

安徽大学法律评论

Anhui University Law Review

安徽大学法学院 组编
安徽大学经济法制研究中心

Vol.2 2008

2008年第2辑

(总第15辑)

主编 李明发 副主编 华国庆

安徽大学出版社

安徽大学法律评论

2008 年 第 2 辑(总第 15 辑)

Anhui University Law Review

Vol. 2 2008

安 徽 大 学 法 学 院
安徽大学经济法制研究中心

组 编

主 编 李明发
副主编 华国庆

安徽大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

安徽大学法律评论. 2008 年第 2 辑(总第 15 辑) /

李明发主编. —合肥: 安徽大学出版社, 2009. 1

ISBN 978-7-81110-539-1

I. 安... II. 李... III. 法律—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 006490 号

安徽大学法律评论 2008 年第 2 辑(总第 15 辑)

主编 李明发 副主编 华国庆

出版发行 安徽大学出版社
(合肥市肥西路 3 号 邮编 230039)
联系电话 编辑室 0551-5108272
发行部 0551-5107784
E-mail ahdxxhps@mail. hf. ah. cn
责任编辑 程忠业 李海妹
封面设计 孟献辉

印刷 中国科学技术大学印刷厂
开本 787×1092 1/16
字数 400 千
印张 17.5
版次 2009 年 1 月第 1 版
印次 2009 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81110-539-1

定 价 28.00 元

如有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换

《安徽大学法律评论》学术委员会

(按姓氏笔画为序)

王源扩	王圣扬	王先林	史际春	朱 勇	华国庆
汪金兰	李明发	张宇润	张恒山	张 晶	陈宏光
周少元	胡云腾	胡世凯	徐淑萍	袁曙宏	储育明
程雁雷	韩 轶	强昌文			

编辑委员会	史际春	王源扩	李明发	王先林
	华国庆			

主 编	李明发
-----	-----

副 主 编	华国庆
-------	-----

编辑部秘书	毕金平
-------	-----

英文目录翻译	李坤刚
--------	-----

目 录

经济法制论坛

- 经济法视野中的国家调节经济之维 喻 玲(1)
- 管制的过程性:法经济学视角的一种解读 刘大伟 唐要家(13)
- 财税法视野下的我国科技自主创新研究 华国庆 史山山 龚婷婷(25)
- 论我国宪法中税收条款之构建
- 从宪法文本角度 毕金平 刘 军(39)
- 跨国并购及其反垄断控制析论 姜发根(48)
- 劳动报酬优先权研究 胡玉浪(60)
- 试析我国区域立法的含义及其意义 陈 光(72)
- 股份有限公司发起人出资不实民事责任剖析
- 关于《公司法》第84条、94条之系统解释 喻胜云(80)
- 论英国取消董事资格制度及其对中国的借鉴意义 范世乾 韦 伟(88)

法学专论

- 论船舶碰撞的责任主体 乔仕彤(101)
- 1980年海牙《国际诱拐儿童民事方面的公约》及其实施机制评析 ... 汪金兰(110)
- 电子邮件的国际监管和跨境执行 沈朝晖(120)

论中国海域使用权的分类及其与其他物权、法律制度的关系	苗延波(132)
论公务员不服从违法命令的若干问题	伏创宇(144)
新时期法治思想的创新与发展	
——十七大报告蕴含的法治思想	陈宏光(151)
论行政机关侵犯公民非法利益的诉讼衡量	张弘(159)
浅论刑事侦查程序的适度公开	
——以程序正义为视角	陈少林 刘廷(170)
前科消灭的性质辨析	马长生 彭新林(177)
论《孙子兵法》的兵家法思想	王亚军(182)
两条道路如何抉择?	
——对《变法、法治及其本土资源》一文的解读	蒋志如(189)
权利政治初论	
——方法、观念与实践	赵宗亮(198)
驳民法宪法新同位论	申惠文(211)
论国际义务与国家责任的援引	朱丹(223)
法学本科教育的定位及其课程设置的思考	
——基于我国法学教育现状与长远发展	李勇军 欧阳仁根(232)

人物纪念

怀念我们的父亲(二)	周一煊 周莉华 周芝华(243)
------------	------------------

学术动态

安徽大学经济法制研究中心近期主要学术信息(第8期)	(267)
---------------------------	-------

Contents

Forum of Economic Legal System

The Dimension of State Economy Adjustment from the Perspective of Economic Law

Yu Ling(1)

The Processing of Regulating: an Interpretation from the Perspective of Legal Economics

Liu Dawei Tang Yaojia(13)

A Study on Self-innovation in Science and Technology in China

——From the Perspective of Taxation and Financial Laws

Hua Guoqing Shi Shanshan Gong Tingting(25)

On the Construction of the Articles concerning Taxation in the Constitution of China

Bi Jinping Liu Jun(39)

On the Transnational Merger and Acquisition and the Theory of Anti-Monopoly

Jiang Fagen(48)

A Research on the Priority of Employment Remuneration

Hu Yulang(60)

A Preliminary Research on the Meaning of District Legislation and Its Significance

Chen Guang(72)

An Analysis of the Civil Liability of Initiators of Stock Limited Company in Investment Fraud

——A Systematic Interpretation of Article 84 and 94 of the Company Law of China

Yu Shengyun(80)

On Disqualification of Directors in England and Its Lessons for China

Fan Shiqian Wei Wei(88)

Legal Study Forum

On the Liable Parties in Ship Collision

Qiao Shitong(101)

Comments on 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction and Its Enforcement Mechanism

Wang Jinlan(110)

The International Supervision of E-mails and Cross-border Enforcement

Shen Chaohui(120)

The Classification of Sea Area Usage Rights and Their Relationship
with other Real Rights and Legal System

Miao Yanbo(132)

On the Problems concerning Public Servants' Refusal to Obeying Illegal Orders

Fu Chuangyu(144)

The Innovation and Development of the Ideology of Rule by Law

——*The Ideology of Rule by Law Contained in the Report of the Seventeenth Session*

Chen Hongguang(151)

A Litigation Weighing of Administration Authorities' Infringements of Citizens' Illegal Interests

Zhang Hong(159)

A Preliminary Study of the Appropriate Publicity of the Criminal Investigating Process

——*From the Perspective of Judicial Justice* **Chen Shaolin Liu Ting**(170)

On the Nature of Eliminating Previous Crimes **Ma Changsheng Peng Xinlin**(177)

On the Legal Ideology of Tactician in "Sun Tzu's Art of War" **Wang Yajun**(182)

How to Choose between Two Roads?

——*An Interpretation on the Essay Law Reform, Rule by Law and the Domestic Resources*

Jiang Zhiru(189)

A Preliminary Study on Politics of Rights

——*Method, Concept and Practice* **Zhao Zongliang**(198)

Refuting the New Theory that Civil Law and Constitution Law are on the Same Level

Shen Huiwen(211)

On the Application of International Obligation and State Liability **Zhu Dan**(223)

Some Reflections on the Orientation of Undergraduate Education of Law Majors

and the Curriculum Designing

——*Basing on the Current Legal Education and Long-term Development*

Li Yongjun Ouyang Rengen(232)

Remembrance

In Memory of Our Father (II)

Zhou Yixuan Zhou Lihua Zhou Zhihua(243)

Academic Information

Recent Main Academic Information of Economic Law Research Center (No. 8) (267)

经济法视野中的国家调节经济之维

喻 玲*

一、国家调节及政府调节之辨

(一) 国家与政府之别

尽管不同的学科从不同的角度对国家、政府进行了定义,剔除阶级等因素,从一般意义上我们可以将国家界定为:国家主要是民族和地理的概念,国家是在社会中享有主权的政治组织,是该国范围内的整个社会的代表;政府(行政机构)则是国家权力的执行者、被委托人,社会中提供社会公共产品的社会部门。国家与政府的区别不仅仅表现为以上内涵与外延上的区别,还应包括以下两个方面:

第一,从利益机制看二者区别。国家是该国范围内的整个社会的代表,经济法关注的社会整体利益的代表者只能是一般意义上的国家,而不是拥有行政权的政府。因为政府是代理人,它与被代理人之间有着不同的利益基石,那么从客观上来说,政府就不可避免地代表着某一阶级、阶层甚至狭隘的利益集团的利益。政府因为有自身的利益诉求,在为公众谋求利益的过程中不可避免地会有“私心”,也就无法成为社会整体利益的代表。当然我们要承认政府作为国家的主要构成体,是社会整体利益整合的一个主要推动者,其一般具有统治机构与公共管理机构的双重性质。简言之,就社会整体利益而言,政府与国家完全分立,代表社会整体利益的是国家而不是政府,对社会整体利益的保障是由国家法律来完成而不是由政府掌控。

第二,从国家、政府和法律三者间关系的角度看二者的区别。

首先,从法律运行的角度来看,其一,洛克认为政府的形式是以最高权力即立法权的隶属关系而定,既不可能设想由下级权力来命令上级,也不能设想除了最高权力以外谁能

* 喻玲,江西财经大学讲师、华东政法大学经济法学博士研究生。

制定法律,所以,制定法律的权力归谁这一点就决定国家是什么形式的。^① 国家作为社会整体利益代表的方式主要是制定法律和维护法律的权威以及保障法律得到遵守,在这一过程中,立法机构和司法机构成为国家代表社会的支柱,也成为社会整体利益张扬的场所。其二,法律的颁布是以国家的名义,而非以政府的名义;政府颁布的条令与国家颁布的法律有效力、层次及权威性上的差异。其三,国家立法机构才是制定国家法律的最终权力代表,政府在法律的运行范畴中仅仅被作为执法者的角色来看待。

其次,从宪政角度来看,政府是依据国家的宪法组建的,在一个法治国家,政府的权力必然受到国家法律的约束。所谓的“有限政府”就是指政府在法律的框架内执行其相应的职权。国家的法律约束政府的行为,政府在法律的授权和监督下履行自己的职责,促进社会发展。

(二)国家调节与政府调节之别

之所以做这样的辨析,原因在于,现实中,由于在国家调节中政府调节居于最主要位置,人们往往将国家调节与政府调节相等同,这不利于人们认识国家调节的维度之本质认识。

经济调节机制,包括市场调节与国家调节,是对社会经济的结构和运行进行的调节。各种调节机制实际上是对人们的各种利益关系进行的调节、调整,或者说是一种分配。市场调节是基于价值规律和供求关系进行的利益分配,其价值取向是各个具体生产过程中的各个体的效率与公平。而国家调节则是运用“国家之手”进行的社会利益关系的调整 and 分配,其价值取向偏重于社会总体性效率和社会公平。国家调节所做的分配是在市场调节所做的分配基础之上,为了社会整体利益和社会公平而进行的分配。^② 漆多俊教授认为:“国家调节指的是国家对于社会经济的一种调节机制和调节活动,是国家直接介入社会经济生活,进行干预、参与和促导,排除社会经济正常运行中的障碍,并积极促进和引导其朝着国家意志所希望的方向和轨道运行,以维护和促进社会经济协调、稳定和发展。”^③ 据此,笔者认为,政府调节主要是指作为国家权力机关中的行政机关及其授权的组织对于社会经济的一种调节机制和调节活动,是国家直接介入社会经济生活,进行干预、参与和促导,排除社会经济正常运行中的障碍,并积极促进和引导其朝着国家意志所希望的方向和轨道运行,以维护和促进社会经济协调、稳定和发展。

尽管在国家调节中政府调节居于最主要位置,但二者的区别也还是很明显的。这种区别至少表现为以下几点:

1. 宗旨不同。

国家调节的目的本质上是为了社会整体利益,政府调节的目的是为了其所代表的阶级、阶层甚至是利益集团的利益。

① [英]洛克:《政府论》(下),瞿菊农、叶启芳译,第74页,北京:商务印刷馆,1986。

② 漆多俊:《经济法再分配功能研究》,载漆多俊主编《经济法论丛》(14卷),北京:中国方正出版社,2008。

③ 漆多俊:《经济法学》,第1页,武汉大学出版社,1998。

2. 主体不同。

国家调节的主体包括行政机构、立法机构、司法机构及其授权的组织,政府调节的主体仅限于行政机关及其授权的组织。

3. 目标不同。

日本经济法学家金泽良雄认为,在市场经济条件下,政府调节就是政府为了矫正或改善市场机制内在的问题而调节经济主体活动的行为。而政府调节经济的目的是为了矫正市场失灵,这已成为一种普遍认识。但是,国家调节的范围却不应仅限于此,除了市场失灵,国家调节的范围还应包括非市场缺陷(如政府失灵),所以,国家调节在本质上是为了建立一种秩序。

4. 手段不同。

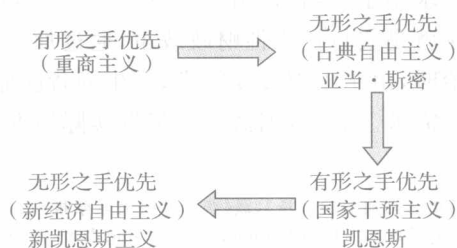
国家调节经济可以采取立法、行政、经济和司法手段,而政府调节经济只能采取有限的立法手段、经济手段和行政手段。

5. 调节对象承担的法律责任和用以制裁的手段不同。

国家调节因为是对立法、行政、司法的全面调节,因而调节对象承担的法律 responsibility 包括民事责任、行政责任、经济责任和刑事责任四种类型,相应的制裁手段也包括民事制裁(由人民法院实施)、经济制裁(由人民法院和行政执法机关实施)、行政制裁(由一般行政机关实施)和刑事制裁(由人民法院实施)四种。而政府调节,其调节对象可能承担的法律 responsibility 只有行政责任和经济责任两种,没有民事责任和刑事责任,用以制裁调节对象的法律手段也只有行政制裁手段和经济制裁手段,没有民事制裁手段和刑事制裁手段。

二、国家调节与市场自由之辩

国家调节主义认为,国家应该积极调节经济,而不应当放任经济自由发展。国家调节主义的起源最早可以追溯到重商主义时期(15~17世纪),在这段时间里国家调节政策总是随着一国经济的变化和发展不断变化。国家调节的难题不仅包括要不要国家调节,还包括二者如何兼容并蓄,如何寻找一个好的契合点,使调节产生积极的效率。我们可以大致将西方国家对市场的调节制度变迁用下图表示出来:



国家调节经济制度变迁图

在这一变迁历程中,各国也通过不断调整政策积累了大量的经验。我们对其作如下总结。

1. 完全自由的市场在阶级社会不可能存在。

从以上提到的国家调节的制度变迁中,可以发现国家调节自古有之,它是伴随阶级和国家的产生而产生的。即便是在资本主义自由竞争时期,政府对其经济管理或者规制的职能也从来不曾放弃,自由放任也总是有限度的。如即便是在一直信奉“管得最少的政府是最好的”美国,政府也直接帮助建设了第一条电报线路(19世纪40年代华盛顿至巴尔的摩的电报线路),帮助进行农业研究与技术的推广(1863年开始的《莫里尔法案》,联邦政府支持的农业研究与技术推广计划)。

2. 只要一个国家的政府对经济进行调节,就有可能存在政府失灵。^①

政府信息的不完全性以及在对经济调节过程中的“权力寻租”、运行效率低下,往往导致政府规制达不到既定的目标,反而阻碍、限制了市场功能的正常发挥,加重市场缺陷,或者虽达到了预期目标却成本高昂,也会产生“政府失灵”。也即“潜在地存在着严重扰乱经济生活和扭曲资源配置的可能性,造成市场经济的效率降低”。^②

3. 市场运行中的问题不仅源自市场失灵,还源自政府失灵。

“市场失灵”的存在,使国家调节获得了正当性。国家过多的调节经济不是治疗“市场失灵”的良药。凯恩斯主义的失败和社会主义国家对计划经济体制的放弃,都足以印证该论点。“政府失灵”的存在,应该提醒我们“必须高度重视市场经济条件下政府调节行为的局限性及限度问题”。^③ 经济体制转轨型国家^④市场机制的脆弱性,更加要求政府积极、合理地培育市场机制。

4. 调节和自由不应该是一种对立的关系。

调节和自由不应是一种对立的关系,它们之间可以并行不悖,成功的经济政策从来都是两者协调的产物。调节不是无条件的干涉,调节必须限定在实现自由目标的框架内,或者说自由是调节行为的约束条件,国家调节要遵循自由保护原则。调节是实现自由的手段,自由是调节的目的。在市场经济条件下,市场在资源配置方面发挥基础性的作用,国家公权力的行使发挥一种辅助性的作用。市场调节始终是基础性的,国家调节始终是适应性的,其作用的发挥、职能界定、调节范围、内容、方式及力度完全要取决于市场的需要。

5. 科学化的国家调节,必须做到调节的阶段化和动态化。^⑤

首先,调节必须与经济过程相适应,在经济运行中体现出阶段性特点,如凯恩斯认为,需求管理总的原则是:在需求小于供给时,由于需求不足产生萧条和失业,从而应当刺激和扩大总需求,有效的方法就是实行扩张性财政政策,通过加大政府支出来刺激和扩大总需求;在总需求大于总供给时,由于出现过度需求,产生通货膨胀,从而应该实行紧缩性货币政策,从而抑制和减少总需求。总之,国家应当根据实际情况来配合使用财政政策和货

① 徐士英:《政府干预与市场运行之间的防火墙》,载《华东政法大学学报》,2008(2)。

② U. S. Supreme Court *Columbia v. Omni Outdoor Advertising Inc.*, 499 U. S. 365 (1999) *Certiorari to United State court of appeals or the fourth circuit*. No. 89~1671.

③ 陈振明:《非市场缺陷的政治经济学分析——公共选择和政策分析学者的政府失败论》,载《中国社会科学》,1998(6)。

④ “经济体制转轨型国家”指的是20世纪七八十年代开始的由计划经济体制向市场经济体制转型的国家。

⑤ 李昌麒、张波:《论经济法的国家调节观与市场调节观——对国家与市场分析范式的一种解读》,载《甘肃社会科学》,2006(4)。

币政策,即“相机决策行动”。

其次,危机时需要更多的国家调节。^① 经济法确认适度的和必要的国家调节,排除或避免过度的和不必要的国家调节。也就是说,经济法除了确认适度的国家调节之外,还必须防止、制止和禁止国家不适当、不必要的调节。在经济全球化的今天,市场自由与国家调节具有相互融合的趋势。各国政府在对待市场自由与政府调节的问题上,采取了更加灵活的态度,国家调节的前提就是承认市场的基础作用,国家调节的实质就是努力寻找二者的最佳结合点。

三、国家调节经济之维

(一)国家调节的宗旨及社会整体利益观的反思

李斯特认为,国家对经济生活的介入就是“国家在公众同意下对个人在各个行动中的自由的限制”,该限制活动的特征至少应包括:第一,必须征得公众的同意,而且是为了公众的利益。第二,必须是为了全体的利益,出于共同愿望,确定某些是应当做的,某些是不应当做的。^② 经济法的立法过程中牵涉多方利益主体,包括社会整体利益、政府利益和社会中其他个体利益。国家调节就是运用“国家之手”进行的社会利益关系的调整和分配,其价值取向偏重于社会整体利益。但在过去,对经济法的社会整体利益观一直有各种各样的“误读”,社会整体利益往往被混同于政府利益,而对立于个体利益。正是这些“误读”,使得真正的、现代的社会整体利益在经济法语境中难以长成。也正是这些“误读”,在一定程度上导致了经济法今天陷入的困境。随着研究的深入,学者逐步认识到社会整体利益不是政府利益的体现,而是国家、地方、集体和个人利益相互促进、相互制约的联系的体现。

1. 社会整体利益不同于政府利益。

政府作为阶级统治的工具,主要代表统治阶级和统治集团的利益,而不可能代表全社会的利益,并且政府作为一个会异化的权力机器,不仅不等于社会整体利益,反而有时会损害社会整体利益。如在铁本事件中,地方政府对“企业在长江边建钢厂”的放任就是地方政府追求私利的表现。

2. 社会整体利益不对立于个体利益。

某些个体经济效率妨碍或者可能妨碍社会公平和实质公平。并且,当上述妨碍和冲突靠单边市场调节和民商法无法排除和解决时,必须由国家调节和经济法作出再分配。^③ 青年学者蒋悟真认为:经济法通过对个体利益的最大化、普遍化与持续化的追求来实现社会整体利益。对个体利益最大化的追求,构成了经济法的社会整体利益观的第一维度;经济法通过限制某些个体的自由,保障绝大多数个体的自由,使绝大多数个体的利益普遍得

① J. Henderson: “More state intervention is always needed in a crisis”, (March 25, 2008), <http://blog.mises.org/archives/007950.asp>.

② [德]弗里德里希·李斯特:《政治经济学的国民体系》,陈万煦译,第87页,北京:商务印书馆,1997。

③ 漆多俊:《经济法再分配功能研究》,载漆多俊主编《经济法论丛》(14卷),北京:中国方正出版社,2008。

到实现,构成了经济法的社会整体利益观的第二个维度;对个体利益持续化的追求,构成了经济法的社会整体利益观的第三个维度。^① 笔者对此深表认同,认为社会整体利益虽有别于个体利益,但社会整体利益更关注个体利益。在传统观念中,谈及个体利益的最大化,似乎只是传统私法的任务,但事实上,经济法同样高度关注这一点。经济法对个体利益最大化的追求,体现于经济法对人的直接关怀。这种直接关怀是相对于民法通过物权来间接地实现对人的关怀而言的。经济法对人的关怀则是直接通过对人自身的内在之物权(实际上是劳动力产权)的关怀来体现的。经济法以内物权为核心,将个体的增量利益以法律形式确定下来,规定关于增量利益的创造和分配的法律关系,通过保障增量利益来实现对个体利益的维护。关怀人自身的物权,最大限度地发挥人力资本的作用,充分体现了经济法对个体利益最大化的追求。^②

3. 结论及其实践应用。

国家调节的前提是社会整体利益,并且在社会处于危机时需要更多的国家调节,这作为一个原则已经为实践所印证。

实践一:同样是市场主体、同样面对危机,为什么救“两房”^③而听任雷曼兄弟破产?为了应对2007年3月爆发的次贷危机,美国政府注资2000亿美元,亲自出手接管“两房”,将私人控股的上市公司“国有化”,被各界认为是美国历史上最大的一次政府救市行为。对于美国政府选择救助“两房”的行为,很多人认为这是一种不公平。从形式公平的角度来说,这的确是不公平,但这种不公平的做法是基于美国政府的两点认识:第一,“两房”拥有或担保了全国近一半的按揭贷款业务。用美国财政部长亨利·保尔森的话来说:“谁会让两家拥有或担保了全国近一半的按揭贷款业务的公司破产?”因为一旦破产,可能会导致危机。第二,“两房”投资人多为私人投资者,而雷曼公司投资人主要为机构法人,这也就是说“两房”关乎更多人的利益,如果听之任之,极有可能造成社会混乱,使危机变成灾难。为了维护社会的整体利益(至少是绝大多数人的利益),国家(政府)只能调节。

实践二:美国政府不喜欢钱吗?美国诉微软是真的因为美国政府认识到微软的排除竞争行为损害了消费者(绝大多数的国外消费者)的利益吗?答案当然是否定的。美国诉微软的社会经济背景在于:到20世纪90年代中期,包括微软在内的美国软件开发商已经垄断了全球的软件行业,微软更是在个人电脑软件市场上占有90%以上的份额。随着软件开发高潮的逝去,软件开发商的收益应有所回落。但微软凭借其垄断地位,把几个相关的软件捆绑起来销售,自然触及了其他软件开发商的利益,而这些开发商又主要集中在美国,所以,美政府对微软的反垄断指控是在美国的软件行业已在全球确立了不可动摇的强势地位情况下,为保护本国软件市场的公平竞争而进行的。美国政府其实很清楚,无论微软是否被拆分、怎样被拆分,它所让出的市场份额只是在美国软件开发商之间重新分配,外国软件商不会从中获利。简单地说,正因为起诉微软、拆分微软不会损害美国的社会整体利益,美国政府才对微软举起了反垄断的大棒。

①② 蒋悟真、李晟:《社会整体利益的法律维度——经济法的基石范畴解读》,载《法律科学》,2005(1)。

③ “两房”是指房利美和房地美,分别成立于1938年和1970年,属于由私人投资者控股但受到美国政府支持的特殊金融机构,两家公司是美国住房抵押贷款的主要资金来源,所经手住房抵押贷款总额约为5万亿美元,几乎占美国住房抵押贷款总额的一半。美国次贷危机爆发后,两家公司蒙受巨额损失,融资成本不断上升,一度濒临破产。

实践三：中国政府要救市吗？“救市”是一个很热门的语词。政府要不要救市？笔者认为政府救市与否关键是看是否危及社会整体利益。如果危及(crisis)的话，那么政府当然应该救助；如果不危及的话，即便发生经济衰退(recession)，政府也不应该救助，因为经济的衰退是经济发展的必经之路，即便国家调节也不能避免，^①救市的落脚点在维护这个“社会整体利益”上，不恰当地拿全民纳税钱救市对非股民是不公平的。

(二) 国家调节的边界及调节的阶段化和动态化

哈耶克指出对权力进行有效限制，可以说是维持社会秩序方面最为重要的问题。就建构一种社会秩序来说，政府在保护所有的人并使他们免受其他人的强制和暴力方面是不可或缺的。但需要强调的是，一旦政府为了达到这个目的而成功地垄断了实施强制和暴力的权力，那么它也就变成了威胁个人自由的首要因素。真正的个人主义并不拒绝政府的强制性权力，而只是要加以限制，限制在足以防止其他私人或团体使用强制力的范围之内。^② 洛克也谈到法对于各种政体下的每一国家的立法机关的权力必须施加的限制：“第一，它们应该以正式公布的既定的法律来进行统治，这些法律不论贫富、不论权贵和庄稼人都一视同仁，并不因特殊情况而有出入。第二，这些法律除了为人民谋福利这一最终目的之外，不应再有其他目的。第三，未经人民自己或其代表同意，决不应该对人民的财产课税。第四，立法机关不应该也不能够把制定法律的权力让给任何其他人，或把它放在不是人民所安排的其他任何地方。”^③ 从以上叙述中，我们可以清晰地判断出国家及其政府不仅应该对经济进行调节，而且这种调节是有边界的，即要对“政府调节”进行有效的限制。对这种边界的探讨应该成为经济法的一个重要方面。但在现实中，边界在很多时候并不明晰，且常常存在着越界行为，尤其是政府的越界行为。调节只有恰到好处才能发挥积极的作用，没有边界的调节会给经济带来很大的危害。市场调节的分配和国家调节的再分配都需要法律加以规范。^④ 规范市场调节分配的法律主要是民商法，规范国家调节再分配的法律主要是经济法。^⑤

除了民商法与经济法的分工，探讨国家调节与政府调节的边界时，必须把握如下两点：

第一，国家调节以不取代市场的自发调节为基础。市场经济是一种以市场为导向以及作为资源配置主要手段的经济体制，它十分强调市场的主体性。而国家调节作为一种强制性的外部力量，只是在市场失灵时才充当“替补队员”介入市场，具有辅助性。国家不可擅自扩大调节之界域并取代市场成为资源配置之基础性手段。国家调节不是对市场的否定，而是补充。

第二，科学化的国家调节，必须做到调节的阶段化和动态化。^⑥ 调节必须与经济过程

① Jacob Middleton: "Can state intervention solve the crisis?" (September 9, 2008), <http://www.socialistworker.co.uk/art.php?id=15913>.

② [英]F·哈耶克：《法律、立法与自由》（第2卷），邓正来译，第220页，北京：中国大百科全书出版社，2000。

③ [英]洛克：《政府论》（下），瞿菊农、叶启芳译，第83页，北京：商务印刷馆，1986。

④⑤ 漆多俊：《经济法再分配功能研究》，载漆多俊主编《经济法论丛》（14卷），北京：中国方正出版社，2008。

⑥ 李昌麒、张波：《论经济法的国家调节观与市场调节观——对国家与市场分析范式的一种解读》，《甘肃社会科学》，2006（4）。

相适应,在经济运行中体现出阶段性的特点。因此,在国家调节经济的过程中,适度原则的适用还要取决于经济发展成熟程度及市场的规则完备程度,取决于政府对自身国情和特定发展阶段的正确认知。以国家对产业的调节为例,一是对于不同产业,政府须根据各个产业在国民经济中的地位和具体情况,确定调节的程度和范围;对于已经过较为充分的发展、具有一定竞争力的竞争性产业,政府应“有所不为”,任由市场机制配置资源;而对于国内的幼稚产业、弱势产业以及关系国计民生的重大产业等等,须由政府“有所为”,保持相当程度的调节,以促进其竞争力的获得与提高。二是对于某一特定产业,国家应该根据该产业的发展水平及时调整对这一产业调节的程度。正是基于此原理,我们在比较各国《反垄断法》的“适用除外”制度中会发现:发展中国家的“适用除外”名单明显多于发达国家;一国的“适用除外”名单也在不断地进行着调整。

(三)国家调节的范围:市场失灵与非市场失灵

一国的社会资源配置不可能仅仅依赖市场调节及价格机制来完成,因为市场本身不是万能的,存在着市场失灵。市场失灵主要表现在公共物品(public goods)、外部性(externality)、垄断、市场的不完全、分配的不公平和宏观经济失衡等方面。公共选择学派的奠基者布坎南(J. Buchanan)认为:“市场可能失败的论调广泛地被认为是为政治和政府调节作辩护的证据。”^①为了弥补市场的缺陷和纠正市场失灵,现代市场经济国家的政府在社会经济生活中扮演着公共物品的提供者、负的外在效应的消除者、收入和财富的再分配者、市场秩序的维护者和宏观经济的调控者等重要角色。市场失灵成为现代国家介入经济的良好理由。正是因为看到了市场失灵以及国家(政府)在矫正市场失灵时候的作用,所以,过去在经济法学产生和发展的过程中,尽管学说林立,但是各学说对经济法的定义中都有这样的表述:经济法最本质的特征,是体现了国家为了克服市场失灵而对经济关系的调节。如李昌麒教授曾经谈道:“经济法对市场的调节,完全源于市场失灵的存在,所以,经济法的调节范围应该严格限定在市场失灵的范围之内,因为对不存在失灵的市场进行调节,只会侵犯经济人的私权而无任何有效益的调节产出,只会减弱经济人良性的自利动力,同时激化经济人自利动机中的非理性成分,从而破坏市场机制的正常运行规律。”但是,以“市场失灵”为目标的传统经济法理论无法解释经济转型国家经济法的产生、发展,这日益成为经济法发展的一大障碍。在适应经济发展的思潮中,学者们本着实事求是的态度不断修正自己的观点。如李昌麒教授将其“国家干预说”修正为“需要国家干预说”;漆多俊教授对经济法的定义也调整为“经济法的任务主要是克服市场失灵”;顾功耘在对经济法进行定义的时候,则特别强调“实现可持续发展社会的整体效益”。^②这种修正使经济法及经济法学得以健康发展,这也是进入 21 世纪经济法得以快速发展的原因。但应该注意的是,经济法学界虽然已经认识到政府会失灵,但是还没有人开宗明义地表明经济法视野中国家调节的范围应该包括市场失灵以及非市场失灵。笔者认为,这种模糊不清,足以让人产生误读。

① [美]詹姆斯·布坎南:《自由、市场和国家》,吴良健等译,第 13 页,北京经济学院出版社,1988。

② 顾功耘:《经济法教程》,第 43 页,上海人民出版社,2007。

误读一：国家调节经济的范围就是市场失灵。在市场经济中，政府调节的失灵是不可避免的。因为，一方面，政府存在有限理性；另一方面，政府有自身利益，作为一个会异化的权力机器，不仅不等于社会整体利益，反而有时会损害社会整体利益。所以，只要有政府调节，政府失灵就不可避免。那么政府与各种市场主体间发生的这样或者那样的经济关系，就应该由经济法调整，即作为国家调节手段之一的经济法也会用来治疗“政府失灵”以及其他的“非市场缺陷”。经济法一方面解决“市场失灵”问题——限制个体利益以追求社会整体利益，另一方面也要解决“政府失灵”问题——限制政府利益以追求社会整体利益。在国家调节制度的变迁中，我们也可以看到国家调节变化的历史就是国家不断解决“市场失灵”问题与“政府失灵”问题的历史。尽管现代国家调节经济的主要目的是为了克服“市场失灵”，但是任何试图把国家调节的目的局限于“市场失灵”的做法都是不科学的，经济法作为上层建筑理应随着经济形势、经济基础的变化而调整其内容，学者们对经济法定义的上述提法是不科学的，至少不能反映经济情况的全貌。

误读二：国家调节的功能就是事后救济。“为了克服失灵”、“为了修正市场缺陷”而调节经济的提法，容易让人产生国家对经济生活的调节是事后调节的误读，因为先出现了问题、出现了失灵，才来矫正和补救。诚然，事后调整是经济法视野中国家调节经济的一个重要机制，但是经济法理论认为，法律的作用与功能主要不在于事后救济，因为任何事后救济都是有成本的，特别是社会成本，而且有时是非常大的。所以，从社会效率的角度看，通过管理、监督、引导、指导来确定法律关系，使违法行为少发生或不发生，其效率显然比单纯的事后救济要高得多。因此，在调整社会关系时，需突破传统框架的约束，把“治愈已然”和“防患于未然”有机结合起来。^①

（四）国家调节的依据：行使权力来源合法与权力行使程序合法

罗尔斯在其巨著《正义论》中提出这样一个问题：“一些人要分一个蛋糕，假定公平的划分是人人平等的一份，什么样的程序将给出这一结果呢？”这个问题的回答并不困难：“如果撇开技术问题，明显的办法就是让一人来划分蛋糕并得到最后的一份。”这个小故事也告诉我们，要获得公平，立法者的任务不仅仅是设立一个公平的制度，还应该设计一种保证达到预期结果的程序。现代市场经济国家，尽管由于国情不同，调节的具体手段也存在差异，但一个基本的共性是这种调节都有相应的法律依据，即国家及政府对经济动态、多层次的调节必须纳入法制化的轨道。具体地说，国家调节的依据应该包括以下两个方面：

第一，行使权力来源合法。规范权力的来源，是一种传统的法律规范机制，无疑也是一种最基本的控制方式。它要求国家调节权的行使主体在调节经济运行时，必须获得法律事先的明确授权，合理设定权力行使的范围和正当使用的方式。具体而言，政府在调节经济运行过程中应树立“有限政府”、“有限行政”的观念，政府经济管理权的行使须遵照政府职权法定和“凡未授权即禁止”的一般原则，以法律明示授权为依据，不得借调节之名滥

^① 徐孟洲：《经济法理论对法学基础理论的几点创新》，载《法学论坛》，2008（3）。