

第5卷

经济法论丛

ECONOMIC LAW

REVIEW VOL. 5

徐杰 / 主编

本卷要目

经济法基础理论

【吴 弘】

市场监管法的基本理论问题

【卢炯星 丁 洁】

经济法中市场监管法若干理论研究

公司企业法律制度

【徐晓松】

中国公司治理的特殊性与公司法改革的思路

【刘俊海】

新公司法确立利害关系董事表决权排除制度的探讨

竞争法律制度

【王晓晔】

反垄断法的国际统一前景

【徐士英 邱加化】

论竞争法在知识产权领域的适用

金融法律制度

【朱少平】

关于当前我国资本市场立法问题

【李曙光】

中国金融业监管模式与金融风险控制

【李东方】

证券信息监管法律制度研究



法律出版社
LAW PRESS CHINA

D922.29-53

1

:5

第5卷

经济法论丛

ECONOMIC LAW
REVIEW VOL. 5
■ 徐杰 / 主编

SC078/902



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

经济法论丛.第5卷/徐杰主编.—北京:法律出版社,2005.4

ISBN 7-5036-5436-8

I.经… II.徐… III.经济法—中国—文集
IV.D922.290.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 020002 号

法律出版社·中国

责任编辑/陈 怡 卞学琪

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/12.75 字数/326 千

版本/2005 年 4 月第 1 版

印次/2005 年 4 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

销售热线/010-63939792/9779

传真/010-63939777

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-5436-8/D·5153 定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

《经济法论丛》(以下简称《论丛》)由中国政法大学经济法研究中心组织撰稿,由我负责主编,本书是《论丛》的第五卷。

经济法是一个新兴的、独立的法律部门。社会经济生活进一步发展和法制进一步健全对经济法的需求,决定了经济法富有旺盛的生命力和灿烂的未来。在我国建设社会主义市场经济体制的过程中,经济法已经发挥了更为重要的积极作用。我国对经济法的系统研究已历经了 20 年。从事经济法学理论研究和实际工作者,以满腔的热情和高度的责任心,从人民、社会和国家的整体利益出发,勇敢地面对种种挑战和困难,潜心于经济法的理论研究,取得了可喜的成绩,研究成果丰硕,为我国的经济法制建设做出了贡献,经济法学也因此走向繁荣。不过,我们还应当看到,尽管经济法作为国家实现经济管理职能的重要法律手段之一,自建国时就已存在;但是由于历史的原因,我国对经济法进行系统的研究起步较晚,始于国家实行改革开放之时。在经济法基础理论方面,还有一些问题没有很好解决;在经济法具体制度方面的研究,还不能满足社会经济发展和经济法制建设的需要。因此,在经济法学中,有众多学术领域有待开拓,有许多重大理论问题和实务问题尚需深入研究。

可以预言,随着社会经济的发展,经济法在社会经济生活中的作用将日益重要。经济法制的健全和完善需要活跃的学术研究和有价值的学术成果作为理论准备。本《论丛》的出版,就是要为经济法学研究提供一个展示学术成果、展开百家争鸣的园地。《论丛》的宗旨是:立足于我国改革开放与建立社会主义市场经济体制对经济法制的需要,比较研究和借鉴其他国家和地区的经济立法,深入研究经济

法基础理论和部门经济法的具体制度,推动我国经济法学教学和研究工作向更高层次发展,并为我国经济法的立法和实务做出贡献。

根据收集到的论文,《论丛》第五卷分为以下几个学术栏目:经济法基础理论;公司企业法律制度;竞争法律制度;金融法律制度。上述栏目并不是我国关于经济法调整范围及经济法体系的观点,我们将根据每次收集到论文主题来变动栏目的设置。

我们衷心希望《经济法论丛》成为繁荣经济法学理论研究、推动经济法进一步健全和完善的学术阵地。

徐 杰

2004 年 11 月

目 录

经济法基础理论

- (1) 市场监管法的基本理论问题 吴 弘
 (26) 经济法中市场监管法若干理论研究 ... 卢炯星 丁 洁
 (54) 论经济法的基本原则 孙 晋 王薇丹

公司企业法律制度

- (70) 中国公司治理的特殊性与公司法改革的思路 ... 徐晓松
 (96) 新公司法确立利害关系董事表决权排除制度的
 探讨 刘俊海
 (108) 关于“郑百文重组”的法律与经济分析 李 康
 (145) 论股权出资 宁晨新
 (158) 论企业信用法律规制系统的构建 刘 瑛

竞争法律制度

- (188) 反垄断法的国际统一前景 王晓晔
 (228) 论竞争法在知识产权领域的适用 徐士英 邱加化

金融法律制度

- (259) 关于当前我国资本市场立法问题 朱少平
 (275) 中国金融业监管模式与金融风险控制 李曙光

(292)	证券信息监管法律制度研究	李东方
(318)	金融衍生品市场系统风险监管法律问题研究 ...	葛 敏
(356)	证券市场信息披露制度法律问题研究	李 伟
(371)	上市公司信息披露审计监管及其制衡机制 探讨	张宇润

经济法基础理论

市场监管法的基本理论问题

吴 弘*

市场监管法是调整在市场运行过程中监管主体对市场活动主体及其行为进行制约所产生的经济关系的法律规范的总称,是现代经济法的重要组成部分。市场监管法是有关监管的指导思想、原则、制度、规则、措施的综合,是被监管对象在市场活动中的行为、权利、义务、责任的依据,也是监管者监管活动的范围、程度、途径、方式、手段、程序和受监督的通则,还是对被监管对象违法进行制裁、对监管者不当监管进行补救的准绳。市场监管法是市场参与者规范经营、规范投资的准则,也是市场监管者依法监管、有效监管的基础。它对于保障市场安全与秩序,维护市场主体合法权益,促进市场发展具有不可替代的重要作用。

一、市场监管法的价值

市场监管是指市场监管主体对市场活动主体及其行为进行限制、约束等直接干预活动的总和。监管,通常含有监督和管理的内容,但并不是监督与管理二词内涵的简单叠加,监管有其特定涵义。国外有人认为“监管是国家凭借政治权力对经济个体自由决策所实

* 华东政法学院法学教授、博士生导师。

施的强制性限制”,国内学者则表述为“监管就是由监管者为实现监管目标而利用各种监管手段对被监管者所采取的一种有意识的和主动的干预和控制活动”。^① 监管既不涵盖经济监督的全部内容,也不涵盖经济管理的全部内容,监管是现代管理中的一个独立的从属概念。值得一提的是这里讲的监管与管制是有区别的,英语“Regulation”一词常被译成规制、管制和监管,有人也将管制与监管并用,但管制原意是指有系统地进行管理和节制,并含有规则、法律和命令的基本含义,通常理解为政府对经济活动的管理和限制,^② 要比监管的范围大。我们认为监管只是管制的一种,监管是从维护安全,降低风险角度进行的管制。

(一)市场失灵与市场监管

现代经济社会,实际上并不存在纯粹的市场经济,因为存在着市场失灵或市场缺陷的现象,仅仅依靠自由市场机制达不到资源最优配置的目标,所以,作为社会公共利益代表的政府,在不同程度上对市场运作进行着干预。^③ 市场监管是政府干预的重要手段。

信息偏在是市场中的一大顽症。完全的市场要求市场主体拥有充分的信息,以做出正确的经营、消费或投资决策,但事实上这些决策都是在并不全面掌握信息甚至是在错误信息的基础上做出的。这是因为市场中始终存在着信息不对称,少数人拥有大多数信息,利用信息为己牟利,或滥用信息、进行欺诈,任其泛滥将危及市场安全;大多数人缺乏有用信息,市场行为处于盲目状态而导致损失,久而久之将使市场主体失去信心而退出市场。市场自身无力克服信息不对称的现象,需要政府通过行政的力量进行干预,这就要求政府通过市场监管,即对市场主体的信息收集、发布、传播、利用等行为进行控制和

① 赵锡军:《论证券监管》,中国人民大学出版社2000年版,第1~2页。

② 梁小民:《微观经济学》,中国社会科学出版社1996年版,第541页。

③ 贝多广:《证券经济理论》,上海人民出版社1995年版,第144页。

约束,努力实现信息公开披露和公平利用。市场监管把解决信息偏在问题放在极其重要的地位,以确保市场有序运行。

垄断是反竞争的市场缺陷。完全竞争的市场要求在市场中有众多的交易者,使任何个别的交易者都无法左右价格与市场。但如果对市场进入设置障碍,特定市场中只有一个或极少数交易者把持,市场就会形成一定的垄断;而垄断者必然会排斥竞争、任意左右市场以维护其垄断利益。所以,垄断在损害消费者利益的同时,也加大了市场风险,破坏了市场的安全稳定,阻碍了市场的发展。政府既要保护消费者利益、维护市场秩序为目的制止垄断,又要从市场稳定和安全角度出发,对市场准入、市场主体不竞争的经营行为进行监管,防止垄断的形成。

外在性是市场的又一缺陷。当个别主体的市场行为已直接影响了其他主体的市场行为,而这种扩散的影响又并未反映在市场价格中时,就产生了外在性或称外部效应问题。例如个别企业只注重自身成本与收益而不顾甚至破坏了周边环境,这就与社会成本收益不对称,影响市场体系的正常运行。这也要求政府通过市场监管促使市场主体行为理性化,并抑制具有破坏性的传染效应。

此外,“搭便车”和宏观失控现象也被认为属于市场缺陷的范畴,也有进行监管的必要。但在通过监管解决市场失灵问题时,也要防止监管过度,产生监管失灵或政府失灵问题。总之,只要有市场失灵现象的存在,就要求有市场监管;只要监管是合理的与适度的,就是必要的。

(二) 市场风险与市场监管

所谓风险就是由市场的不确定性引起的产生经济损失的可能性,不确定性就意味着市场主体的活动可能盈利,可能保本,也可能产生损失。市场经济是风险经济,市场风险是客观存在的,不同的市场只有风险大小的区别。

市场风险既有纯市场性风险,也有体制性风险。前者纯粹由市

场运行中的不确定性造成的正常风险或系统性风险,即使是成熟市场和规范经营也难以避免,如行情波动、利率和汇率变动风险等;后者属于机制性风险,是由于市场机制不完善或有缺陷,规范不严、监管不力、主体不成熟导致不确定空间增大而产生的风险,如社会信用降低、违法犯罪增多、政策多变、法规不全、管理不当等导致的风险。^①

市场风险既有宏观风险,也有微观风险。宏观层面的风险往往由调控偏差或制度缺陷所造成,如一些发展中国家的调控当局因调控目标、时机、手段、方式等选择不当,引起经济不稳定、政局动荡、外国投资者信心受挫;微观层面的风险一般是企业个体行为所导致,如经营管理不善、违规交易、盲目投资,导致其资产质量下降或资产流失。

市场风险既有静态风险也有动态风险。静态风险是指只有损失机会没有获利可能的纯粹风险,因自然灾害、意外事故所产生,其发生与损失大致可预测,虽难回避,但风险可通过保险等方式转移或分担;动态风险则是指损失机会与获利可能并存的投机风险,因行情波动或经济环境变化而产生,较难把握与控制,但仍可通过认识与预测而采取谨慎措施回避、限制其损失的发生或扩大。

市场风险既有内源性风险也有外源性风险。内源性风险是来自一定市场内部的风险,如因来自国内的制度欠缺、来自行业内的信用状况不佳、来自企业内的治理结构问题和内控机制缺位,都是风险的来源。外源性风险则是来自一定市场的外部,特别是市场全球化所带来的风险,如国际市场行情变动的波及、国际经济危机的冲击、国际欺诈或投机活动的威胁、国际收支不平衡的影响等。

市场风险具有扩张性的特征。现代市场交易手段技术化,信息传播数字化,市场参与者众多,使交易频率加速、交易关系复杂、市场影响增大,也使市场风险扩散。一旦一个市场出现问题,就会影响整

① 曹建明等:《金融安全与法制建设》,法律出版社1999年版,第64~66页。

个市场体系运转不畅,诱发市场危机乃至经济危机,进而破坏社会安定和政局稳定。所以,市场风险直接关系到经济安全 and 国家安全。

但市场风险也有可控性的特征。市场运行都有一定规律,市场风险的发生也有一定的周期性,在一定的程度上具有可预测性,其发生也总有一定先兆可寻。随着人们对风险认识的提高,防范风险经验和能力的积累,市场风险是可以抵御和控制的。市场主体可以采取增强抵御风险的能力,并将风险控制在一定的范围和区间内。

有效的监管是防范和控制风险的最重要手段。市场监管通过风险预警机制,以信息、指标、分析等及时反映风险的预兆、源头、险情和变动趋势,为人们识别和抑制风险提供基础。市场监管又通过跟踪监测,动态反映市场运行态势和风险出现的可能,统计风险的程度与频率,评估风险的走势与损失,为人们把握和化解风险提供便利。市场监管还通过分析风险原因和要素,构筑防范体系与组织,健全法规与政策,构建监管机构与工作机制,有效地防范和控制了市场风险。

(三) 市场安全与市场监管

安全稳定是市场机制发挥正常功能的基础,也是市场正常运行的基础。市场只有安全稳定,才能发展,才能发挥其固有的配置资源的作用。市场安全也是市场主体利益实现的保障,还是市场发展的前提。

现代经济中专业分工精细,而各市场间关系紧密,任何一个市场不安全、不稳定,都会引起其他市场以至于整个市场体系的连锁反应。市场风险的影响,可能只涉及个体,也可能涉及一个行业、一类市场或整个市场体系,乃至形成跨国的、区域性的风险。市场风险发展到一定程度,就会引发市场危机甚至经济危机,造成市场瘫痪。因此防范市场风险,把风险的危害控制在最低限度,就成了各国政府十分关注的重大问题,而直接的措施就是依法监管市场。

市场监管所追求的安全不是市场主体中个体或群体的安全,而

是市场与经济社会的整体安全。市场监管的根本目标和基本任务就是控制市场风险、保障市场安全。根据各类市场特点及其现实或潜在风险的特性,通过监管,来抵御、防范、降低风险的危害,维护市场稳定、健康、高效运行,保护经营者、投资人和社会公众的合法利益。

通过对市场运行中风险的严密监视和适时管制,避免风险、降低危害,实现保障市场安全稳定的目的。市场监管通过具体的风险管理实现市场安全,如监管虽然不能避免市场参与者的倒闭,但应尽可能减少和降低倒闭的出现,并在个别机构倒闭出现后将风险隔离在其本身,防止其对市场产生负面影响。

强调市场安全并不是停止市场发展,而是要在确保安全的前提下加快发展。我国市场尚不成熟,在其发育发展过程中经常会出现违法现象,有时使人产生形势严峻的感觉,有必要加强监管、提高人们的风险意识、保障市场安全的要求。但是绝对不可因噎废食,因为需要安全而对加快市场发展有所顾忌,不可因为监管过于严厉而阻碍市场正常运行发展。

(四)市场监管法是市场发展的内在需要

随着经济不断市场化和专业化,以及经济活动的平稳、持续发展的要求,市场监管逐渐为人们所注意和重视。市场监管的监管者对市场行为实施积极而有效的制约,保证了市场运行不偏离固有的价值目标要求。这种积极的、灵敏的、主动与被动结合的、事先预防与事后处理相统一的监管,愈来愈体现出其优越性,市场监管已成为现代国家的首要经济管理职能。^①为了使监管有序进行,使监管遵循市场规律,市场监管实践提出了对市场监管法律规范的要求,市场监管法应运而生。

市场监管法确定了有权实施监管的机关、机构、团体的法律地位。行使市场监管的政府机关,是一国政府体制的重要组成部分,包

^① 顾功耘:《经济法》,高等教育出版社2000年版,第129页。

括综合性监管机关(如审计机关)和各具体市场的专门监管机关(如金融监管机关),其监管权由国家立法直接授予。政府机关附属的一些机构(事业单位性质),也因政府机关依法授权而有权监管市场(如中国证监会),在国外这类机构与政府机关一样被称为公共机构。非官方的社会团体(多为同业公会)和民间机构(如交易所),也承担着辅助政府对市场监管的职责,并且是一线监管;这类团体、机构的监管权来源于其成员的共同约定或普通认可,实施监管也是其履行法定的自律义务的体现。

市场监管法制约着市场参与者的市场行为。市场参与者主要分为三类:一类是提供交易产品或服务的经营者(各类企业及其分支机构、个体经营者及农户等);一类是产品或服务的接受者(购买人、存款人、投保人等);另一类是各类市场的投资、融资人(包括机构与个人);市场监管主要针对经营者与投资、融资人。市场行为是市场主体为满足自身需要,在市场中进行的各种活动,包括经营、消费、融资、投资、交易、中介等行为,每一主体的行为都不能损害他人利益与市场安全。

市场监管法规定了对市场运行全过程监管的方法,包括:市场行为发生前的事先制约(如入市资格)、市场行为发生时的同步制约(如实时监控、及时制止违法行为)、市场行为发生后的事后制约(如定期或不定期的检查、经营财务资料的分析、违法行为的处罚等)。

市场监管法的目标是控制市场风险、保障市场安全,即根据各类市场特点及其现实或潜在风险的特性,通过监管来抵御、防范、降低风险的危害,维护市场稳定、健康、高效运行,保护经营者、投资人和社会公众的合法利益。市场监管是对整个市场体系的监管,每一具体市场都需要监管,并不仅仅局限于金融监管等少数市场的监管,但各个市场会因市场风险度不同等而监管强度有所不同。现代市场监管既需要域内监管,也需要国际监管合作。

市场监管法是市场改革开放和发展的内在需要。在经济全球化、网络化的今天,市场面临的机遇和风险也日益增大;经济发展要

求市场体系更完善、市场效率更高,这一切都要求加强市场监管的广度、细微度和有效性。一些市场发达国家和地区,纷纷完善监管体系和制度,如美国联邦储备理事会主席格林斯潘本人跟踪、监控的数据就多达 14,000 多种。^① 中国这样一个尚处在市场经济发展初期的发展中国家,在极度缺乏市场意识的经济土壤上培育各类市场,更需要国家的理性监管,在市场监管的过程中促进市场体系的完善、市场效率的提高和市场的开放与发展。

市场监管法保护着市场主体的合法权益。市场参与者均各自追求着自己的利益,但市场稳定运行、健康发展是所有市场参与者的共同利益,市场安全是各类市场主体生存发展的前提,所以全体市场参与者决不会允许个别主体以非法行为引发或扩散市场风险,危害他人利益。市场监管也正是顺应全体市场主体的一致要求而进行的。不能因为市场监管主要运用限制、约束手段,就认为是阻碍市场运行。市场监管所制约的是非法主体和非法行为,所保护的是合法主体、合法行为。正是通过市场监管,创建了规范经营、规范投资的环境,保障了市场安全,才能使市场主体实现自己的利益,也才能调动起人们经营、投资和消费的积极性,以至于吸引更多的人参与市场,使市场得到发展。

二、市场监管法的理论基础

(一)监管经济学理论

监管自出现以来,理论争鸣不断,或支持或反对。现代监管经济学理论沿着两条脉络发展,一种是将重点放置于监管的动态均衡过程,分析各利益集团如何相互作用形成均衡的监管体系;另一种理论是现代政府干预理论在监管领域的体现,重点寻求监管的经济学依

^① 曹建明等:《金融安全与法制建设》,法律出版社 1999 年版,第 97 页。

据与手段。

1. 公共选择理论

所谓公共选择实际上是指非市场的集体选择,即政府的选择。该学派认为用政府干预来解决经济问题的这种设想,只有在其他一切手段都证明无效后,才是可以考虑的,只有当事实证明市场比官僚主义解决方法所付的代价更大时,才可以不得已而为之,采用官僚主义的解决方法。

斯蒂格勒的供求论。芝加哥学派的代表斯蒂格勒认为,国家拥有依法征税等绝对权威,企业处于相对被动地位,但企业完全可以能动地利用国家的权力,为自己谋利。监管正是一种可以被利用的国家权力。企业当然可以通过经济手段(比如结成卡特尔)达到相近的效果或利益,但这些手段有垄断之嫌;有悖于反垄断法而进行一定的政治投资,换取有利于自己的监管等政治恩惠则极为可靠。斯蒂格勒把政治意志的决定看作政治产品的生产过程,在政治产品市场上,政治恩惠的供给者是政党,需求者是产业界。他认为,政治意志的决定过程具有强制性,与经济市场上的意志决定过程完全不同。后者通过直接利害关系人连续的经济投入,使供求围绕价格上下波动,产生均衡价格与均衡数量;政治过程则由多数人同时决定,并关系到所有人的利益而不仅仅是直接的利害关系人。通常,政治过程由政党代为执行。政党作为权力的专职代表,在了解、掌握选民政治要求的基础上,向选民提供服务,其中包括政治恩惠,这就形成了政治恩惠的供给。作为代价,政党则要求获得选票和政治资金。即政党在政治产品市场上不断向选民提供高质量的服务,笼络选民,以获得选票和资金;而产业界为了获得合意的政治恩惠向政党支付一定的价格——提供选票和资金,最终在某一个水平上达成政治市场的均衡。这就有了某种程度的管制。

由此可见,斯蒂格勒继承了利益集团理论或生产者保护说的观点,认为管制是政治市场的产物,是政党获得选票与资金的相应回报,是现存产业界实现自身利益的工具。正如斯蒂格勒所言:“管制

通常是产业自己争取来的,管制的设计和实施主要是为了受管制的产业利益服务的。”然而斯蒂格勒仍然承认政府在经济体制中具有不可替代的作用:政府拥有一种特殊的资源强制权,国家往往通过行政的而不是经济的措施去干预经济,有时效率更高。

佩尔兹曼的价格决定模型。佩尔兹曼假定,管制的过程就是干预市场、调整各利益集团关系的过程,是管制当局追求政治支持最大化的过程。以价格管制为例,它是管制者通过在消费者和生产者之间对消费者剩余和生产者剩余实行不同组合,达到政治支持的最大化。

波斯曼的卡特尔论。在佩尔兹曼设计价格决定模型的同时,波斯曼也在斯蒂格勒理论基础上有所发展。波斯纳认为可套用卡特尔理论解释管制行为,譬如,管制也存在获取费用和维持费用问题,这与防止“搭便车”的卡特尔维持费用类似,可援引卡特尔的费用分析论。市场准入管制和最低费用管制等一般性管制手段都会使价格提高到竞争价格水平以上,与卡特尔的价格效果一致,所以也可以沿用卡特尔的利益分析原理。

波斯纳也指出管制与市场卡特尔的不同:对补助金、业务领域限制等管制是卡特尔论无法实现的,卡特尔完全是企业间的互相勾结行为,管制则具有政治行为的特征。因此波斯纳又将卡特尔理论发展到政治空间:当产业各成员势均力敌、难决雌雄时,会联手追求对产业实施保护性管制;管制者(政治家)可以选择不同的管制方式,对各成员实施不同的影响;政治制度等政治性因素将影响管制的供给。

弗吉尼亚学派的政府失灵理论。弗吉尼亚学派的布坎南和塔洛克试图通过追求最高利益的经济人行为假设以解释政府和官僚行为,旨在发展在基本方面相似于商业市场个人行为的非市场模式,他们在《一致同意的计算》(1962)中提出了政府失灵的观点,认为政府并不比私人市场做得更好,现行的政治市场运行缺乏效率,政府失灵是普遍现象,而政府失灵的原因是约束政府行为的规则过时或约束乏力。