

经济法 论丛

第3卷

ECONOMIC LAW
REVIEW VOL. 3

■ 徐杰 / 主编

法律出版社

325

经济法论丛

(第3卷)

徐 杰 主编



A1001697

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

经济法论丛. 第3卷/徐杰主编. —北京:法律出版社, 2002. 4

ISBN 7-5036-3696-3

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 010234 号

出版/法律出版社 印刷/中国政法印刷厂 责任印制/陶松	总发行/中国法律图书公司 经销/新华书店 责任校对/何萍
开本/850×1168 1/32 版本/2002年5月第1版	印张/15.75 字数/391千 2002年5月第1次印刷
法律出版社地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037) 电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn 传真/(010)88414115 电话/(010)88414121(总编室) (010)88414135(责任编辑)	
中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037) 传真/(010)88414897 电话/(010)88414899 88414900 (010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部) (010)88414934(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部) (021)62071679(上海公司)	
商务网址/www.chinalaw-book.com	
出版声明/版权所有,侵权必究。 书号:ISBN 7-5036-3696-3/D·3331 定价:30.00元 (如有缺页或倒装,本社负责退换)	

目 录

经济法基础理论

- | | | |
|----|--------------------|---------|
| 1 | 论经济法的立法宗旨 | 徐 杰 |
| 10 | 经济法概念 | 金范仲 |
| 21 | 政府适度干预经济的范围 | 邱 本 |
| 56 | 保险监管制度的经济法色彩 | 程信和 彭 虹 |

竞争法律制度

- | | | |
|-----|----------------------------------|-----|
| 70 | WTO、经济全球化、知识经济与我国反垄断立法关系研究 | 黄 欣 |
| 87 | 试论反垄断法对垄断协议的规制 | 周 昀 |
| 128 | 反垄断法基本实体制度论纲 | 王先林 |
| 178 | 反垄断法基本制度研究 | 王 旻 |
| 202 | 不正当竞争法律责任比较研究 | 邵建东 |

金融财税法律制度

- | | | |
|-----|--------------------------|---------|
| 225 | 中国宏观经济调控立法研究 | 徐孟洲 谢增毅 |
| 268 | 社会保障财政制度研究 | 王全兴 管 斌 |
| 300 | 现代企业无形资产评估法律问题研究 | 李玉香 |
| 337 | 税收担保制度研究 | 熊 伟 |
| 365 | 域名权:法律在现代网络经济中面临挑战 | 张 默 |

政府采购法律制度

- 391 供应商法律问题研究 杨汉平

企业公司法律制度

- 413 WTO 与生存中的中国公司法 熊继宁
- 469 略论国有企业的经营管理权革命和国有企业
法律制度的创新 陈乃新 陈当阳

经济法基础理论

论经济法的立法宗旨

徐 杰*

在经济法理论中,经济法的立法宗旨涉及到如何界定和概括经济法的本质、根本任务及基本原则等重要的经济法理论问题,是经济法基本精神最凝练的表达。对经济法立法宗旨的准确把握,是科学认识经济法的地位、调整对象及其体系的基础和前提。经济法作为典型的“社会本位”法,其产生根植于国家对经济管理和协调的必要性,得益于法哲学、经济学理论的发展。^① 经济法的立法宗旨是追求“社会整体利益”,即站在社会整体的角度,通过法律对社会经济关系的调整,保障经济总量的平衡,优化经济结构,维护竞争秩序,协调社会再分配,将经济个体的行为纳入到社会整体利益的框架中来评价,以使经济自由与秩序、效率与公正、经济民主与集中达到统一。

* 徐杰,中国政法大学教授,博士生导师,中国政法大学经济法研究中心主任。

① 徐杰:《论经济法的产生和发展》,载于徐杰主编《经济法论丛》第1卷第1页,法律出版社2000年3月版。

一、经济法产生和发展历程决定了 经济法的历史使命是追求 “社会整体利益”

从历史的角度考察,经济法是因应生产社会化的客观需要,弥补民法等传统法律部门对社会经济关系调整“不足”而产生的。

以国家是否管理和协调经济运行作为标准,西方市场经济的发展可以分为两个阶段,即以自由放任主义为主要指导思想的阶段和现代市场经济阶段。资本主义自由竞争时代,社会经济的运行靠价值规律进行自发调节,靠周期性的经济危机强制实现平衡,因而各国均主张自由放任,反对国家干预经济。与此相适应,民法成为这一时期调整经济关系的重要法律。19世纪后半叶,随着生产社会化程度进一步加强,社会化大生产在创造巨大的生产力的同时,为社会经济生活带来了一些自身无法解决的矛盾。一方面,随着生产力的进步,生产规模不断扩大,经济个体对经济整体与经济环境的依赖性更强,社会经济日益成为一个有机的整体;另一方面,经济个体在社会化大生产面前又是盲目的,他们不顾及社会整体利益,也不能适应社会宏观经济运行的需要;同时,自由放任导致经济个体为追求个人私利而不择手段相互倾轧,市场这只“看不见的手”对市场机制调节的滞后性和不可回转性,无法协调各种经济利益,保障社会经济秩序的稳定。因此,19世纪末和20世纪初,西方各国纷纷放弃了自由资本主义时期放任自由的“夜警”角色,主动管理社会经济运行,国家的职能随之扩大,以“国家之手”全面管理和协调经济运行。为此,各国也制定了大量管理和协调社会经济运行的法律法规,如1890年美国颁布了《谢尔曼反托拉斯法案》,1986年德国制定了《反不正当竞争法》,1919年德国又颁布了《煤炭经济法》。20世纪前半期,多数资本主义国家经历了第

一次世界大战、1929—1933年世界性的经济危机和第二次世界大战,各资本主义国家开始以“国家之手”对经济生活进行事前的管理和协调,经济法作为新兴的法律部门也蓬勃发展。

我国经济法是我国社会主义法律体系中的一个重要的、独立的法律部门,它随着新中国的诞生、成长而产生和发展。我国是以社会主义公有制为基础的国家,国家重要职能之一就是管理经济,这要求国家对整个社会经济活动进行组织和协调。对于国家管理和协调国民经济运行过程中发生的社会关系,需要有一个从全局出发,以国民经济整体发展和平衡为基础,直接作用于社会生产和再生产活动的法律制度来调整,这种法律制度就是经济法。

建国初期,国家即着手进行社会主义经济法制建设,颁布了大批经济法律法规,为迅速恢复和发展国民经济提供保障。党的十一届三中全会以后,国家工作中心转移到经济建设上来,实行对内改革、对外开放的政策。党的十四大确立了建设社会主义市场经济体制的改革目标。伴随着改革开放的深入,经济法获得了更大的发展,经济法的重要作用日益显现,经济法的理论也进一步走向成熟。我国经济法的发展也分为两个阶段,即计划经济体制阶段和社会主义市场经济体制阶段。在计划经济体制时期,经济的运行以计划作为资源配置的主要手段,而在社会主义市场经济时期则以市场机制作为资源配置的重要手段。市场机制固有的缺陷决定了国家应当担负起管理社会经济的职能。同时,经济法应当以追求社会整体利益作为最高目标,即从社会整体利益的角度主动管理和协调好经济运行,保障国民经济健康发展,促进全社会的共同进步。

从中国和西方国家经济法的产生和发展可以看出,经济法的历史就是国家有意识地管理和协调经济运行,追求社会整体利益,

并兼顾公平、正义、自由和秩序的历史。^①

二、经济法的法哲学基础表明 经济法的立法宗旨是追求 社会整体利益

在人类历史上,自然法一直扮演着重要的角色。就一般意义上说,它指整个人类所共同维护的一整套权利或正义。^② 古代自然法哲学家认为在自然社会,民族个人之间存在着先前已经确认的整合秩序,人们通过理性的运用可以发现这些秩序。中世纪后期,随着商品经济的发展,促进欧洲封建社会解体的社会力量的出现和壮大,自然法成为西方资产阶级反对封建教会统治的武器,其侧重点也转向强调人的“自然权利”、个人志向和幸福。因此,从法哲学角度来看,自由资本主义时期,法律的目的是保证个人自由的充分发展和实现,并以“没有干预的政府是最好的政府”为最佳境界。如美国自然法哲学的典型代表人物、美国最高法院助理法官、费城学院法学教授詹姆士·威尔逊认为,国家是根据其成员的契约而建立的,他们为了共同利益而团结在一起,以便和平地享有自己的权利和公正地对待他人;每个人对其财产、人格、自由及安全都拥有自然权利,使这些自然权利免遭政府的侵犯乃是法律的职能之所在。“没有自由,法律就名实俱亡,就是压迫的工具;没有法律,自由也同样名实俱亡,就是无法无天。”^③

① 徐杰:《论经济法的产生和发展》,载于徐杰主编《经济法论丛》第1卷第1页,法律出版社2000年版。

② Encyclopedia Britannica (15th ed.) vol. 12, 1977, p. 663. 转引自张文显《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第38页。

③ 参见[美]E·博登海默著,邓正来译:《法理学:法律哲学与法律方法》,中国政法大学出版社1999年1月版,第57—58页。

随着社会经济的发展,从19世纪开始,西方主要资本主义国家进入到垄断阶段,垄断、信息不对称和市场调节的盲目性等问题,使自然法学家对人类社会美好“幻想”受到重创,法哲学领域里“社会化”思潮兴起,超越了以往个人绝对自由、个人权利绝对至上的观点,提倡尊重社会利益,并发展了正义的内涵,为国家职能的扩大提出了合理的解释,社会法学派是这股思潮的典型代表。

作为美国社会学法学的创始人,庞德认为,19世纪的法律历史,在很大程度上是一部有关日趋承认个人权利——这些权利常常被视为“自然”的(或天赋的)和绝对的权利——的记录。在20世纪,他建议说,应该用更加广泛地承认人的需要、要求和社会利益这方面的发展来重写法律历史。并且,庞德在其雄心勃勃的方案中,对法律秩序所应保护的利益进行了分类。他把利益划分为个人利益(individual interests)、公共利益(public interests)和社会利益(social interest)。在最后一类利益中,除了其他内容以外,他还把一般安全利益、个人生活方面的利益、保护道德的利益、保护社会资源(自然资源和人力资源)的利益以及经济、政治和文化进步方面的利益包括在内。^① 庞德在其《普通法的精神》一书中进一步指出,包含社会利益的个人生活是一种道德的、社会的生活。所以,社会利益不能容忍为了满足反社会的邪恶目的而行使个人权利。^②

由于人们对正义的理解发生的变化,越来越多的人认识到极端的个人自由并不能给人们带来幸福,反而会破坏社会平等与安全,应当从社会整体利益的角度追求平等自由和平衡的正义观。

① 参见[美]E·博登海默著,邓正来译:《法理学:法律哲学与法律方法》,中国政法大学出版社1999年1月版,第147—148页。

② [美]罗斯科·庞德著,唐前宏、廖湘文、高雪原译:《普通法的精神》,法律出版社,2001年1月版,第138—140页。

因此,法哲学领域中,社会利益理念的勃兴为经济法追求社会整体利益的法律观的形成提供了坚实的理论基石。

社会利益理念的引入,使得法学家以敏锐而深邃的眼光关注社会本身,而不是只看社会生活的个体。但是,对何谓社会利益,它与个人利益的关系如何,众多的法哲学家们并未给出一个清晰而明确的答案。庞德在其《普通法的精神》一书中指出,虽然“今天法理学编制的个人主张、个人要求、个人愿望的目录或清单同 19 世纪的法哲学完全一样。惟一不同的是今天的法理学并没有到此止步”,而是应该考虑“在什么时候,按社会利益他们可被纳入其中,什么程度上它们可当成社会利益看待。”对于社会利益的内涵,庞德拒绝表态,只是认为,在一个时期可能应该优先考虑一些利益,而在另一时期应该优先考虑其他一些利益。

博登海默也认为,如果我们从正义的角度出发,决定承认对自由权利的要求是植根于自然倾向之中,那么即使如此,我们也不能把这些权利看做是一种绝对和无限制的权利。任何自由都容易为肆无忌惮的个人和群体所滥用。因此,为了社会福利,自由就必须受到某些限制,而这就是自由社会的经验。他还指出,每个社会秩序都面临着分配权利,限定权利范围,使一些权利与其他(可能相抵触的)权利相协调的任务。“共同福利”或“公共利益”意味着在分配和行使个人权利时决不可以超越的外部界限。^① 同样遗憾的是,博登海默也没有揭示出依据什么原则协调利益冲突,以实现社会利益。

可见,不管是庞德还是博登海默,并没有意识到市场经济条件下社会化大生产和私人所有制之间的矛盾,并没有意识到社会化大生产对国家指挥协调社会经济运作的内在要求,而仅看到了人们权利相互冲突的表象,意识到私人权利的无限制的

^① 参见博登海默前揭书,第 281 页,第 298 页。

行使会妨碍社会的进步,力图通过对私权的一定程度的限制,来恢复受到社会化大生产冲击的法律秩序,因此,未能科学、准确地揭示社会利益的真实内涵。

此外,在普通法系国家,注重法律的实施效果,对立法的初衷则少有追究。为回应社会大生产对法律的挑战,传统民法试图通过自身的改良弥补它的缺陷,具体表现为民事权利平等原则的扩大、无限私有制原则受到一定限制、契约自由原则在某些领域被冲破及无过错责任的产生,如《法国民法典》从19世纪末开始扩大了对所有权的限制,限制土地所有权上达土地上空的原则,规定可以不给任何补偿而在他人私产上空架设电报、电话线,只有发生损害时才给予赔偿。一些国家法律逐渐承认了定式化合同,并规定了法院有权增减当事人原来约定的赔偿数额,从而使契约自由原则发生了变化。一些主要资本主义国家还针对工业危害与产品责任问题提出了无过错责任归责方法。^①但是,传统法律部门改良的措施局限于固有的法律思维,带有消极的色彩,更没有对社会化大生产的协调问题做出应答。

有学者认为,20世纪以来,大量的“私法公法化”、“公法私法化”、“横向纵向化”、“纵向横向化”现象发生,一个反映这种矛盾、解决这种矛盾的经济法应运而生,从多方面冲击着传统的二元分治体系。^②

笔者认为,事实上所谓“私法公法化”、“公法私法化”,不过是传统法律制度不足和缺陷的掩饰,传统法律制度本身无法超越自身的局限性,这决定了只能由一个全新的法律部门来解决社会化

^① 徐杰:《论经济法的产生和发展》,载于《经济法论丛》第1卷,法律出版社2000年版,第8页。

^② 刘文华:《经济法理论研究的基础问题》,载于徐杰主编《经济法论丛》第2卷,法律出版社2001年2月版,第6页。

大生产与经济个体之间的冲突。^① 如果以系统工程的方法看,传统民法以个体权利的保护为宗旨,行政法以其对公权力的规制为宗旨,经济法则从产生之口,就肩负着从社会本位出发,追求“社会整体利益”的重任。其本质是强调国家从社会整体利益的角度,对整个经济生活的介入,以消除自由放任和极端个体权利本位对整个社会经济发展所造成的消极影响,解决个体私利性和社会公益性的矛盾,促进经济和社会的良性运行和发展,这是社会大生产对法律调整的必然要求。可见,经济法追求社会整体利益的立法宗旨,其理论在一定程度上既继承了西方社会法学社会利益的理念,同时又全面超越了社会利益的理念。

三、结 论

经济法的产生和发展适应了社会大生产的需要,社会法学思想的兴起促成了经济法理论的成熟,但归根结底,经济法的立法宗旨仍应当从社会化大生产,即现代市场经济中寻找答案。

新古典经济学认为,所有的人都是具有理性的经济人,都是怀着利己动机,趋利避害的从事经济活动的人。各人所考虑的虽然是自己的利益,但是这种考虑会导致他选择最有利于社会的用途。其结果是个人利益和社会利益趋于一致。商品的价值变化与商品的供求变化相互作用,市场那只“看不见的手”可充分发挥其调节社会生产的作用。

^① 徐杰:《论经济法的产生和发展》,载于徐杰主编《经济法论丛》第1卷,法律出版社,2000年版,第8页。

但是,市场“看不见的手”作用的发挥存在局限,^①不能也无法涉及经济生活的方方面面,如公共产品的提供、宏观经济的协调、社会公平等问题。国家干预思潮的兴起,结束了“自由放任主义”统治局面。1936年英国经济学家凯恩斯发表了《就业利息与货币通论》,明确提出国家应利用宏观经济杠杆,对市场交换和企业生产过程进行间接调控,以促进社会经济的平稳发展,克服经济危机对社会经济带来的巨大破坏。凯恩斯主义为资本主义国家干预经济提供了理论依据,成为资本主义世界经济立法的重要指导思想之一。

综上所述,作为保障国家对经济运行管理和协调的经济法必须以社会的整体利益为最高准则,既保证国家权力对社会经济的宏观调控和有效协调,同时又保证经济个体在市场竞争中的权利、自由和平等,实现个人利益和社会利益的有机统一和平衡。

① 市场可以分为消费型市场和优化型市场。消费型市场是指给人们提供用于消费的各种商品市场。优化型市场是指提供各种优化的市场,主要的作用是给其他资本和货币资本进行资本转换提供方便及改变货币的流通速度,使货币的流通速度加快,并使货币流通速度长期较为稳定的保持在较快的程序。如银行、债券、期货、股票等金融市场都为优化型市场。消费型市场中存在着商品与商品交换,及其商品与商品交换过程中存在着与替代商品货币交换。因此,在消费型市场中,市场中那只“看不见的手”可以对市场本身进行调整。优化型市场中不存在着商品与商品交换,及其商品与商品交换过程中存在着与替代商品货币交换。因此,在优化型市场中是不存在那只“看不见的手”,是不可以对市场本身进行成功的调整的问题,优化型市场是需要进行管理和协调的。

经济法概念

金范仲*

一、经济法现象

如今,我们在各国的制定法体系中不难看出各种经济法令被制定、运用、实施和废止的所谓经济法现象。但揭示经济法现象的本质,并找出其法则,同时有关建立经济法理论的体系尚未得到进展是毋庸置疑的事情。甚至对经济法的概念存在各种各样的看法,迄今为止,尚未有正确的定论。

如此,有关对经济法现象的本质或原理解释的混乱和对立从何而来,大体上可以从下面几个方面来分析:

第一,经济法是因为属于较新的法律领域,所以与过去法律领域之间出现冲突。例如,被属于传统的市民法体系的民法或商法所规制的财物或服务买卖领域中,政府为了克服国民经济危机指定公正价格时存在将其视为市民法现象,还是视为新经济法现象的问题。

第二,成为经济法规制对象的国民经济的现象,由于其本身结构复杂,而且循环过程变化多端,所以对经济法现象或本质的解释将会难上加难。在原来按市民法的规律通过竞争原理得到运行的

* 金范仲,中国政法大学博士研究生、韩国留学生。

市场经济体制中,根据市场的供求规律,财物和服务的生产、交换、分配、消费的所有经济过程得到正常的循环和调整,然而,随着垄断资本的出现,自由竞争的市场经济机制将失去了自动调整功能,国家试图通过制定各种形式的对策,对此进行完善。

第三,对于一个相同的经济法现象进行解释时,其标准和方法也根据学者的主观意识不同而不同,解释的角度也不同。

第四,经济法不像其他法律领域那样具有统一形式的法典,从未定义过其概念。因此经济法的概念以经济法令的实际内容为中心,对经济法现象的本质和成为其历史背景的垄断资本主义的特征进行探讨为最妥当。

二、关于经济法的学说

1. 经济法令的出现

在第一次世界大战之后,在德国最初使用了经济法律术语。那是为了摆脱由战争引发的资本主义经济危机,认为不能只用如同过去的基于个人主义和自由竞争的市场经济体制及其法律表象市民法体系支撑,从这种角度出发制定的各种战时经济法令和战后复兴法令及政府的社会化法令等,与迄今为止的市民法有本质上的区别,以此为背景而出现了经济法令。

2. 世界观学说

这是 Hedemann 的看法,他虽然肯定了经济法属于独立法律领域,但未肯定其是单一的法律分科。他将以既是现代法的特点,又是渗透在现代法的经济精神为基调的所有法律总称为经济法,而且把自己的观点自称为世界观学说。^①即在 18 世纪“自然”是当时时代精神的基调,而到了现代,时代基调则是“经济性”,而且

^① [日]松下满雄:《经济法概论》,东京大学出版社,1989 年版,第 11 页。

具有此经济性特色的现代法均可称为经济法。如此, Hedemann 认为经济法只不过是“现代法的基本精神”或“一般时代潮流的反映”,而且经济与 18 世纪的自然法同样,是属于独立法律领域,但并不是法律分科。

可是 Hedemann 在后来的新著中,承认自己过去的世界学说是荒唐的观点,并且承认了经济法的独立性。^①

3. 方法论学说

此学说是为了解经济法中重视接近方法论的观点,对与经济生活相关的法律领域,将运用法制性社会学的方法视为经济法的本质性因素。

据 Geiler 说,“经济法只是对有关经济生活的法律领域运用了法制性社会方法。”^②即他并不把经济法看做如同民法或商法等其他法律分科的单一法律分科,在研究有关经济生活的法律现象中,将重点放在强调运用法制社会性方法的必要性。换句话说,是“经济法的方法论”,而不是独立而不同的法律分科的肯定论。^③

而且 Rumpf 将“对客观法则的经济性实在部分的全面性”(vollrechtlich)考察理解为对经济法的考察,且从这种角度出发,赋予对民法及商法的统一性的经济法基础,进而使此私有经济法重新与公有及国家的经济法形成对立,并把两者融入到整个法律体系中进行定位。^④严格地讲,此方法论很难说是关于经济法概念的学说,经济法的研究避免了传统学说所涉及的狭窄的考察范围,必须依赖于机能性或能动性考察,但需要运用作为研究经济法的方法法制社会学性方法,把对此方法的运用本身视为经济法,这种现

① Hedemann, Deutsches Wirtschaftsrecht, 1939, S. 15.

② k. Geiler, Die Wirtschaftliche Methode Gesellschaftsrecht, Gruchots beitrage zur Erlauterung des Deutschen Rechts, 1927, S. 593

③ 正田彬.前书, p 7

④ Rumpf, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, 1929.