



经济法精品著作系列丛书

混沌与秩序

市场化政府经济行为的中国式建构

Chaos and Order Construction in the Chinese Context
of Marketized Governmental Economic Behavior

管 斌 ⊙ 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

混沌与秩序

——市场化政府经济行为的中国式建构

Chaos and Order Construction in the Chinese Context
of Marketized Governmental Economic Behavior

管 斌 ⊙ 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

混沌与秩序:市场化政府经济行为的中国式建构/管斌著. —北京:北京大学出版社,2010.3

(经济法精品著作系列丛书)

ISBN 978-7-301-17137-0

I. 混… II. 管… III. 国家行政机关-经济行为-研究-中国 IV. F123

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 072721 号

书 名: 混沌与秩序——市场化政府经济行为的中国式建构

著作责任者: 管 斌 著

责任编辑: 王 晶

标准书号: ISBN 978-7-301-17137-0/D·2584

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 20.25 印张 413 千字

2010 年 3 月第 1 版 2010 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 49.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

序

王全兴*

2009年,尽管神州大地已呈现庆祝中华人民共和国60周年的热烈氛围,但我在受托作序时,仍然沉浸在去年纪念改革开放30年的场景中。我国法学界的二级学科中,根据官方的分类有十多个,唯独经济法学与改革开放的30年同岁,这是她的第一个30年。尽管“三十”未必“而立”,但“三十而立”的传统理念仍然引领人们特别关注经济法学在“而立”之年的成就。较之30年历程中的学术亮点,在“而立”之年面世的经济法学研究成果更能标志经济法学的成熟度和成就感。管斌的这本专著很幸运,出版于经济法学刚满30年之际,无论作者是否有此奢望,都会被人们视作是向经济法学30年献礼之作。因此,读者对这本书可能会以“一叶知秋”的思路来判断我国经济法学是否正走向成熟和能否有所贡献。这正是本书作者和为本书作序者难以担当的巨大压力。

—

在举国上下、各行各业、官方和民间、理论界和实务界都以回顾改革开放30年为时髦的背景中,经济法学界对回顾经济法30年的重视程度为法学界最高。^①诸多以回顾经济法30年为主题的成果中,已经显示出多重回顾视角,既有对经济法的回顾,也有对经济法学的回顾;既有从总体上回顾,也有就某个专题回顾;既有对理论观点的回顾,也有对研究方法的回顾;既有对成就和经验的回顾,也有对不足和教训的回顾。就经济法学未来发展的需要而言,对研究方法的回顾,尤其是对研究方法上的经验和教训的回顾,显得特别重要。

在经济法学30年的成就中,最值得我国法制史和法学史记忆的,至少有:
(1)一个新的法律部门,即在官方所设计的法律体系中,经济法已被确立为独立

* 上海财经大学法学院、湖南大学法学院教授、博士生导师,中国法学会经济法学研究会副会长、社会法学研究会副会长,中国劳动法学研究会副会长。

① 中国法学会经济法学研究会早在2007年年会上就对纪念和回顾中国经济法30年作出安排,设立《中国经济法30年发展报告》和《中国经济法学30年发展报告》这两个课题,并成立课题组。为完成这两个《发展报告》,先后在中山大学、上海财经大学、深圳大学、郑州大学、西南政法大学等地举行专题研讨会;在中国法学会经济法学研究会2008年年会上,“中国经济法(学)30年的回顾和总结”被作为主题展开热烈的讨论。同时,中国法学会经济法学研究会还组织出版了有百余老、中、青年学者撰稿的具有学术小传性质的文集《海阔天高——中国经济法(学)的过去、现在和未来》(第一、二辑)。此外,就此主题还发表了大量的论文。

的法律部门^①；(2) 一个新的法律体系，即在经济体制改革的进程中，由市场主体法、市场行为法、市场监管法（或称市场规制法）、宏观调控法和社会保障法等所构成的市场经济法律体系的框架设计，已列入经济体制改革的目标模式^②；(3) 一个新的法律学科，即在法学体系的发展中，已形成有独特风格且不可为其他学科所替代的经济法学科。之所以有如此成就，当然得益于多方面的因素，而经济法学在研究方法上的独特风格功不可没。还值得注意的是，经济法学作为一门新兴学科，其自有研究方法的探索、形成和积累，较之传统法学学科显得特别艰难，自创与借鉴和继承的关系极难处理，即使有所创新，其“自主知识产权”也很难得到公认。尽管如此，经济法学毕竟在研究方法上形成了自己的风格。只要将经济法学与其他法学学科在课堂教学、学术文献上稍加比较，就不难发现，经济法学在语言表述、体系安排、思维方式、研究思路、资料来源等学科要素上，都有其特异之处。对此无论褒贬，经济法学以往的成就、突破、纷争和遗憾，都可在研究方法的得失上觅求原因；经济法学未来的发展，关键也在于对研究方法的选择和运用。笔者觉得，经济法学在研究方法上的独特风格中，下述几点尤其值得关注：

（一）三元结构

在传统法学中，对法律多作公法、私法二元结构的理解，即不承认有别于公法域、私法域的第三法域；即使承认有介于公法与私法之间、公法与私法混合的第三法域，在第三法域中仍然只是公法因素与私法因素的组合，而未出现区别于公法因素、私法因素的第三种法律因素。这样，当然就很难给经济法留有独立存在的余地。然而，在世间万事万物中，惟有三元结构才是普遍的结构，或许“一生二，二生三，三生万物”的道理就在于此。例如，细微至作为物质基本单位的原子，由质子、中子、电子所构成；宏观至宇宙的星际空间物质，由恒星、星云、星际所构成；物质的存在状态，有固态、液态、气态；数字的含义或意义表示，有正数、零、负数；空间的位置表示，有长、宽、高，上、中、下，左、中、右；时间的维度，有过去、现在、未来；等等。可见，对法律作三元结构的理解，即不仅有介于公法域、私法域之间的第三法域，而且有由公法因素与私法因素有机融合而成的且区别于

① 1986年4月全国人大通过《民法通则》，其立法草案说明中指出：“民法主要调整平等主体间的财产关系，即横向的财产、经济关系。政府对经济的管理、国家和企业之间以及企业内部等纵向经济关系或者行政管理关系，不是平等主体之间的关系，主要由有关经济法、行政法调整，民法基本上不作规定。”这是我国立法机关对经济法作为独立法律部门的首次正式确认。2001年3月9日，李鹏委员长在九届全国人大四次会议所作的全国人大常委会工作报告中指出，中国特色社会主义法律体系由宪法及宪法相关法、民商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法七个法律部门组成。

② 张友渔先生在《我国法学家的可喜贡献——谈〈中国大百科全书·法学〉卷》（载《人民日报》1984年12月28日）中指出：“（法学）卷中经济法条目体系与中国经济立法体系接近，远远超过了传统商法的范畴。”2008年2月国务院新闻办公室发布的《中国的法治建设》（白皮书），将“规范市场秩序的法律制度”划分为民事法律制度、市场主体的法律制度、市场管理的法律制度、宏观调控的法律制度、知识产权保护的法律制度、资源节约和环境保护的法律制度、对外经贸合作的法律制度；并将劳动和社会保障法律制度置于“尊重和保障人权的法律制度”中。

公法因素、私法因素的第三种法律因素,与三元结构的普遍规律和原理完全符合。而在法律的三元结构中,经济法的独立地位就理所当然。是故,三元结构一直被经济法学作为常用的研究框架,而有别于传统法学学科;并且,对我国市场化经济体制改革中市场与政府之关系的研究实践,已显示出了这种研究框架的优越性。例如,对介于市场主体与政府主体之间的社会中间层主体、介于市场行为与政府经济行为之间的市场化政府经济行为的发现和研究,就得益于三元结构的研究框架。

(二) 问题取向

经济法学没有传统法学学科幸运,其存在和发展不像传统法学学科那样有源远流长和系统深厚的原理积累,而不敢奢望像传统法学学科那样以丰富、深化原理为主要取向。但是,经济法学又比传统法学学科幸运,在其创建之初就与市场化经济体制改革的启动同步,不仅经济法的生成和独立是突破传统法学原理的“大问题”,而且市场化经济体制改革也是突破计划经济体制的“大问题”,这就决定了经济法学研究只能偏重于“问题取向”,即着重从改革和发展中新出现且突破计划经济体制、传统法律部门和传统法学理论的问题切入,以寻求解决问题的对策为至上,按照“选择突出问题——多视角探求原因——综合多种手段设计对策”的思路展开研究。在西方国家现代市场经济和我国市场化经济体制改革的实践中,市场化政府经济行为都是突破传统的公法、私法原理和政府与市场之关系原理,存续于多个领域,至今还未能解决的问题。以此为对象的研究,当然要偏重“问题取向”。在我国经济法学界已有的研究成果中,大多如此。

(三) 法外论法

我国传统法学以“就法论法”(即在法律和法学框架之内研究法律问题)见长,而经济法学自初创以来一直秉承“法外论法”(即在法律和法学框架之外研究法律问题)的研究风格。经济法学研究之所以格外重视“法外论法”,是由经济法的内在特性和特定背景所决定的。^①就经济法的内在特性而言,作为危机对策法和政策法,必然更加关注经济危机之成因中和经济社会政策之基础、依据中法律之外的因素。就作为我国经济法产生和发展之背景的市场化经济体制改革而言,其动力主要来自于法律之外,其体制创新和制度创新大多是对法律的突破和填补空白;就经济法产生之前的法律和法学资源而言,在传统的法律部门和法学学科中虽然有致生经济法的基因和萌芽,但对经济法没有足够的法律和法理上的支撑资源。所以,经济法学研究只有坚持“法外论法”的道路,才可以为建立和完善社会主义市场经济的经济法体系、创立有中国特色和独立地位的经济法学科,开拓和发掘体制、制度和理论资源。在我国社会科学界,对于市场化政府经济行为这一现象和论题,经济学、社会学、公共管理学等学科的研究,明显领先于

^① 王全兴、彭飞荣:《评经济法学研究中的“法外论法”》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2009年第1期。

法学学科;传统私法学和公法学的理论都不足以解释市场化政府经济行为的法律问题。因而,“法外论法”对于展开市场化政府经济行为及其法律规制的研究,则具有明显的优越性。

(四) 结构性研究

结构性研究与普适性研究相对应。普适性研究又可称整体一致性研究,以注重研究整体内各个组成部分的共性以及涵盖并普适于同一组合体中各种元素的理论和规则为特色。在对策研究中,这可通俗地称为“一刀切”的研究。而结构性研究,是将研究对象视为多种元素的组合体,就各种元素的地位、功能和相互关系及其对整体的影响展开研究,其最显著和最基础的是类型化分析,注重整体内部各种元素的差异性,亦即分别适用于不同元素的不同原理和规则。在对策研究中,这可通俗地称为“开口子”的研究。经济法学界之所以特别重视结构性研究,一方面,是因为经济法的调整对象是一个具有复杂结构的系统,其中不同类型的主体、行为和关系各需要不尽相同的法律规范和法律方法来调整;另一方面,是因为在以往30年的经济社会转型中,无论是从横断切面看还是从纵向进程看,市场化、工业化和城市化、国际化都具有突出的结构性。就市场化政府经济行为而言,市场行为因素与政府行为因素、公法因素与私法因素、经济政策因素与社会政策因素相互融合的结构,都因时间、空间维度上的不同而有差异。故结构性研究的优越性,就更能彰显。^①

值得向读者介绍的是,经济法学研究方法的上述风格,在管斌这本书中都有突出的体现。因此,对这本书得与失的评价,侧重点与其放在基本观点和政策主张上,还不如放在研究方法的风格上。管斌的本科专业是历史学,硕士专业是经济法学,博士生入学时的专业是经济贸易。他本可以获得经济学博士学位并早两年毕业,我也从早毕业、多收益的角度考虑,建议他作这种选择。但他为了获得经济法学专业的法学博士学位,宁愿晚两年毕业。^②由此可见他对经济法学专业的挚爱。或许正是这种挚爱,驱使他特别重视经济法学研究方法的训练,领悟经济法学研究方法的风格。无论其在本书中运用的效果如何,这种努力对于经济法学的发展和经济法学专业人才的培养来说,是值得赞许的。

二

本书是管斌在其在博士论文的基础上修改而成的,其中一个标志性的变化是,将博士论文的题目“市场化政府经济行为及其法律规制”,改为现在的“混沌

^① 王全兴、何平:《论经济法学研究中的结构性研究》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2008年第5期。

^② 湖南大学法学院经济法学专业2005年成为博士学位授予权专业,按有关规定,2007年才有资格授予博士学位。

与秩序——市场化政府经济行为的中国式建构”。我觉得这一改动的意图在于：(1) 揭示本书的命题是“混沌与秩序”，而“市场化政府经济行为及其法律规制”则成为体现该命题的制度个案。由制度研究到命题提炼，无疑是一种升华。(2) 点明本书的研究样本是“中国问题”。本来，其博士论文是以中国经济体制改革中产生的市场化政府经济行为作为研究样本的，但“市场化政府经济行为的中国式建构”这一副标题更准确地显示了研究样本的国别和时代。“中国特色”、“中国模式”之类的术语，学界尽管褒贬不一，但面对新中国 60 年的实践和成就，越来越得到国人的认同和世界的重视。就中国学者的社会科学研究而言，首先是为了解决“中国问题”而研究，即使是为了解决外国问题，也应当是与“中国问题”有联系的外国问题，或者说是有利于解决“中国问题”的外国问题。所以，本书的研究样本，也体现了作者的时代使命感。

将“混沌与秩序”作为本书的书名，就揭示命题而言，似乎只是指明揭示命题的方向和路径，即从混沌与秩序的关系来揭示命题，但并未指明混沌与秩序究竟是何样关系。一般而言，至少有这些理解：混沌只是表象，秩序蕴含其中，从混沌中可发现秩序；混沌意味着秩序混乱，甚至失序或无序，混沌终将走向秩序；混沌与秩序相互转化，事物呈现“混沌——秩序——混沌——秩序……”的螺旋式运动；混沌与秩序共存于同一共同体中，既可以是不同局部的共存，也可以是不同层面的共存；混沌与秩序的互动可以有良性、恶性、中性之区分，应当追求良性互动，而摆脱、避免恶性互动；等等。就作为社会科学研究样本的许多社会现象而言，如我国的市场经济体制改革和市场化政府经济行为，以及经济法这种法律现象，的确可以从混沌与秩序的关系中，探索其规律和规则。

始于 1978 年、今后还将持续的市场经济体制改革，在一定意义上可以说是一个“秩序——混沌——秩序”的秩序重构过程。传统计划经济的秩序早已打破，但社会主义市场经济的秩序还未最终形成，至今还未走出“混沌”状态。这种“混沌”状态的高度复杂性，如因素多元、关系多维、结构多样、进程多变，在社会科学研究样本中，是极为罕见，甚至是无与伦比的。例如，就经济体制各要素的市场化顺序和进度而言，有的要素优先突进，有的要素滞后启动，新旧体制要素的阶段性错位就难以避免；就市场经济的发展过程而言，西方国家市场经济的数百年历程在我国市场经济体制改革中需要压缩为几十年，于是，市场经济初级、中级和高级阶段的现象并存于同一时空，应当先形成的因素尚未成熟，而应当后出现的因素却已早产，市场经济不同阶段的模式和规则在同一时空必然发生摩擦和碰撞；就区域和城乡的发展状况而言，东部、中部、西部地区的经济发展差距不亚于世界范围内的“三个世界”划分，城乡之间有的“比欧洲还欧洲”、有的则“比非洲还非洲”，而其成因是体制、制度、地理、自然资源和历史等多方面的；就利益主体的结构而言，伴随着市场经济体制改革，贫富差距呈现扩大趋势，社会成员分层化日益明晰，在不同阶层、群体、集团之间，改革成本和收益的分配不均衡，利益冲突不断由隐蔽走向公开，无论哪级政府都面临着如何“摆平”

的现实难题,甚至推崇“摆平就是水平”。

在市场化经济体制改革中出现的市场化政府经济行为,是一种典型的突破原有秩序后进入“混沌”状态而还未完成秩序重构的现象。其中,市场行为因素与政府行为因素、公益因素与私益因素、效率因素与公平因素、经济因素与社会因素和政治因素都相互交织,然而,市场行为和政府经济行为原有的秩序既要有所突破、又要有所保留、还要融合于一体,秩序的冲突和错位就不可避免。尤其是随着市场化政府经济行为的适用范围的不断扩大,市场行为秩序与政府经济行为秩序的组合越来越多样化,对其适当性作出判断的难度已越来越大。君不见教育、医疗等公共事业产业化、民营化的举动曾一度“火爆”,但不久就遭到声浪日高的反思、批评和质疑,甚至被宣布为“改革失败”。而今,新的改革方案,在市场化的取舍、市场化程度的把握上,或者还在举棋不定,或者在征求意见稿公布后引起更激烈的争论。

经济法作为一种在法律社会化过程中出现的突破传统公法与私法分立格局、兼有公法与私法因素的法律现象,就学界对其认识而言,还未摆脱“混沌”状态。西方国家历史上“诸法合一——公法与私法分立——公法、私法和第三法域并存”的法律体系变迁过程,似乎也可以用“混沌——秩序——混沌”的范式来描述和分析。在第三法域中,即使对劳动法、社会保障法等法律现象已有较明晰的共识,但对经济法这种法律现象的认识,明晰度并不高。拉德布鲁赫认为,“经济法究竟是一个新的法律领域,或者不过是一种法律思想方法在各个领域的适用,尚可争辩”。^① 查姆波特认为,经济法可能是一种有助于把传统法的不同部门运用于经济领域的思想方法或新的观念认识;杰奎明认为,经济法与其说是一种法律体系,不如说是一种法律的研究方法。^② 而在我国,市场化经济体制改革前是法律虚无主义盛行,几乎只有公法性的政策,伴随着市场化经济体制改革的展开,公法、私法和第三法域,第三法域中的经济法、劳动法、社会保障法、环境保护法等成员,几乎在同一时段产生。这种诸法产生的共时性特征,更使人们对经济法这种法律现象难以取得清晰的共识。

可见,从混沌中理出秩序,为建构秩序说明道理、提出设想,是我国经济法学研究的时代使命。而要从混沌与秩序的关系上研究经济法问题,我国经济法学研究实践中所形成的三元结构、问题取向、法外论法、结构性研究等风格,无疑有独特的效用。像市场化政府经济行为这种有广泛和持续争议的现象,市场与政府的关系从来就不是一清二白的,如果习惯于“非市场即政府”的二元思维模式,其所设计的方案只可能是在市场解决与政府解决之间交替。例如,对于公共服务的改革,当发现问题出在市场安排失灵时,往往简单地建议应当由政府来处理;当发现问题出在政府部门过分集权而缺乏绩效时,往往建议把“民营化”当作

① [德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健、朱林译,中国大百科全书出版社1997年版,第80页。

② 参见[美]丹尼斯·特伦:《商法与经济法》,载《法学译丛》1986年第4期。

灵丹妙药。因而,公共服务领域“国退民进”与“国进民退”的反复并不鲜见。其实,无论是单纯的“推向市场”或“收归政府”,都不能完全解决问题。这就需要转向三元结构的思考。所以,这种研究方法 with 命题的匹配,或许是本书中管斌“别有用心”之所在。

三

基于“混沌与秩序”作为命题之深奥,“市场化政府经济行为”作为研究样本之复杂,加上经济法学研究方法之“年轻”和管斌入门经济法学之短暂,无论管斌如何尽心尽力,本书的不足是不可避免的。从我指导他撰写博士论文,到翻阅本书的多次书稿,总觉得有些问题还需要作进一步的思考,其中,以下几个问题更值得重视:

(一) 如何对待市场缺陷与政府缺陷的结合

包括市场化政府经济行为在内的各种形式的市场与政府互动的实践,理想都在于市场缺陷由政府弥补、政府缺陷由市场弥补,即市场与政府的优势互补,但市场缺陷与政府缺陷的结合却难避免,尤其在市场经济不够成熟的经济体中,缺陷结合的风险更大。因而,市场与政府的优势互补和缺陷结合,在市场经济体制中具有同等重要的地位。对于市场与政府互动的研究而言,如何实现优势互补和如何防范缺陷结合,都应当成为贯穿于各个论题的主线。本书对于如何防范市场缺陷与政府缺陷的结合,在第五章“市场化政府经济行为的制度设计”中给予了特别重视,但是在其他章的研究中不够彰显。当然,具体制度设计对于防范市场缺陷与政府缺陷结合而言至为关键,但在市场化政府经济行为的正当性、可行性、宪政构架等问题的研究中,市场缺陷与政府缺陷结合的问题仍然需要给予足够的重视。就我国以往的市场化政府经济行为的实践而言,从市场缺陷与政府缺陷结合的角度总结教训和经验,比从市场优势与政府优势互补的角度总结教训和经验,可能更有价值。

(二) 如何对待分析问题的宪政框架

市场与政府的关系,尽管与宪政、宪法联系紧密,但关于经济法与宪政、宪法的关系,仍然是我国经济法学研究的弱项。本书设专章对市场化政府经济行为进行宪政分析,这是难能可贵的,但宪政分析的框架还有待完整。把市场化政府经济行为纳入宪政框架展开研究,既要研究宪政类型(模式)与市场化政府经济行为的关系,即何种类型的宪政与市场化政府经济行为更为匹配,或者说何种类型的宪政更能满足市场化政府经济行为良性运行的需要;更要研究宪政与市场化政府经济行为相互作用的机制,尤其是宪政作用于市场化政府经济行为的着力点、作用通道和作用方式。在不同类型的宪政模式中,宪政与市场化政府经济行为相互作用的机制不尽相同。因而,对于我国现有宪政因素的评估(如有无宪政或宪政化的程度)和宪政模式的选择,应当重视“中国特色”;并且,以此为基

础,研究如何解决宪政与市场化政府经济行为相互作用机制中的“中国问题”。

(三) 如何对待传统法学方法的运用

传统法学方法,以法律解释、法律推理见长,注重分析法律规范诸要素之间、不同法律规范之间的关系,在法律规范与法律事实之间“穿梭”。其中以注释法学为典型。这对于解决法律适用问题,可谓得心应手。而市场化政府经济行为的研究,迄今还处在以解决立法问题为主的阶段,解决法律适用问题还未成为主要任务。“法外论法”的研究风格就更能显示出优越性,这就给本书中较少运用传统法学方法提供了可辩解和可理解的理由。但值得注意的是,研究立法问题并不能成为少用和排斥传统法学方法的理由。在立法研究中,不仅以立法设想、立法项目、立法方案的提出和确定为成果,而且还要作出法律制度、法律规范的具体设计,故法律技术问题的重要性并不亚于立法的必要性、价值、宗旨、指导思想、基本原则之类的问题,而且,立法的可行性论证更依赖于在制度设计中法律技术问题的解决。只有重视传统法学方法在立法研究中的运用,才可以提高制度设计的法律技术水平,增强制度设计的可行性。更何况在我国市场化政府经济行为的实践中,也不乏需要解决的法律适用问题。并且,伴随着立法的不断完善,法律适用问题会不断增多。所以,在今后的经济法学研究中,传统法学方法的运用会越来越重要。

(四) 如何对待制度设计的个案研究

在经济法学研究中,案例研究不只是司法、执法、仲裁中的案件研究,更重要的是改革、立法中的制度个案研究。我国的市场经济体制改革,给制度个案研究提供了空前广阔的历史舞台。经济法学作为新兴学科,面临着繁重的解决立法问题的任务,应当对制度个案研究给予特别重视。尤其是对形而上或形而中层次的课题的研究,更需要制度个案研究的支撑,这既可提炼出新理论,又可对原有理论和新理论进行检验和实证。在我国的市场化经济体制改革中,已出现的市场化政府经济行为的类型,据本书第二章的介绍,达十几种之多,新的类型还在继续出现。不同类型的市场化政府经济行为,在制度设计上都有基于各自专业性和特殊性的需求。对每种类型的市场化政府经济行为,都有必要作为制度个案展开研究。待有了一定量的制度个案研究的积累,市场化政府经济行为的研究必然迈上新的台阶。

※ ※ ※

以上所述,仅是笔者借此作“序”的机会所散发的点滴体会。不妥之处,欢迎读者批评!我一直认为,作为老师,其首要贡献不是著书立说,而是培养学生,包括培养学生著书立说的能力。所以,看到学生著书立说,比自己发表言论更兴奋。当然,也感到责任沉重!对学生著书立说中的瑕疵,老师或许有自责感。正因为如此,我也欢迎读者对本书提出批评!这样,年轻的经济法学才有希望!

2009年9月

目 录

序	1
第一章 导论	1
第二章 市场化政府经济行为的理论界定	41
第一节 概念	41
第二节 特征	44
第三节 类型	52
第三章 市场化政府经济行为的合理性分析	94
第一节 市场弥补政府缺陷的主要形式	94
第二节 市场与政府共生的典型状态	100
第三节 经济民主理念的重要表现	107
第四节 政府能力建设的创新实践	114
第四章 市场化政府经济行为的宪政语境	130
第一节 威权主义国家与市场化政府经济行为	131
第二节 我国应由威权主义转向宪政民主	139
第三节 市场化政府经济行为的宪政基础	145
第五章 市场化政府经济行为的制度设计	182
第一节 制度设计与经济发展	182

目 录

第二节	立法任务	187
第三节	制度要素	200
第六章	余论：中国经济法学总论三十年研究	252
第一节	三组关键词	254
第二节	具体语境	270
第三节	未来展望	276
第七章	结语	294
	致谢	309

第一章 导 论

当今世界,各国都在“重新发现”市场,以其作为资源配置工具。萨缪尔森在《经济学》第14版序言中将这一现象称为“市场再发现”,并强调即使是市场经济发达国家也对市场经济的认识还不充分。如果筛选20世纪80、90年代的关键词,人们恐怕首先会想到“市场”。我国经济体制改革过程中,政府直接利用市场行为的形式实现宏观意图的实例更是层出不穷。例如,2000年11月首例政府间水权交易协议签署,浙江省义乌市用2亿元向东阳市购买5000万立方米水资源的永久使用权。又如,2003年4月,湖北十堰市公交的18年经营权以每年800万元的“经营费”出让给某民营企业。再如,为尽快全面开放电信市场,香港政府2002年以67亿港元的巨资,提前7年从香港电讯公司购回香港地区国际长途直拨专营权。然而,这些实例的合法依据大多只限于地方性或部门性的政策文件,罕见统一规制的法律制度,更缺少达成共识的法理说明。对这类行为展开研究,已显得非常迫切。

一、立论意义

自20世纪70年代末以来,全球化进程的加快、国家核心竞争力的转移、政府权威的日趋下降、工商企业再造经验的传播、信息技术的普及等因素,构成了政府改革和发展的强大动力;而政府职能扩张和规模膨胀所导致的财政、管理和信任危机,则成为推进行政体制改革、建立企业型政府的直接动因。面对这一形势,传统官僚制严格的等级制线性结构、对法律的过度崇拜、过于细致的专业分工显得日益僵化,力不从心,进一步构成了行政改革的体制原因。这就引发了导源于新西兰和英国、盛行于美国的风起潮涌的世界性公共行政改革运动,各国陆续开始了包括“政府职能的市场化、政府行为的法治化、政府决策的民主化、政府权力的多中心化”在内的治道变革进程。^①

无论是来自于社会的“让政府缩水”的压力,还是政府自觉实施“瘦身行动”以重塑一个“苗条的行政”^②的动力,作为变革结果的行政权社会化就是尽量将部分国家行政权通过合同等市场机制,转移到了“第三部门”,甚至返还给了市场与社会。这“意味着行政权力强度、广度和深度的减弱”^③,但“竞争的引入导致

① 西方政府的治道变革,参见毛寿龙等:《西方政府的治道变革》,中国人民大学出版社1998年版;毛寿龙:《坐而论道——为公立学:公共管理与治道变革》,中国法制出版社2008年版。

② 参见〔德〕朔尔茨:《法制国家和行政法:连续性和活力》,“法制国家现代化:德国国家行政管理经验及中国的前瞻”研讨会(1999年,北京)交流论文。

③ 参见孙笑侠:《法律对行政的控制》,山东人民出版社1999年版,第267页。

了效率的提升”^①。这些变革行为中,合同被认为是结构上重建管理秩序的核心法律工具。合同的作用领域可分公共管理和公共服务两块:公共管理上主要是要改善管理绩效,公共服务则是尽量“扔”出去,例如民营化。如果全都扔出去就没有合同了,因为它扔不掉或有相当部分扔不掉,才需要合同。政府管理中的合同文化表达了一种文化转型,行政层级管理走向接近于私人部门的管理。市场精神在欧洲和成员国国内的政府合同立法上得到有力表达。20世纪70年代以后,英国“国家后撤”(rolling-back the State),开始大量运用合同。撒切尔政府改革,主要体现在将国有单位卖出去;卖不掉的和扔不掉的部分,合同起得作用非常大,在规模和重要性上导致并且形成了以市场精神为取向的政府合同革命。它首先表现为将合同作为政策执行工具和管制工具,还表现为合同作为政府的组织工具。合同问题对于行政法的重要,相当于竞争对于市场的重要。^②英国1980年《住宅法》、1980年和1988年《地方政府法》坚持对一系列公共服务实行强制性竞争招标;1994年《规制缓和及外包合同法》(the Deregulation and Contracting Out Act)第二部分建立了部长和行政官员的某些职能可委派给私人合同方的新机制;1997年,英国因应雇员反对等多方面因素,取消了强制性竞争招标,改采“公共民营合作制”(Public Private Partnership,简称PPP^③);等等。合同随之逐渐成为各国政府推行政策、代替立法的一种行政方式,英国行政法学者 Hawke 将契约控制列为英国行政机关行政权力的六种方式之一。^④面对更大的自由化和竞争,英国市场化已经展示出了它的动力,它一旦释放将不会再回到盒子里,竞争和市场的精灵是无法阻止其逃走的。^⑤在德国,“作为对具体事件的单方面处理,行政行为是典型的、实践中最常见的法律形式。但是,行政机关可以选择协商式的处置方式,与公民签订行政法上的合同(简称为行政合同),联邦行政程序法的确认和规范使行政合同的地位明显提高,在实践中的适用和意义越来越广泛”。^⑥在法国,1982年《地方分权法》将其行政区划分为大区、省和市镇三个层次,规定三级政府产生的议会自行管理,而且三级政府之间没有直接的从属关系,“国家与大区间的合同”和“城市合同”就此得以发展:前者多是关于国家与大区之间关于基础设施、高速火车线的建设,在目标上达成一致的意见,其内容

① See Lawrence K. Fineley, *Public Sector Privation: Alternative Approaches to Service Delivery*, Greenwood Press, 1989, p. 11.

② 参见于安:《政府活动的合同革命》,载《比较法研究》2003年第1期。

③ 有称“公私伙伴关系”,参见〔美〕萨瓦斯:《民营化和公私部门的伙伴关系》,周志忍等译,中国人民大学出版社2002年版;有称“公私协力”,参见詹镇荣:《论民营化类型中之“公私协力”》,台湾《月旦法学杂志》2003年第3期;也有称“公私合作制”,参见余晖、秦虹:《公私合作制的中国试验》,上海人民出版社2005年版。

④ 参见王鼎:《英国政府管理现代化》,中国经济出版社2008年版,第31—32页;王名扬:《英国行政法》,中国政法大学出版社1988年版,第106页。

⑤ 参见〔英〕Cosmo Graham:《民营化》,孟晋译,载《公法研究》(第4卷),中国政法大学出版社2005年版。

⑥ 参见〔美〕毛雷尔:《行政法学总论》,高家伟译,法律出版社2000年版,第343页。

主要是关于投资比例方面的规定;后者是不同市政府之间协商对某些街区进行重新建设。1992年《共和国地方行政指导法》生效后,合同被进一步推广到其他可合作的领域,它们都有一些共同点:在集中建设资源上达成条件、目标的一致以及确立评估机制(对原先的目标是否达到进行评估);这些合同所适用的领域也极为广泛,如健康领域(如关于食品卫生、饮用水是否符合标准)。^①法律承认行政合同的有效性,在政府目的不能实现或者受到严重损害的情况下,可停止履行已经承诺的政府义务;但强调政府对不履行合同义务造成的他人损失进行赔偿。“赔偿是防止行政机关滥用合同特权和保护合同当事人利益的制约器。”^②国家在“命令行政”转化为“合同行政”过程中,由一个对民事主体享有行政命令权的主权者变成了一个受到合同约束,对相对方承担义务的法律主体。国家在这类合同中有异于纯粹民事合同当事人,但相对于绝对的行政权力更倾向于受民事法律关系的约束。

上述行为在各国变革时间表上的出现有先有后,但其重视经济效率、赋予私营部门和作为“公平游戏场地”的市场机制和功能的大致趋势基本相同。这些观念逾越了国家和意识形态的壁垒,相互影响力度也在日益加大,整个行政体系不仅未从根本上被削弱,反而悄悄地、正当地形成以行政为核心的新型分权结构,政府职能的市场化日益受到社会各界瞩目。以福利领域为例:为更富效率地实现公共服务目标并减少财政负担,原福利项目被不断予以民营化。这些改革存在着一些共同特征,即政府在各类公共服务以及资产所有权中逐渐弱化公共部门的角色,强化社会中私有机制(如自愿性团体抑或营利组织)的角色与发展,以满足人民的需求。^③政府在福利行政领域中许多原有职能转而由私人机构来承担,以私法手段实现目标的措施日益增加,而政府行为方式的选择已呈现出多样化的趋势。如被誉为私法形式的给付行政^④的公办民营方式,意味着委托政府机关有财产设施可供民办受托者运行,受委托者需自负盈亏并负有公共财产保管责任,但委托机关不需要亲自提供服务。“公办民营”中还可能包涵一定的契约形式,或可以引入招标等市场手段,将资金引入民营机构。其实质在于,实现国办福利机构所有权与经营权的分离,引入市场竞争机制,达到资源的优化配置。美国于1996年颁布了《个人责任和工作机会协调法案》(Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act),该法又被称为“福利改革法案”,意在探索由联邦向州,由政府向私人的分权,以更为市场化的进路,以企业家精神来对

① 参见徐宗威:《法国城市公用事业特许经营制度及启示》,载《城市发展研究》2001年第4期;杨解君编:《法国行政合同》,复旦大学出版社2009年版,第102—103页。

② 参见于安:《政府活动的合同革命》,载《比较法研究》2003年第1期。

③ 参见李玉君:《社会福利民营化法律观点之探讨》,载台湾《月旦法学杂志》第102期。

④ 参见曾建元:《地方政府行政业务委托外包法制相关问题之研究》,载《中国行政》2004年4月。

福利行政进行全方位改革。^① 该法案的颁布废除了联邦财政支持的“抚育未成年儿童的家庭援助”(AFDC)项目,将对贫困家庭的福利责任从联邦政府转移到各州,允许州通过与慈善组织、宗教团体或私人组织签定契约的方式来实施福利项目。美国福利民营化依法已大体形成以下几种类型:(1)外包(contracting out),即将社会福利服务通过订立合同的方式委托给民间赢利或非赢利机构,由他们提供社会福利服务。如密歇根州颁布《就业培训合作法》后,允许福利工作项目补助金项目和州投资的职业项目相互竞争。(2)补助制度。政府通过补助制度以减轻公民的服务费用。如美国医疗机构长期接受财政补助,以便让较低收入的公民也可享受医疗保障。(3)抵用券制度。通过发放带有现金性质的兑换券,让接受公共服务者在限定金额内获得所需服务。如食品券和教育券制度。(4)自助和自愿服务,这主要是由社会慈善团体来提供。实践证明,政府越来越依赖契约模式来实现其治理和规制目标。借助这种方式,政府可有效的实现效能并为其规制手段和目标提供合法性基础。而民营化组织往往具有一定的经济诱因,可依个人生活水平设计不同的福利服务方案,如此可更具效率地实现目标。民营化福利机构更多的依托于私法中关于企业或组织的制度框架设计而运作,其运作往往也需遵循一定的市场化规律。政府更多发挥其监督者和设计者作用,即设计框架性的立法并监控私营机构的合法性运行。当然,政府对私法领域中契约或合同的性质仍具有最终解释权,在维持经济生活中所有公私契约的稳定性方面仍扮演着重要角色。^② 福利行政领域整体上正开始出现放松规制的现象,政府作用和职能似乎开始弱化。

在中国,政府治道变革也在不断深入拓进。自1978年改革开放以来,政府在吸收各国变革经验的基础上,结合中国国情,提出了与建立社会主义市场经济体制相适应的“党政分开”、“政企分开”、“简政放权”等改革目标。在此前提下,全国人民代表大会先后通过了1982年、1988年、1992年、1998年四次政府机构改革方案,一次比一次更为深刻地触动了传统政府管理模式,推动着政府职能转型。与此同时,国有企业改革、公共事务市场化、依法治国的举措、政府决策听证会制度等改革也在进一步深入。1992年10月召开的中国共产党第十四次全国代表大会更是提出了建立社会主义市场经济的目标,将改革政府行政管理体制和机构的任务提上了议事日程,政府行为方式的变化进一步加快,正逐渐转入到有限政府、服务政府、责任政府、法治政府和透明政府的轨道,政府权力随之开始从单中心的政府走向多中心的自主治理^③。在电信、电力、广播、电视、煤气、供水、供热等领域中,国有企业的改制与民营资本比例的加大,公用事业民营化

① See John P. Collins, Welfare Reform, *Yale L. & Pol'y Rev.*, Vol. 16, 1997, p. 221.

② 参见[英]莱恩:《新公共管理》,赵成根等译,中国青年出版社2004年版,第184页。

③ 参见[美]E. 奥斯特罗姆:《公共事物的治理之道》,余逊达等译,上海三联书店2000年版,译丛总序,第3页。