

第七卷

经济法论丛

ECONOMIC LAW FORUM

漆多俊【主编】

本辑专题

- ◎ 国企改革与股份制
- ◎ 社会调节与经济法的再思考
- ◎ 反垄断法
- ◎ 美国法中的不可避免披露原则
- ◎ “经济法与诉讼”专题探讨

中国方正出版社

经济 法 论丛

漆多俊 主编

中国
方正
出版
社

图书在版编目(CIP)数据

经济法论丛·7 / 漆多俊主编. —北京: 中国方正出版社, 2003.3

ISBN 7-80107-540-4

I. 经… II. 漆… III. 经济法-研究-中国-文集 IV. D922.290.4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第026860号

经济法论丛

(第七卷)

漆多俊 主编

责任编辑: 许杰

责任校对: 丁新丽

责任印制: 郑新

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街41号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66124758 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 83085204 出版部: (010) 66510958

网址: www.FZPress.com

责编 E-mail: xujiategyc@fzpress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京地质印刷厂

开 本: 889×1194 毫米 1/32 开

印 张: 14.125

字 数: 336 千字

版 次: 2003年3月第1版 2003年3月北京第1次印刷

(版权所有, 侵权必究)

ISBN 7-80107-540-4

定价: 28.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社出版部联系退换)

《经济法论丛》编委会委员

(按姓氏汉语拼音字母为序)

[德]弗里茨·里特勒 德国弗莱堡大学教授

冯 果 法学博士,武汉大学法学院教授

[美]约瑟夫·诺顿 美国南卫理公会大学法学院教授;英国
伦敦大学法学院教授

刘文华 中国人民大学法学院教授,博士生导师

李昌麒 西南政法大学教授,博士生导师

漆多俊 武汉大学法学院教授,博士生导师;中南大学法学院教授,博士生导师

[日]山部俊文 日本一桥大学法学研究科教授

王保树 清华大学法学院教授,博士生导师

王全兴 中南财经政法大学教授

王艳林 中南大学法学院教授

万 猛 法学博士,武汉海事法院院长

许光耀 法学博士,中南大学法学院教授

郑友德 华中科技大学法学院教授

[日]周剑龙 法学博士,日本独协大学副教授

Members of Editorial Committee

(Alphabetical Order of Surnames According to Pinyin)

Fritz Ritter Professor of Law, Freiburg University, Germany.

Feng Guo PhD., Professor of Law, Wuhan University.

Joseph Norton Professor of Law, South Methodism University &
London University, USA.

Liu Wenhua Professor of Law, Peoples University of China.

Li Changqi Professor of Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing.

Qi Duojun Professor of Law, Wuhan University & Zhongnan University.

Yoshihumi Yamabe Professor of Law, Hitohashi University, Japan.

Wang Baoshu Professor of Law, Qinghua University, Beijing.

Wang Quanxing Professor of Law, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan.

Wan Meng PhD., Chief Justice of Wuhan Maritime Court.

Xu Guangyao PhD., Professor of Law, Zhongnan university, Changsha.

Zheng Youde Professor of Law, Huazhong University of Science and Technology, Wuhan.

Zhou Jianlong PhD., Associate Professor of Law, Dokyo University, Japan.

[卷首语]

二十几年的光阴，在人类的历史长河中根本就是过驹之隙，对于一门学科的发展而言，通常也是微不足道的。然而，就是这短短的二十几年，却有一门学科在中国诞生发展起来了，即使是门外的人们也真真切切地感受到了她的存在，那就是经济法学，中国的经济法学。走到今天，国内很少能再听到否认经济法学的独立地位的声音，因为，中国经济法学有了自己的独特理念和理性的宏观框架，她已经挺立于学科之林。国内经济法学界广大同仁，深刻地感受到了这一点，所以在近年的研究当中，开始从容的有意识的拓展经济法学研究的广度和深度，对经济法的相关具体问题给予了更多的关注。《经济法论丛》体认和支持这种变化，所以，本期所刊发的文章更多地是对某一具体问题的探讨。其中，经济法诉讼问题在国内经济法学界日益成为热门话题，这也成为了漆多俊教授门下博士生本年度读书研讨会的主题。在漆教授的指导下，武汉大学和中南大学的 30 名博士生聚集一堂，对这个问题进行了深入探讨。讨论的成果构成了本期“‘经济法与诉讼’专题研讨”专栏的内容。

漆多俊教授长年来一直极为关注中国的国有企业改革，其在这方面的很多观点和主张直接得到了中国国有企业改革实践的印证。本期我们刊发漆教授的一篇专稿《国企改革与股份制》。文章以恢弘的视野，总结了 20 世纪以来世界范围出现的“国企现象”和中国的国企改革历程，并展望未来的发展走势。

经济法研究极需拓展研究视野，以体现其厚度。本期我们在“理论探索”专栏中选发了两篇论文，即：闫小龙和孙光焰先生撰写的《社团调节与经济法再思考》，朱羿锟和刘文静博士的《市场失序的法律漏洞：困境与出路》。这两篇文章对于所论的处理都较为具体，资料翔实，立论中肯，堪为可读。尤需强调的是，目前我国经济领域的立法问题良多，但传统的讨论太过于定性化，朱羿锟和刘文静博士选择了一种不同的讨论模式，采用大量的统计数字，进行定量分析，使其立论更具有说服力。

反垄断法在经济法中具有十分重要的地位，因此，它是《经济法学》每期都必不可少的专栏。继续上期的微软案判决系列，本期推出萧凯和许多奇博士翻译的《美国哥伦比亚特区巡回上诉法院判决》。与上期判决内容相比，本期内容更具有理论价值。因为，以爱德华法官为首的上诉法院法官通过评判联邦地区法院对事实的认定与法律之适用和微软公司对联邦地区法院判决的异议，牵扯出了一系列的美国反托拉斯法的理论，可以说该判决本身就是一篇上乘的反托拉斯法论文。尤其是有关新经济时代反托拉斯法之适用的论述，堪称精彩。此外，李国海博士撰写的《论反垄断法执行机构》一文从体系化的角度来研究反垄断法的执行机构；王传辉先生撰写的《对我国反垄断立法的法律经济学分析》以法经济学方法来讨论中国的反垄断立法，都较有新意。

世纪交替之际，金融业在社会经济中的地位空前提高，金融法的重要地位也日益凸显出来。本期我们设立的“金融法”专栏，选发了三篇较有份量的论文。陈波教授和许多奇博士的论文《入世后我国商业银行混业经营之模式选择与法律建构》以精练的篇幅论证了我国商业银行运营模式及其法律构造的理性选择，见解独到；闫海先生的《金融控股公司法律制度研究》以其综合化体系化特色将对金融控股公司的研究推上了一个较高的层次；钟志勇博士的论文《网上支付中的消费者保护问题初探》涉及到了与新经济、新的支付模式相联系的消费者保护的新领域，具有开创性的意义。

中国法律的现代化始终离不开吸收其他国家的先进立法经验。

《经济法论丛》一直以开放的心态关注世界各国经济法制的最新进展。2002年，美国安然公司等一系列大公司的会计丑闻，不仅震动了美国，也震动了世界。布什政府在此背景下推出的对公司治理和会计制度进行改革的举措引起了世人的广泛关注。为了满足广大读者进行相关研究的需要，我们专门约请漆彤博士撰写了《美国公司治理和会计改革立法新动向——2002年萨巴尼斯-奥克雷法案通览》一文。该文不仅仅具有普通的信息含义，还包含了作者对该法案的解读。本期“外国法”专栏除漆彤博士的文章外，彭学龙先生撰写的《美国法中的不可避免披露原则》介绍了美国商业秘密保护法律制度的一项独特原则，具有一定的启发意义。而赵嵩先生等翻译的《韩国规制垄断与公平交易法施行令》与《经济法论丛》（第六卷）刊发的《韩国规制垄断与公平交易法》原本是配套适用的，本期将施行令刊发出来，就是为了能够为读者们系统研究韩国反垄断法提供较充分的法律素材。

本期稿件编辑完成之时，正值江南下了一场少见的大雪。“瑞雪兆丰年”，预祝读者们在新的一年里万事顺心，预祝经济法学在新的一年里得到更大的发展！

编者

2002年12月26日

目 录

[专论]

国企改革与股份制 漆多俊 (1)

[理论探索]

社团调节与经济法的再思考 闫小龙 孙光焰 (41)

市场失序的法律漏洞:困境与出路 朱羿锟 刘文静 (87)

[反垄断法]

微软案判决(二):美国哥伦比亚特区巡回

上诉法院判决 萧 凯 许多奇 (135)

论反垄断法执行机构 李国海 (175)

对我国反垄断立法的法律经济学分析
..... 王传辉 (200)

[外国法与比较法]

美国公司治理和会计改革立法新动向

——2002年萨巴尼斯—奥克雷法案通览
..... 漆 彤 (235)

美国法中的不可避免披露原则

——对商业秘密潜在侵占的救济
..... 彭学龙 (251)

主编 漆多俊
本卷执行编辑 李国海

目 录

2003年

第七卷

韩国规制垄断与公平交易法施行令 [金 亨]

赵 嵩 余 音 译

(1) 前言..... 翁国民 校 (277)

["经济法与诉讼"专题研讨] [金 亨]

接近司法——经济法的诉讼问题..... 漆多俊 王新红 (335)

论经济法的可诉性及其实现模式..... 游 钰 (351)

论经济法的公益性诉讼机制..... 刘桂清 (370)

试论建立我国经济法诉讼程序制度的路径选择..... 陈 云 (386)

宏观调控行为可诉性问题初探

——由“纳税人诉讼”引发的思考..... 李 刚 (397)

经济法立法的可诉性

——对莱昂·狄骥论说的解释..... 孙光焰 (404)

[书评与信息]..... 游 钰 (411)

接近市场 疏远国家.....

——《德国经济行政法》读后..... 赖朝晖 (415)

中南大学中日经济法研究所成立暨首届中日经济法国际

研讨会综述..... 学 人 (431)

《经济法论丛》稿约..... (434)

(285) 游 钰.....

(125) 游 钰.....

CONTENTS

[Academic Thesis]

State-owned Enterprise Reforms and Stock System

..... Qi Duojun (1)

[Theory Studies]

Association Regulation and Re-considerations on Economic Law

..... Yan Xiaolong Sun Gangyan (41)

Legal Loopholes for Market Disorder: Dilemma & Outlets

..... Zhu Yikun Liu Wenjing (87)

[Antitrust Law]

The Judgment on Microsoft Case (II)

..... trans. Xiao Kai Xu Duoqi (135)

A Study on Enforcement Agencies of Antitrust Law

..... Li Guohai (175)

Economic Analysis of Antitrust Legislation in China

..... Wang Chuanhui (200)

[Extraterritorial and Comparative Law]

A overview of Sarbanes-Oxley Act of 2002 Qi Tong (235)

Study on the Inevitable Disclosure Doctrine ... Peng Xuelong (251)

The Enforcement Decree of Monopoly And Fair Trade Act (the

Republic of Korea) trans. Zhao Song Yu Yin (277)

[Economic Law and Litigation]

- Approach Judicature: on the Litigability of Economic Law
..... Qi Duojun Wang Xinhong (335)
- How to Construct the Litigation System of Economic Law in
China? You Yu (351)
- A Study on the Public Interest Litigation System of Economic
Law Liu Guiqing (370)
- Set up the Procedural System of Litigation of Economic Law
..... Chen Yun (386)
- The Litigability of macro-regulating Activities Li Gang (397)
- The Litigability of Legislations of Economic Law
..... Sun Guangyan (404)

[Data and Information]

- Approach Market and Drift Apart Government: A Book Review
of <Economic Administrative Law of Germany>
..... Lai Zhaohui (415)
- Report on International Theory Conference of Sino-Japan
Economic Law Convened in Central South University
..... Xue Ren (431)

[专 论]

国企改革与股份制

漆多俊*

Abstract

Stock system is the main way of the reform of Chinese state-owned enterprises. The author consults the special value of stock system in this reform, and expounds the relationship between stock and the reform of state-owned enterprises. This thesis covers the following aspects: (1) reconsider the world-wide development and decline of state-owned enterprises during last century; (2) the function and historical mission of state-owned enterprises; (3) the nature and characteristics of state-owned enterprises; (4) the management system and investment system; (5) the nature of privatization; (6) a review and prospect of the reforms of state-owned enterprises in Socialist states;

* 漆多俊, 武汉大学法学院、中南大学法学院教授, 博士生导师。

(7) the reasons why China choose stock-system as the way to reform its state-owned enterprises; (8) the relationship between stock-system and public ownership.

目 次

- 一、引言：20 世纪国企现象的反思
- 二、国企的兴起及其历史使命
- 三、国有企业的性质和特点
- 四、国有企业的经营制度
- 五、国有企业的投资体制
- 六、私有化的实质：国家投资的进入和退出是“参与式”国家调节方式的两个侧面
- 七、社会主义国家的国企改革
- 八、中国国企改革的途径：股份制的选择
- 九、股份制与公有制

一、引言：20 世纪国企现象的反思

在已经过去的 20 世纪，人类社会发生了许多重大事件，经历了各种深刻的社会变革。其中，国有企业在各国如火如荼地兴起及后来又发生席卷全球的改革，即为影响最为深广的世纪大事之一——我们可以称之为“20 世纪国企现象”或“国企浪潮”。

“国企浪潮”包括潮涨与潮落：先是国企兴起（国有化），后来是国企改革（私有化）。20 世纪初期开始，特别是第二次世界大战前后，西方各主要资本主义国家、尤其是先后出现的各社会主义国家，一次次掀起国有化高潮，兴办了大量国有企业。70 与 80 年代之交，西方国家以英国为代表发动私有化运动，并迅速风靡全球。各社会主义国家也纷纷进行改革。其中前苏联东欧国家并于 80 与 90 年代之交接连发生社会制度全面变革；中国于 90 年代初宣布改

行社会主义市场经济体制，加大国企改革力度。如今国企改革仍在继续。

对于 20 世纪的这种国企现象，人们有许多问题感到困惑不解，例如：为什么在 20 世纪各国一次又一次地掀起国有化浪潮、一批又一批地涌现那么多的国有企业？如果说在各社会主义国家，那是根据其信仰实现革命目标即建成社会主义和共产主义社会的需要作出的安排，那么资本主义国家也曾大搞国有化又是为什么？既然搞了国有化，后来各国又为什么发动私有化和国企改革？为什么当撒切尔夫人在英国首揭私有化大旗，其他国家便一呼百喏，迅速形成席卷全球之势？为什么各社会主义国家也纷纷进行国企改革，并且几乎与西方国家私有化同步？西方国家私有化实质是什么，他们是否要把国企全部“化”掉，今后再不办国企了呢？中国的国企改革实质是什么，它同西方资本主义国家以及同前苏、东国家的改革在本质和作法上有何不同，有无基本共同之处？“中国特色”在何种意义上才是正当的？中国下一步改革之路应如何走？如此等等。

国内外政治家和学者们对于上述各问题也曾有过各种解释。现在许多问题已越来越清楚了。大凡当人们身临其境时对事物的全貌和本质反而难以看清，而待时过境迁再回头作冷静思考，倒更加明白。对待中国改革也是如此。早在 80 年代国企改革初期，就有不少学者提出了一些十分中肯的意见和建议，但和者甚寡，还遭到种种非议。本文作者在 80 年代写的关于国企改革文稿，因故皆未发表。1992 年国家宣布改行市场经济体制以后，作者的一些意见才在一些论著中有所反映。其中，1996 年在《经济学家》第 2 期发表的《对国有企业几个基本问题的再认识》，算是比较全面地表达了对国企问题的一些基本观点。该文在前面的“引言”中写道：

“国有企业问题一直是我国经济体制改革的中心环节，也是当前我国实行市场经济体制、建立现代企业制度的主要掣肘因素。长时间来，人们为之殚心竭虑，提出各种改革方案；国家也先后实行多种措施。但是，许多方案和措施能治标而不能治本。因为人们对于国有企业一些基本问题的认识，仍然受到已经长期实践检验为具

有严重不合理性的许多传统观念的束缚，在旧的思想观念体系之内寻求解决各局部性问题的因应对策。这难免如水里按葫芦，问题此伏彼起。扬汤止沸，是不能解决根本问题的。人们有必要对于迄今国有企业改革的历程进行深层次的反思，对于国有企业的一些基本问题进行再认识。本文将要论述的，正是这样一些基本问题，包括：国有企业出现的原因及其本来的历史使命；国有企业的性质与特征；国有企业经营制度的特点；国有企业的投资体制等。如果在这些基本问题上端正了认识，则关于国有企业改革的方向和途径，乃至具体措施和步骤，便一目了然了。

“我国的国有企业改革，需要借鉴国外的经验。现代各国都有占一定比重的国有企业。实行社会主义制度的国家同各资本主义国家的国有企业，存在着许多基本共同点，应当重视研究他们的共同规律，以更加准确地把握国有企业的本质属性。它们也有各自特殊性，应对其作具体分析；但不应片面强调特殊性而忽视普遍性，更不能把一些不切实际的东西誉为自己的特色，并奉为神明。”

该文的基本观点今天看来仍具有现实意义。但由于篇幅限制及其他某些原因，内容未充分展开。本篇打算仍沿着该文的思路，对其中某些内容予以适当扩充。所论及的主要也是该文所论那些有关国企的一些基本问题。

二、国企的兴起及其历史使命

早自国家出现后，便有了这样那样的一些国有经济形式。封建社会末期到西方自由资本主义时期，许多国家出现了国有企业或这种企业的雏形。但是，现代意义上的国有企业的大量涌现和发展，主要是 20 世纪的事。

19 世纪末，西方各主要国家先后完成产业革命并进入资本主义垄断时期。生产高度社会化和垄断的发展，提出了由国家出面干预和调节社会经济的要求；国家直接投资创办国有企业，是国家调节经济的重要措施和手段之一。第一次世界大战前后、特别是 1929 年爆发资本主义世界经济危机以后，迫切需要国家加强对国

民经济结构和运行的总体性调节，任何局部性措施都显得无能为力。正是在这种情况下，国有企业作为国家对国民经济总体性调节的一个重要方面，受到重视，并迅速发展起来。第二次世界大战以后，由于各国经济重建的需要，国际范围内民主主义思想的抬头，以及后来科技飞速发展引起的生产高度社会化，国家干预调节经济的职能进一步强化。许多国家又几度掀起“国有化”高潮。国有企业普及到国民经济各主要行业部门，在国民经济中占了相当比重和重要地位。

法国在第一次世界大战期间，把军火制造业、运输业、保险业和粮食贸易控制在国家手中，一战后，政府把原属德国人所有的阿尔萨斯——洛林地区的重要企业收归国有。这是法国国有化政策的发端。自30年代以后，法国又分别于1936年至1937年人民阵线时期、1945年至1946年戴高乐临时政府时期、1981年密特朗的社会党执政推行法国式社会主义时期，进行了三次大规模的国有化运动。据1983年统计，法国国有企业占国内生产总值的17%，占全国固定资产投资总额的35%，占全国就业人数23%。

英国早在1657年就成立了由国家独家经营的邮政总局。19世纪70年代电报系统实行国有化。1899年议会批准由政府掌握市营电话系统。在一战至二战期间，为应付战争，国家控制了煤矿、铁路、军火等行业。1926年成立中央电力局，负责协调全国发电、供电系统，并管理由国家出资修建的高压电网。1927年成立国营英国广播公司（BBC）。1933年成立伦敦客运公司。1939年将帝国航空公司收归国有，合并成立英国海外航空公司。1945年艾德礼的工党上台执政，实施其国有化竞选纲领，陆续颁布8个重要的国有化法令，分别将英格兰银行、煤炭矿井和加工企业、民用航空、电报和无线电通讯、国内运输、电力、煤气、钢铁等收归国有；此外英国的原子能工厂和一些兵工厂也为国家所有。经过这次国有化运动，国有企业基本上支配了英国基础结构部门。1964年至1970年工党威尔逊执政期间，于1967年制定钢铁工业国有化法案，将14家私营钢铁企业收归国有，并成立英国钢铁公司。1968年制定