

国家调节说的理论与实践

陈云良 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

国家调节说的理论与实践

陈云良 主 编
王新红 张德峰 副主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

国家调节说的理论与实践/陈云良主编. —北京:
法律出版社, 2008. 3

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8309 - 1

I. 国… II. 陈… III. 经济法 - 法的理论 - 中国 -
文集 IV. D922. 290. 1 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 036278 号

©法律出版社·中国

责任编辑/刘伟俊

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社上海出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/11.5 字数/272 千

版本/2008 年 5 月第 1 版

印次/2008 年 5 月第 1 次印刷

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

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8309 - 1

定价:30.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



前 言

经济法学是一门艰深的学问,不殚精竭虑,非苦思冥想,不能悟得真谛。2007年11月,在厦门大学召开的中国经济法学会年会上,徐士英教授说:“经济法是聪明人才能做的学问”,引起不少感慨。这不是经济法学人自命不凡,更不是其他学科就不需要智慧,而是一个多年研究经济法学者的慨叹。“都云作者痴,谁解其中味。”经济法是一种新的法律现象,经济法学是一门新兴学科,与既有法律体系有太多的冲突和背反,对传统法学知识系统有太多的解构与超越,法学院的莘莘学子一学期下来,常常不知所云;也有不少研究者在从业若干年后,自觉找不到出路,知难而退,另求他途。经济法的发源地、发达地——德国、日本,经济法学也因为一直没有形成稳定的、服众的知识系统,呈式微之势。一向以逻辑严谨著称、喜好形而上的德国人及其追求者日本人,对诸多费解的经济法基本理论问题,也是望洋兴叹,仍执著于建立科学严密的理论体系者凤毛麟角。没有顽强的学术毅力,没有执著的学术追求,没有非凡的心智,在经济法这条学术道路上是坚持不了多久的。

我们曾经也困惑过,彷徨过,很多问题百思不得其解,百问不得其果。经济法能不能成为一个独立的法律学科?是不是一个独立的法律部门?有没有独特的调整对象和调整方法?有没有自己的责任形式?它和民商法、行政法的边界在哪里?它的基本原则是什么?它的基本体系如何构成?诸如此类问题,我们千万次地问,一直得不



到一个满意的答案,探索经常无功而返。更令人尴尬的是,面对学生求知的眼神,我们无法提供令己令他心服口服的答案,无以解惑。多少次萌生去意,打算放弃经济法这只饭碗,另觅出路。

所幸的是,在探求经济法真谛的路途上,我们邂逅漆多俊先生的国家调节说,迷惘的心灵得以救赎。早在20世纪80年代初,认为经济法调整所有经济关系的“大经济法学说”正广为传播,经济法学界正一心做大做强之时,漆多俊先生保持清醒的头脑,大胆摆脱“左”的思潮的羁绊,高瞻远瞩,考察整个人类社会发展的历史,从人类社会经济发展的一般规律出发,分析国家调节职能的演变与发展,提出经济法只调整“国家经济管理关系”,调整对象的范围比起源于前苏联的主流经济法学说缩小了许多,科学而令人信服地划分了经济法与民法、行政法的边界。漆多俊先生概括市场经济从自由阶段发展到垄断阶段暴露出的自身无法克服的三大缺陷,总结出国家调节市场有三种方式,由此合乎逻辑地推导出经济法体系的三个基本构成,形成了一整套严密的、无懈可击的经济法法律体系和经济法学说体系。领悟国家调节说的基本理论后,我们的思想豁然开朗,多年来的困惑与迷惘烟消云散。

漆多俊先生的国家调节说是一把锋利的奥康姆剃刀,涤除了我们头脑中各种似是而非的、互相矛盾的观点,廓清了对经济法的混乱思维,通过对经济法产生的社会根源系统深入的挖掘,使我们对经济法的调整对象有了准确的把握和界定,对经济法的概念和本质能够进行清晰而自信的描述,树立了社会本位的经济法价值与理念,提炼出高度抽象的经济法基本原则,形成了严密而完美的经济法体系,并发现经济法存在独特的调整方法和责任制度。国家调节说不仅具有极强的说服力和解释力,而且逻辑推理如行云流水,一以贯之,逻辑结构浑然一体,天衣无缝,让我们在解惑之余充分领略到抽象之美。国家调节说解构了既往的各种经济法理论之后,帮我们构



建了一个可靠、完美的经济法知识系统,救赎了我们迷乱的心灵,坚定了我们的经济法信念,并启迪我们作进一步的探索和思考。

2008年是一个需要纪念的年份,中国的改革开放已过了整整三十个年头,经济法在中国的产生与发展也有三十年了。其间,国家调节说从提出、发展到完善,经历了《民法通则》颁布、市场经济体制确立、加入WTO等重大历史事件的检验,其科学性、自治性历久弥坚,已被学界普遍接受和承认。漆多俊先生七十华诞恰逢这个需要总结、回顾的年份,作为先生的弟子,我们将自己对国家调节说的理解与应用汇编成这样一个集子,作为一份献礼,庆祝先生七十大寿,也以此纪念经济法学在中国产生发展三十周年。作为学生,我们无意抬高和夸大国家调节说的作用与贡献,也不否认其他学说的意义和价值,我们认为李昌麒教授的国家干预说、杨紫烜教授的国家协调说、刘文华教授的纵横统一说及史际春教授的新纵横统一说对中国经济法学的发展与繁荣都作出了不可磨灭的贡献,谨此希望我们的研究有助于学界同仁了解、认识国家调节说,并推动中国经济法学的进一步发展。

先生是一个大家,才情横溢,其思想博大精深,涉猎法学、政治学、经济学、史学、诗词、书法、绘画、音乐等众多领域,对法学的各个二级学科几乎都有研究,以我辈之才识,目前尚无力要对其进行全面探讨,待到先生八十、九十华诞之际再作安排,本书仅仅是我们学习先生的代表学说之一——国家调节说的一些心得体会。由于我们的学术修为有限,管窥之见并不能充分反映先生思想之精妙,其间错误和疏漏之处也在所难免,希望能得到先生的进一步指导和学界同仁的指正。

祝先生学术之树常绿,生命之水常流!

本书编者谨识



目录 Contents

■ 上编 总论

- 张德峰 003 国家调节说的生成与意义
- 吴伟达 028 国家调节:经济法的逻辑起点
- 李运华 046 市场形态、调节机制与法律规制体系同步演变理论诠释
- 王红霞 054 市场缺陷的类型化研究
——解读国家调节理论的经济基础
- 陈云良 072 国家调节权研究
- 王 健 089 再论经济法体系的基本构成与核心
- 孙光焰 109 提倡性规范:经济法调整方法与法律后果体系的完美契合
闫小龙
- 王玉辉 121 日本的国家经济调节职能与经济法理论研究的反差
武晋伟 ——兼论国家调节说关于经济法体系构建的国际普适性
- 李胜利 137 “模块论”:中西方国家经济法的产生、发展与互动
- 郑岳峰 164 在法的传统性与现代性之间



■ 下编 各论

- 徐士英 179 市场经济调节机制的发展与创新
——以竞争法的国际调节为视角的探讨
- 游 钰 201 论国际卡特尔的国家调节与国际调节
——兼论全球化背景下经济法的发展
- 王新红 219 生产关系的变革、股份制的发展和中国的国企改革
- 李 勇 236 从主导到调节
——国有经济制度理念的回归
- 漆思剑 258 国家投资经营的“进”与“退”
——从国资委《关于推进国有资本调整和国有企业重组的指导意见》谈起
- 张德峰 287 宏观调控及宏观调控法的界定
- 李 刚 305 税收宏观调控法仅限于一国吗?
张冬云 ——从“国际调节说”角度进行的考察
- 丁作提 316 税的政治
——漆多俊先生权力理论的一个初步应用
- 陈茂国 332 特殊利益集团的国家调节
- 丁国民 344 社会主义新农村建设的法治支撑
——以产业政策法为视角

上 编

总论



国家调节说的生成与意义 | 张德峰*

1986年3月,漆多俊先生所著的《国民经济的法律调整》一书正式出版(该书实际完成时间是1984年)。这是我国最早的经济法学著作之一。^①当时经济法学刚刚在我国兴起,拉普捷夫式的“大经济法观点”正目空一切地占据了绝对主导地位。漆多俊先生力排众议、独树一帜,提出并雄辩地论证了被称为“小经济法”的理论。《国民经济的法律调整》指出了经济法应有的调整对象和特殊使命,科学地界定了经济法同民商法的关系,深刻地分析了“大经济法”的弊端及其产生的根源。在该书经济法思想理论的基础上,漆多俊先生于1993年4月出版了另一部学术专著《经济法基础理论》(该书由武汉大学出版社出版,后分别于1996年4月、2000年1月再版)。该书进一步按照“市场、调节机制与法律同步演变”这一明晰的逻辑思路,创立了以“市场三缺陷——国家调节三方式——经济法体系三构成”为核心的经济法学理论体系。此即学界所谓“国家调节说”,或称“三三理论”。

* 张德峰,湖南师范大学法学院讲师,经济法学博士。

① 我国早期经济法个人专著除漆多俊先生的《国民经济的法律调整》(河南人民出版社)外,还有1981年8月由北京大学出版社出版的刘隆亨先生的《经济法简论》。



一、国家调节说产生的背景和理论基础

(一) 中国经济法学的兴起与早期的“大经济法”观点

中国学者研究经济法起步于 20 世纪 70 年代末。当时国家已经决定实行经济体制改革和对外开放。体制改革就是要改变原来国家对经济管制过多、过死的局面,引入和发展市场因素,发挥市场机制对经济的调节作用。与此同时,国家决定要加强社会主义法制建设,改变主要靠行政指令方式管理经济的传统做法。中国经济法就是在这样的背景下产生的,并在全中国迅速兴起一股经济法学研究的热潮。

中国的经济法学最早是从国外引入的。当时人们认为日本和欧洲等西方国家的经济法并不适合中国国情,而只对苏联、东欧国家的理论感兴趣。由于这些国家一直实行公有制和计划经济体制,所以民商事关系和民商法很不发达,其社会经济关系几乎都离不开国家的参与,因而他们认为经济法几乎调整各种经济关系,而民法、商法则基本上被废弃。

苏联、东欧国家当时的经济法学说以拉普捷夫的“纵横经济关系说”为代表。受此影响,形成了中国的“大经济法”理论观点。^②“大经济法”观点认为,经济法是调整几乎各种经济关系的法,既调整“纵向经济关系”(国家经济管理关系),又调整“横向经济关系”(企业等各平等主体之间的经济关系),还调整“企业内部经济关系”。^③但是,这种观点受到了民法学界的强烈反对,从而拉开了经济法学界与民法学界论战的序幕。

^② 中国当时的经济法理论观点形形色色,有所谓经济法“诸说”。但当时影响最大的是所谓“纵横说”或“纵横统一说”,及稍后的“密切联系说”、“管理协作说”之类“大经济法观点”。详见漆多俊:《国民经济的法律调整》,河南人民出版社 1986 年版,第 25~30 页;漆多俊:《经济法基础理论》(第 3 版),武汉大学出版社 2000 年版,第 126~141 页。

^③ 到了 20 世纪 80 年代末,上述“纵横说”或“纵横统一说”则变成了“密切联系说”或“管理协作说”。



在中国经济法学发展的早期阶段,“大经济法”观点的出现是可以理解的。首先,在苏联和东欧国家,经济法学界许多人都把经济法的调整对象看得过大,这也是当代公有制国家较为普遍的一种经济法思潮。由于受苏联经济法理论的影响,国内经济法学界的绝大多数人也持相似的观点。其次,“大经济法”观点的产生还同当时的中国经济体制相关。中国此前长期实行计划经济,在经济体制改革刚刚起步的当时,许多人对中国经济体制改革的意义和发展方向的认识并不深刻,反映在经济法学界,便是很少有学者从国家(调节)与市场的关系去思考经济法。漆多俊先生当时就洞察到这一原因并一针见血地指出:“有些同志之所以把经济法的调整范围看得太广,在不同程度上对于民法在调整国民经济活动中的地位和作用有所忽视,与他们对于社会主义国家应该实行怎样的经济体制的认识有关。由于我国过去长期过分强调了国家权力在经济管理工作中的作用,过分依仗行政命令的手段来管理经济,以致使人们形成一个较深的印象,以为社会主义国家经济体制本应就是如此。近几年来,我国虽然进行了经济体制改革,但是,对于经济体制改革的重大意义和发展方向,也不是很快就会被所有人认识的。过去的习惯和传统观念,影响到我们法学界的同志对于我国经济法制的看法,这原是可以理解的。随着我国经济体制改革的继续深入进行,相信在这方面的看法会逐渐趋于一致的。”^④

(二) 国家调节说的思想理论基础——“小经济法”观点的产生

国家调节说的创始人漆多俊先生也是那一时代最先研究中国经济法学的学者之一。但同当时中国经济法学界研究的普遍狂热相反,他冷静地看到了经济法学研究狂热背后的潜在危机——经济法并不是调整所有经济关系的法律! 早在中国经济法研究的起步阶段,漆

^④ 漆多俊:《国民经济的法律调整》,河南人民出版社1986年版,第20页。



多俊先生就不同意以前苏联法学家拉普捷夫为代表的国内外法学家的“大经济法”观点,而是认为经济法只同现代国家对社会经济的管理调节相关。20世纪80年代初期,他早在中国《民法通则》颁布之前完成的著作——《国民经济的法律调整》——中将社会经济关系分为两类,一种是发生在平等主体之间的民间经济关系,一种是由于国家干预、管理经济活动而发生的、其一方主体是国家的国家经济关系。前者由民法调整,后者由经济法调整。“自从国家产生以后,社会经济关系便事实上存在两种类型……民间经济关系”和“由于国家干预、管理经济活动而发生的,其一方主体是国家”的国家经济关系。资产阶级国家建立之后,刑民分离,调整民间商品经济关系的民法独立;进入生产社会化和出现资本主义垄断以后,调整国家(干预、管理的)经济关系的经济法迅速壮大,形成独立之势。^⑤在当时的历史境况下,这石破天惊之语显然并非是仅凭学术勇气和一腔热情便可以做到,而是反映出漆多俊先生对社会经济生活及其发展规律的高人一筹的认识。

为了强调经济法与民商法的区别,他进一步指出:“国家经济法并不是对各种所有制经济和国民经济各个领域当中的什么事都管,不是说它调整一切经济关系,以至把民法的内容也包括进去了;国家经济法只调整各种所有制、国民经济各领域当中以国家为一方主体的那些经济关系,这些经济关系关系到国计民生;对于其余与国计民生不是紧密相关、国家不以一方主体身份参与或干预的那些部分和方面,国家经济法不予调整,那是民法等其他部门法的调整范围。”^⑥由于漆多俊先生认为经济法是调整、也只调整同国家调节经济相关的国家经济管理关系,或者“经济管理关系”,相对于“大经济法”观点而言,这种意见所揭示的经济法调整对象范围较小,所以他的观点

⑤ 漆多俊:《国民经济的法律调整》,河南人民出版社1986年版,第4~6页。

⑥ 漆多俊:《国民经济的法律调整》,河南人民出版社1986年版,第12页。



又被称为“小经济法”观点。^⑦

“小经济法”观点的提出在某种意义上就意味着为民法(的调整对象)存在的合理性作“辩护”,这在当时经济法学界看来是不可思议的!但事实上,漆多俊先生并没有为民法进行“辩护”的必要(事实上也无须辩护)。他这么做仅仅是基于对中国经济体制改革的意义和目标的远见,以及他对民法的重要性和经济法本质的独特见解。他在《国民经济的法律调整》一书中指出,“社会主义国家的经济体制改革揭示了民法在调整国民经济活动中的广阔途径……国家对国民经济的管理由主要依仗国家权力、依靠行政手段过渡到重视运用价值规律,运用经济杠杆对国民经济实行调节”。^⑧“在国民经济活动中,除了国家以一方主体身份参加经济活动、发生国家经济关系以外,还有更为大量的经济关系是发生在‘国家’以外的各社会组织和公民相互之间——我们把它称为民间经济关系。在社会主义条件下,由于仍然存在商品生产和商品交换,价值规律仍然起着重要作用,所以,各社会组织和公民之间发生的经济协作、交换关系,也必须按照平等自愿、等价有偿的原则进行,这种经济关系的双方地位是平等的,不能依仗行使权力解决问题。”^⑨因此,平等主体之间的关系本来就应该由民法来调整,这不是“争”、“抢”的问题。这种观点的提出在当时无疑是需要巨大的学术勇气的。

《民法通则》的颁布及此后中国经济法各种学说的演变基本上证明了他的先知先觉。

《国民经济的法律调整》一书中关于国家对经济活动的“干预”、“管理”或“调整”等核心概念和思想后来即被发展演变成“国家经济调节”;而其“小经济法”观点关于“经济法只同现代国家对社会经济的管理调节相关”的思想则直接导致了此后国家调节说的产生。

⑦ 漆多俊:《经济法基础理论》(第3版),武汉大学出版社2000年版,第130页。

⑧ 漆多俊:《国民经济的法律调整》,河南人民出版社1986年版,第17~18页。

⑨ 漆多俊:《国民经济的法律调整》,河南人民出版社1986年版,第17页。



二、国家调节说的产生

在《国民经济的法律调整》一书的基础上,漆多俊先生对经济法基础理论问题进行了更系统、更深邃的思考,其范围包括经济法的产生根源、沿革和地位、概念、调整对象、调整方法与责任制度、体系,以及经济法的价值、理念与原则等问题。上述问题尽管多样,但漆多俊先生对其发表见解的出发点和归宿点始终没有离开一个核心概念——“国家调节”。“国家调节”是经济法产生和发展的中心环节,也是漆多俊先生所创立的理论体系的“核心范畴”,正因如此,其理论体系被称为“国家调节说”。

国家调节说是一个广博的理论体系,其内容集中体现在漆多俊先生的成名之作——《经济法基础理论》中,该书的出版标志着国家调节说的产生。在该书中,漆多俊先生围绕着“市场三缺陷——国家调节三方式——经济法体系三构成”(又称“三三理论”)展开其对经济法的思考,并在此基础上构建起著名的国家调节说理论大厦。本文即对此“基础”的产生过程进行介绍。

(一)“市场——调节机制——法律同步演变”规律的发现

通过对西方各主要资本主义国家的历史与现状的考察和研究,漆多俊先生凭借其对社会现象和经济规律的明敏识见,总结出市场——调节机制——法律三者之间的同步演变关系。他指出:市场经济从其形成至今经历了三个阶段,即自由市场经济、社会主义市场经济和国际化市场经济阶段。^⑩在市场经济发展的每一个阶段,对经济的

^⑩ 关于市场经济发展的前两个阶段及其相应的调节机制、法律秩序演变的论述见漆多俊:《经济法基础理论》(第2版),武汉大学出版社1996年版,第28~29页;而关于三个阶段及其调节机制、法律秩序演变的论述见漆多俊:《经济法基础理论》(第3版),武汉大学出版社2000年版,第54~55页;详细的论述见漆多俊:“论市场经济发展三阶段及其法律保护体系”,载《法律科学》1999年第2期。



调节都有相应的机制:对自由市场经济的调节主要依靠市场自身的力量,此种机制即所谓的市场调节;对社会市场经济的调节主要依靠国家调节;而对国际化市场经济的调节则为国际调节。但不管是国家调节还是国际调节,都不能取代市场调节的基础性地位,而只能是对市场调节的“辅助和配合”。市场及调节机制的发展引起法律同步演变:民商法是市场调节的基本法律保障,是自由市场经济的基础性法律;经济法是社会主义市场经济的产物,它适应国家调节机制和国家经济职能的需要而产生和发展,是国家调节的基本法律保障;在国际化市场经济条件下,国际调节的基本法律是国际经济法,它同国际民法、各国经济法等法律部门相协调,维护国际化市场经济秩序。

上述“市场——调节机制——法律三者之间的同步演变”规律包含了两个与经济法有关的基本命题:第一,经济法不是在自由市场经济阶段及其以前的阶段产生的;第二,经济法是在社会主义市场经济阶段产生的。^⑪

(二)社会主义市场经济与经济法的产生——以西方资本主义国家为例

对于第一个命题,漆多俊先生论证指出,“在自由资本主义时期,资产阶级的经济活动以自由放任为原则,不允许包括国家在内的任何他人的干预;国家只是以裁判者身份制定‘竞赛规则’,保障各竞赛者个体权益,维护竞争秩序(这种‘竞赛规则’便是资产阶级民法)”。^⑫类似的论证多处可见。这一论证无疑是充分且合乎常理的。后来有学者在论证国家经济调节权不可能在自由市场经济阶段产生时也指出:孟德斯鸠提出的三权分立理论是在自由市场经济阶段提出来的,其“立法权”和“司法权”都没有“国家调节经济”的含

^⑪ 当然,至少还有一个很重要的命题,那就是“在国际化市场经济阶段,经济法有新的发展”。不过,限于本文的主旨,不对其进行讨论。

^⑫ 漆多俊:《经济法基础理论》,武汉大学出版社1993年版,第84页。