

漆思剑 / 著

国家投资经营法

的性质和地位研究



GUOJIATOUZIJINGYINGFA
DE XINGZHITHEDIWEIYANJIU

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

国家投资经营法

的性质和地位研究



GUOJIATOUZIJINGYINGFA
DE XINGZHIHEDIWEIYANJIU

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

国家投资经营法的性质和地位研究/漆思剑著. —北京:
中国法制出版社, 2011. 8

ISBN 978 - 7 - 5093 - 3067 - 8

I. ①国… II. ①漆… III. ①政府投资 - 经济法 - 研究
IV. ①D912. 29

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 157620 号

责任编辑 邱小芳

封面设计 周黎明

国家投资经营法的性质和地位研究

GUOJIA TOUZI JINGYING FA DE XINGZHI HE DIWEI YANJIU

著者/漆思剑

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

版次/2011 年 9 月第 1 版

印张/14.5 字数/176 千

2011 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 3067 - 8

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66017726

定价: 45.00 元

传真: 66031119

编辑部电话: 66078158

邮购部电话: 66033288

前 言

在前言部分，先对本专著的研究目的、研究内容以及重大的理论突破作一个简单的介绍。

一、研究目的和意义

本专著研究的目的是分析国家投资经营法的经济法属性，论证国家投资经营法在经济法体系中的独立地位。

长期以来，我国经济法学界对于国家投资经营法的性质与地位问题没有达成基本共识。有些观点否认国家投资经营法的经济法属性；或者把国家投资经营法进行分解，分别归属于宏观调控法或市场组织法等，否认它在经济法体系中的独立地位。特别是在西方国家私有化运动和我国国有企业改革之后，否认国家投资经营法在经济法体系中独立地位的观点更加盛行。本文运用了大量的历史资料和现实资料，尤其是收集了西方发达市场经济国家的一些最新资料，从现代经济法产生的逻辑起点入手，论证了国家投资经营的原初性目的；对国家投资法的性质和地位进行了剖析，论证了它在经济法体系中的独立地位。特别是论证了在西方国家私有化浪潮和我国国有企业改革的新形势下，国家投资经营法的经济法性质和在经济法体系中的独立地位依然没有发生变化。

至于本专著的研究意义，主要表现在以下三方面：

其一，确立了国家投资经营法在经济法体系中的独立地位，完善了经济法学科体系。学科体系的完善是学科健康发展的必要条件，不健全的学科体系会阻碍学科发展。长期以来，经济法学的的发展步履维艰，被其他部门法斥之为幼稚，独立的部门法地位直

2 国家投资经营法的性质和地位研究

到1998年才被权威部门认可。^①这种局面的产生有很多原因,比如,经济法是一门新兴法律学科,人们对它的认识有一个过程,中国和西方概莫例外;而我国经济法学者内部对很多基本的常识性问题,诸如经济法的本质、调整对象、学科体系构成等基本问题的认识没有得到统一,是关键原因所在。内部没有一致的认识,就不能加以正确的宣传,外界就很难对此认同。因此,对经济法体系构成的理解关系到对经济法学科性质的理解,涉及到经济法学科的健康发展。本论文的研究试图论证国家投资经营法的经济法属性,确立其在经济法体系中的独立地位,以完善经济法学科体系。这对于经济法学科发展以及提升经济法在我国法律部门中的地位有一定促进作用。

其二,为我国国有企业改革提供理论指导。新的历史时期下,新的社会现象和经济现象的出现,要求我们从理论上作出回应。西方国有企业私有化和我国国有企业改革之后,原本认同国家投资经营法的经济法性质和独立亚部门法地位的部分学者,没有准确把握西方私有化和我国国有企业改革的本质,否定国家投资经营法在经济法体系中的独立地位。这些学者认为国家投资经营法曾经是经济法独立组成部分,但现实社会经济环境使其性质和地位发生了变化。本论文用大量现实材料,分析私有化和国有化是国家投资经营的两种方式,私有化法令和国有化法令是国家投资经营法两个方面;论证了西方国家国有企业私有化和我国国有企业改革不是对国家投资经营的否定,而是国家投资经营的自我完善,是围绕国家调节经济而作的自我完善。

国家投资经营法于我国更具有特别的意义。在长期的统制经

^① 全国人大于1998年确立了经济法在社会主义法制体系中的独立部门法地位之后多次重申了这一观点。比如,李鹏委员长2001年所作的《全国人民代表大会常务委员会工作报告》中,把我国的法律体系划分为包括经济法在内的七个法律部门,经济法名列第四位。

济之下，国有经济是我国经济的绝对主体，甚至曾经是唯一的经济所有制形式。我国的国有企业改革，其主要目的之一是发挥国有企业调节国民经济的作用，转变国有企业功能。由于我国的政治体制和经济所有制原因，在较长的时期内，国有经济还将大量保留，在国民经济中还将占据重要地位；关于国家投资经营和国有企业方面的法律，还将是我国经济法体系中最为重要的组成部分。因此，在新的形势下，国家投资经营法在经济法体系中独立地位仍保持不变。

在此基础上，本文对我国当前国有企业改革理论进行了评析，分析了国有企业改革理论建构的应然起点及应当解决的关键问题，指出国家调节经济原初性目的是设计国有企业改革制度的关键所在。文章对我国当前一些主要的改革指导理论进行了比较评析，指出其合理及不足之处；论证了“国家调节说”是我国国有企业改革理论的应然选择。本文的研究，希望可以为我国今后国有企业改革提供一些理论借鉴。

其三，国家投资经营法在实现社会利益再分配中的作用。法律是利益分配书，法律对利益的分配必须公平、公正，这样才能促进社会经济全面协调和健康发展。国家投资经营法是国家调节经济之法，对社会利益资源的再分配是其实现调节经济目的的一种途径。再分配是国家投资经营法的基本属性，再分配功能是国家投资经营法的本质反映。但是，如果国家投资经营法再分配功能使用不当，则有违于国家投资经营法调节经济的初衷，从而必然引发系列社会问题。目前，我国的区域之间、城乡之间、行业之间的收入出现了较大差距，严重制约了我国社会经济的协调发展，也引发了许多社会矛盾。因为，现有的利益结构框架势必矫正，必须对现有的利益资源进行再分配。当然，再分配有多种途径，而国家投资经营法是重要手段之一。我们必须正确利用国家投资经营

4 国家投资经营法的性质和地位研究

法的再分配功能,进行必要的利益再分配,以促进国民经济协调发展,维护社会经济公平。目前,国家投资经营法在实现西部开发、中部崛起、东北振兴、新农村建设等经济战略方面具有重要意义。通过这些途径实现社会利益的再次分配,减小区域差异和城乡差异,协调国民经济;通过实现社会经济领域公平来实现社会其他领域公平,促进社会全面健康发展。

二、研究内容

全书共分为七部分。第一部分是导论,主要介绍了国内外有关国家投资经营法性质和地位的不同观点,为本书观点的提炼和论述打好基础。第二部分分析了现代国家参与投资经营的原因和方式,对国家投资经营法产生的社会根源进行了剖析,论证了国家调节经济是现代国家参与投资经营最为重要的原因所在;分析了国家资本的进入和退出是现代国家参与投资经营的两种基本方式,论述了国家投资与民间投资的关系。第三部分是对国家投资经营法作一般法理分析。在该部分,对国家投资经营法的相关法理问题,诸如国家投资经营法的法哲学基础、国家投资经营法的内容、国家投资经营法律关系的要素、国家投资经营法的原则等方面进行了分析,从中来折射国家投资经营法的性质。同时,也便于对国家投资经营法有比较深入的了解。第四部分分析了国家投资经营法的性质。该部分从国家投资经营法是国家调节经济之法这一本质属性入手,分析了国家投资经营法的经济法性质。特别是对西方国家私有化和我国股份制改革之后的国家投资经营和国家投资经营法进行了分析,论证了在新的经济形势下,国家投资经营法的经济法性质没有发生根本变化,而是不断完善和发展。同时,本书还分析了国家投资经营法的再分配功能,指出再分配是国家投资经营法的本质属性;论证了国家投资经营法的再分配功能是调节国民经济的重要手段。第五部分论证了国家投资经营

法在经济法体系中的地位。笔者从国家投资经营法的产生、调整对象、调节方式等角度入手,分析了国家投资经营法是经济法体系的独立组成部分。把国家投资经营法与市场规制法、特别是与宏观调控法进行了详尽的比较,分析了三者在经济法体系中的地位和作用,论证了三者都是经济法体系的独立组成部分。同时,从现代经济法产生的逻辑起点出发,分析了国家投资经营法在经济法体系中的独立地位在未来仍然保持不变;从我国现有的政治制度和所有制出发,明确提出在我国市场经济体制建立和完善前,国家投资经营法仍然是我国经济法体系的核心。第六部分论证了国家投资经营法的独立地位与国有企业改革理论选择之间的关系。该章从理论、学科和实践角度,论证了确立国家投资经营法独立地位的意义;对我国目前存在的国有企业改革诸理论进行了评析。从国有企业产生和存在的原初性目的出发,提出国家调节经济是设计国有改革理论的前提和关键。对我国目前存在的国有企业改革理论进行了评析,论证了“国家调节说”是我国国有企业改革的应然指导思想。第七部分是尾论,主要是对我国经济法学研究方法的进行反思。作者认为经济法学的研究,不能一味只顾“问题”,也不能一味只顾“主义”;“主义”是研究“问题”的指导,而“问题”推动“主义”不断完善。经济法学的研究,必须是形而上学和实证主义的结合;经济法学理论的研究永远不会过时。

三、对传统经济法理论的突破

笔者认为本专著对传统经济法理论有以下突破:

第一,首次提出调节经济的原初性目的是设计国有企业改革制度的前提这一观点,为我国国有企业改革提供了理论借鉴。国有企业改革必须要有科学的理论作为指导,这样才能保证国有企业改革的顺利进行和调节经济功能的发挥。关于我国国有企业改

6 国家投资经营法的性质和地位研究

革理论，主要有“产权论”、“超产权论”和“整顿重组论”等。总体而言，这些理论具有比较浓厚的经济学背景，忽视了国有企业存在原因和作用这一原初性问题，也不能解释为什么社会主义国家和资本主义国家都存在国有企业这一历史现象。因此，这些理论难以协调国家资本与民间资本、社会经济总体效率与社会经济总体公平等方面的关系。在设计国有企业改革制度的时候，必须从调节经济的原初性目的出发。只有这样，才能比较准确地把握国有企业的本质，从理论上回答国有企业存在的依据、国有企业特点和作用、国有资本与民营资本关系、国有企业的效率与治理等理论问题。

国有企业改革应该围绕国家调节经济这一前提而展开。这种认识具有重要的理论意义和现实意义，它有利于国家投资经营调节经济方式的完善，也有利于指导国有企业改革。国家投资经营法调节经济的作用在我国当今的经济建设中大有可为，我们的国有企业改革、西部大开发、中部崛起、振兴东北、社会主义新农村建设等都与国家投资经营法密切相关。在和谐社会建设、区域经济协调发展以及利益资源再分配中，国家投资经营法也具有其他法律所不可替代的重要作用。

第二，明确提出国家投资经营法在较长时期内还是我国经济法体系的核心。本书对我国和西方国家的经济法产生的历史原因作出了分析比较，并放在不同的经济法模块之中进行考察，提出国家投资经营法在较长时期内还是我国经济法体系的核心观点。

学术界普遍认为，宏观调控法已经是经济法体系的核心。对此观点要作具体分析。由于市场经济的径路和经济法各组成部分调节经济的特点不同，在不同国家以及同一国家的不同时期，其经济法体系的核心是不同的。在西方国家，宏观调控法已经或正在取代反垄断法而成为经济法体系的核心；在我国，随着国家调

节经济职能的不断完善，宏观调控法也必将会成为经济法体系的核心。这是由宏观调控法调节经济的特点所决定的。但是，由于历史和体制原因，国有企业改革在较长时期内还是我国经济体制改革的中心环节；因此，在较长时期内，国家投资经营法、特别是其中的国有企业法，仍然是我国经济法体系的核心。这种状况在我国还会有相当时期，将一直持续到我国市场经济体制建立和完善。

第三，提出了西方国家私有化和我国国有企业改革是对国家投资经营的完善和发展的观点。学术界不少观点认为，西方私有化和我国国有企业改革是对国家投资经营的否定。这种观点值得商榷。西方私有化和我国国有企业改革不是对国家投资经营的否定；而是出于国家调节经济的需要，是对国家投资经营的完善。国家资本的进入和退出是国家投资经营调节经济过程中相辅相成的两个方面，国有化对应国家资本的进入，私有化对应国家资本的退出。但国有化和私有化是国家资本进入和退出的高级形态，是对国家投资经营的完善。因为国有化和私有化更能体现国家调节经济的职能，是国家经济职能的一种自觉应用；并且，国有化和私有化有一定的法律制度为保障，使得国家对经济的调节不断制度化 and 法律化。

目 录

Contents

前 言	1
第一章 导 论	1
第一节 问题的提出	1
一、理论上的考虑	1
二、实践上的考虑	3
第二节 国内外相关观点述评	5
一、国外相关观点述评	5
二、国内相关观点述评	6
第二章 现代国家参与投资经营的原因和方式	15
第一节 现代国家参与投资经营的原因	15
一、现代国家参与投资经营的社会根源	15
二、弥补市场唯利性缺陷——现代市场经济下国家投资 经营的经济根源	19
三、调节经济——现代市场经济下国家参与投资经营 最重要的目的	26
四、国家投资经营调节经济与市场调节的关系	29
第二节 国家参与投资经营的方式	31
一、国家资本的进入和退出——国家参与投资经营过程 中相辅相成的两个方式	31

2 国家投资经营法的性质和地位研究

二、如何理解“国退民进”与国家资本进入与退出 之间的关系	34
三、国家投资经营进入的领域	35
第三章 国家投资经营的一般法理分析	41
第一节 国家投资经营法的价值和原则	41
一、国家投资经营法的价值	41
二、国家投资经营法的原则	48
第二节 国家投资经营的法律规制及内容	51
一、政府失灵的原因及表现	51
二、国家投资经营法律规制的内容	54
三、国家投资经营法内部体系的构成	56
第三节 国家投资经营法律关系的要素	60
一、国家投资经营法律关系的主体	61
二、国家投资经营法律关系的客体	65
三、国家投资经营法律关系的内容	68
第四章 国家投资经营法的性质	73
第一节 国家投资经营法是国家调节经济之法	73
一、参与式调节——国家调节经济的一种方式	73
二、国家投资经营法演变为国家调节经济之法	77
第二节 西方私有化和我国国有企业改革之后的 国家投资经营法的经济法性质	79
一、西方私有化浪潮之后的国家投资经营法的 经济法性质	80
二、我国国有企业改革之后的国家投资经营法的 经济法性质	91

三、我国和西方的国家投资经营法之比较——	
以调节经济的思想渊源和完善路径为视角	97
第三节 再分配功能——国家投资经营法调节经济的	
本质反映	103
一、国家投资经营法是再分配法	103
二、国家投资经营法如何实现社会利益的再分配	107
三、国家投资经营法在“中国—喀什”经济特区中的	
地位和作用	110
第四节 国家投资经营法的经济法属性	111
第五章 国家投资经营法在经济法体系中的地位	113
第一节 国家投资经营法是经济法体系的独立组成部分	113
一、市场唯利性缺陷的相对独立性——国家投资经营法	
独立地位的理论前提	113
二、国家投资经营法的本质与任务、调整对象和调整	
方式的相对独立性	118
三、国家投资经营法是投资法和经营法的统一	122
第二节 国家投资经营法与经济法体系中其他亚部门法的	
关系	124
一、国家投资经营法与市场规制法的关系	124
二、国家投资经营法与宏观调控法的关系	126
三、国家投资经营法、市场规制法和宏观调控法在经济法	
体系中的地位和作用分析	138
第三节 国家投资经营法之地位在未来的发展变化	140
一、国家投资经营法之独立地位在未来保持不变	140
二、国家投资经营法独立地位的新证成——以国家救市为	
视角	147

4 国家投资经营法的性质和地位研究

三、国家投资经营法在较长时期内仍是我国经济法体系的核心

核心 158

第六章 国家投资经营法的独立地位与国有企业改革的理论

选择 173

第一节 统制、主导到调节——国家经济职能的转变 173

第二节 国家调节经济——我国国有企业改革制度设计

的前提 178

一、我国当前国有企业改革主要指导思想及不足之处 179

二、“国家调节说”是我国国有企业改革的应然指导

思想 188

第七章 形而上学还是实证主义

——对经济法研究方法的反思 195

第一节 理论共认与经济法学科的发展 195

第二节 形而上学的必要性 197

第三节 问题与主义的结合——我国当前经济法学研究的

任务 200

参考文献 203

后 记 217

第一章 导 论

第一节 问题的提出

本书是关于经济法体系方面的专著。本专著的写作主要基于以下理论和实践两个方面的考虑：

一、理论上的考虑

经济法学是我国部门法体系中相对年轻而争论又最多的学科，争论最多的问题是经济法体系问题。

我国理论界对经济法学的研究开始于 20 世纪 70 年代末期（准确说开始于 1978 年），是以我国经济体制改革为契机的。从那时算起，距今已经有 30 多年了。在这 30 多年中，我国对经济法学的研究先是从经济法学的本质属性、调整对象、学科归属等基本问题开始的；但是，在对这些基本理论问题尚未完全厘清的情况下，本着理论与实践相结合的原则，理论界的研究思路已经发生了转向，即从对基础理论的研究转移到主要对基本制度问题的研究。目前，就我国经济法学界的研究现状而言，对经济法的基础理论问题的研究还不够成熟，特别是对经济法的调整对象、学科体系等重大理论问题的研究还不完善。虽然经济法学界对我国经济法的基本构成体系达成了一些共识，那就是普遍承认宏观调控法和市场规制法是我国经济法体系的组成部分，但是对宏观调控法和市场规制法的内部构成还存在一些分歧；对国家投资经营法性质和地位的争论就更大了。总而言之，目前我国经

2 国家投资经营法的性质和地位研究

经济法学界对国家投资经营法性质和地位的研究还是一个薄弱环节,认识也不够深入,更谈不上观点的统一。本课题的研究,就是希望经济法学界能加深对国家投资经营法性质和地位的了解,以达成更多的共识。

国家投资经营法性质和地位问题属于经济法体系一个重要问题。对学科体系的研究在某种程度上影响了学科的完善和发展,经济法学界也充分意识到这一点。因此,自20世纪70年代末经济法学在我国兴起以来,经济法体系就一直是经济法学界研究的一个热点问题。这一点,中国人民大学主办的刊物《法学家》杂志历年有关经济法研究的回顾与展望可以作为证明。然而,考察我国经济法学界对经济法体系的研究,我们就会发现,由于研究起点各不相同,产生了不同的经济法学说流派。不同流派的学者们对现代经济法产生的原因和现代经济法的本质特征、现代国家调节经济的原因和方式的理解各不同,对世界各国经济法模块的共性与个性等方面的观点也不一致。

众多经济法学学派的出现在某种程度上与我国现代法制建设的历程也有关联。我国现代法制建设是从1978年开始的,民法、行政法、经济法、社会学等学科同时起步,而不像西方国家经历了民法、行政法、经济法的次第发展过程。因此,学科兴起之初,难以即时澄清这些部门法之间的关系,对经济法秩序与民商法秩序、行政法秩序、社会学秩序之间的关系也存在一定的认识差异,诸如大经济法、经济行政法等之类的学术流派的存在就是很好的证明。这些差异的存在,直接影响了学者们对经济法体系的理解,进而影响了对国家投资经营法的认识,从而也在一定程度上影响了经济法学科的健康发展。

另外,由于经济法与经济学之间存在某种天然关系,不少学者把一些经济学概念,特别是西方经济学之中的市场失灵、垄断、宏观调控等概念,直接移植到经济法学之中,没有对这些概念进行必要的法学改造。这在某种程度上也导致了经济法体系研究的混乱。因此,长期以来,不少学者要么是忽视了对国家投资经营法的研究,把国家投

资经营法排除于经济法体系之外；要么是对国家投资经营法的地位和性质的认识不到位，归之于宏观调控法；或者把国家投资经营法分解为投资法和经营法，分别归类。本书的研究，就是为国家投资经营法正名，帮助人们真正了解国家投资经营法的性质，恢复国家投资经营法在经济法体系中的独立地位，以完善经济法学学科体系。

二、实践上的考虑

实践上的考虑来自于世界各国的国有企业改革实践。国有企业的存在是一种世界性的普遍现象，国有企业的发展直接关系到各国经济发展。由于国有企业是社会化市场的产物，没有哪个国家能完全消灭国有企业，这已经为世界各国社会经济发展的实践所证明。但是，由于国有企业存在一些自身缺陷，因此也在一定程度上成为许多国家经济发展中的掣肘因素。目前，世界各国、不论是西方发达国家还是东方发展中国家，都在进行国有企业改革。国有企业改革是一项重大的社会经济实践，必须要以正确理论为指导。而正确改革理论的选择有赖于我们在理论上对国家投资经营法的性质和地位的准确定位。

二战前后，国有企业成为一个世界性现象。为了挽救经济危机，促进经济发展，很多国家都掀起了国有化高潮；国有企业成为国家调节经济的重要手段。国有企业也不辱使命，在医治战后创伤、发展经济等方面发挥了重大作用。可是，20世纪80年代之后，国有企业又成为一个世界性的经济难题，乃至西方发达国家掀起了私有化运动。实践证明，国有企业必须不断改革，以适应调节经济的需要，这一点已得到了世界各国普遍认同。

理论是实践的指南，国有企业改革不能没有正确的理论指导；否则国有企业改革就没有正确的方向，必然会走很多弯路。目前，不同的国家有不同的指导理论，产生了不同的国有企业改革实践。不同的理论也导致不同的实践结果。就我国而言，存在产权论、竞争论和结构调整论等不同的改革理论。可是，我们不能同时使用不同的理论，