

法学论丛



宪法行政法系列

论经济行政法的制度结构

——交易费用的视角

宋功德 著

北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

论经济行政法的制度结构：交易费用的视角/宋功德著. —北京：
北京大学出版社，2003. 1

(法学论丛)

ISBN 7-301-06010-6

I. 论… II. 宋… III. 经济法：行政法—研究 IV. D912.104

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 092441 号

书 名：论经济行政法的制度结构——交易费用的视角

著作责任者：宋功德 著

责任编辑：胡利国

标准书号：ISBN 7-301-06010-6/D·0677

出版发行：北京大学出版社

地 址：北京市海淀区中关村 北京大学校内 100871

网 址：<http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱：zpup@pup.pku.edu.cn

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

排版者：高新特激光照排中心 62637627

印刷者：北京大学印刷厂

经 销 者：新华书店

890 毫米×1240 毫米 A5 开本 11.75 印张 338 千字

2003 年 1 月第 1 版 2003 年 1 月第 1 次印刷

定 价：22.00 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，翻版必究

内 容 提 要

本书主要从交易费用角度探讨经济行政法的制度结构。本书的基本立场是,在对经济行政法机制加以恰当设计的基础上,历经多方博弈而成的均衡的经济行政法制度结构,有助于最大限度地弱化信息不对称,能够在有效制约行政机会主义的同时有效制约市场机会主义,从而最优整合最大限度节减交易费用总量与最有效提升市场效率的制度目标。

本书由导论和八章构成。第一章主要讨论宪法如何设计产权/经济行政权结构来为产权提供有限排他的行政保护,以便最大化财产的经济价值。第二章依次探讨了经济行政挑战民事诉讼、司法审查约束经济行政、经济行政的全方位扩张三个主要问题,旨在从复杂的权力结构中、尤其是从经济行政与司法的关系中厘清经济行政功能,并据此主张现代市场制度变迁的重心应从民商法转向经济行政法。第三章分别从制度结构的普在性与语境化、制度结构中的主体能动与互动、制度结构中的差异与认同三个视角,对经济行政法的结构特性加以描述与解释。第四章直接确证“制度结构均衡的经济行政法能最优解决交易费用问题”这个核心命题,将产权/经济行政权结构性均衡的基本涵义归结为非对称性均衡、经济行政法制度供求均衡、主体法律地位总体平等、社会资源最优配置、整体经济利益最大五个方面。第五章从国家立法与自治立法、中央立法与地方立法、实体性法律规范与程序性法律规范三个方面,讨论经济行政法制度结构均衡的规范形态。第六章主要分析经济行政法制度结构失衡,相继讨论了结构性失衡的市场症状、经济行政的过与不及、对机会主义与结构性失衡关系的追问、绝对失衡与相对失衡四个问题。第七章引进经济学上的机制设计理论来探讨经济行政法的均衡化问题,以便运用最小的信息维度来为主体提供最大的有利于制度目标实现的行为激励;本章共讨论了机制设计的理论变项、经济行政法机制的内外协调一致、经济行政法机制的制约激励兼容三个基本问题。第八章主要探讨如何通过多方博弈实现制度结构均衡,这一分析框架主要由市场主

体/行政主体参与博弈的动力、由博弈规则所构筑的博弈场域、博弈主体的博弈策略、博弈均衡解与制度均衡四个部分组成。

关键词:经济行政 交易费用 结构性均衡 机制设计 博弈

Abstract

This article discusses the construction of economic administrative law from spectrum of transaction costs. The main point of the article is that, on the basis of proper design of the mechanism of administrative law, equilibrium economic administrative law construction rised from multi-parts game will be helpful to decrease information dissymmetry and restrict administrative opportunism as well as market opportunism and therefore achieve the system target of best conformity, minimize transaction costs and maximize market efficiency.

This article includes Introduction and other 8 chapters. Chapter I concerns about how should constitution offer limited and exclusive administrative protection of property right through designation of property right/economic administrative power construction so as to maximize the economic value of property. Chapter II tries to define the function of economic administration from complicated power construction, especially from the relationship between economic administration and judicature. It deals with the challenge of economic administration to civil procedure, bind of judicial review to economic administration and the expanding of economic administration successively, and therefore hold that a transformation of the core of modern market institution from civil and commercial law to economic administrative law. Chapter III describes and explains the structure of economic administrative law from 3 spectrums: the universality and contaxation of institutional structure, subjective activity and interactivity of institutional structure and difference and consensus. Chapter IV proves directly the core proposition of "the function of economic administrative law with institutional structural

equilibrium minimizes transaction costs". The basic meaning of the structural equilibrium of property right/economic administrative power was defined as nonsymmetric equilibrium, equilibrium of supply and demand in economic administrative law, general equilibrium of legal status of subjects, best dispose of social resources and maximization of overall economic interest. Chapter V discusses ideal form of institutional structural equilibrium of economic administrative law from 3 aspects: state legislation and autonomy legislation, central legislation and local legislation, substantial legal norm and procedural legal norm. Chapter VI analyses institutional structural nonequilibrium of economic administrative law, discusses the market manifestation of structural nonequilibrium, excessiveness and insufficiency of economic administration, relationship between opportunism and structural nonequilibrium, absolutely nonequilibrium and relatively nonequilibrium. Chapter VII introduces mechanism designation theory to discuss equilibrium problems of economic administrative law so as to provide maximum action encouragement of subject with minimum information dimension, which can benefit the achievement of institutional destination. Theoretical variable of mechanism designation, coordination of the inner and external parts of economic administration, and restriction/encouragement of economic administration mechanism are discussed in this chapter. Chapter VIII concerns about how to achieve institutional structural equilibrium through game of multiple parts. This analytical structure contains motivation of market subject/administrative subject's participating game, game forum constructed by rule of game, game strategy of game subjects, game equilibrium and institutional equilibrium.

Keywords: economic administration; transaction costs; constructional equilibrium; mechanism designation; game

总 序

20 世纪已经过去,21 世纪已经来临。

21 世纪的法制将进入较健全、成熟的行政法时代。

中世纪和中世纪以前,人类法制长期处在刑法时代。刑法时代法制的主要特征是:刑法在整个法律体系中占主导地位;法由少数统治者(主要是君主)制定;法的功能主要是治民,维持统治秩序。中世纪以后,法制逐步进入民法时代。民法时代法制的主要特征是:民商法在整个法律体系中占主导地位;法主要由代议机关制定;法的重要功能是调整社会经济关系,维持商品经济、市场经济的秩序(当然,其目的或目的之一也在于维持统治秩序)。20 世纪,人类法制开始进入行政法时代。行政法时代法制的主要特征是:行政法在整个法律体系中占重要地位;法在人民通过各种形式、各种途径直接参与的前提下由代议机关(人民代表机关)制定,但行政机关通过授权和固有的规章制定权越来越多地实际行使立法权;法的重要功能之一是为人民直接参与行使国家权力、直接参与国家管理、直接参与对国家权力行使的监督提供运作程序和保障的规范机制,调整 and 平衡人民与政府、政府与社会以及公民、法人和其他各种组织、各种利益集团之间的关系。

人类法制在 20 世纪开始进入行政法时代,这是就世界法制发展的总体进程而言的。如果分别考察各个国家的法制发展水平,则有的国家目前仍处在刑法时代,更多的国家尚处在民法时代,已进入行政法时代的国家只是少数。

中国在 20 世纪 80 年代以后,刑法、民商法、行政法均开始发展,但直到 90 年代,市场经济体制才开始建立,民商法才算真正有了在法律系统中起主导作用的环境,中国法制可以认为进入了民法时代。至于行政法,中国虽然已经有了若干部可以称得上法典的大法,如《中华人民共和国行政诉讼法》、《中华人民共和国国家赔偿法》、《中

华人民共和国行政处罚法》、《中华人民共和国行政监察法》和即将出台的《中华人民共和国行政复议法》等,但离行政法时代却还有相当的距离。因为行政法时代意味着民主、法治达到了较为发达的水平:民主已由代表制民主发展到参与制民主,法治已由依法治国、依法行政发展到法治国家、法治行政,法治标准已由实体法标准扩展到程序法标准,由量的标准(有法可依)扩展到质的标准(可依的法是良法)。而现在,我们还没有完全解决代表制民主、依法治国、依法行政、有法可依,有实体法可依的较为传统的民主、法治问题,对于参与制民主、法治国家、法治行政、制定完善的程序法,增进法的民主性、科学性(所谓“良法”)等现代民主、法治问题,我们就更还未找到较完满的解决方案,甚至没有太多的时间和精力来考虑和研究解决此类问题的完满方案。虽然我们现在在发展传统民主、法治的同时,也在逐步发展现代民主、法治,但这种发展远还没有达到一个转折点:由民法时代进入到行政法时代,或者说还远没有达到健全、成熟的行政法时代。

西方国家的法制,从一个时代过渡到另一个时代,通常经过几个世纪。我国的情况不同:我国法制的历史比西方国家久远得多,但我国的刑法时代延续得太长太长,以致民法时代到来时,西方国家已进入行政法时代了。我们不能等民法时代结束再自然地步入行政法时代。我国的市场经济形成比西方国家晚得多,但其发展却要快得多。商品经济、市场经济的形成必然导致民法法制,市场经济的发展必然导致行政法法制。所以我国的行政法时代将紧接着民法时代到来。为迎接行政法时代的到来,我们已经做了大量的工作:其一,推进经济和政治体制的改革,使我国尽快形成行政法法制的土壤和环境;其二,加强行政法的立法,为建立民主、法治国家提供形式条件;其三,改进行政法的执法和司法,促进行政法由法制变成法治,由静态变成动态;其四,加强法制、法治的宣传、普及,提高国民的行政法意识,为建立民主、法治国家提供实质条件;其五,开展行政法研究,为健全、完善行政法制、法治提供理论指导,为行政法时代的法制、法治绘制蓝图。

第五项工作——行政法的研究工作,我们做了,但做得还很不

够,我们的研究还缺乏广度,在宏观上,未能对行政法治整个系统工程进行通盘的、全面的考察,在微观上,未能对行政法治的各个具体环节、具体制度进行逐一剖析;我们的研究还缺乏深度,在基本理论上,尚未形成能全面、深刻解释、说明整个行政法制、法治体系,能作为指导行政法时代法制、法治建设理论基础的完善的学说,尽管有控权论、管理论、平衡论等学说先后问世,而且平衡论获得越来越广泛的社会认同,但该学说很多方面仍还有待完善;在对行政法制、法治实践的研究上,我们对行政立法、行政执法、行政法制监督、行政救济、行政诉讼等行政法运作实践中提出的大量问题,其中有不少尚未能给予深刻、精辟的阐释,为实践提供有价值的科学的解决方案,尽管近年来行政法学在实证研究上取得了进展,有若干专著问世,但总体上仍是很不够的。

为了满足行政法制、法治发展实践对理论的需要,我们准备在10年到20年的时间里陆续向社会推出一套现代行政法理论专著系列。这套理论专著系列有下述特点:

其一,著作者均为取得法学博士学位的年轻学者(或博士生导师、硕士生导师)。这些学者学识渊博,思想敏锐,具有很强的开拓精神和创新意识。

其二,著作内容涉及的均是现代行政法的较深层次的理论问题。对这些问题的研究和解决关系到行政法学的发展前景,关系到行政法制的性质和行政法治的进程,关系到行政法时代蓝图的绘制及其近期、中期、远期实施方案的设计。很显然,这些研究、探讨既具有重要的理论意义,又具有很强的实践价值。

其三,著作者采用的研究方法是综合性的。首先,他们运用哲学的方法,从本体论和方法论的角度探讨行政法、行政法制、行政法治是什么,可能是什么,应该是什么和从什么角度、以什么手段、用什么方法求得结论的问题;其次,他们运用政治学的方法,对行政法治与民主政体、权力分配与权力制约、人民参与与行政效率、公民权利与政府权力的关系进行探讨,力争打破行政法学与政治学的严格界线;再次,他们还运用社会学的方法,对非国家机关的社会组织、社会团体的公权力性质、范围、行使方式,以及国家权力向社会转移的形式、

途径和法律在这种转移过程中的作用等问题进行研究,赋予行政法学以更广阔的视野;此外,他们也运用比较法学的方法,对世界各国的行政法制、行政法治进行横向比较,对民法时代、不成熟的行政法时代、成熟的行政法时代条件下的行政法制、行政法治进行纵向比较,通过比较获得规律性的认识。

当然,我们的这项工程才刚刚开始。我们没有经验,在运作过程中难免会发生这样那样的问题,能否实现我们预期的目标,还有待我们各位著作者和组织、编辑、出版者的努力。我们希望,并且力争以第一流的成果奉献读者,奉献给新世纪、新的千年。

姜明安

1999年12月

多些关注基础理论研究

——代序

改革开放以来,在邓小平理论的指导下,中国的行政法学研究得到了长足发展,可谓硕果累累、成效显著,这有力地推动着中国行政法制建设的进程。但随着社会转型步伐的加快,行政法学研究与行政法制实践之间不太适应的问题逐渐暴露出来,现有的行政法学研究由于基础理论不够厚实、研究方法非常有限等原因,不能令人满意地对行政法现象加以描述、解释。这就需要加强基础理论研究、更新行政法学研究方法,以便尽快提高行政法学研究的整体水平。

当前,在中国行政法学界存在着一种亟待澄清的流行误解,即认为行政法学属于应用法学,无需耗费精力去搞基础理论研究。我不太同意这种观念。我个人认为,作为一门独立的学科,行政法学要想生存、发展下去,就必须处理好基础理论研究与应用研究之间的关系,基础理论研究应持之以恒,应用研究要踏踏实实;任何厚此薄彼或者顾此失彼的研究倾向,都不利于行政法学的正常发展,甚至有可能引致学科危机。就中国行政法学研究现状而言,我认为这两种研究之间的关系还不够和谐,二者相互依托、良性互动的格局尚未全面形成。之所以如此,主要原因在于重应用研究、轻基础理论研究,两种研究之间是“失衡”的。

中国行政法学的成熟与繁荣,既需要无微不至的应用研究,更需要高瞻远瞩的基础理论研究。通常而言,应用研究的优势在于将研究目光锁定在特定行政法领域之中、甚至特定行政法律制度之上,这有助于明察秋毫。但与此同时,应用研究的这种专注一点、无视其他的研究特点,又很容易造成研究视野狭窄。相对于应用研究而言,基础理论的主要特点是形而上,这是由基础理论必须胜任全面、深刻解释行政法学基本问题的要求所决定的。当然,形而上并非不切实际、超

凡脱俗。基础理论只有立足现实、全面回应行政法制实践需要、科学解释行政法学基本问题,才能得以存在与发展。

我个人认为,行政法学的基础理论研究,其重要意义主要表现为以下四点:

第一,基础理论研究是行政法学研究中的基础设施建设。众所周知,基础设施建设虽然投资大、周期长、收效慢,但没有完善的基础设施建设,就不可能出现快速、持久的经济发展。基础理论研究就是行政法学研究中的基础设施建设。基础理论是行政法学的根基所在,基础理论研究关乎整个行政法学体系建设;如果基础理论研究滞后了,不合时宜,整个行政法学体系的建设就不可能得以正常进行。

第二,基础理论研究为应用研究提供最基本的理论支持。基础理论研究是行政法学的“源”,应用研究是行政法学的“流”,二者之间的源流关系不可本末倒置。基础理论研究为应用研究提供最基本的理论支持,主要是指通过对行政法核心理念、概念体系、基本范畴、价值判断与功能定位等基本问题的系统研究,为应用研究提供研究平台。如果应用研究缺乏基础理论研究的支持,或者脱离了基础理论,就会成为无源之水,很难不是自说自话;就很难避免研究过程的片面性与研究结论的武断性。因此,行政法学基础理论研究的落后,必然会严重制约应用研究的健康发展。

第三,基础理论研究为行政法学研究提供方法论支持。任何成功的行政法学研究,都离不开科学的研究方法;方法之于行政法学研究,犹如钥匙之于锁、桨之于船。基础理论的重要使命之一就是不断发展创新行政法学研究方法,以便为应用研究、乃至整个行政法学研究提供方法论支持。这种方法论支持主要表现为两种方式:一是不断完善行政法学研究的传统方法,确保其常用常新;二是经常不断地对哲学、经济学、社会学、政治学等相邻学科的研究方法加以大胆借鉴、引进,经过改造、为我所用。这种方法论支持主要服务于两种目的:一是服务于行政法学研究,通过创新行政法学研究方法,来发扬新视角、拓展新视野、发现新资料、得出新结论;二是服务于行政法制建设,推动行政法律方法创新,例如将博弈方法引进行政法律制度变迁当中,通过行政法主体的多方博弈来推动行政法的权利(力)结构

趋于均衡。

第四,基础理论研究的行政法学可持续发展的基础。如同行政法制建设从来就不会一蹴而就一样,行政法学的成熟与发展,也绝对不可能速成于一朝一夕;科学的行政法学体系乃是建立在对点滴知识的日积月累之上。相对于应用研究而言,基础理论研究侧重于对行政法核心理念、主要概念、基本范畴、价值取向、功能定位以及主体与制度之间的互动性、各种制度之间的普遍联系等一系列基本问题作深入、持久的探讨,以便建构、完善行政法学科体系。基础理论研究的这种通过开放的基本框架不断吸纳新知识以确保行政法学与时俱进的特点,不仅有助于确保行政法学研究具有历史延续性,而且还为行政法学的可持续发展提供了基础;在行政法学的过去、现在和未来之间,构筑了一个通道。

不言而喻,基础理论研究较应用研究而言,更为基础,也更加重要。但是,一则由于基础理论研究忌急功近利、浮躁不安,尚淡泊名利、宁静致远;这就要求从事基础理论研究的学者要坐得住“冷板凳”,能勤学不辍、持之以恒,因此基础理论研究的“清贫”,就很容易令人敬而远之。二则由于基础理论研究要求研究者既要有敏锐的洞察力、看问题入木三分,不为纷繁表象所迷惑,能透过现象看本质;又要做到触类旁通、举一反三,以普遍联系的眼光看问题。这就意味着搞基础理论研究,离不开苦思冥想。但是,仅有苦思冥想是远远不够的,不能为理论而理论、闭门造车;缜密的思考要建立在充分的实证研究与规范研究之上,要正视行政法现象、立足社会现实,对行政法学的基本问题作通盘考虑,做到粗中有细,以免挂一漏万。不言而喻,基础理论研究之艰难,很容易让人知难而退。

但是,中国行政法学要繁荣,中国行政法制建设要进步,中国行政法学的基础理论研究就只能进、不能退。我们认为,中国行政法学界关于现代行政法理论基础的探讨,在一定程度上纠正了重应用、轻基础理论的“失衡”研究格局。行政法的理论基础是行政法学基础理论的核心部分;理论基础坚实与否,直接影响着行政法学体系科学性。有目共睹的是,较其他相关理论基础研究而言,平衡理论研究能够称得上是最深入持久、投入研究资源最多、研究成果也最丰富的研

究之一,并形成了较为完整的理论体系。回首过去这十多年的研究历程,我认为,平衡理论之所以能得到持续不断的完善与发展,并逐步走向成熟,一个最为重要的原因就是有一批甘于寂寞、默默奉献的研究者。在基础理论研究不太景气的情况下,具有这种锲而不舍的研究精神的学者,实在是难能可贵。

本书作者宋功德同志,就是这些研究者中的重要一员。

我认识小宋,早于他来北大攻读博士学位之前。小宋在山西大学攻读硕士学位期间,就学习刻苦、勤于思考,在《中国法学》等法学期刊上发表了好几篇很不错的文章,还与郭润生教授合著了中国第一本行政指导专著——《论行政指导》(中国政法大学出版社,1999)。这本书在出版之前,我曾仔细地通读了全部书稿,并为该书作了序。在1998年夏天,我在北大与小宋就行政指导以及其他行政法问题进行了交谈。在交谈过程中,我发现小宋法学知识扎实,经济学功底不错;有法院工作经验,阅历也比较丰富;在基础理论研究方面,小宋作过一些研究,而且兴趣浓厚、富有研究潜力。我当时很希望小宋有机会来北大读博士,继续学习、研究行政法。一年之后,小宋顺利考入北大法学院,在我的指导下攻读博士学位。现在回顾他在北大三年的学习研究情况,我是很满意的。在这三年里,小宋能一如既往地甘于寂寞、刻苦学习、勤于思考、专心研究,先后发表了多篇具有一定理论影响的论文,并出版了两、三本学术著作;尤其在行政法的基础理论研究方面,作出了很大贡献。

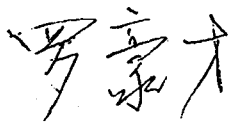
小宋刚到北大时,我就建议他研究经济行政法,并以此为主题撰写博士论文。这三年,小宋阅读了大量的新制度经济学方面的研究文献,经济学知识大有长进,这就为写好经济行政法的博士论文提供了充分的知识积累。在博士论文开题时,小宋选择了经济学上的交易费用视角来研究经济行政法的制度结构,这是对平衡论的一个应用与发展。其博士论文在导师组初评中得到一致好评,又顺利通过专家匿名评审,全优通过博士论文答辩,后来还被北大法学院评为优秀博士论文。

我个人认为,小宋的博士论文选题具有重大的理论价值与实践意义。论文紧紧围绕“制度结构均衡的经济行政法能最优解决交易费

用问题”这一核心命题,根据大量文献资料,综合采用多种学科理论和研究方法,进行多层次的深入分析,最后形成四大研究结论,这极大地丰富和发展了经济行政法学科的理论基础。论文视角新颖,命题明确,主线突出,资料翔实,论证有据有理,学术规范严谨,逻辑性强,文字流畅;在学术观点、理论体系与研究方法等诸多方面均有重大创新,对行政法律制度、行政法机制以及整个行政法学科的基础理论的发展都做出重大贡献。通观这篇三十多万字的博士论文,不仅能够看出作者的基础理论扎实,学术功底深湛,宪法学、行政法学、新制度经济学以及其他相关学科的专业知识丰富;而且还能看出作者具有较深的研究造诣、很强的研究能力以及严谨、朴实的学术作风。据此,我个人认为,虽然论文在如何实现制度结构均衡问题上,似有待进一步加强研究,但该论文应该算得上是一篇优秀的博士论文。

得知小宋的博士论文现由北大出版社出版,我很高兴,欣然为序。作为导师,我非常愿意将这本书推荐给广大读者,相信大家读过之后一定会有所收获。此外,我还非常希望这本书的出版,能够唤起行政法学界的基础理论研究热情;希望将来有更多的学者对基础理论研究倾注更多的关注,以便推动具有中国特色的体现“三个代表”思想的行政法学早日走向成熟!

是为序。



2002年9月

目 录

导论	(1)
一、问题的提出	(1)
二、研究现状	(14)
三、命题的提出及论证路径	(23)
四、据以确证核心命题的三个理论	(31)
第一章 宪法中的产权/经济行政权	(37)
一、产权的排他性保护	(38)
二、产权排他性保护的有限性	(42)
三、经济行政的宪法设计	(47)
四、经济行政的逻辑结构	(53)
第二章 经济行政功能的厘清	(67)
一、经济行政挑战民事诉讼	(68)
二、司法审查约束经济行政	(79)
三、经济行政的全方位扩张	(84)
第三章 经济行政法的结构特性	(98)
一、制度结构的普适性与语境化	(100)
二、制度结构中的主体能动与互动	(114)
三、制度结构中的差异与认同	(131)
第四章 产权/经济行政权结构的均衡	(144)
一、非对称性均衡	(146)
二、经济行政法的制度供求均衡	(149)
三、主体法律地位的总体平等	(151)
四、经济行政法资源配置最优	(155)
五、整体经济利益最大	(157)
第五章 制度结构均衡的规范形态	(160)
一、国家立法与行业自治立法	(161)

二、中央立法与地方立法	(168)
三、实体性规范与程序性规范	(176)
第六章 制度结构的失衡	(189)
一、结构性失衡的市场症状	(190)
二、经济行政的过与不及	(194)
三、对机会主义与结构失衡关系的追问	(210)
四、绝对失衡与相对失衡	(214)
第七章 均衡化与机制设计	(220)
一、机制设计的理论变项	(222)
二、机制设计的内外协调一致	(263)
三、机制设计的制约激励兼容	(280)
第八章 通过博弈实现制度结构均衡	(293)
一、博弈主体参与博弈的动力	(295)
二、由博弈规则构筑的博弈场域	(304)
三、博弈主体的策略	(314)
四、博弈均衡解与制度结构均衡	(321)
研究结论	(330)
参考文献	(332)
后记	(355)