

中国人民大学经济法学研究中心主办

经济法学评论

第三卷
(2002)

Economic Law Review
Volume 3(2002)

主编/史际春 邓 峰

中国法制出版社

290.1
303
:3

中国人民大学经济法学研究中心主办

经济法学评论

第三卷 (2002)

Economic Law Review
Volume 3 (2002)

主编 史际春 邓 峰

中国法制出版社

责任编辑：王淑敏

图书在版编目 (CIP) 数据

经济法学评论. 第三卷, 2002/史际春, 邓峰主编.
—北京: 中国法制出版社, 2003.3

ISBN 7-80083-709-2

I. 经… II. ①史… ②邓… III. 经济法—法的理论
—文集 IV. D912.290.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 084681 号

经济法学评论第三卷 (2002)

JINGJI FAXUE PINGLUN

主编/史际春 邓峰

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/850×1168 毫米 32

印张/11.5 字数/270 千

版次/2003 年 3 月第 1 版

2003 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-709-2/D·682

定价: 21.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66062741

发行部电话: 66062752

编辑部电话: 66062738

邮购部电话: 66033288

读者俱乐部电话: 66026596

卷首语：融合、交流与 开放的经济法

美国法学家麦考莱（Macaulay）指出，传统法学的方法就是两个：定义和类推（analogy）。大陆法系比英美法系在概念上更为讲究，而我们的法学院似乎也以此为长。概念的细化和分类的复杂，也许就是所谓的“专业槽”。相对社会学、经济学、政治学和管理学，似乎法学显得更为封闭一些，自娱自乐的情绪更重一些。本土化、语言文本和对权力的维护、垄断，使得法学的竞争似乎不那么充分。在一些法学者的心目中，似乎自己永远是抽象的公正和永恒正义的化身。

这种方法论的定义，以及价值观念上的抽象，是一种对社会运动本身和人类行为特性的忽视和漠视。过多的、不必要的定义，不仅局限了法学的视野，同时对各种不同因素之间的相互联系不能加以更深刻的理解，这导致律法过分地受到少数人主观好恶的影响。如此法律不过是“政治哲学”的延伸，甚至是“行政科学”的附庸。另一方面，抽象的公平正义观必须与客观现实相交流，并落实为实践，否则在价值多元化的今天，坚持法是“道德形而上学”的衍生物，无疑是一种刻舟求剑和崇古之情。

经济法学对传统法学的超越，在于它始终关注社会的运动，关注社会的协调、利益分配和效率等；在于它的法律关系中包含着传统法学所不具备的更为广泛的概念：公共性责任、角色、激励、权力、竞争、垄断等等；在于它是和其他学科结合得更为紧

密的一个法的学科和门类——法和经济学最早正是从反垄断法开始的，而其最成功的领域则是公开拍卖制度。^①

法和法学与其他学科的融合，意味着法（学）对其他学科的开放，这并不奇怪。融合和一体化不过是分工命题的自然延伸，而分化和整合，正是这两者构成了人类进步的源泉。

法学和其他社会科学的结合点何在？应当说，结合点在于对人类行为的深刻、敏锐的理解之上。如果缺乏人的要素，不能对人类行为有深刻的理解，则法学就只是一种建立在封闭概念自我循环基础之上的自得其乐。

现代法学关注对人类行为的分析，似乎从边沁开始，^②事实上自古就不乏其人。韩非的有度、二柄、扬权、八奸，是从激励角度对人的行为所作的分析，解老、喻老则是基于个体行为理性的分析。20世纪以来，经济学、社会学对人类行为中的理性有了更有力的分析工具和更深刻的理解，促使这两个学科以前所未有的速度发展，而传统法学恪守概念的“专业糟”，不啻为在一个生机勃勃的社会面前退缩。面临这种挑战，法学界的一些前辈们已经作出了积极的回应，诸如弗里德曼（Lawrence M. Friedman）将法律视为一门行为科学来进行研究，^③布莱克（Donald Black）用社会学的方法来研究法律的边界，^④泰勒（Tom Tyler）则运用社会调查方法对人们的法律认识加以分析，等等。^⑤

① Richard A. Posner, The Law and Economics Movement, American Economic Review, 1987, Vol. 77, Issue 2, P1 ~ 13.

② 参见 [英] 边沁：《道德与立法原理导论》，时殷弘译，商务印书馆 2000 年版。

③ See Lawrence M. Friedman, Law and the Behavioral Science, 2nd edition, the Bobbs-Merrill Company, Inc, 1977.

④ 参见 [美] 布莱克：《法律的运作行为》，唐越、苏力译，中国政法大学 1994 年版。

⑤ See Tom R. Tyler, Why People Obey the Law, Yale University Press, 1990.

社会科学正在融合之中，这从2002年的诺贝尔经济学奖授予了两位行为经济学家这件事中，就可以看出来。他们是实验、心理和行为领域的专家，发现了许多和传统假设不同的行为特性；^①并将这种研究拓展到了法律领域。^②可以说，经济学本身也在和社会学、心理学等进一步融合，正如经济学与统计学结合发展出实证经济学，与法学结合发展出来法和经济学，与数学结合产生出数理经济学（甚至成为主流经济学）一样。事实上，经济法学何尝不是如此，缺乏了经济学、政治学和社会学等的支撑，以传统部门法学的固有思维，它又如何能存在、发展？法学又如何能获得突破？

因此，经济法学和其他社会科学的融合，应当成为我们的一种积极的选择，也是一种挑战。这种融合、交流、借鉴的基础，无非是人类的行为特性及其客观物质（自然的和社会的）基础。由此，法学就不能仅仅是一门师徒门第、心口相授、拈花会意、直指人心的手艺或门户之见，而应是一门永葆青春、充满活力、以可验证的假设和分析构成的社会科学学科，当然也不排除它永远是一门由人类的高度智慧和情操所构成的艺术。

本卷评论体现了我们在这个方向上的努力和倾向。

本卷的经济法学漫谈因为作者的时间安排需要暂停，至少我们不希望这是一个虎头蛇尾的行为，而应有一个悉心锤炼的结果。这是首先要交代的。

本卷首篇是史际春教授和李青山博士生的《论经济法的理念》一文。我想，其主旨在于呼唤实践导向的法理念，文章是对

① See Daniel Kahneman and Amos Tversky, eds., *Choices, Values, and Frames*, Cambridge University Press, 2000.

② See Cass R. Sunstein, ed., *Behavioral Law & Economics*, Cambridge University Press, 2000.

法学界乃至整个学界流行的思维与现实颠倒的形式主义、经院式学问的一种学术批评。社会运动、社会实践、社会中的利益,以及个体的行为、博弈等才是法的本源,而不是抽象的教条。该文所谈与其说是经济法的理念,毋宁说是整个法学乃至社会科学的理念。经济法的理念,不过是一滴水所折射的世界而已。

另一篇经济法理论文章是《自由市场、政府干预与中国经济法诸理论》,作者是中国人民大学法学院硕士研究生侯佳儒。该同学十分努力,费了些功夫写成此文。本文对迄今有关经济法的价值观念之争作了总结和梳理,对纵横统一说有新的阐发。

但总的来说,作者对经济学的认识局限于政治经济学和新古典经济学,而对 80 年代以来的契约理论、企业理论、公共选择理论、社会规范 (social norm) 以及新的行为经济学等,均未能涉及。经济学不是哲学,它是一门认识人类行为理性的学科,和所有其他社会科学一样是在不断发展的。因而,将经济学上的某些论断、价值观念直接运用于法学,其成效究竟如何,还有待进一步观察。

就像前些年争论经济法是“政府干预”还是“干预政府”的法一样,其实这些都是无需争论的,社会利益和社会本位的命题已经解决了这一问题。当法考虑效率、激励问题的时候,应当追问的不是这是国家干预还是自由主义?而是应当追问:什么规则可以更好地调整、促进社会经济的发展(当然标准不一,有帕累托、卡尔多——希克斯标准,还有波斯纳的 mutual consent 和福利最大化等),法对社会的作用究竟如何,人们为什么要遵守它?

本卷的专题研究由两个主题、四篇文章组成。一是关于商法及所延伸的社会法问题的阐释,二是关于新闻自由和新闻媒体的分析。

商法、商人法、民商分立或民商合一、社会自治和社会法,这些是近年来的热点问题。两篇论商法的作品具有不同的风格,

立意也不同。第一篇是美国学者 Benson 的《没有政府的正义：中世纪欧洲商人法庭及其现代版本》，它是作者总体思想的部分反映，初稿发表于 1989 年，题目是《商法的自发演进》，^①后来被收入克莱因（Klein）主编的《信誉：良好行为的自发萌生研究》。^②该文和格里夫（Gerif）对中世纪马格里布商业的研究，成为这一领域的典范作品。^③他们探讨了商事规则如何在市场主体的博弈中自发地产生、形成和发展。

然而，“醉翁之意不在酒”，对作者、对我们而言，这篇文章的意义不在商法本身，而在于它通过对自治的商人法的研究，延及晚近的社会自治和政府改革运动，来探讨社会自治和国法消亡的可能性。Benson 的这篇文章，从正反两方面，印证了唯物史观关于国家和法的一般规律、社会法暨经济法的客观必然性，这对经济法学研究来说是十分重要的。它有力地表明了，在一个内在和谐、相对不开放的社区或群体内，秩序自我演化的可能性、必要性和独立性。类似的研究近年来非常之多，包括萨登（Sugden）、塔克曼（Trakman）、埃里克森（Ellickson）和奥尔巴赫（Auerbach）。^④有意思的是，这些作者都不是纯粹的法学家或经济

① See Bruce L. Benson, *The Spontaneous Evolution of Commercial Law*, *Southern Economic Journal*, January 1989, Pp644 - 61.

② See Daneil B. Klein, ed., *Reputation: Studies in the Voluntary Elicitation of Good Conduct*, The University of Michigan Press, 1997.

③ Avner Greif, *Reputation and Coalitions in Medieval Trade: Evidence on the Maghribi Traders*, in Daneil B. Klein, ed., *Reputation: Studies in the Voluntary Elicitation of Good Conduct*, The University of Michigan Press, 1997, Pp135 - 164.

④ See Robert Sugden, *Spontaneous Order*, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 3, Issue 4, Fall 1989, Pp85 - 97; see also Robert Sugden, *The Economics of Rights, Co-operation, and Welfare*, Oxford, 1986; Leon E. Trakman, *The Law Merchant: the Evolution of Commercial Law*, Fred B. Rothman & Co., 1983; Robert C. Ellickson, *Order Without Law: How Nerghbours Settle Disputes*, Harvard University Press, 1991; Jerold S. Auerbach, *Justice Without Law*, Oxford University Press, 1983.

学家,而多是在这两个领域内的出入自如的学者。无疑本文也表明,在一个利益分化、矛盾冲突、全球化开放融合的社会里,商人法和完全的自治是行不通的,这也是当年的商人法之所以演变为国法,以及今日的社会自治何以仍需仰赖于司法审查或国法保障的根本缘由所在。商人法的价值之一,就是它所蕴含的自治精神,^①它的复兴则将是伴随着国家和法消亡的一个漫长历史过程。

另外一篇则是探讨作为国法的大陆法系商法的定位或走向。在《再论商法》一文中,史际春教授和姚海放硕士生回应了一篇坚持“民商分立”的争鸣性文章,对商法在现代的走向作了相应的论述。理清思想和争鸣有利于学术的发展。的确,传统大陆法系商法的行为说也好,主体说也好,无非是一种将商人或商业实践从经济中独立出来的企图或做法,并且恪守既有的概念划分,不能算是明智的。这篇文章对“商国法”的思维予以否定和批评,与前一篇文章可以互为佐证和启发。

事实上,我们结合本卷的案例也可以发现,人为地划分物权行为、债权行为,而不是统一于民事法律行为,这与“商法”人为地划分商业行为和非商业行为一样,会导致同样的弊端。

两篇文章的立场和论点当然是不一样的。比如何为商人法,它是不是法?这是一个恒久的话题,并不新鲜。1926年,马林莫夫斯基写了《原始社会中的犯罪与习俗》之后,伯翰南(Bohannon)于1965年还在批评他的法概念,认为原始社会中不存在法。^②另一个不同则是,商人法被商国法取代是否一个必然

① 史际春教授在其上一篇论商法的文章中已指明了这一点。参见史际春、陈岳琴:《论商法》,载《中国法学》2001年第4期。

② See Lawrence M. Friedman, Stewart Macaulay, Law and the Behavirol Science, 2nd edition, The Bobbs - merrill Company, Inc., 1977, P5.

的或者说理性的结果？的确，商人法变成国法，商和法又将如何通过社会法暨经济法回归社会，这是非常有趣的话题，对它会有许多不同的解释，值得深入研究。^①但是，毫无疑问，社会发展至今，一方面，法未必完全依赖于法庭；另一方面，社会距自治全面取代国法或曰社会规范可摆脱司法最终保障的时代尚有时日，需至世界大同之时，才是这一天到来之日。

第二个专题是关于新闻自由和新闻媒体的。必须指出，登这两篇文章不是搞什么学术“帝国主义”，我想它只是验证了本卷首语的标题而已。

第一篇是耶鲁大学管理学院金融经济学终身教授、清华大学经济管理学院特聘教授陈志武在北京大学光华管理学院的一个演讲。陈教授对新闻侵权案件进行了实证调查，对资本市场的发育、完善及其对法律规则 and 有效司法体系的依赖，和新闻自由之间的关系进行了非常漂亮的分析。他用一周内的股票同向走向来反应市场的不透明状态，显示出他在金融领域研究的深厚功力。信息、权力的透明和资本市场的紧密关系，印证了经济法的许多命题。

第二篇则是从新闻媒体的市场准入和登记制度入手，对现行体制及其弊端进行了分析。这是作者的硕士论文、一篇自由投稿作品。文章引证了众多实例，但稍嫌不足的是原理性的分析阐述不深，比较性研究也嫌单薄。但毫无疑问，这是一篇运用经济法原理对传媒业发展的分析。这篇文章的录入，表明我们的态度，推动新问题研究，鼓励自由投稿。

① 类似的探讨早就已经存在，较早的文献可以参见 R. S. T. Chorley, *The Conflict of Law and Commerce*, *Law Quarterly Review*, No. CLXXXIX, Pp51 - 72; see also Patrick Devlin, *The Relation Between Commercial Law and Commercial Practice*, *Modern Law Review*, Vol., 14, Pp249 - 66.

另外一篇是以史际春教授为首的课题组完成的最高人民检察院的重点研究项目报告,题目是《财产权神圣不可侵犯——国有资产的检察制度保护研究》。国有资产流失是一个长久以来的困扰问题。缺乏自然人人格主体的国有资产,在层层的管理、投资等层级组织关系中,变得复杂和多变。这种组织关系(权力关系)支配下的财产关系,正是经济法的核心所在。如何在追究贪污、受贿罪等之外,采用一系列既具备“合宪性”,又能有效地保护国有资产的管理经营,对其流失给予救济和追索的手段,是一个棘手而现实的问题。本文对我国的实践作了总结,考察了国外的做法,指出财产权神圣不可侵犯不仅针对私有财产,而且适用于包括国有资产在内的公有财产,否则社会的财产基础遭到破坏,私有财产也无以维系;并着重讨论了在我国引进国资保护的国家机关自诉、民事公诉和公益诉讼等的必要性、可行性及其操作要领。此文呼应了党的“十六大”有关加强财产权保护、完善国有资产管理体制的精神,也是合乎时宜的。

当然,这一课题是如此复杂,有那么多问题尚待进一步研究:为什么我们这么依赖于刑事制度?(一个可能的回答是发现的概率太低,因而必须加大惩罚,以及对私人财产的监控能力不足从而导致承担责任的可能性有限)或许,更为重要的问题是,法律的不合理限制太多,尤其是公司法是基于国有企业改制而产生的,它很难适应现行的体制框架,对诸如欺诈性产权转让、控股股东债务请求延迟制度、^①股息控制制度、薪酬控制制度、刺破公司面纱制度、自我交易、关联交易、利益冲突的其他形式等均无力加以控制,同时激励机制也不合理,在这种情况下,如何划清体制缺陷、激励扭曲和不道德、不正当的机会主义行为之间

^① Equitable Subordination (平等性剩余请求权), See Robert Charles Clark, Corporate Law, Little, Brown and Company, 1986, P52.

的界限呢？

本期的案例可以说是一种“立体式解剖”的案例。邓峰博士组织了本案的原告代理人陈勇（法学硕士，金安证券有限公司董事会秘书）、原告律师王家路（德国马堡大学民商法学博士研究生，北京中伦金通律师事务所合伙人）、主审法官胡君（北京市第一中级人民法院审判员）和中国人民大学民商法博士研究生张俊岩，就金安证券有限责任公司诉中孚投资管理有限公司出资纠纷案作了一个比较深入的分析。

这是一个在国有企业改组中发生、也只有在公有制条件下才可能发生的纠纷案。据我们所知，这是法院第一次确立“公司出资失败”的概念，也是首次在判决中适用了《公司法》第4条关于“法人财产权”的规定。有意思的是，如此特殊的案子，却以“欺诈”这一非常简单之诉寻求救济，甚至还考虑过采用成本最低的确认之诉。可见理念而非形式或法条之于法和法治的重要性。此外，本案还涉及对公司本质的认识和对出资行为的认定问题。

和以前的案例分析不同，这一案例不是基于法院的判决书概括地进行分析评论，而是循着纠纷发生、解决的途径选择直至最后诉讼结果的过程层层剖析。这样可以了解整个案件发生、发展的过程，得知哪些观点和事实被法院采纳，了解原告、律师、法官各自的思路以至司法的某种现状，希望学生和学者都可通过它来扩展视野。

我们希望深入研究案例，从案例出发讨论案例，不是为了证明学者的这种那种观点，也不是简单地排列几种意见甚至生造一些不存在的观点，来做所谓的案例分析。这从我们前两期选编的案例中也可以看出来。

本卷照例收入其他学科的精彩之作——北京大学经济学院院长刘伟教授在中国人民大学'98博士论坛所作的精彩演讲。虽然

时间过去这么久了,但是思想可以跨越时间。开卷有益,用来形容评论的这种想法是最合适不过了。

侯佳儒同学还为本卷提供了一篇书评。他读了一本近期出版的经济法专著,有感而发,对该书涉及的学术规范和学风问题作了评论。我们未必附和有关评论意见,但觉得文章还算心平气和,说理也较充分,一个年轻气盛的学子能做到这样已属不易,提出的问题也确值得各位同仁关注,便予采纳,以期在经济法学界引发善意、有益的学术批评之风。

最后,正如一句广告词所说的,为了表示“我们一直在努力”,本卷收录了多篇我们自己的文章。坦诚地说,这并非囿于门户之见或者要孤芳自赏。我们希望得到批评,得到争鸣,得到读者的自由稿件。

史际春,中国人民大学法学院,100872,shjich@cnlawschool.com

邓峰,北京大学光华管理学院,100871,fengdeng@pku.edu.cn

邓峰

2002年12月10日于北大畅春园

目 录

卷首语：融合、交流与开放的经济法…………… 邓 峰（1）

时 论

论经济法的理念…………… 史际春、李青山（1）

自由市场、政府干预与中国经济法诸理论…………… 侯佳儒（23）

专 题

没有政府的正义：中世纪欧洲商人法庭及其现代

版本…………… [美] 布鲁斯·L·本森（75）

再论商法 …………… 史际春、姚海放（111）

新闻传媒的分类管理和市场准入 …………… 景朝阳（128）

讲 座

新闻媒体：市场经济的必要制度机制 …………… 陈志武（174）

改革之道

财产权神圣不可侵犯

——国有资产的检察制度保护研究 …… 史际春 喻 扬（204）

潘 君 彭力保

李青山 罗 箭

案例讨论

公有制内的一次“出资”是如何失败的 …………… 邓 峰（254）
张俊岩

一、案情介绍 …………… 张俊岩（255）

二、公司的法人财产权和出资认定 …………… 陈 勇（257）

- 三、出资欺诈的诉讼途径 王家路 (268)
- 四、作为民事法律行为的公司出资 胡 君 (275)
- 五、出资失败、出资欺诈和公司的性质 邓 峰 (280)
- 张俊岩

他山之石

- 关于国有企业改革的几点看法 刘 伟 (287)

书 评

一个系统性问题的非系统解读

- 评《自由竞争与秩序调控——经济法的
基础建构与原理阐释》 侯佳儒 (327)

时 论

论经济法的理念

史际春 李青山

目 次

引 言

- 一、法理念诠释
- 二、经济法理念的涵义和内容
- 三、经济法理念的确立和意义
- 四、经济法的理念与经济法

引 言

秉承了大陆法系传统，从“无法无天”时代一路走来的中国，曾几何时，由对法的渴求、向往，演化为法的形式崇拜：似乎法即法条、立法，“形式正义”、“法律真实”至上而置实质正义、客观真实于不顾，将公法与私法、民事与行政、“市民社会”与“政治国家”截然对立，达到了无以复加的地步。这在经济关系的法律调整中表现尤甚。诸如在法庭设置中令民事和行政严格

分野、非“民”即“行（政）”，导致土地、国企、商标、产业政策推行、政府涉足经济的管理等亦公亦私的纷争无从适当司法；一个政府采购合同分拆为两个诉讼，无奈一方当事人在行政诉讼中胜诉、却在民事诉讼中败诉，两个判决冲突，无以执行，在同一个案子中都做不到“法制统一”；又有法院在侵权纠纷案中判决一方当事人胜诉，却声称产品不合标准的事属政府主管，法院不能责令他方当事人停止侵权行为，只好让其继续贻害他人和社会；在公司法、物权法等法的修订或起草中，总有人无视社会现实，希望推开或绕过国有财产管理经营问题，将其弄成纯粹的民法或商法，等等。这些，已对社会主义市场经济秩序造成了难以愈合的伤害。这一切，皆可归结为缺乏适当的理念之故。缺乏公平、衡平、正义、诚信的理念，就没有法和法治，徒有其表的立法、法条、法袍何益之有。缺乏公私交融，官民一致打拼又要反腐败、反利益（角色）冲突和舞弊，在交易关系中内在地顾及公共利益和公共秩序、在公的经济活动和管理中有机地考虑成本、效益要求，以及责权利相一致等理念，就没有现代市场经济及其法治。大陆法系历来是公私法分野，经济法及其理念因应经济的日益社会化，在传统的重压下破土而出、艰难地生长着；英美法却阴差阳错、歪打正着，在混沌中很好地适应了社会化市场经济的要求，可谓没有“经济法”而不需要经济法，或者说有“经济法”而不需要经济法。^①中国从来没有真正的市场经济，从未有过法治，缺乏法的精神和法治氛围，改革开放以来则对一、二百年前法典时代的大陆法如获至宝，加以经院学究式的发挥，讲了20余年的经济法，经济法的理念还是残缺不全；更有人欲将经济法扼杀于朦胧之中而后快，经济法治的形势严峻。有鉴于此，

^① 参见史际春、孙虹：《论“大民事”》，《经济法学评论（第二卷）》（2001），中国法制出版社2002年版，第100页。