

现代法治的理念与运作丛书

顾肖荣 主编

# 经济法的 理念与运作

成 涛 徐澜波 李小年 卢晓亮 单 永 著

290.4

上海人民出版社

现代法治的理念与运作丛书

顾肖荣 主编



郑州大学 \*04010168145U\*

D922.290.4  
C721

# 经济法的 理念与运作

成 涛 徐澜波 李小年 卢晓亮 单 永 著



上海人民出版社

**图书在版编目 (CIP) 数据**

经济法的理念与运作/成涛等著.

—上海: 上海人民出版社, 2005

(现代法治的理念与运作丛书/顾肖荣主编)

ISBN 7-208-05530-0

I. 经... II. 成... III. 经济法—研究—中国

IV. D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 002269 号

责任编辑 曹培雷

封面装帧 甘晓培

· 现代法治的理念与运作丛书 ·

顾肖荣 主编

**经济法的理念与运作**

成涛 徐澜波 李新年 卢晓亮 单永著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 850×1168 1/32 印张 9.5 插页 2 字数 217,000

2005 年 3 月第 1 版 2005 年 3 月第 1 次印刷

ISBN 7-208-05530-0/D·952

定价 19.00 元

## 前言

经济法是一个新兴的法律部门和法学学科。经济法的形成和发展,不仅推动了传统法学学科体系的变革,改变了传统法律部门构成的形态,而且对人类社会经济的发展也产生了空前巨大和深远的影响。

经济法是时代的产物。当历史揭开新的篇章,我们进入了21世纪,迎来了文明高度发达和科技、经济、政治、法律及其他社会各个领域更加迅猛发展变化的新格局,特别是随着我国加入世界贸易组织所导致的全球化和现代化的新的进程,经济法的学科建设和发展也将面临新的问题、挑战和机遇。本书即是顺应新时期我国社会经济的发展变化和构建社会主义市场经济法律体系的迫切需要,旨在继往开来,从一个全新的角度和更为务实的理念对我国经济法所面临的若干重要课题深入展开研究和探讨,并力图提出自己的见解。

正是基于上述想法,我们撰写了这本兼具理论意义和实践意义的《经济法的理念与运作》。与其他一些同类著作相比,本书具有如下特色:

第一,理论与实践相结合,体现了鲜明的时代特色。本书所选的专题皆为切中现代社会经济发展的前沿问题和热点、难点问题。同时在各个专题的撰写过程中所引用的法律法规力求全面准确,及时反映最新的立法变化,并力图清晰地描绘相关法律法规之间的历史传承脉络。

第二,以经济法的理念为纲,经济法的运作为目。经济法的发展离不开经济法理念的支持,只有明确了经济法的理念才能更好研究和解决经济法运作的具体问题。本书伊始就专设一章系统、概括地阐述了经济法的理念,而且在经济法运作的每个专题中都紧扣相关的经济法的具体理念予以阐述,努力将经济法的理念与运作相结合的写作思路贯穿全书始终。

第三,突出学术性,着力进行理论创新。本书既有对现行立法的解释,又有理论分析,以前瞻性的视角揭示社会前沿问题,使本书具有较强的学术性和理论价值。而且,本书也没有仅仅停留在旁征博引的层面,而是在分析、概括前人观点的基础上,进一步提出自己对相关社会热点、难点问题的观点和解决办法,体现了较强的理论独创性。

本书是一部集体创作的著作。作者包括上海社会科学院法学研究所的成涛研究员、徐澜波研究员、李小年副研究员、硕士研究生卢晓亮和上海东方证券有限公司的单永先生。此外,在本书撰写过程中还得到了咎淑珍、罗亮等同志的大力帮助,特在此鸣谢。

当然,由于经济法的内容博大精深,我们的学术水平也毕竟有限,在撰写过程中难免存在错误、疏漏之处,对此,恳请读者能给予批评、指正。

作 者

# 目 录

|                              |    |
|------------------------------|----|
| 前言 .....                     | 1  |
| 第一章 社会主义市场经济与经济法的新理念 .....   | 1  |
| 第一节 经济法理念的含义、特征及功能 / 2       |    |
| 第二节 经济法的价值 / 11              |    |
| 第三节 经济法的一般理念 / 15            |    |
| 第二章 现代反垄断立法的理念与运作 .....      | 33 |
| 第一节 反垄断立法的理论基础 / 34          |    |
| 第二节 国外反垄断立法的沿革与构架 / 41       |    |
| 第三节 我国反垄断立法构想 / 47           |    |
| 第三章 现代消费者权益保护法的理念与运作 .....   | 65 |
| 第一节 现代消费者权益保护法的特点 / 65       |    |
| 第二节 现代消费者权益保护法的理念 / 70       |    |
| 第三节 现代消费者权益保护法的适用与运作 / 74    |    |
| 第四章 现代信托法的理念与运作 .....        | 88 |
| 第一节 现代信托法的理念 / 88            |    |
| 第二节 房地产信托的法律规范 / 94          |    |
| 第三节 REIT 的引进与相关法律制度的完善 / 103 |    |
| 第四节 国有资产信托的方案及其法律规范 / 112    |    |

**第五章 证券市场的构建与做市商法律制度 ..... 121**

- 第一节 证券市场做市商制度的法理念 / 122
- 第二节 美国纳斯达克市场做市商的法律规范与运作 / 125
- 第三节 我国做市商制度的确立与证券市场的重构——兼论《证券法》的修改 / 133
- 第四节 我国做市商法律制度的设想与政策建议 / 139

**第六章 我国外资引进战略与公司并购法律制度 ..... 147**

- 第一节 公司并购在我国引进外资战略中的重要地位 / 148
- 第二节 我国公司并购制度中外资并购的法律规范 / 150
- 第三节 我国公司并购制度中外资并购的法律界定 / 153
- 第四节 完善我国外资并购法律制度的若干建议 / 155

**第七章 深化国有资产管理体制改革与国有资产管理法律制度 ..... 164**

- 第一节 国有资产管理体制改革的理念 / 165
- 第二节 国有资本从一般竞争性行业退出的法律问题 / 170
- 第三节 国有企业公司制改革中的法律问题 / 179

**第八章 我国现代破产立法的理念与运作 ..... 187**

- 第一节 我国企业破产立法的现状 / 187
- 第二节 我国现代破产立法的理念 / 195

|                   |                               |     |
|-------------------|-------------------------------|-----|
| 第三节               | 我国现代破产立法的运作 / 204             |     |
| <b>第九章</b>        | <b>我国物业管理立法的理念与运作</b> .....   | 219 |
| 第一节               | 物业管理立法与建筑物区分所有权的理念 / 220      |     |
| 第二节               | 物业管理法规的调整范围和调整对象 / 223        |     |
| 第三节               | 物业管理关系主体的法律地位 / 227           |     |
| 第四节               | 物业管理的收费制度 / 230               |     |
| <b>第十章</b>        | <b>我国对外贸易法律制度的理念与运作</b> ..... | 237 |
| 第一节               | 我国对外贸易法律制度的新进展 / 237          |     |
| 第二节               | 我国对外贸易法律制度的新理念 / 245          |     |
| 第三节               | 我国对外贸易法律制度的新举措 / 249          |     |
| <b>第十一章</b>       | <b>我国旅游立法的理念和运作</b> .....     | 275 |
| 第一节               | 我国旅游立法的理念 / 275               |     |
| 第二节               | 我国国家旅游法规建设的新进展和新特点 / 280      |     |
| 第三节               | 我国地方旅游法规建设的新进展和新特点 / 282      |     |
| 第四节               | 关于我国旅游法制建设的若干建议 / 287         |     |
| <b>参考书目</b> ..... |                               | 295 |



## 第一章

社会主义市场经济与  
经济法的新理念

市场经济所客观要求的是能够提供充分按照市场供求关系配置生产和经营要素与资源,同时既能够顺应市场需求又能够最大限度地减弱市场化的配置生产和经营要素与资源给市场所回应的盲目性、滞后性的市场环境。我国实行的是社会主义市场经济,也要反映和尊重市场经济环境的内在要求。所以实施市场经济的国家,政府所应努力提供或造就的是,在同一环境中的法律关系主体,同一环境中的经营者,进入市场、进行竞争的机会应均等、条件应相同;同时,要保障市场的公平竞争秩序,通过反对、排除市场垄断行为和不正当竞争行为,保护生产者、经营者和消费者的合法权益,维护市场竞争秩序,为社会成员提供一个良好的市场环境;还要运用法治化的调控手段,促进和保障国民经济均衡发展,使社会总供给和社会总需求之间保持平衡。这样,就在客观上给予国家管理者以主动的、积极的“看得见的手”,对国民经济总体的供求关系进行调节和控制,使社会总供给和社会总需求之间保持平衡的基础。为了使这种基础得到合法的体现,将国家管理者实施干预市场经济的行为纳入法治的轨道,明确界定国家管理者实施干预市场经济的权力和责任,既肯定国家对市场经济的干预之权,又设定相应的行权程序和职责的法律体系规范。经济法正是实现上述经济目标,直接保障市场公正、有效运行,有序、协调发展的法律规范。

## 第一节 经济法理念的含义、特征及功能

据目前考证,“经济法”一词,是1755年法国空想社会主义者摩莱里,在其名著《自然法典》第二部分中,以“分配法或经济法”为题提出了“经济法”的概念。嗣后,1842年法国又一空想社会主义者德萨米,在其名著《公有法典》中,几乎以同样的标题来使用。“经济法”一词,首先由空想社会主义者提出和使用,这绝非偶然。在法国空想家们为社会主义规划的“法制蓝本”里,主张废除私有制,消灭剥削,实行公有制;人人劳动,社会供养;各尽所能,促进社会公益增长。显然,这里的经济法与社会的公共性有着密切的联系。虽然,他们将经济法与分配法相提并论,但它已经蕴含着经济法的社会利益观。到了19世纪末20世纪初,私权得到了淋漓尽致的追捧,垄断代替了自由竞争,金融寡头统治着和支配着国民经济,经济自由秩序、经济民主被破坏了,经济环境已经不能确保经济稳定运行,亚当·斯密所宣扬的“看不见的手”,已经无法解决社会经济运行中产生的种种矛盾和困境,“守夜人”国家与非原本意义上的市民社会已经不相适应了,时代精神和社会要求也从个体本位转向社会本位。此时,代表经济自由秩序、经济民主和社会公益的社会整体利益,则要求国家着眼于社会整体,参与和干预社会经济,维护社会整体利益,作为国家干预经济之法的经济法也就应运而生了。可以说,社会整体利益的要求是经济法产生的基本原因。

经济法,这个新兴的立法形式和法律现象,虽然人们对它的法的学理分类和法律部门的归属等尚有争议,但它曾对人类社会经济的发展的巨大促进作用是不容抹杀的。在我国,经济法的产生和发展只不过仅有二十来年的历史。稚嫩的经济法,在

当今市场经济的大潮中,既要规制市场经济的经济行为,又要调整政府的行政行为,缺乏贯串经济立法、执法、司法之全面的法制运行机制,是难以胜任的。那么,经济法内在之精神,内蕴之主旨,即经济法之理念究竟是什么?这是经济法律制定和实施的首要问题。我国台湾法学家史尚宽先生曾经说过:“依法之理念以指导立法及法之运用。故法之理念,不独为立法原理,而亦为法的解释之指导原理。……立法不依法之理念,则为恶法,窒碍难行。解释法律不依此指导原理,则为死法,无以适应社会之进展。”<sup>①</sup>

### 一、经济法理念的含义

要明确经济法理念的含义,先要搞清什么是理念,什么是法律理念以及经济法概念、经济法观念、经济法目的、经济法理想等与经济法理念相关或相近的若干概念。

“理念(德语: Idee)”是一个外来词,它源自于古希腊文(eidos),意为看见到的东西,即形象。它是客观唯心主义哲学的用语。欧洲哲学史上,柏拉图在其创立的理念论中,排除了“理念”一词原意中的感性色彩,把一般概念称为“理念”。他认为,理念是真正的永恒不变的“离开具体事物而独立存在的精神实体”,具体的物质世界,则是理念世界的“影子”或“摹本”。他把理念划分为等级,认为“善”是最高级的理念,世界就是按照“善”的理念创造出来的。其弟子亚里士多德,虽然继承了柏拉图的理念学说,但是,他反对和批判柏拉图把具体事物看成是理念的“影子”或“摹本”。认为理念世界不是现实世界的基础和根源,理念是不能脱离具体事物而存在的。亚里士多德的理念,似

<sup>①</sup> 史尚宽:《法律之理念与经验主义法学之综合》,载刁荣华主编:《中西法律思想论集》,台湾汉林出版社 1984 年版,第 272 页。

乎是指事物共同的、本质的属性。

在18—19世纪德国古典哲学家康德、黑格尔那里,理念是指理性领域内的概念。康德所谓的理念是指“纯粹理性的概念”,即:“自悟性概念所成而超越经验可能性”之概念。意为理念是从知性走来而又超越经验,并由理性产生的一种理想概念。如上帝、灵魂、自由、平等等。它们是理性所追求的最高、最完整、最美好但也是最不能实现的“物自体”(自在之物),或是可望而不可及的彼岸世界。黑格尔批判地继承了康德这一“理念”的思想。他不同意康德把理念看作是“不受条件限制者的概念”。他认为,作为“理性的具体概念”的理念,乃是“无条件者与有条件者的结合”,因而它是“客观真理性的东西或适合的概念”,是“现实性”,是“自在自为的真理,是概念和客观性的绝对统一”。

综上所述,虽然在西方哲学中,对“理念”一词的见解众说纷纭,至今尚无统一、明确的定义,但是在各自的理念论中(如柏拉图的“一般概念”、康德的“先验的理念”、黑格尔的“自在自为真理”)却不乏其共性。就一般意义上说,他们普遍把理念归结为思维中对某一对象的、一种理想的、精神性的普遍范型。从这个意义上讲,“理念就是真理;因为真理即是客观性与概念相符合”的最基本的、最普遍的精神性范型。正因为如此,哲学家们也把“理念”引入了法律领域。

最早赋予“理念”法律内涵的是康德。康德在《纯粹理性批判》一书的“泛论理念”一节中,专门论述了“理念”对“制定宪法和法律”的作用。他说,理念“不仅在初次制定宪法时且在一切法律中皆必奉为根本原理者也。盖在制定宪法及法律之始,吾人必须将现实存在之一切障碍置之不顾,盖此等障碍并非不可避免自人类之本性发生,乃起于一种极可矫正之原因,即制定法律时忽视此等纯粹理念故耳。”“理念欲使人类之法律制度日近

于最大可能的完成,乃提此极限为其范型耳。”康德虽然论及了理念对宪法和法律制定的重要作用,但他却没有提出“法律理念”的概念。把“法律理念”作为一个专门术语的则是黑格尔。黑格尔在《法哲学原理》一书中指出:“法的理念,即法的概念及其现实化。”“法的理念是自由。”在这里,黑格尔不仅提出了“法律理念”<sup>①</sup>一词,而且给其下了一个简短的定义,为后人们的研究提供了一个坚实的基础和条件。

我国台湾法学家史尚宽先生在《法律之理念与经验主义法学之综合》一文中,对法律理念是这样认为的:“法律制定及运用之最高原理,谓之法律理念。”我国学者李双元教授等人,通过对法律理念的各种认识、看法及定义的研究和分析后指出:“法律理念就是对法律的本质及其发展规律的一种宏观的整体的理性认知、把握和建构,是一种理智的思想,是一种方法,是一种态度,是认识论、方法论和本体论有机结合的产物。”<sup>②</sup>显然,法律理念是法律理性认识上的权威,是人们对法律本质及其发展规律在理性上的根本把握。

“法律理念”作为法本质及其发展规律的一种理性认识,在不同的法律和法律实践中,它的表现是不同的和具体的。经济法理念与宪法理念、刑法理念、民法理念等是不一样的。如果循着学者们研究法律理念概念的认识论、方法论思路,可以给经济法理念下这样一个定义:所谓经济法理念,是指在特定社会中的人们,对经济法本质及其发展规律,在宏观上和整体上的一种理

① 参见《中国大百科全书·哲学卷》(上),中国大百科全书出版社1987年版,第465页。

② 史尚宽:《法律之理念与经验主义法学之综合》,载刁荣华主编:《中西法律思想论集》,台湾汉林出版社1984年版,第272页。参见李双元教授等著:《中国法律理念的现代化》,《法学研究》第18卷第3期,第47页。

性把握和构建,是经济法理性的最高表现形态,也是经济法律制定和实施的最高原则。

经济法理念作为理性认识的最高形态,已经摆脱了对现实法律制度自发的、直观的心理体验和认识的局限性,它不仅高于法律表象,而且高于法律意识、法律观念,与经济法领域中的其他概念不同。这里借用史尚宽先生对法律理念与法律概念、目的、观念等区分方法,简单分析经济法理念与诸相关概念的区别。首先,经济法理念与经济法概念不同。经济法概念主要是在阐明经济法是什么或者什么是经济法,回答的问题是经济法“为何者”;经济法理念则是阐明经济法应该是什么或者不应该是什麼,回答的问题是经济法“应如何”。其次,经济法理念与经济法观念不同。经济法观念是关于人们对经济法现象及本质的一种感觉或经验状态,具有感性性;经济法理念则“为理性之原理”。再次,经济法理念与经济法目的不同。经济法目的,是指经济法调整特定社会关系所要达到的效果或结果,如公正、公平等;经济法理念,则是对经济法目的的实现及手段的运用加以指导的原则。再其次,经济法理念与经济法思想不同。经济法思想,可以说是经济法本质及发展规律的一种“后思”,属于思维活动的产物、普遍概念,是事情的价值,亦即本质、内在实质、真理。思想虽然是思维的产物,但与作为理性最高表现形式的理念相比,其在程度上较低。我国在对“思想”一词的解释上,也有与“观念”同。但如上所述,两者是不同的。最后,经济法理念与经济法理想也不同。经济法理想,是关于经济法理性思维中最高形态的现实状态。在黑格尔看来,理想和理念同样都是客观真理、现实性的东西,不过有一定的区别,理念是侧重于从概念方面考察,而理想则是侧重于从存在方面考察的,故两者不同。

## 二、经济法理念的特征

经济法理念与经济法不同,它有自己的特征。通过对经济法理念特征的探索和分析,有助于我们进一步理解和把握经济法理念的含义。

(一)经济法理念具有理性性。经济法理念具有理性性,是不言而喻的。因为,经济法理念就是理性的产物。康德的理念虽然是可望而不可及的彼岸世界,但康德诚然使人知道重新尊重理念,他确证理念是属于理性的,并竭力把理念与抽象的知性范畴或单纯感觉的表象区别开。理念是属于理性范畴的。那么,何为理性?从认识论角度讲,它是“认识万物本质和发展法则亦即认识真理的逻辑思维的高级形式;以及个体意识或主观精神发展中的高级形式。”<sup>①</sup> 经济法理念的理性,也就是认识经济法本质和发展的法则。它的重要表现之一,就是它的无条件、普遍性形成了经济法的最高原则。理性是高于感性的,是建立在现实的意识上的普遍概念,即“自然的各种法则和正义与善的内容。”它作为普遍的概念“不是呈现在表面上的各种形态和偶然性,而是自然的永恒和谐,即自然界的内在规律和本质”。<sup>②</sup> 理性的这种事物的内在规律,在经济法理念理性上也不例外。经济法理念理性所表现和反映的,也不是经济法的个别或偶然,而是经济法事物的内在规律和本质。也正因为如此,经济法理念才得以成为经济立法和经济法实施的最高指导原则。经济法理念的理性表现,还在于它是经济法的灵魂,贯穿于经济法执法、司法和守法的始终。它是构成经济法内在的、固有的、深邃的本质。同时应看到,经济法理念理性,也并非神秘莫测,只要在经

①② 参见张世英主编:《黑格尔辞典》,吉林人民出版社1991年版,第640页、第639页。

济法立法中把握了社会公平、社会利益,也就是对经济法理念理性有了认识。再者,当经济法主体认识到经济法律的遵守是无条件的,而且是一种普遍的有效东西时,它就得到了对经济法理念理性东西的认识。

(二)经济法理念具有客观性。虽然经济法理念是理性的产物,但它仍然具有一定的客观性。辩证唯物主义告诉我们,世界的本源是物质的,物质是第一性的,精神是第二性的;社会存在决定社会意识。因此,从根本上说,经济法理念是客观经济关系在法律上的反映,它是第二性的,由社会存在所决定的。如果经济法理念离开了客观经济关系,它的理性认识就成了无源之水、无本之木,成了纯粹主观自生的东西了。如前所述,经济法理念是主观概念与客观现实的统一,是真理。真理是标志主观同客观相符合的哲学范畴,是人们对客观事物及其规律的正确反映。凡是真理都是客观的。在思维与存在的关系中,尽管经济法理念属思维一方,但它却是对存在的正确反映,而且,它所反映的存在,是经济法现实中有价值、有意义的存在。

(三)经济法理念具有辩证发展性。发展是事物由小到大、由低到高、由旧质到新质的运动变化过程。而对于这一变化过程,历来存在着两种截然不同的观点:一是形而上学的发展观,二是辩证法的发展观。前者是以孤立的、静止的观点看问题,不承认事物内部的矛盾性,是一种片面的、局限的、抽象的、错误的发展观。后者则以联系的、发展的观点看问题,并承认事物内部的矛盾性,承认事物内部矛盾是一切事物运动、变化、发展的泉源。它不仅看到了事物的存在,而且看到了事物的产生和消灭;看到了事物的量变和质变,这是一种科学的、全面的发展观。

经济法理念的发展观属后者,即辩证的发展观。经济法理念与经济法一样,都是社会经济实践和法律实践发展到一定历



史阶段的产物。社会是不断发展变化的,任何社会的经济和法律都不会是僵化的、一成不变的,那么,经济法理念也就不会永远停留在一个水平上,而是一个不断发展变化的过程。但我们不能忽视,经济法理念的形成和变迁,是深深植根于特定的社会历史条件之中的。简言之,只有适宜的土壤,适合的条件,经济法理念也才会变迁。犹如经济法理念从无到有、从低级形态到高级形态的发展变化一样,必须具有一定的历史条件,才会由不全面、不完善不断向全面和完善发展。否则,将会产生经济法理念的变异。

### 三、经济法理念的功能

认识的辩证运动,是从实践到认识,再从认识到实践。经济法理念作为一种理性认识的形态,来源于经济法律实践,必然又作用于经济法律实践,即指导经济法的制定和实施。具体来说,经济法理念有以下几方面的功能:

(一)经济法理念对经济法律制定具有科学的预测功能,使经济法律制定既符合现实社会经济实际,又具有立法超前性。法律是社会实践经验的总结。经济法也是来源于经济发展的实践,随着经济的发展变化而不断发展和完善。而经济法的发展和完善离不开经济法理念。经济法理念站在经济法整体的角度和发展的高度,对现行的经济法律或者是即将制定的法律,进行认识和分析,并根据经济发展的实际情况来预测和把握经济法的发展方向。一方面,对现行的经济法律制度,作出是否适应经济发展实践需要的评价,然后形成立、改、废的决策,从而使经济法得以补充、发展和完善。另一方面,指导立法者从总结的经济实践经验中抽象出对未来具有指导意义的东西,并反映到经济立法上,使经济立法既肯定现实,又或多或少地对现实作出创造性的规定,以便从经济法上把握现实的未来。