



中国社会科学院文库 · 法学社会学研究系列
The Selected Works of CASS · Law and Sociology

德国的经济治理经验

——从法律视角的考察与分析

RELATION BETWEEN STATE AND ECONOMY:
the Governance Experience of Germany
A Study from Legislative Perspective

—
李以所
著
—

中国社会科学出版社

 中国社会科学院创新工程学术出版资助项目

 中国社会科学院文库 · 法学社会学研究系列
The Selected Works of CASS · Law and Sociology

德国的经济治理经验

——从法律视角的考察与分析

RELATION BETWEEN STATE AND ECONOMY:
the Governance Experience of Germany
A Study from Legislative Perspective

李以所 著

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

德国的经济治理经验：从法律视角的考察与分析 / 李以所著. —北京：

中国社会科学出版社，2015. 12

ISBN 978 - 7 - 5161 - 7477 - 7

I. ①德… II. ①李… III. ①法律—研究—德国 IV. ①D951. 6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 312011 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 张 林
特约编辑 郑成花
责任校对 韩海超
责任印制 戴 宽

出 版 中国社会科学出版社
社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号
邮 编 100720
网 址 <http://www.csspw.cn>
发 行 部 010 - 84083685
门 市 部 010 - 84029450
经 销 新华书店及其他书店

印 刷 北京君升印刷有限公司
装 订 廊坊市广阳区广增装订厂
版 次 2015 年 12 月第 1 版
印 次 2015 年 12 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 24
插 页 2
字 数 389 千字
定 价 88.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社营销中心联系调换

电话：010 - 84083683

版权所有 侵权必究

《中国社会科学院文库》出版说明

《中国社会科学院文库》（全称为《中国社会科学院重点研究课题成果文库》）是中国社会科学院组织出版的系列学术丛书。组织出版《中国社会科学院文库》，是我院进一步加强课题成果管理和学术成果出版的规范化、制度化建设的重要举措。

建院以来，我院广大科研人员坚持以马克思主义为指导，在中国特色社会主义理论和实践的双重探索中做出了重要贡献，在推进马克思主义理论创新、为建设中国特色社会主义提供智力支持和各学科基础建设方面，推出了大量的研究成果，其中每年完成的专著类成果就有三四百种之多。从现在起，我们经过一定的鉴定、结项、评审程序，逐年从中选出一批通过各类别课题研究工作而完成的具有较高学术水平和一定代表性的著作，编入《中国社会科学院文库》集中出版。我们希望这能够从一个侧面展示我院整体科研状况和学术成就，同时为优秀学术成果的面世创造更好的条件。

《中国社会科学院文库》分设马克思主义研究、文学语言研究、历史考古研究、哲学宗教研究、经济研究、法学社会学研究、国际问题研究七个系列，选收范围包括专著、研究报告集、学术资料、古籍整理、译著、工具书等。

中国社会科学院科研局

2006年11月

序

在全球化的背景下考察德国的国家角色变迁历程并从法律和治理的双重视角来分析其国家和经济的关系，在国内尚无类似的系统的专门学术著作。一般来说，国内对德国相关问题的研究，大都局限在单学科领域。这项研究是以德国的“担保国家”理念为依托，从法律视角出发，对德国采用法律手段实施经济治理进行了全景式的描述和分析，裁剪设计了研究的框架和具体内容并保证了各部分之间存有严谨的逻辑关系，并在此基础上就德国构建国家和经济关系框架的法律原则与实体规则进行阐释和分析，提出在德国的国家与经济关系的边界划定主要遵循了社会国家、法治国家、联邦国家和自治、环境保护、辅助和总体经济平衡原则。同时指出该理念首先在德国出现并非偶然，主要是社会福利国家的强大惯性和德国作为推行民营化“后发国家”的综合作用，以及欧洲一体化对德国的巨大影响。作者采用了学科交叉的研究方法，依托于法学、政治学、经济学等多个学科领域，完全采用德文一手资料进行，详略得当、重点突出、论证充分、引文翔实，具有一定的学术性和可读性。当然也很难说是尽善尽美，难免会有一些错误和纰漏，这些都需要作者日后进一步的研究和修订。

我和以所相识在德国，那时他还在为撰写博士论文而奋斗。现在看他在学术上进步和取得的成绩，由衷地为他感到高兴。

是为序。

常纪文

国务院发展研究中心资源与环境政策研究所副所长 研究员

2015年10月于北京

目 录

第 1 部分 研究的基础:国家与经济的关系

第 1 章 前言	(3)
1.1 研究的背景和意义	(3)
1.2 国内外研究的现状	(5)
1.3 研究的目标和方法	(7)
1.4 德国的担保国家理念	(9)
第 2 章 国家与经济关系发展的简要历程	(16)
2.1 进行历史考察的意义	(16)
2.2 从中世纪后期到 18 世纪末	(17)
2.3 工商业自由:从普鲁士时期确定到纳粹时期完结	(19)
第 3 章 国家与经济之间关系的法律框架	(23)
3.1 研究对象	(23)
3.2 经济宪法	(24)
3.3 欧盟的经济制度	(38)
第 4 章 经济行政的组织	(57)
4.1 经济行政的任务	(57)
4.2 国家的经济行政	(58)
4.3 经济自治	(60)

4.4 私人部门参与经济行政	(69)
----------------------	------

第2部分 国家对经济行为的影响

第5章 影响的形式和手段	(75)
--------------------	------

5.1 经济调控和经济促进	(75)
5.2 经济监管	(77)
5.3 可以产生具体影响的手段	(78)

第6章 国家的补贴和援助	(88)
--------------------	------

6.1 补贴和援助的概念、目标和形式	(88)
6.2 提供补贴的许可	(92)
6.3 补贴关系的公法或私法组织方式	(108)
6.4 补贴关系的解除	(112)
6.5 法律保护	(123)

第3部分 在市场中的国家

第7章 公用企业与竞争	(133)
-------------------	-------

7.1 国家参与竞争的形式	(133)
7.2 规则框架	(140)
7.3 地方乡镇的经济活动	(150)
7.4 有关法律保护的问题	(157)

第8章 民营化和公私合作制	(161)
---------------------	-------

8.1 民营化的概念和形式	(161)
8.2 民营化的法律框架条件	(164)
8.3 公私合作制 (PPP)	(169)

第9章 公共采购与招标投标	(189)
9.1 概念和目标	(189)
9.2 法律渊源	(190)
9.3 公共采购法的客体适用范围	(195)
9.4 公共采购法的主体适用范围	(205)
9.5 公共采购的基本原则	(212)
9.6 招标程序	(218)
9.7 错误的出现	(223)
9.8 法律保护	(225)

第4部分 经济秩序的治理

第10章 对工商业的治理	(235)
10.1 《工商业条例》的目标和适用范围	(235)
10.2 工商业的概念	(236)
10.3 对各类工商业的要求	(244)
第11章 对手工业的治理	(270)
11.1 相关治理规范的原则	(270)
11.2 关于手工业的概念	(275)
11.3 从事具有许可义务的手工业的前提条件	(281)
11.4 注册、注销、监督和禁止	(285)
11.5 手工业中的职业培训	(289)
11.6 手工业的组织	(290)
第12章 对旅店餐饮业的治理	(292)
12.1 《旅店餐饮业法》的结构和调控目标	(292)
12.2 旅店餐饮业的概念	(294)
12.3 旅店餐饮业的许可	(297)
12.4 与经营有关的规定	(307)

第5部分 公共基础设施的规制

第13章 规制的基本思想和结构	(313)
13.1 关于规制和规制法的讨论	(313)
13.2 有关规制的概念	(315)
13.3 担保国家框架下的规制思想	(316)
13.4 规制行政的结构	(317)
第14章 对电信部门的规制	(323)
14.1 规制对象和相关法律法规的渊源	(323)
14.2 申报义务、频率分配和编号管理	(327)
14.3 电信市场的规制	(328)
14.4 普遍服务之担保	(343)
第15章 对能源经济部门的规制	(345)
15.1 概念和法律渊源	(345)
15.2 能源供应者和能源设施的许可	(349)
15.3 能源供给网络运营的规制	(351)
15.4 最终消费者的供给	(356)
第16章 结论	(358)
主要参考文献	(371)
致谢	(373)

第 1 部分

研究的基础：国家与
经济的关系

第1章 前言

1.1 研究的背景和意义

市场失灵使“市场万能”的神话归于破灭，政府失灵也证明了我们曾陷入过“政府万能”的误区。国家和经济的恰当关系历经 200 年的讨论和实践，几乎一直在非偏左即靠右的状态中摇摆。在一个复杂多元日新月异的现代社会，寻求政府和市场边界的黄金分割点几乎就是一个无解的难题，尽管在理论上这个点一定存在。与此相关，还有两个人们矢志不渝地试图给予精准解答的基本原则问题，即国家的经济秩序能够如何以及应该如何构建？哪些原则在处理国家与经济的关系时必须予以遵循？尽管其中的很多答案已是老生常谈，甚至一度被认为已然形成所谓的“共识”，但自 2008 年以来延续至今的危机中，使我们不得不重新认识这些原则的价值并赋予其新的生命力。

第二次世界大战使德国沦为战败国，经济濒临崩溃，人们生活困苦至其国史上最为艰难的时刻。但经过短暂的修整和重建，德国就实现了飞跃发展，创造了为世人瞩目的“经济奇迹”。如果说这项伟大的经济成就是多种内外因素合力促成的，那么社会市场经济制度的确立绝对是其中最为关键的决定性力量。社会市场经济的原则理念是形成于德国并首先在此贯彻实施的秩序方案，但它起初并非是作为一种理论模式出现的，务实的德国人更多的是将之视为一种着眼于实践和操作的与国家与经济的秩序设计。这种制度设计融合了多种思想和原则，并立足于对既往多种经济秩序的理论和经验认知。遵照沿袭这种框架秩序，德国在尊重市场

规律的前提下实施国家对经济的有条件的干预和监控,基本较好地实现了经济良性发展和社会和谐稳定的目标^①。探索国家和经济的恰当关系,德国虽然也瑕疵难免,但从实际效果看,在世界上三种市场经济模式中几乎是相对最优的^②。在构建社会市场经济的过程中,德国的悠久深厚的法治传统、先进精致的立法技术和公平高效的治理^③水平都发挥着极其重要的作用,作为最有希望成功的经济秩序,德国的经验堪称我们学习和借鉴的典范和楷模。

自20世纪70年代末始,全球化的趋势开始影响国家在传统上所担负的功能和作用,国家角色亦因之而不断转变。德国社会市场经济中的“福利国家”因素也面临着前所未有的挑战,亟待解决的问题纷杂繁多,失业问题的顽疾、通货膨胀的危险、社会保障的乏力和欧盟一体化问题的纠缠,都曾使日耳曼战车步履维艰。在这样的背景下,再提出分析德国经验,以厘清处于变迁中的国家如何定位在经济发展中的角色并与经济建立恰当关系,进而实现良好治理的问题,似乎有些不合时宜。但本书认为这些困难绝非是源自社会市场经济本身,相反在这个制度设计中还蕴含着解决这些问题和挑战的答案,只不过它们是被无知或疏忽或一知半解或自以为是所掩盖而已。很多对社会市场经济的随意性诠释使其本极富有生命力的秩序原则大打折扣了。实际上作为对社会福利国家弊端的纠正,德国还在社会市场经济框架内提出了建设“担保国家”理念,这个理念的实施和贯彻使德国的社会市场经济建设重新焕发了生机并继续展示其独有的魅力。进入21世纪以来,先后面临金融和经济双重危机

① A. Müller - Armack, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien zur Sozialen Marktwirtschaft und zur Europäischen Integration, 1976; F. Quaas, Soziale Marktwirtschaft. Wirklichkeit und Verfremdung eines Konzepts, 2000; E. Tuchtfeldt, Soziale Marktwirtschaft als ordnungspolitisches Konzept, in: Quaas/Straubhaar (Hrsg.), Perspektiven der Sozialen Marktwirtschaft, 1995, S. 29 - 46.

② 一般来说西方发达国家有三种最具代表性的市场经济模式:以美国、英国为代表的自由市场经济模式;以日本、韩国为代表的政府主导型市场经济模式;以德国、瑞典为代表的社会市场经济模式。

③ 所谓“治理”,就是一种方式、方法或手段,通过它可以实现对社会和经济的管理与调控。参见 Braun, Dietmar/Giraud, Oliver, Steuerungsinstrumente, in: Schubert, Klaus/Bandelow, Nils C., Lehrbuch der Politikfeldanalyse, München, Wien 2003, S. 147.

的冲击,德国几乎可以做到全身而退,还取得较好成绩^①;在欧债危机中,德国一枝独秀,孤家支撑挽狂澜于既倒,其最终根源就是德国已然制度化的市场经济框架秩序。这种框架秩序具备坚实的可靠性,因为它是由极端精致的法律规则和条款构建而成的,这些法条紧密相连,环环相扣,左右兼顾,前后呼应,穷尽可能的立法追求,严谨恰当的立法技术,使德国实现良好的治理成为可能,使德国可以自如应对全球化进程带来的各种挑战和变化。所以,本书并无意于从某一理论出发去研究另一理论,而是更愿意从纯粹技术的角度去分析研究搭建支撑这个经济秩序的诸多细节,通过对这些细节的阐释和相互依存性的分析,将会给我们指出一种颇有价值的方向。故本书将法律视为德国实施经济治理建立国家与经济适当关系的核心手段和工具,从法律的视角梳理其相关治理的经验作为研究的主要内容。这对正处在转型期,将正确处理国家与经济关系视为重要且严峻课题的中国具有一定现实意义。

1.2 国内外研究的现状

关于国家和经济关系的研究,始终是国内外经济学研究的一个热点问题,相关论著可谓汗牛充栋。概其要者,国家应该有条件对经济实施宏观调控已经成为共识,只是相应的措施和手段以及如何拿捏调控的界限还尚无定论。在国家实施经济治理的宏观背景下,考察德国的国家角色变迁,并从法律的视角来分析其国家和经济的关系,在国内尚无类似的系统的专门学术著作。一般来说,国内对德国相关问题的研究,大都局限在单学科领域,如经济学者从经济学的角度对德国社会市场经济的研究,法学学者从法律角度对德国反不正当竞争法、反垄断法进行的研究等。其中在经济学方面具有代表性的是沈越在1999年出版的《德国社会市场经济探源》以

^① 2009年世界金融危机爆发后,德国经济并没有如预测的那样受到严重冲击,2010年国民生产总值较之2009年增长了约3.7%,是继民主德国并入联邦德国后20年以来德国经济发展最好的一年,德国也因经济的强劲反弹而成为当年西方发达国家中经济增长率最高的经济体。2011年德国的国民生产总值增长率为3%。参见李以所《全球化:德国的应对、经验与启示》,载《改革与战略》2013年第6期。

及在2002年出版的《德国社会市场经济评析》，与国内其他有关德国社会市场经济的文献大多集中在对德国体制的实体性制度描述不同，沈越的研究重点集中在了德国模式的理论基础上，对德国的新自由主义及其三大派别和民主社会主义的经济观点进行了评述。周茂荣在1999年主编的《德国社会市场经济与中国经济改革》以论文集的形式从宏观和微观两个层面对中德经济发展模式进行了比较。上述著作因成书较早，引用的材料相对于最新形式的发展已经略显陈旧。在这个方面较新的著作是刘光耀在2006年出版的《德国社会市场经济：理论、发展与比较》^①。在法学方面，国内没有出现关于此问题的专著，相关的研究成果主要是一些论文和译著。其中较有代表性的有邵建东的《规范企业合并行为——德国反垄断法的启示》，吴越的《论企业集团与集团法及反垄断法的关系——德国法对我国的启示》，《德国康采恩法与我国企业集团法之比较》等，邵建东和吴越都是留学德国的法学博士，他们在微观层面对德国经济部门法的研究非常深入，但与本书的具体方向关联性还不是很紧密。跟本书关联较紧的代表性论文主要有吴越和沈东军的《德国经济稳定法中一致行动原则研究——以经济稳定法对宏观调控的作用为中心》，韩灵丽和李占荣的《经济法社会性背景的法理学考察——兼论德国经济法的社会市场经济背景》，杨魏浦和丘耀辉的《浅论二战后德国经济法的发展历程及其借鉴意义》，朱敏的《二战后德国经济法的发展历程及其借鉴意义》等^②。

在德国学界，与本书关系相对较为密切的经济法的研究，在这个方面比较具有代表性的学者是原汉堡大学的 Rolf Stober 教授^③、原奥格斯堡

① 该书引用的大都是德文文献，偏重于一般性介绍。

② 这些学术论文因篇幅所限，大都是概括性的评述德国的相关情况。

③ 目前 Stober 教授已经从汉堡大学荣退，被聘至德国柏林的私立大学“德国继续教育大学（Deutsche Universität für Weiterbildung（DUW）/Berlin University for Professional Studies）”属下的合规、安全经济和企业安全研究所（Forschungsinstitut für Compliance, Sicherheitswirtschaft und Unternehmenssicherheit, FORSI）担任所长和学术委员会主席。其与本研究有关的代表性著作有：Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 14. Auflage, Kohlhammer Verlag, 2006；Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht；Grundzüge des Wirtschaftsprivat-, Wirtschaftsverwaltungs- und Wirtschaftsstrafrechts, Kohlhammer Verlag, 2007；Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht；Grundlagen des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschafts-verwaltungsrechts, des Weltwirtschafts- und Binnenmarktrechts, 16. Auflage Kohlhammer Verlag, 2008；Wichtige Wirtschaftsverwaltungs- und Gewerbe-gesetze, 22. Auflage, Neue Wirtschafts-Briefe, 2010。

大学 Reiner Schmidt 教授^①、德国国家行政学院 (DUV - Speyer) 的 Jan Ziekow 教授^②、基尔大学的 Utz Schliesky 教授^③。他们的相关著作被本书认为是德国在经济法方面具有代表意义的研究成果,他们将德国的经济法置于欧洲一体化的背景下尝试着从国家与经济的关系角度来分析政府对经济行为的影响,在市场中政府的地位和作用、政府对公共基础设施发展的规制等。他们的这些成果将是本书的重要基础。关于治理理论,洪堡大学的 G. F. Schuppert 教授^④从国家法和公共行政的角度对国家治理做了卓有成效的研究。以他为主要提出者的“担保国家”理念,为本书构建一个适当的框架体系提供了崭新的思路。

1.3 研究的目标和方法

本书将尝试解决如下问题:

(1) 德国在处理国家和经济的关系中,怎样划定国家活动的边界?也就是说,在建立经济秩序的过程中,国家应该遵循哪些原则规范?

(2) 德国提出“担保国家”的理念和上述原则之间存在什么必然联

① 目前 Schmidt 教授已经从奥格斯堡大学荣退。他与本研究有关的代表性著作是: *Wirtschaftspolitik und Verfassung. Grundprobleme*, Baden - Baden, 1971; *Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeine Lehren*, Berlin/Heidelberg u. a. 1990; *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Berlin/Heidelberg u. a. 1998; *Wirtschaftspolitik und Verfassung. Grundprobleme*, Baden - Baden 1971; *Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeine Lehren*, Berlin/Heidelberg u. a. 1990; *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Berlin/Heidelberg u. a. 1998.

② 目前 Ziekow 教授是德国公共行政研究所 (Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer) 所长,他与本研究有关的代表作有: *Öffentliches Wirtschaftsrecht*. 2. Aufl. München 2010; *Public Private Partnership. Struktur und Erfolgsbedingungen von Kooperationsarenen* (mit Alexander Windoffer) . Baden - Baden 2008; *Freiheit und Bindung des Gewerbes*. Berlin 1992.

③ Schliesky 教授与本研究有关的代表作有: *Öffentliches Wirtschaftsrecht: deutsche und europäische Grundlagen* 3. , völlig neu bearb. Aufl. 2008; *Öffentliches Wettbewerbsrecht: verhalten-srechtliche Determinanten von wirtschaftsbezogenem Staatshandeln*; 1997.

④ G. F. Schuppert 的代表性著作有 *Governance und Rechtsetzung: Grundfragen einer modernen Regelungswissenschaft*, 2011; *Die bundesstaatliche Finanzverfassung zwischen Pfadabhängigkeit und Wandel*, 2007; *Der Gewährleistungsstaat: ein Leitbild auf dem Prüfstand*, 2005; *Governance - Forschung: Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien*, 2005.

系?为什么是德国,而不是其他的国家,提出了担保国家的制度构想?其中最主要的决定因素是什么?

(3) 德国政府是怎么在具体实践中贯彻担保国家理念的?也即其具体的实现模式和方法是什么?

联系上述问题,本项研究选取的专题内容主要依据德国的“担保国家”的主旨理念做了增删裁剪。因为就国家和经济的关系而言,传统上多是从经济学的角度去分析论证,更多的是以经济政策本身作为研究对象,比如研究旨在稳定通货的货币政策、促进投资活动的财政税收政策、面向世界市场的竞争政策以及上述政策的综合应用等;而就实施治理的相关法律来说,内容繁乱庞杂,多偏重于从公法的角度研究国家自身的行为规范和法则,而与私法意义上的经济活动则关联甚少^①,同时对作为国家经济政策制定和实施主体的立法机构及行政部门,和作为行为体的私人部门及其自治组织在框架秩序内的活动规则也罕有涉及。沿袭担保国家的思路,本书摸索出了一个相对恰当的公法和私法的交融地带,并在这个范围内,将国家以法律为手段所实施的经济治理,以及公私部门在相关秩序内的活动规则作为主要研究内容,从而在纯法律的技术层面初步构建了一个国家与经济关系的研究框架。而建立这个基础框架并以精细的内容作相应的填充和支撑就是本项研究的目标。

作为一项从法律技术意义上探讨国家与经济关系的基础课题,本书主要是通过查阅德文文献,收集相关资料并分析研究的方式,结合与德国学者的讨论和交流,在深入掌握德国学界就相关问题的研究历史和现状的基础上,使确立的研究目标较好地得到了实现。就具体的研究方法来说,主要包括:跨学科研究法。运用法学、经济学、行政学、历史学

① 私法与公法的划分是市场经济条件对法律体系划分的基本标准。所谓私法,就是调整作为平等主体之间的自然人及法人的法律关系的法律体系。因此,私法关系通常具有主体之间地位的平等性。所谓公法,就是调整国家公共职能部门之间的法律关系或者国家公共职能部门与私人(自然人、法人)之间的法律关系的必须借助政府职能行为才能实现的法律关系的法律体系。因此,公法关系通常具有主体间地位的不平等性。(主体间地位的不平等性)

所谓合法,就是调整国家公共职能部门之间的法律关系或国家公共职能部门与私人(自然人、法人)之间的法律关系中,必须借助政府职能行为才能实现的法律关系的法律体系。