法律的实现与现实的法律	1
第一节 引论:是什么阻碍了法律实现	1
第二节 法律的基础地位:法律强制与道德重建	4
一、法律中的道德因素	6
二、法律强制对道德的影响	10
三、道德危机、法律强制与道德重建	13
第三节 法律的独立性:诚信原则与道德的法律化	18
一、作为道德的诚信原则与道德的法律化	18
二、诚信原则与法律实证主义	22
三、道德的法律化与作为法律原则的诚信原则	24
第四节 进一步发展:从规则到权利	27
第二章 现实的法律:基于功能主义的解释	32
第一节 法律的解释与解释的法律	32
一、法律的解释	32
二、解释的法律:法律解释的基础	41
第二节 法律的规则分析与经济分析	45
一、法律的经济分析	46
二、法律的规则分析	50
三、法律分析方法与法制建设	52
第三节 合同法的解释	54
一、合同的解释	55
二、解释的合同	63

三、统一合同法中的合同解释·····	66
第三章 法律的实现:多因素分析 ·····	70
第一节 成文法发展的阶段性·····	70
一、法律的分歧·····	70
二、成文法的演进·····	73
第二节 法律思想传统的影响·····	82
一、思维方式对法律实现的影响·····	82
二、法律形式与传统思想·····	88
第三节 法律的两重性·····	97
一、法律不确定性研究的意义·····	98
二、法律不确定性的内容·····	102
第四节 法律的自律基础·····	105
一、市场经济与自律规则·····	106
二、市场自律与市场经济的发展·····	109
第四章 政府的限度:经济法的解释 ·····	113
第一节 经济法的定位·····	113
一、经济法的分歧·····	114
二、经济法的解释:公法与私法·····	119
三、经济法的解释:政府与市场·····	121
第二节 反垄断法的性质·····	126
一、反垄断法的不确定性·····	127
二、反垄断法的非规则性·····	130
三、反垄断法的有限性·····	134
四、反垄断法的适用·····	137
第三节 竞争法的适用·····	142
一、国有企业改革中的问题·····	143
二、竞争法的作用·····	147
第五章 开放的限度:国际经济法的适用 ·····	157
第一节 国际经济法规则·····	157

一、国有化的合法性与合理性之争	158
二、国有化的补偿原则及其基础	162
三、解决政治风险的国际性方法	165
四、国际经济法规则的演变	172
第二节 WTO 与国际经济法	174
一、国际经济法的分歧	174
二、国际经济法的分析	176
三、国际经济法法律性之欠缺	178
四、WTO 与国际经济法的发展	183
五、如何参与国际经济法的发展	186
第三节 WTO 与国际贸易法	189
一、贸易自由化与贸易管制法	189
二、贸易自由化与国际法的发展	193
三、贸易的自由化及贸易的公正性	196
四、国际贸易法的发展	198
第四节 WTO 与国际投资法	200
一、国际投资法的编纂	201
二、保护国际投资的国际法	205
三、解决国际投资争议的国际法	206
四、解决国际投资政治风险的国际法	209
五、限制与贸易有关投资措施的国际法	214
六、国际投资法的演进	216
第五节 WTO 对国内经济法的影响	218
一、WTO 基本原则与经济功能	218
二、加入 WTO 对国内经济法的影响	221
三、WTO 对政府与市场关系的影响	224
四、WTO 与国民待遇	230
五、WTO 与经济法的行政解释	236
参考文献	244

4 法律限度

跋.....	258
后记.....	260