

转变中的法律

以经济法为中心视角

漆多俊 著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

转变中的法律

以经济法为中心视角

漆多俊 著


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

转变中的法律:以经济法为中心视角/漆多俊著.

—北京:法律出版社,2007.10

ISBN 978-7-5036-7671-0

I. 转… II. 漆… III. 经济法—研究 IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 145443 号

© 法律出版社·中国

转变中的法律——以经济法为中心视角

漆多俊 著

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2007 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京民族印刷厂

印张 11.25 字数 258 千

印次 2007 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7671-0

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

漆多俊 武汉大学、中南大学法学教授、博士生导师。兼任中国法学会理事、中国经济法研究会副会长、湖北省经济法研究会会长、湖南省法学会副会长。

转变中的法律

以经济法为中心视角

前 言

这是教育部人文社会科学研究规划基金项目的最终研究成果。它是在该项目研究计划框架内各子项研究论文的基础上,集合整理而成的。

本书围绕“转变中的法律”这一中心,论述当代中国转型社会法律的演变特点和规律。当代中国正处于各种重大转变之中,包括经济体制由计划经济向市场经济转轨、治国方略由人治向法治转型、对外关系由封闭到开放再到“入世”、高科技时代的到来等。与之相适应,中国法律也处于转变之中,属于“转型社会的法律”。书中以经济法为主要视角,深刻分析了法律与经济、社会的关系,揭示了当代中国法律演变的各种社会根源、主要特征和基本趋向,指出了立法及其实施以及法学研究的方向和任务。

本书将中国的社会与法律放在整个世界发展潮流中加以宏观考察;将当代社会与法律放在历史长河中作动态考察;以经济法为主要视角,但不限于经济法,而是将这一部门法放在整个法律体系中作综合考察;将现行制定法同应然法相联系作理性和辩证考察。力求视角高远恢弘,论述精到深邃。希望书中的这些研究成果能够得到学界、国家管理层及其他社会各界人士的充分理解,对推进学科研究,推进国家法治建设和社会进步发挥积极作用。

全书除前言外,共分7章。第一章为全书“破题”,提纲挈领地总论“转变中的社会”和“转变中的法律”;第二章主要论述法律同市场、经济和社会的关系,经济法产生发展的基本规律和基本理论问题;第三章论述法律与民主法治建设问题,经济体制转轨同治国

方略转型的关系;第四章论述法律同全球化和国际调节的关系,其中论及对传统国际经济法理论体系的反思与重构;第五至第七章,分别论述国家调节职能活动和经济法体系的三个方面构成的问题,包括市场规制、国家投资经营、宏观调控等方面的法律问题。

全书各章分别由一或两篇独立论文构成。其中多数论文已于近几年先后在国内一些期刊或在由本书作者主编的《经济法论丛》各卷上发表。此次集合整理成书时,基本保持以前发表时原状,有些文章只作了少量文字修改,有些新的信息则通过增加注释方式予以补充。由于书中所收集的各篇原本系在“转变中的法律”这一总课题体系之下研究写成(或者说,在汇集成书时文章取舍标准扣住了课题的中心思想),因此各篇虽然独立,却互相关联照应,结成一体。因此本书不同于一般的论文集。

本课题在研究期间由于工作上的原因使结题时间略有滞后,甚感不安。整个研究工作得到教育部社政司、武汉大学社科处、武汉大学法学院等单位负责人员关心和支持,在此谨致谢忱。也感谢国内外学术界许多朋友的关心和帮助,其中包括日本独协大学法学部樱井雅夫教授、周剑龙教授和独协大学国际交流中心主任盖汉和先生,蒙他们邀请于2003~2005年期间参加该校一项国际合作课题研究,并负责“中国加入WTO的法律整備”子课题,该项研究同本书第四章所收录的那篇文章相关。我的博士生张德峰、王红霞、陈雄根等参加了本书文字整理,做了许多工作,在此一并感谢。最后还要特别感谢法律出版社学术分社的茅院生社长和高山编辑对本书出版所给予的大力支持和付出的辛勤劳动。

作 者

2006年10月于岳麓山庄

Contents

目录

第一章 / 1

转变中的法律

——中国经济法的时代特征 / 3

第二章 / 23

市场、调节机制与法律的同步演变

——世纪之交的回顾与展望 / 25

时代潮流与模块互动

——经济法百年鸟瞰 / 53

第三章 / 117

论权力 / 119

权力经济向法治经济的转变

——兼论转型时期法律的控权使命 / 150

第四章 / 175

市场国际化、国际调节及相关法律问题 / 177

第五章 / 227

转型国家对市场干预的任务及市场干预法的体系

——中西方国家之比较研究 / 229

中国反垄断立法的时代精神 / 248

第六章 / 261

国企改革与股份制 / 263

第七章 / 305

宏观经济调控与宏观调控法研究 / 307

第一章

转变中的法律

转变中的法律

——中国经济法的时代特征

| 目 次 |

一、经济体制转轨与中国经济法的发展

二、治国方略转型对经济法的要求

三、加入 WTO 和全球化对经济法的影响

四、高科技(电子网络)时代对法律的呼唤和挑战

结语

我站在世纪之交的高山之巅,俯瞰人类社会
法之长河,它从莽莽荒原流来,破石穿岩,曲折跌
宕;而今正从我脚下绕过,向远方奔腾而去。远处
烟雾迷茫,我无法看清它的身影,只知道那更远处
便是大海。

——题记

当代中国顺应国际社会发展演变的时代潮流,正发生着多种深刻的社会变革,处于重大社会转变之中。这些主要包括:经济体制由计划经济向市场经济转轨;治国方略由人治向法治转型;在国际关系上由封闭到对外开放,再到加入 WTO 和参与全球化进程;还有高科技(电子网络)时代到来引起的变化等。

社会生活的变革影响着法律。传统法律及其观念遇到了挑战,产生了困惑。法律应当适应社会生活的变革,而不能令社会生活裹足不前,或削足适履,迁就于原有法律的逻辑框架。

本文重点论述经济法——也可以说是以经济法为主要视角,说明法律同时代的关系,即法律的时代精神、时代特征。中国经济法有着尤其鲜明的时代特征,它是处于上述各种社会转变之中的法律,在这些转变中产生和发展,而它本身也在不断转变之中。

一、经济体制转轨与中国经济法的发展

中国经济法产生和发展的社会根源与西方国家有着基本共同点,它们都是由于生产社会化和国家经济职能(即国家调节)的出现和发达引起的。但其具体历史条件和道路则显著不同。中国经济法是在国家经济体制改革,即由计划经济向社会主义市场经济转轨中发展起来的;西方国家经济法则是在自由市场经济向社会主义市场经济转变中产生和发展的。两者发展进程乃是两条相向的运动轨迹。

西方国家原来实行自由市场经济。市场调节发达,它基本上为唯一调节机制。市场虽存在固有的缺陷,但由于当时历史条件,它们尚未充分显露。只是自 19 世纪末开始,由于生产社会化和垄断形成,市场缺陷引起严重后果,“市场失灵”,需要新的调节机制同原有市场调节机制相辅助和配合。国家调节机制和国家经济职能于是出现和发达起来,此即调节机制二元化。国家调节也有缺

陷(此即所谓“政府缺陷”),需要法律加以规制,也需要法律保障。作为规范和保障国家调节之法——经济法于是出现。

由于国家调节是为弥补市场缺陷才需要和产生的,所以国家调节方式和活动必然是针对市场存在的那些缺陷,采取相应措施,这又决定了经济法体系的基本构成。本作者过去曾经论述市场存在三缺陷(市场障碍、市场唯利性、市场的被动性和滞后性),国家调节采取三方式(反垄断、反不正当竞争以排除市场障碍,国家直接投资的进入和退出,国家指导、促进或称宏观调控),经济法体系有三构成(市场规制法,国家投资法,宏观调控法),此即所谓经济法“三三理论”。^①

中国原来实行高度集中的计划经济。国家对经济全面组织管理(或曰“统制”),否定和排斥市场机制的调节作用。社会经济结构和运行全由国家计划安排或曰计划调节。国家组织管理经济的手段和方式主要靠执政党和政府的政策文件与行政指令,不重视运用法律,法律不发达,可以说基本上不存在经济法。1978年年底,国家确定以经济建设为中心,并加强法制建设。此后,颁布了各种有关国家管理和调节经济的法律。这些法律具有经济法性质,但行政法色彩甚浓。

随着改革不断深入,市场因素逐渐发育,经济调节机制出现二元化,即除计划调节外,市场调节逐渐发挥作用。1992年,国家明确提出经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济,要实现由计划经济向市场经济的转变。市场经济乃以市场机制为其基础性调节机制,国家对经济的管理不能过宽过死,应当转变国家经济职能的范围和行使方式。国家由对经济的全面统制逐步变为一种调

^① 漆多俊:《经济法基础理论》,武汉大学出版社2000年第3版。

节,即国家调节。

按国家调节的性质和作用,国家主要是创造条件让市场机制充分发挥调节功能,并弥补市场调节之不足;绝不是排斥和取代市场调节。国家调节的基本方式和基本活动,仍然基本如西方市场经济国家那样,主要采取规制市场竞争、国家投资进入或退出、宏观调控三种。只是一则由于中国正处于经济体制转轨之中,市场经济尚未完全建立;二则中国要建立的市场经济的类型乃是社会主义市场经济,同其他国家的市场经济类型和特点有所不同。因此,中国的国家调节在范围、力度和做法上同别国有所差异。市场机制的基础性作用在逐步形成中,国家调节在一定时期内和许多方面,仍发挥着主导作用。这决定着当前中国经济法的特点。例如:

1. 在市场规制方面,同西方发达国家不同的是,中国原本市场不发达,国家还担负着培育市场的任务;中国经济生活中的垄断主要是国家垄断和国有企业的垄断,这是国家政策使然,是一种合法垄断,必须通过国家主动改革才能改变;此外还一度严重存在各种行政性垄断,这主要也需要国家采取改革措施。这些决定了经济法中的市场规制法方面的特点。另外,随着改革不断发展和市场经济逐渐发育,垄断和其他不公平竞争行为及其对经济与社会损害后果会逐渐滋长和严重,国家对市场规制的任务及这方面立法将显得重要。

2. 在国家投资方面,中国的国家投资和国有企业的比重,远远超过西方国家。国有企业改革和退出任务十分繁重。既要大力改革、改制、改组,又要考虑社会承受能力,如职工失业和社会保障问题。有些连续严重亏损并且无挽救意义的企业,本可实行破产,但这不仅要考虑前面所说的职工安置,还要考虑国有银行大量贷

款不能回收而流失问题。如此等等,决定了国有企业改革和退出的难度,不能一蹴而就。中国经济法中关于国家投资和国有企业立法在当前紧迫的任务,就是促进和保障国有企业改革及其安全退出;此外也需进一步完善和健全新增国家投资的进入法律机制,以严格控制和把握新增投资的规模、方向和重点,有效发挥国家投资对经济结构和运行的调节作用。

3. 在宏观调控方面,国家在转变经济职能行使方式过程中,近些年来对此种方式已十分重视,初步建立了宏观调控体系及其立法体系,实践中也取得较好成效。今后需要注意的一是恰当把握宏观调控的范围和力度,始终让市场机制充分发挥基础性作用;二是继续改进宏观调控的方式。宏观调控不同于反垄断那种“强制干预”方式和国家投资那种“直接参与”方式,它主要是指导、促进和为社会经济主体的经济活动提供必要的基础设施和服务。要综合运用“计划——经济政策——调节手段”。计划主要是指导性的。财政、税收、金融、外汇、外贸等政策为实现计划服务。各项经济政策要协调、配套,形成互动。可以根据不同时期的经济形势,选择其中一二项政策作为主导。要灵活运用各种经济杠杆和政策工具。我国的宏观调控立法体系还需进一步健全,以保障国家依法调控。

经济法立法和实施主要集中在以上三个方面,要进一步改变过去经济法“大而全”的状况。由于市场机制逐步发达,应大力加强民商法。该由民商法调整的,经济法不予调整。另外,涉及一般行政管理的,由行政法调整;经济法调整方法也应尽量减少行政指令,淡化其行政法色彩。只有这样,经济法特有的体系和特点才会更加明确,经济法作为独立部门法的性质也便更加纯正。

中国的经济体制转轨尚需一定时日才能完成。经济法要适应

这种转变,保障和促进改革;并在此进程中不断实现自身的完善。

二、治国方略转型对经济法的要求

中国过去很长一段时间不重视法律。20世纪70年代末开始加强法制建设。90年代末国家明确提出治国方略要逐步实现由人治向法治转变。这给包括经济法在内的立法和法律实施提出了更高的要求。经济法必须适应这种转变。

20世纪80年代初期,人们对于社会主义法制的要求提出四句话:有法可依,有法必依,执法必严,违法必究。四句话的意思归纳起来不外乎两条,即一是有法(立法),二是要严格实施。从无法到有法,并要求依法办事,这无疑是个大进步。但仅如此就够了吗?按法治要求,它可能相去甚远。并且它本身即有不严谨之处:有法还要区分是怎样的法——良法,恶法?是治民、管民之法,还是维权(利)、控权(力)法?法是否真正体现民众意志,符合广大民众利益,是否有利于维护和促进生产力发展和社会进步,即是否正义?法怎样才能、才应当严格实施?法的权威性,法同政策、同执政党和国家领导人的决议、指示的关系怎样?广大民众是否自觉自愿守法?立法者、执法者和民众的法意识怎样?等等。

经济法是现代国家必不可少的一个重要法律部门。社会经济需要国家调节,国家调节必须制定法律,必须依法调节。我国如今已经颁布了许多关于国家经济调节的法律法规,初步建立了基本适应市场经济的经济法体系框架。今后经济法的任务,一方面固然要继续完备体系;另一方面或尤其重要的是不断改善经济法的内涵,弘扬其固有的本质和精神,提取其应有价值,崇扬其权威,强化其效力;此外要大力提高广大民众(包括立法者、执法者、企业与公民)的法律意识。

好的法律应当尽可能充分体现民意,维护广大民众正当权益。