

ZHONGGUO FAZHI ZHILU

QIDUOJUN FAXUE LUNWENJI

中国法治之路

漆多俊法学论文集

漆多俊 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

ZHONGGUO FAZHI ZHILU
QIDUOJUN FAXUE LUNWENJI

中国法治之路

漆多俊法学论文集

漆多俊 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国法治之路:漆多俊法学论文集 / 漆多俊著. --
北京:法律出版社, 2017
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1436 - 9

I. ①中… II. ①漆… III. ①社会主义法制—中国—
文集 IV. ①D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 230727 号

中国法治之路

——漆多俊法学论文集

ZHONGGUO FAZHI ZHILU

—QIDUOJUN FAXUE LUNWENJI

漆多俊 著

策划编辑 高 山

责任编辑 汤子君

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任校对 晁明慧

责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 59.75

字数 796 千

版本 2017 年 12 月第 1 版

印次 2017 年 12 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-6390796

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995



书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1436 - 9

定价:158.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

这是我的“法学论文集”。顾名思义,它不包含我的非法学或主要不属于法学内容的论文。后者另有集子(包括已出版和未出版的)收录。

我于20世纪60年代初法律学本科毕业后,由于众所周知的原因,过了长达近20年以后,才“归队”从事律师和法学教育工作。本论文集所汇集的法学论文就是“归队”以后30多年中撰写和发表的。

20世纪80年代初开始我的法学教学研究主要专业方向是经济法学。在研究中,我始终秉持“钻进去,跳出来”的研究方法,即既“钻进”经济法,仔细地考察分析,又“跳出来”,“跳出”经济法看经济法,还“跳出”法学看法学。因此,30多年来,我的研究成果(著作和论文)主要和大量的的是关于经济法的,但也包括其他多个部门法和法理学哲学领域的内容,甚至还包括法学以外领域的东西。本论文集所收录的法学类文章,按照它们在法学体系中所属层级和问题类别分别设编。整个论文集共设12编。

本论文集各编所列入的各篇文章基本上按照文章写作或发表时间前后排列。各篇文章内容基本保

持发表时原样,少数文章为了避免与其他相关文章内容上存在的重复,作了删节;也有少数几篇由于发表稿同原作有些出入,这次根据原稿作了订正。

本论文集各编分别设有“本编提示”,介绍各编所收录文章的主要内容,并说明那些文章当时的写作背景和某些用语后来的演变等情况。

本论文集并未将我几十年所撰写和发表的所有法学论文悉数全文收录,而只是收录了其中我认为较为重要、有代表性的部分文章,其余文章只在相关编的最后列出“本编未收录的相关文章目录”,作为资料,供感兴趣的读者查阅。不过,未全文收录而只在目录中列出题目的有些文章也并非不重要,而是考虑到文章有些内容和提法可能“不合时宜”,因而将其入了“另册”。

本论文集所收录的文章写作和发表的时间跨度长达 30 多年。有些稿子存有电子版,有些只能找到纸质版、打印稿甚或手抄本。汇编整理工作量不小。蒋言斌教授和我的在读博士生刘安民、硕士生唐林、叶秋芳、钟娜等,协助我做了大量工作,在此表示谢忱。还要感谢法律出版社社长和高山、汤子君等编辑在本书出版过程中给予的支持和所付出的辛勤劳动。

漆多俊

目 录

第一编 经济法基础理论问题

经济法调整对象及其他 / 6

论经济法的调整方法 / 15

论国家经济体制转换对经济法与民商法的影响 / 23

“无形之手”“国家之手”与民商法、经济法 / 39

经济法的本质、体系与核心 / 41

经济法与行政法的关系 / 58

市场、调节机制与法律的同步演变 / 71

论经济法产生的社会根源 / 94

经济法的价值、理念与原则 / 98

转变中的法律

——中国经济法的时代特征 / 123

接近司法

——经济法的诉讼问题 / 138

中日经济法立法与理论研究之比较 / 153

科学发展观:当代中国经济法良法观的核心 / 166

经济法

——利益资源的再分配法 / 178

时代潮流与模块互动

——“国家调节说”对经济法理论问题的破译 / 183

经济法再分配功能与我国收入分配制度改革 / 237

“国家调节说”的形成和发展

——我的经济法学术之路 / 249

中国经济法理论之创新与应用

——30 年回顾与启示 / 257

当前世界金融危机与经济法理论和应用 / 272

中国经济法理论创新与应用及其同实践的反差 / 285

应然法向实然法的转化

——兼论当前我国经济法发展的障碍与路径 / 299

附:第一编未收录的相关文章目录 / 308

第二编 国家投资经营与国有企业改革法律问题

国有企业股份制几个问题 / 312

经营权基本原理与国有企业经营制度改革 / 330

对国有企业几个基本问题的再认识 / 343

国企改革与股份制 / 357

附:第二编未收录的相关文章目录 / 395

第三编 反垄断法

中国反垄断立法问题研究 / 401

中国反垄断立法的时代精神 / 415

中国反垄断法中的行政性垄断 / 424

第四编 宏观调控及财政、金融法律问题

论财政法功能与性质的转变 / 436

宏观调控法研究 / 442

财政监督法治化问题 / 454

宏观调控立法特点及其新发展 / 460

西部开发与沿海开放法律环境建设之比较 / 479

第五编 财产权、公司制与破产法

论公司制两权分离形态 / 496

论股权 / 504

企业破产制度的实施与完善 / 515

论企业法人财产权 / 525

企业转投资债务清偿责任问题 / 540

中国公司法立法与实施的经验、问题及完善途径 / 547

独立董事制度:公司社会化的一种制度回应 / 559

附:第五编未收录的相关文章目录 / 570

第六编 市场经济与现代企业制度

把企业推向市场的法律保障 / 574

论社会主义市场经济体制下的政府职能 / 580

企业走向市场与经济法的任务 / 593

论现代市场经济法律保障体系 / 601

现代企业制度的基本要求与立法体系 / 610

集体企业产权制度改革初探 / 623

个体、私营经济与中小企业发展和立法问题 / 629

第七编 国际调节与国际经济法

全球化与中国经济法治之路 / 644

市场国际化、国际调节及相关法律问题 / 646

国际调节与国际经济法学科理论新视角 / 688

WTO 与新的经济调节机制

——国际调节 / 714

附:第七编未收录的相关文章目录 / 720

第八编 权力、权力经济、法治

论权力 / 724

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 / 750

控权:通向法治之路的关键 / 770

附:第八编未收录的相关文章目录 / 782

第九编 法理学、宪法、行政法问题

论奖励 / 786

经济法理论研究中几个法理学问题 / 792

论服务型政府定位的几个转变 / 804

政府行为法治化:目标与路径 / 814

附:第九编未收录的相关文章目录 / 820

第十编 学术讲演

关于“法学方法生态化”的辩论

——在福州大学 2004 年“东南法学论坛”上的讲话 / 824

法学的困惑与创新

——2005 年 10 月 17 日在安徽大学法学院的讲座 / 829

混沌初开,乾坤始奠

——新中国法学 60 年回顾与启示 / 846

附:第十编未收录的其他讲演题目 / 861

第十一编 书序、书评

序

——独立董事制度的理念 / 866

经济法诉讼制度研究的标志性成果

——王新红著《经济法纠纷司法解决机制研究》

序言 / 869

实施机制是反垄断法的生命

——李国海著《反垄断法实施机制研究》序言 / 873

经济全球化视角下公司治理的变迁路径与演进趋势

——孙光焰著《公司治理模式趋同化研究》评介 / 877

序

——张德峰著《宏观调控法律责任研究》 / 884

法学界一个共同的中心课题

——为黎江虹《中国纳税人权利研究》而作 / 887

序

——孙晋《产融结合的金融监管与反垄断规制研究》 / 891

经济法再分配功能及其运用问题

——薛江武《收入分配之经济法再调节》序言 / 894

我国公用企业垄断法律规制之困境

——读郑艳馨《我国公用企业垄断力滥用行为之法律规制》一点感想 / 900

序言

——宾雪花著《产业政策法与反垄断法之协调制度研究》 / 904

序言

——宾雪花著《产业激励的反垄断边界研究》 / 907

美国:现代国家经济调节职能与经济法产生和发展一般规律

之典型代表 / 910

第十二编 访谈录

国有企业改革的基本思路

——经济法学家漆多俊教授访谈录 / 916

我国法学界一位执着的苦行僧

——记经济法学家漆多俊教授 / 923

一体两翼:当前中国经济法学人的任务

——漆多俊教授访谈录 / 926

风尚学人漆多俊教授

——“你好，公民”癸巳·潇湘风尚大典候选人

访谈录 / 934

附：第十二编未收录的访谈目录 / 945

第一编 经济法基础理论问题

第一编提示:经济法是19世纪末20世纪初出现和从原有法律体系中分立出来的一个新的法律部门。人们对它的本质特征的认识和准确把握需要一个过程,难免存在不同观点。在中国,对经济法的研究起步于20世纪70年代末80年代初。当初,由于体制原因,主流学者基本上接受苏联拉普捷夫为代表的“大经济法”观点:鉴于现实中国对社会经济实行全面管理(统制),故认为经济法调整几乎各种(纵向、横向乃至企业内部的)经济关系。但由于中国当时正在启动经济体制改革,培育和发展市场机制,放宽和改善政府管制的呼声,不免影响到经济法学界。自20世纪80年代后期,学者们相应调整了各自的经济法观点,出现了“密切联系论”(将经济法调整对象压缩为只调整“同纵向关系密切联系的”横向经济关系,而不再是一切横向关系了)等主张。但他们仍未摆脱“大经济法”基本窠臼,“大经济法”观点在中国影响甚为久远。

作者自研究经济法伊始,即不同意当时中国经济法学界几乎“一边倒”的“大经济法”观点,认为它混淆了经济法同民商法、行政法的界限,而未能抓住经济法应有的本质属性。在1981年至1984年所著《国民经济的法律调整》一书(1986年4月由河南人民出版社出版)中,即表达了这种观点。该书认为,经济法既不调整平等主体之间的商品货币关系,也不调整普通(传统)行政关系,而只调整国家对经济的管理、调节关系。并指出经济法所规范的“国家经济管理”,不同于传统行政管理,它是国家“运用价值规律,运用经济杠杆对国民经济实行调节”。具体做法包括指导、干预和参与。也就是说,该书所谓经济法所调整的“国家经济管理关系”很早就已经限定为“国家经济调节”或“国家调节性管理”关系(见《国民经济的法律调整》第6~9页)。

这些观点也反映在当时和此后一段时间作者的论文之中。本论文集第一编所收录于1991年发表的《经济法调整对象及其他》一文即如此。该文的表述是:经济法调整“国家经济管理关系”,以保障社会经

济“协调、稳定和发展”。立法主旨以“社会总体经济利益”为本位。可见这里所谓“国家经济管理”实际上指的是“国家经济调节”，是一种“调节性管理”。1993年出版了作者的专著《经济法基础理论》第一版（武汉大学出版社1993年版）。在对经济法定义、调整对象和基本功能与任务的表述中，都更加明确和直接地指出：经济法是“保障国家调节社会经济，促进其协调、稳定和发展的法律规范的总称”（见该书第27页）。1996年该书第二版（武汉大学出版社1996年版），则全书紧密围绕“经济法是调节社会经济之法”（见该书第15页）这一中心命题，加深了对经济法各种基本理论的论述，特别是明确指出和论证现代国家调节经济所分别采用的强制干预、参与、促导（宏观调控）“三种基本方式”，以及相应的经济法体系所包含的“三个基本方面法律渊源”，即经济强制干预法（反垄断和限制竞争法）、国家经济参与法（国家投资经营法）、国家经济促导法（国家宏观经济调控法）（见该书第28～33页）。这表明后来被学界称为“国家调节说”或“三三理论”的经济法学科理论体系趋于完善。其后，该书第三版（武汉大学出版社2000年版）和第四版（法律出版社2008年版），则是“国家调节说”（“三三理论”）经济法学科理论体系的进一步发展和深化。

从作者经济法思想发展过程来看，虽然自始至终一直强调了其“国家调节”特性，特别是1993年以后出版的《经济法基础理论》第一版至第二版，已经基本上完整地确立了“国家调节说”理论思想体系，但当初仍然采用和保留了“国家经济管理”这一提法。虽然将其限定为“国家调节性”（而非一般行政性）管理，但总觉得不甚妥当。所以在2000年该书的第三版修订时，作者下定决心废弃这一虽被当时人们熟悉和易于接受却也容易产生歧义的“国家经济管理”提法，而改采“国家经济调节”概念，使之名副其实。

以上关于作者的“国家调节说”（“三三理论”）经济法理论思想发展沿革，有些文章（如《“国家调节说”的形成和发展——我的经济法学术之路》等）已有所论及。在本论文集编辑时，认为有必要在此再作些提示，以便于读者在阅读不同时间发表的文章时，了解当时的写作背

景,准确理解文章精神。

本编共汇集子 20 余篇有关经济法基础理论的文章。这里需要向读者特别提及其中《市场、调节机制与法律同步演变》一文。该文从政治经济学和法学等多学科交叉角度,提出和论证“市场、调节机制与法律同步演变”规律。它是作者对以往十几年经济法研究的逻辑进路所作的一次最清晰的总结,从深层次清楚揭示经济法产生的社会根源和本质属性,奠定了“国家调节说”(“三三理论”)的深厚理论基础。它同时也论及整个经济法体系的演变。其中包括按照作者逻辑进路,当市场进入国际市场阶段后,国际市场的调节机制三元化,出现“国际调节”,作为“规范国际调节之法”的国际经济法,其出现的历史必然性、本质特征和特有功能等,便一目了然。这是对国内外传统国际经济法理论体系的批判和重构。

经济法调整对象及其他*

一、关于经济法调整对象的大论争

经济法的兴起,是20世纪各国立法体系和法学领域发生的最重要的事件之一。我国对经济法的研
究,至今大约10年时间。10年来,法学界围绕经济法基础理论问题开展了大论争。论争的中心问题是关于经济法的调整对象。因为它是经济法基础理论的首要问题,决定和影响其他许多问题。

关于经济法调整对象,国外学派纷呈;国内各种主张和观点也颇繁多。为便于说明问题起见,我把10年来中国先后出现的各种意见姑且分为全、大、中、无四派。

所谓“全”,是指法学界有些同志主张经济法调整一切经济关系。他们说,“经济法就是国家为调整经济关系而制定的法律规范”;或者说,“经济法是调整国民经济关系的法律规范的总和”。

所谓“大”,是指许多同志认为,经济法应调整纵向、横向和内部经济关系。这又被称为“纵横关

* 本文原发表于《法学评论》1991年第2期;《人大复印资料·经济法学》1991年第2期。