

中国社会科学院法学研究所经济法学发展系列
创新工程“市场经济法治问题研究”2013年度项目成果

法律与经济

——中国市场经济法治建设的反思与创新

席月民◎主编

2013 第1卷

LAW AND ECONOMICS

中国社会科学出版社

014043776

D922.290.4-53

09

V1 2013

中国社会科学院法学研究所经济法学科发展系列
创新工程“市场经济法治问题研究”2013年度项目成果

法律与经济

——中国市场经济法治建设的反思与创新

席月民◎主编

2013 第1卷

LAW AND ECONOMICS



北航

C1731369

中国社会科学出版社

2013

D922.290.4-53

09
V1

图书在版编目(CIP)数据

法律与经济. 2013. 第一卷 / 席月民主编. —北京: 中国
社会科学出版社, 2013. 12

ISBN 978-7-5161-3770-3

I. ①法… II. ①席… III. ①经济法-中国-文集
IV. ①D922.290.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 302555 号

出 版 人 赵剑英
责任编辑 任 明
责任校对 石春梅
责任印制 李 建

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>
中文域名: 中国社科网 010-64070619
发 行 部 010-84083685
门 市 部 010-84029450
经 销 新华书店及其他书店

印刷装订 北京市兴怀印刷厂
版 次 2013 年 12 月第 1 版
印 次 2013 年 12 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16
印 张 22.25
插 页 2
字 数 396 千字
定 价 75.00 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联系调换
电话: 010-64009791
版权所有 侵权必究

序

自1992年建立社会主义市场经济体制以来,经过20多年的持续发展,中国的市场经济体制改革的现实进程与这一目标之间仍存在着相当大的差距,并不断遭遇日益严峻的挑战。特别是2008年全球金融危机爆发后,中国经济逐步进入调整阶段,提升市场和转变经济发展方式的任务变得日益紧迫。实践中,像浙江的温州、台州这样原来相对落后、在改革开放中异军突起、成为市场经济开路先锋的地区,进入20世纪后却表现出机制失灵、活力消退、增长乏力的衰态。现实情况表明,中国的经济体制改革和经济法治建设已经无法回避经济全球化所带来的深层次矛盾与利益冲突。

经济全球化对中国法律的影响其实是多层次的,对中国经济社会的法治观念、制度建设、法治机制以及法律知识体系,均有不同程度的影响。这些年来,法治已成为我国治国理政的基本方式,从法治角度而言,经济法作为社会主义法律体系中的部门法之一,着力于对市场机制的引导、规制和保护,防范并矫正市场机制的负面效应,促进市场机制与宏观调控机制的有机耦合。经济法存在的基础与作用的对象均为现代市场经济,现代市场经济是市场调节与国家干预内在统一的经济形态。经济法在保障市场机制正常运行,维护市场自由公平竞争,维护社会公平分配,引导市场主体利益向宏观经济调控目标倾斜的过程中,注重于发挥其强大的资源和利益配置功能,平衡协调各种经济利益关系,建构权力运行制约和监督体系,以实现市场个体利益与社会整体利益的协调统一以及经济社会的可持续发展。

党的十八大报告指出,以科学发展为主题,以加快转变经济发展方式为主线,是关系我国发展全局的战略抉择。因此,解放思想、实事求是、与时俱进、求真务实、勇于创新,是经济法治建设实现继续推动科学发展、促进社会和谐、增进人民福祉的必然趋势,也是经济法学研究改善和保障民生,推动形成符合科学发展要求的经济发展方式和体制机制的必然要求。刚刚闭幕的党的十八届三中全会审议通过了《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,指出了全面深化改革的总目标,强调要紧紧围绕使市场在资源

配置中起决定性作用深化当前经济体制改革,坚持和完善基本经济制度,加快完善现代市场体系、宏观调控体系、开放型经济体系,加快转变经济发展方式,加快建设创新型国家,推动经济更有效率、更加公平、更可持续发展。未来几年,经济体制改革仍将是全面深化改革的重点,其核心问题仍是如何处理好政府与市场的关系,使市场在资源配置中起决定性作用,并更好地发挥政府的作用。政府与市场的关系问题,历来是世界各国经济发展的重点和难点问题。现阶段,我国仍处在工业化、城镇化、信息化和农业现代化的深入发展过程之中,“四化”之间进展不一,互动不足。2008年,这场规模空前的国际金融危机所形成的倒逼机制,客观上为我国经济发展方式转变和经济体制改革提供了新的机遇。过去很长一个时期,我国主要依靠招商引资、扩大投资、增加产能和促进出口等推动经济发展,现在看来这样的经济发展方式像一部老式“机车”一样,已无力拉动整个国民经济继续快速前进。目前的社会转型不仅带来社会结构、经济体制、分配方式的深刻变化,同时也引起社会利益格局的大调整。只有把推动发展的立足点从过去那种主要依靠高投入、高消耗、高排放,转到依靠质量和效益的内涵式增长上来,恰当把握市场经济中政府的作用,把“有形之手”和“无形之手”有机结合起来,才能增强我国经济长期发展的后劲,推动经济更有效率、更加公平地持续发展。

当前,我国经济工作重点正在发生新的转移,即着力于培育和形成各类市场主体发展新活力、创新驱动发展新动力、现代产业发展新体系和开放型经济发展新优势,使企业成为转变经济发展方式的真正主体,在市场竞争中赢得发展的主动权。经济体制改革的深化仍需要以市场化为根本导向,进一步减少行政许可事项,培养市场主体的自主性和独立性,强化其责任意识和规则意识,同时把政府对市场的干预和保护保持在一个合理的限度内。创新是经济社会发展的永恒主题,也是经济法学学科生生不息的固本之道。从社会科学的层面看,科学化应成为经济法发展的基本方向,对于经济法治创新问题的研究仍有待深入、持续、系统地展开,强调科学的方法和理性的分析,把经济法治创新置于科学发展观统领之下,以科学发展观为认识论和方法论基础,坚持科学精神,更好地融合不同学科的研究范式,并形成主导性的研究范式,深入研究经济法治创新中的一般问题和特殊问题,引导经济法学在基础理论和具体制度研究方面不断走向深入、走进科学、走近真理。总之,学科的生命在于创新,学科的发展贵在创新,只有不断创新才能使经济法学的学科发展充满活力,也才能最终使市场经济法治真正实现循“法”而治。

法治是一门实践的艺术，不是所有的法律制度都能成其为法治。近年来，我国经济法基础理论的研究仍较为薄弱，一些研究片面追求经济法的实用性，忽视或漠视经济法基础理论中有关基本概念、基本定义、基本范畴、基本特征、基本体系、基本原理等方面的研究和创新，尤其是对市场经济法治创新问题缺乏系统而深入的研究，从而造成经济法基础理论在经济法治实践指导方面缺乏应有的张力。本书集中展示了我们中国社会科学院法学研究所经济法学科在 2013 年度的发展成果，收录了 2013 年度创新工程“市场经济法治问题研究”项目组组织召开的中国市场经济法治建设创新论坛和中国税制改革与优化学术研讨会的研讨论文和观点综述，辑录了“国企改革的法治思辨”笔谈会成果，借以抛砖引玉，并寄希望于在理论层面牵引对经济法基础理论深层次问题的分析研究，丰富和发展我国现有经济法基础理论和专门制度问题的研究视角，增强经济法理论对经济社会现实的观照力与解释力，充分发挥经济法的部门法功能和作用。在此，我们对中国社会科学院法学所领导的鼎力支持和本书所有创作者的辛勤付出表示由衷谢意！

因时间仓促，编校中错漏之处在所难免，欢迎读者朋友们批评指正！

席月民

二〇一三年十一月二十日

目 录

市场经济法治专题研究

中国市场经济法治创新的着力点与挑战	席月民	3
经济法治：政府与市场的规范逻辑	金善明	21
我国经济法理论研究的重大创新和两个重大反差	漆多俊	35
生态文明的法律制度构建及立法实践	刘洪岩	45
反垄断法实施的逻辑前提：解释及其反思	金善明	56
论反垄断法司法解释的范式与路径	金善明	73
新形势下人大财政监督职能的建构与强化		
——宪法规范与治国目标的交互映照	刘剑文 耿 颖	92
完善适应社会主义市场经济体制需要的公共财政法律制度	朱大旗	113
国企改革中政府定位的思辨及制度重构	顾功耘 胡改蓉	143
市场经济法治创新之金融法制维新	强 力 杨为乔	160
回归权利的视野：政府投资信托法律关系解析	孙 放	171
社会诚信危机的社会法应对	肖 京	194

税制改革专题研究

税收法律关系的本质属性	谭 立	209
生态房地产税收调控制度研究	周明勇	220
税收公平原则与我国“营改增”的顶层制度设计	张富强	233
新税制改革背景下城市维护建设税的重新构建	史正保 李智明	251
我国个人所得税法深化改革的切入点：附加福利课税	陈少英	260
税制结构优化背景下的社会保障税法制建设	肖 京	277
正当程序理念下税收征管法的修改	朱大旗 胡 明	286
国际税务行政的最新发展动态	丁 一	303

国企改革法治思辨

“政企分开”题解	姜丙录	315
“政资分开”辨正	史际春	317
国企类型化改革的法理应对	顾功耘	319
国有企业法制维新之路	强 力	321
国家、国资委与国有企业之间的信托法则	席月民	323
《企业国有资产法》中的政府	李曙光	325
国有企业的反垄断法审视	黄 勇	328

会议综述

“中国市场经济法治建设创新论坛”观点综述	金善明 席月民	333
“中国税制改革与优化学术研讨会”综述	肖 京 席月民	343

市场经济法治专题研究

中国市场经济法治创新的 着力点与挑战

席月民

摘要：中国当前的市场经济法治创新必须以科学建构体系化的善法为最终目标，坚持以消费者为本、以市场导向为用、以法律伦理为纲、以本土法律资源为体、以公平和效率兼顾为目的的原则。法律信仰理论、法律不完备理论以及诠释法律与法律诠释理论为市场经济法治创新提供了重要的理论依据，加强对消费经济、消费者、消费权及其相关问题的研究，以此为起点构筑市场经济法治框架成为市场经济法治创新重要的着力点，新一轮市场经济法治创新需要重点考量消费者及其消费权的倾斜保护。目前来看，在发展消费经济的过程中，市场经济法治创新仍将受到多重因素的制约和挑战，其包括消费体制和消费环境问题、消费能力问题、消费教育问题、法治现代化问题以及研究范式的转型问题等。

关键词：市场经济法治；法治创新；消费经济；消费者；消费权

改革开放三十余年来，大规模、体系化的立法与普法运动改写了中国 20 世纪法治发展的历史轨迹。随着大国的成长进入思想视野，对于世界体系的重构性阐释逼迫着中国心智做出有效回应，法治不再只是表彰政治的德行，承载公民理想对于政制进行规训，而且成为构建中国国家实力的重要方面，乃至文明忧思的对象。^① 社会主义市场经济法律体系形成后，私权与公权的法律博弈并未止步，市场经济法治正呼唤着新一轮的理念和制度创新，这种创新的理论依据是什么，着力点在哪里，其所面临的挑战有哪些，如何理性架构其基本框架和构建其基本制度等，均需要我们认真进行反思和研究。本文集中探讨中国市场经济法治创新的基本内涵、原则、理论依据、着力点以及所面临的主要挑战，冀望通过对“消费政治经济学”的法治思考表彰和实现“公民政治经济学”的法治愿景。

^① 许章润：《中国的法治主义：背景分析（上）》，载《法学》2009 年第 4 期。

一 市场经济法治创新的内涵与原则

正如梁治平对著名经济学家吴敬琏的市场经济法治思想的评价所言,从单讲市场经济,到强调法治的市场经济,隐含了一个认识上的发展,即市场经济的存在与发展是有条件的;市场经济不能自足,而须配合以其他制度。^①这里的“其他制度”重点指的是法律制度,从历史上看,市场的存在以承认和保护私有财产及其支配权为前提,因此,以保护私权为基础的最低限度的法治事实上构成了市场经济内在规定性的有机组成部分,无论是消费者还是经营者,抑或作为管理者的政府,在市场经济发展中都需要积极践行和弘扬法治精神。

自古以来,法有善恶良窳之分,中国当前的市场经济法治创新必须以科学建构体系化的善法为最终目标,消弭不同法律部门之间的规则罅隙和冲突,进而实现从形式到实质的公平正义。市场经济与法治、民主、宪政、人权等概念有着一定联系,但在复杂的现实情境中寻找最适合中国的发展路径,则需要厘清这些概念本身所蕴含的不同价值及其相互关系,考虑各种制度的性质和成就它们的条件。在消费经济时代,国家政策、法律原则、法律规则、经营权、消费权、立法权、行政权、司法权、市场竞争、市场监管、市场调控、经济效益、行为合法性、法律责任、法律意识等要素可以有不同的组合,这些不同组合都可以被称作市场经济法治,因此这里显然存在着一个市场经济法治创新的巨大空间,通过法治理念与制度创新再造市场经济新的秩序模式,促进经济的可持续发展。笔者认为,依法治国是社会主义法治的核心内容,市场经济法治创新不同于社会管理创新,其立足于消费经济的发展,是从体制、机制和权利保障方面对现有市场经济法律制度体系作出科学的“手术性”安排,通过定义性、经验性、技术性、伦理性等层面的规则证立,真正实现市场经济的善法之治。

与改革开放初期相比,目前我国在静态的法律制度安排方面应该说已有了巨大进步,社会主义市场经济法律体系的形成即构成了其进步的显著标志。但从动态的法律制度的运行看,情况则不够乐观,其中信“访”不信“法”就是一例明证。一方面,信访成了一部分人不法“发家致富”的新途径;另一方面,它又成为一些地方“花钱买稳定”的无底洞,社会的诚信机制受到

^① 梁治平:《从市场经济到法治的市场经济:吴敬琏的改革词典》,载《读书》2008年第1期。

了极大的损害。^① 这种局面使我国的诸多法律停留于文本状态,司法系统功能发挥不够,使一个相对完善的法制架构处于相对静止状态,无法实现建构时的预期效能,这或多或少地影响着我国的法治化进程。^② 笔者认为,市场经济法治创新必须坚持以下原则:一是以消费者为本原则;二是以市场导向为用原则;三是以法律伦理为纲原则;四是以本土法律资源为体原则;五是以公平和效率兼顾为目原则。这些原则建立在法治的市场经济基础之上,体现了消费经济对市场经济法治发展的基本要求,也体现了审慎处理中国特色与世界格局、现代模式与多元主义、历史传统与普世价值、本土资源与异域制度等多重维度的关系。

邓正来教授在其《中国法学向何处去》一书中曾提出,中国法学,或中国学术,在当下世界结构中的首要任务,或者说中国学术的当代使命,绝不是借助西方的各种后现代理论去参与解构的“狂欢”,而是要对当下世界结构中为人们视而不见的极其隐蔽地推行某种社会秩序或政治秩序的过程或机制进行揭示和批判,进而根据我们对中国现实情势所做的“问题化”理论处理而去建构中国自己的一种有关中国未来之命运的“理想图景”。^③ 市场经济法治创新同样需要坚持这样的“理想图景”品质,一方面,要从法律自身的逻辑体系去认识、评判和修补法律;另一方面,也要从经济社会的视角以及法律自身的经济社会功能去取舍、配置和给养法律,从而有效实现中国市场经济法治的现代化。可以说,“现代化”一词承载了中国政府完善社会结构、提高国家整体能力的期望。这种局面的出现或者说国家对“现代化”追逐的原因,是出自国家应对社会危机的需要。^④ 在创新过程中,方法、秩序和现代性问题是密切联系在一起的,对于其中任何一个问题的全面解决必须以同时解决其余两个问题为先决条件。对其中任何一个问题的进一步理解都将直接改进我们处理其他问题的能力。^⑤ 当前,市场经济法治仍存在着比较严重的“都市化”和“西方化”倾向,一些学术研究同样忽视了“城乡二元结构”、“贫富差距结构”与“多极世界结构”等结构治理中所深藏的中国法律问题。全

① 席月民、孙宪忠:《当前司法遇到的三个突出民生问题》,载《法学》2012年第12期。

② 李树:《法治化建设的思路创新——基于法经济学的法治化建设思路》,载《河北法学》2006年第7期。

③ 邓正来:《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,商务印书馆2006年版,第23页。

④ 马怀德主编:《法制现代化与法治政府》,知识产权出版社2010年版,第1页。

⑤ [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第226页。

面建成小康社会,加快推进社会主义现代化建设,实现中华民族伟大复兴,需要坚持市场经济法治理念和体制、机制、制度创新,需要当前的中国法学突破制约“中国梦”实现的利益固化的藩篱,在和平崛起中坚定地走现代中国的法治之路,为现代社会建立一个良性的公共政体,真正实现宪法政治下的根本法治和具体的市场经济法治。

二 市场经济法治创新的理论依据与着力点

自古及今,道德、宗教、法律都曾经成为人类社会进行社会控制的主要手段。但在16世纪以后,法律成为人类社会进行社会控制的主要手段。在近代社会,社会力图通过法律这一有秩序的、有系统的强力来调整和安排行为,法律取代了道德和宗教,成为社会控制以及提高社会工程有效性的主要手段。^①法律作为人类构造秩序的符号体系,既承载着人类所认知到的事物的法的规定性,也表达着主体的法的需求,其运行在市场经济中具有决定性的作用,市场自身的秩序和规则必须依赖法律才能获得根本性保证。法学界对“中国问题意识”的强调,其实表征着这样一种观念,即在市场经济法治创新中,法学研究需要注重针对性、现实性和可行性,要根据相关法学理论从中国经济社会现实的种种冲突与困惑中提升出真正的中国式问题,并着力解决好这些问题。

(一) 市场经济法治创新的理论依据

长期以来,人们对法律的思考给予了百倍的热情和期望,把法律作为纯粹客观的事实来对待,并用科学的方法来观察、理解和研究法律现象,寻求法律存在的客观尺度。但问题在于,法律既不是纯粹客观的,同时也不存在我们想象中的那种确定性。从神学取向到科学取向再到诠释学取向,法哲学和法理学的相关理论为市场经济法治创新提供了重要依据。

1. 法律信仰理论。近现代以来,西方法律日益成为脱离内在价值而以外在强制为特征的纯世俗理性规则,人们遵守这种规则不是出于价值认同,而更多是出于外在的强制或利益得失的考虑,有鉴于此,伯尔曼强调了法律信仰的重要性,并试图从基督教的传统中寻找重建现代法律信仰的源泉,冀望

^① [美] 罗·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第9—11页。

通过对实证法学、自然法学和历史法学的整合走出困境。^① 近年来, 鉴于大量立法因未获人们认知而缺乏实效, 我国一些学者借用伯尔曼的话语开始广泛探讨法律信仰问题, 这种努力不无可贵之处。^② 一种代表性的观点认为, 法治的精神意蕴是信仰法律, 一种对于法律的宗教般虔诚的信仰。^③ 法律信仰的虚无, 是当前中国建设社会主义法治国家的主要障碍之一。^④ 只有培育起这种宗教般虔诚的法律信仰, 中国的法治才有可能实现。但是, 在市场理性为导向的现代世俗社会, 价值日趋多元化, 法律也越来越成为协调冲突利益和价值的“规则理性”。在此情况下, 何以将法律内化为一种类似宗教法那样的普遍信仰规则? 在这一点上, 韦伯比伯尔曼似乎显得更理性、更冷峻, 其认为现代化过程中是工具合理性取代价值合理性的过程, 是放逐价值的形式合理性法律得势的时代。^⑤ 然而实际上, 就一个国家而言, 其公民是否具有完整的法律信仰是其法律能否顺利实现的重要心理基础。由于人们在观念上常把信仰与禁锢自觉不自觉地联系起来, 这使得法律信仰一词也近乎成为令人生畏的概念。在我国, 也有一些学者对法律信仰理论提出了质疑甚或否定。^⑥ 笔者认为, 法律信仰不是法律迷信。法律信仰意味着对于民族国家的政治忠诚和文化归依, 特别是对于民族国家及其人文类型落实和捍卫法律价值的意愿、能力与效果的坚信不疑, 以及由此而来对此所进行的监督和鞭策, 包括动用舆论监督、社会批判、投票选举乃至“恶法非法”、“公民不服从”等理念资

① 伯尔曼关于法律信仰的论述, 参见[美]伯尔曼《法律与宗教》, 梁治平译, 生活·读书·新知三联书店1993年版; [美]伯尔曼:《法律与革命: 西方法律传统的形成》, 贺卫方等译, 中国大百科全书出版社1993年版。

② 参见谢晖《法律信仰: 历史、对象及主观条件》, 载《学习与探索》1996年第2期; 范进学:《论法律信仰危机与中国法治化》, 载《法商研究》(中南政法学院学报)1997年第2期; 姚建宗:《信仰: 法治的精神意蕴》, 载《吉林大学社会科学学报》1997年第2期; 陈金钊:《论法律信仰——法治社会的精神要素》, 载《法制与社会发展》1997年第3期; 钟明霞、范进学:《试论法律信仰的若干问题》, 载《中国法学》1998年第2期; 等等。

③ 姚建宗:《信仰: 法治的精神意蕴》, 载《吉林大学社会科学学报》1997年第2期。

④ 钟明霞、范进学:《试论法律信仰的若干问题》, 载《中国法学》1998年第2期。

⑤ 参见[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(上卷、下卷), 林荣远译, 商务印书馆1997年版; [德]马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》, 张乃根译, 中国大百科全书出版社1998年版。

⑥ 如: 叶传星:《法律信仰的内在悖论》, 载《国家检察官学院学报》2004年第3期; 张永和:《法律不能被信仰的理由》, 载《政法论坛》2006年第3期; 刘焯:《“信仰法律”的提法有违法理》, 载《法学》2006年第6期; 范愉:《法律信仰批判》, 载《现代法学》2008年第1期; 等等。但也有学者指出, 法学问题在很大程度上是被理性建构而非被给定的, 它不必完全和事实、实践保持一致, 一荣俱荣, 一损俱损。相反, 它们可能与现实有相当的距离, 只要其价值向度得到了公众认同。参见杜宴林《论法学研究中的中国问题意识——以关于法律信仰问题的争论为分析线索》, 载《法制与社会发展》2011年第5期。

源、道德原则与法制和社会措置。^① 法律信仰是人们出于对法律的依赖感而产生的心理感受,作为社会总体价值的保护者,法律自有其优良的本性,它是人们理性的选择。形式理性与实质理性法律的贯通是法律信仰的生成支点,在恪守形式理性法律及其有效性基础上所形成的法律信用的不断增进是达致法律信仰的现实路径。^② 总之,法律的功能决定了它是能够也是应当被信仰的。^③ 在市场经济法治创新中,如何培养人们对法律的信任感和守法精神,如何克服社会转型时期政府及其人员的滥权问题,以及如何树立法律的权威和法律至上的观念,事实上均需要以消费者为中心,通过弘扬法律精神,在广大消费者中普遍建立法律信仰,以此重新唤起人们对法律的情感与忠诚,在经济生活中彰显法律的终极目的与生活意义。

2. 法律不完备理论。“不完备法律”理论是金融监管理论学说中晚近出现的重要学说,该理论涉及经济学和法学的基本假设,对监管,特别是金融市场监管的存在提出了新的见解。这里之所以把该理论作为市场经济法治创新的重要理论依据,主要是因为其相关见解在市场经济法治的现代化中有着普适意义,法律的不完备性是内在的,是与法治同时并存的,法律如同合同一样不可能预见到未来可能发生的所有情形,现实中的法律都是不完备的。该理论指出,从开始起,金融市场就不断充斥着丑闻和舞弊行为,尽管立法者一直试图通过颁布新的法律和强化执法制度来控制损害行为的发生,但依赖法庭执法的法律并没有对这类舞弊行为产生有效的阻吓。该理论认为,法律是不完备的,并且在不完备法律下被动式执法通常是不够的。法律的阻吓作用因其内在不完备性而削弱。法律的不完备性对立法和执法制度的设计有深刻的影响。法律不完备时,剩余立法权及执法权的分配方式会影响执法的有效性。在不完备法律下,对立法权及执法权最优分配的分析,集中于可能作为立法者的立法机构、监管者和法庭,以及可能作为执法者的监管者和法庭。剩余立法权及执法权的最优分配取决于法律不完备性的程度及性质,对导致损害的行为进行标准化的能力,以及此种行为产生的预期损害和外部性的大小。在高度不完备的法律下,如果损害行为能加以标准化,并且该行为

① 许章润:《法律信仰与民族国家》,载《读书》2003年第1期。

② 蔡宝刚:《增进法律信用与塑造法律信仰——法的现代性语境下的分析》,载《政治与法律》2008年第6期。

③ 就目前而言,我国社会公众缺乏法律信仰的表现是多方面的,如缺乏对法律的认同,缺乏对法律的信任,缺乏对法律的依赖,缺乏对法律行为应有的尊重等。因此通过法律教育,提高公民法律素质,培养公民法律意识,增强公民法律信仰,是社会主义市场经济社会中实现法治现代化的基点。

继续下去会产生大量的外部性，此时监管者优于法庭。重大的证券欺诈导致投资者对金融市场丧失信心便是一例。除此之外，由法庭拥有立法权及执法权是最优的。这类例子包括公司法中有关信托义务原则的判决。^① 该理论虽然被应用于金融市场监管以及对诚信问题的解释，但不难看出，其对立法、执法与司法之间交互作用的认识和结构化安排反映了在原始的立法权和执法权难以形成足够的威慑力和惩罚程度时，需要重新解释、补充和发展现有法律并将剩余立法权和执法权重新分配，以实现法庭和监管机构各自的效用，应对不完备法律所带来的规则缺失与法律漏洞。近代商业文明的发展，使得在利益驱动下的商业动机成了人类行动的基本依归，同时对自然对象的敬畏意识逐渐被某种支配意识所取代，这在消费经济的发展中表现得更为明显。立法者的有限理性、“经济人”特征、法律运行中存在的成本以及法律运行中对相应社会文化环境的需求决定了单纯依凭法律实现对社会的完美治理只是一种理想，法律适用于现实并非必然地妥适和自洽。现实中只有通过完备的立法和法律解释的不懈追求、法律“实质化”的促导、执法中的合理原则和应急原则、司法中的利益衡量原则的运用，以及道德和政策对法律的补充来获致社会治理的“理想图景”。^② 从科学取向上看，法律不完备理论表明，事实胜于雄辩，市场经济法治创新需要严格地从用观察和实验得来的经验事实去推导结论。换言之，市场经济法治创新的结论，不是来自先验或超验的判断，而是来自经验的实证。

3. 诠释法律与法律诠释理论。诠释法律所形成的诠释学法学属于法哲学之域，是“关于”法律之诠释，是在解决或救济法律与其他社会现象之间的意义冲突以及法律自身内部的意义冲突的基础上发展起来的，其目的在于探寻法律之合法性，追问法律建立的道义根据。它不同于“根据”法律之诠释的法律诠释学，后者属于法理学范围。法律不仅具有本体意义，还具有象征意义，对法律的意义追问可以在不同层面展开。^③ 诠释法律与法律诠释的必要性主要在于对法律本身进行理性说明，以解决法律语言的模糊性，解决规范之间有可能发生的冲突，解决可能存在着的这样的事实，即有些案件需要法律上的调整，但却没有任何事先有效的规范适合来用于调整，解决在特定的

① 参见卡塔琳娜·皮斯托、许成钢《不完备法律（上）：一种概念性分析框架及其在金融市场监管发展中的应用》，载《比较》（第三辑），吴敬琏主编，中信出版社2002年版，第111—112页。

② 胡光志、靳文辉：《论法律的不完备性及其克服》，载《理论与改革》2009年第2期。

③ 参见谢晖《法律的意义追问——诠释学视野中的法哲学》，商务印书馆2003年版，第5—7、56—76页。