



经济法治系列丛书

转轨社会中 经济法的定位： 政府与市场的法律关系

王雨本

主编

ZHUANGUI SHEHUI ZHONG
JINGJIFA DE DINGWEI

ZHENGFU YU SHICHANG DE FALV GUANXI



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



经济法治系列丛书

转轨社会中 经济法的定位： 政府与市场的法律关系

王雨本

王编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

转轨社会中经济法的定位:政府与市场的法律关系/
王雨本主编. —北京:法律出版社,2015.3
ISBN 978-7-5118-7488-7

I. ①转… II. ①王… III. ①经济法—研究—中国
IV. ①D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 021252 号

转轨社会中经济法的定位
——政府与市场的法律关系

王雨本 主编

责任编辑 孙东育 李峰云
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2015 年 3 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
责任校对 王 丰
印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 20.25 字数 304 千
印次 2015 年 3 月第 1 次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7488-7

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

经济法治系列丛书编委会

(以姓氏笔画为序)

主 任：刘文华

副主任：王雨本 徐孟洲

委 员：孔德周 朱国华 朱大旗 闫翠翠

张世明 沈 凯 沈敏荣 高桂林

程信和 薛克鹏

序

刘文华*

我自 20 世纪 50 年代学习法律,中间由于时代的原因耽搁十余年,自 70 年代末从事法律和法学研究,经历了新中国法治建设的起起落落,深刻地感受到没有发达的法治,没有发达的法律法学研究和法律文化,中华民族的繁荣就会缺失深厚的文化根基。建设具有中国特色的法治文化和法律思想是每一个法律研究者的时代使命,不立足于中国的时代特点,仅仅从西方理论或是机械地照抄“经典理论”都无法解决复杂的中国问题。

在近五十余年的法治发展中,经济法的发展是其中一个典型的例子,她的发展见证了中国法治发展的历程。自 80 年代提出“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”的“依法治国”理念以来,刚从“人治”走出来的中国以极大的热情拥抱法律与法治,法学也成为大学和社会中的一门显学,各个高校也纷纷恢复和重建法学院。经济法正是从这一时代起被充分地重视。党和国家的工作重心从“阶级斗争为纲”转变为“以经济建设为中心”,人民日益增长的物质和文化方面的需要和落后的生产力之间的矛盾成为了社会的主要矛盾。将经济活动纳入到法律的框架之下成为了推动经济法发展的主要动力,使这一个时期成为经济法大发展、大繁荣时期,也是学界所说的“大经济法”时期。这时期的经济法理论极大地推动了经济活动的法制化,对于普及法律制度和法治观念起到了非常重要的作用。

到了 20 世纪 90 年代,建设有中国特色的社会主义市场经济成为了我国新时期改革的目标。市场经济对社会主义来说是一个全新的事物,如何将两者融合在一起是史无前例和世无前例的事业,需要我们有非凡

* 中国人民大学法学院教授、博士生导师,著名经济法学家、法学教育家,中国经济法学理论主要奠基人之一,国务院突出贡献政府专家津贴享有者,中国第一个经济法博士生导师(并列)。

的勇气和信心,党和国家也对法律研究者提出了更高的要求 and 期望。

市场经济法制的发展,给法律专业化、体系化提出了更高的要求,也对经济法提出了非常严峻地挑战:由于我国受传统的大陆法系影响太深,新生的经济法不断遭遇着成长的烦恼。先是由民法学者发起“经济行政法”,从质上“异化”着经济法,后又由商法从量上“分化”着经济法。大量实体法脱离经济法,使之成为了没有足够实体法支持的法律学说。经济法内部在经济法理论上也众说纷纭,片面强调政府主导作用、忽视市场主体的地位和主动性的“国家论”几乎成了主流学说,经济法面临被分化异化的危机。

中国的模式和道路确实更具有复杂性。中国的社会主义特点使得中国的市场经济不可能脱离国有企业,同时,强大的行政传统使得政府在中国经济发展一直扮演着至关重要的角色,中国的经济发展从一开始就没有遵循西方社会从市民社会与政治社会相分离,从市民社会到经济社会的发展轨迹,而是遵循着一条政府和市场如何合理分离和有效结合:一方面,在中国的高速发展中,政府的作用举足轻重;另一方面,如果没有足够的监督和制度保障,政府权力的滥用将是不可避免的,如何将“权力关进笼子”是目前国家进行法治建设的重点。在这一进程中,确立一个有效的政府与市场关系的改革思路是这一进程能否成功的关键。而政府与市场的关系如何处理这一问题正是经济法的核心命题。

我们一直认为,经济法需要处理的关系是如何实现经济关系的“纵横关系的对立与统一”,这一理论符合中国经济的发展道路和经济法的本质:单一的纵向关系解释和解决不了中国经济发展道路和经济法本质的问题。市场经济必须以横向关系为基础,但完全脱离纵向关系的管理和扶持,横向关系也会混乱无序。“有纵无横”走老路(计划经济的老路)，“有横无纵”走邪路(自由资本主义邪路)。经济法坚持的“两手论”其实就是“纵横统一论”。十八届三中全会《决定》强调市场在配置资源中的决定作用,解放横向关系。它是符合中国国情和现阶段发展要求的。中国的市场经济不是在强势的横向关系的基础上发展起来的,而是从原来政府主导的计划经济中一步步解放出来的,横向关系只有在政府不断调整与市场的关系、不断克服“计划经济”的影响之后才能逐渐地还原出来。因此,在改革开始后如只强调横向关系,片面否定纵向关系,这

种极端化的做法是不足取的。但它在市场经济发展到比较充分的现时期,则必须约束政府行为,使市场进一步释放活力。这并不否定或削弱政府作用,而是在“量上减少、质上提高”,更好地发挥政府的作用。中国的经济需要实现纵向关系与横向关系的统一:政府如何在横向关系一些领域内脱离,国有企业如何真正地实现横向经济主体的身份;在纵向关系中,政府的职权如何实现规范化,真正地按照经济规律办事。这些都是摆在目前经济法学者面前的重要工作,也是我们希望“纵横统一说”能够切切实实地解决中国现实问题的初衷。

我们组织了这次“政府与市场关系的经济法定位”研讨会,希望借此平台,聚集更多的法律界和法学界,研究如何“依法治经”,进一步推动中国法治的进程。

目 录

Contents

序	刘文华/1
---	-------

第一篇 经济法的基础问题

划分法律部门的标准与经济法的基石	程宝山/3
经济法的基础与定位问题	孔德周/9
论经济法的宪法基础	王显勇/15
也谈平衡协调原则	宋 彪/31

第二篇 转轨社会中经济法的变迁

“经济行政法倾向”根源何在?	刘文华/43
经济社会与经济法的法律伦理	沈敏荣/52
经济法视角下经济管理行为历史探究	李伟舜/64
经济法是我国市场经济发展的重要基石	薛春威/74

第三篇 转轨社会中经济法视角下的政府与市场

市场 政府 经济法	王雨本/83
论经济法治下政府之手与市场之手的协同联动	朱大旗 李 蕊/98
论经济法视角下市场与政府的共生调整	高桂林/119
从经济法使命的角度谈政府与市场关系的界定	黄建生/129

第四篇 转轨社会中经济部门法的发展

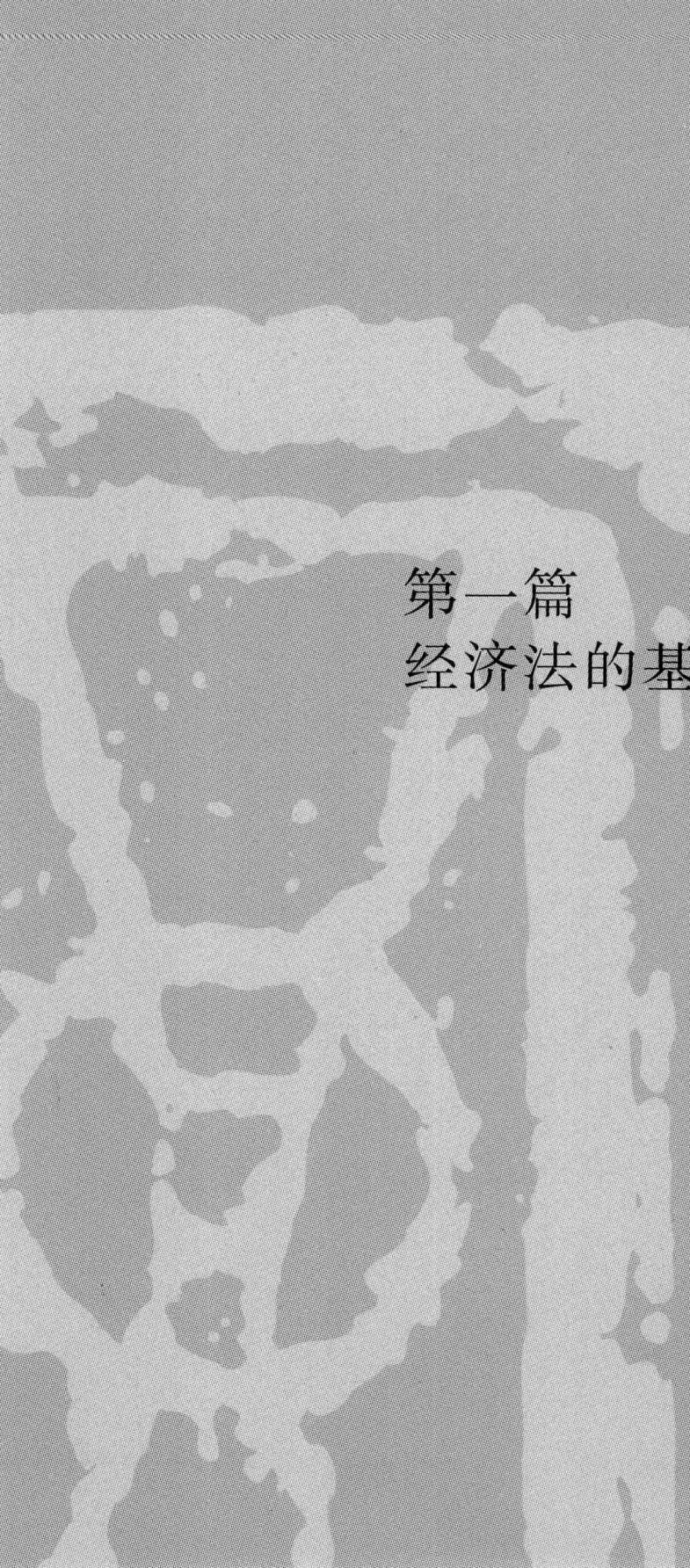
秩序出于喧闹:中国反垄断法制定过程的内外互动互制	张世明/141
--------------------------	---------

2 转轨社会中经济法的定位

- 加快制定产业结构法:依法促进产业结构调整和优化 张雪樑/196
创新我国农村金融组织法律制度的法律思考 宋成斌/222
简论避税行为的构成要件及其举证责任
——基于企业所得税法一般反避税规则的思考 贺 燕/239

第五篇 转轨社会中经济法的时代回应

- 保障经济发展:需要道德约束、政策指导与法律规制的耦合
徐孟洲/259
再论国家(政府)与市场的“纵横统一”
——从经济法角度领会十八届三中全会决定有关内容
陈 珂/274
走协调结合之路 保障经济社会健康运行
——著名经济法学家刘文华教授访谈录(1)
赵秋雁 吴长军/282
经济法视野下“市场之手”与“国家之手”关系的重构
——兼论权力清单下的“剩余权力归市场”制度 李 帅/289
论政府与市场关系的经济法定位 董玉明 闫 雪/299



第一篇 经济法的基础问题

划分法律部门的标准与经济法的基石

程宝山*

摘要:划分法律部门的根本标准是利益,利益与调整对象、方法之间是实质与形式的关系。社会整体经济利益是经济法的立身之本,也就是经济法的基石范畴。它蕴含了经济法的内在基本矛盾,揭示了经济法的深层本质,完成了对经济法的必然性、应然性和实然性的整套逻辑贯穿。经济法坚持社会本位理念,既调整纵向经济关系,又调整事关全局的横向经济关系,是现代法治规范体系中统筹协调市场经济运行的治国之法。

关键词:社会整体经济利益 社会本位 统筹协调

自改革开放以来,我国经济法迅猛发展,取得了举世瞩目的成就,有力促进了社会主义市场经济的有序运行。但面临新形势、新任务,也要清醒地认识到,还有许多问题需要深入探究。比如:在基础理论方面,虽然学界已经形成了许多基本见解,共识在逐步地深化,但在诸如经济法的法域定位、本质属性、调整范围、范畴体系等一系列重大问题上仍是见仁见智,甚至否定经济法的声音依然不绝于耳。笔者以为,之所以如此,一个极为重要的原因就是人们拘泥于划分法律部门的传统理论,缺乏对经济法基石范畴的深刻认识。值此,笔者想就此谈谈自己的些许感悟。

1992年,当国家决定实行社会主义市场经济的时候,也是本人对经济法学、经济法基础理论已讲授了大约百遍的时候,仍然感到很困惑:为什么在调整对象上对经济法、民法、行政法三者的关系说不清道不明?为什么经济法学界对调整对象问题长期众说纷纭?如果说划分法律部门的标准是调整对象和调整方法,为什么在调整对象还说不清道不明的时候经济法就已经在世界上出现?于是,在著名经济法学家肖乾刚教授

* 郑州大学法学院教授,河南省人民政府参事,省委讲师团兼职教授。

的指导下,我们学校讲授经济法的老师们进行了认真的反思。为此,本人仔细阅读了一些国内外有影响的著作,特别是第三次重读了《资本论》,逐步认识到划分法律部门的实质标准是利益,而不是调整对象和调整方法,社会整体经济利益是经济法的立身之本。于是,在肖乾刚教授和本人主编的《经济法概论》^[1]中斗胆提出了社会整体经济利益是经济法的本质属性和基石,调整对象不能反映经济法的根本特质,并大篇幅详细诠释社会整体经济利益,以“保障社会整体经济利益,实现经济协调发展,规制经济运行中的行为”给经济法下定义,定义中不涉及调整对象,这在当时国内是反传统的。接着笔者又发表了《中国经济法调整范围新论》等文章,引起了学界关注。后来这种观点被同仁称为“社会整体经济利益说”(见1996年《法学研究》中的《中国经济法研究综述》)^[2]。

我们之所以认为划分法律部门的实质标准是利益,社会整体经济利益是经济法的立身之本,就是因为通过反思逐渐领悟到:法律产生的根源在于一定历史时期的需求,主要是生产力发展的需求。而这种需求总是体现为上层建筑对某种关系保护的需要,总是以某种利益的形式出现。19世纪的英国首相本杰明·迪斯雷利曾说,“没有永远的敌人,也没有永远的朋友,只有永恒的利益”。福尔摩斯在侦破所有案件时有一个特定的思维逻辑,那就是谁在案发后能够获得利益。马克思明确指出,人们奋斗所争取的一切都与利益相关。“法律应该是社会共同的由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现”。由此可见,法律的实质是利益法,也就是安排各种利益的制度。德国著名法学家赫克曾指出,法的每个命令都决定着一种利益的冲突,法起源于对立利益的斗争,法的最高任务是平衡利益。笔者感到,这些论断是非常深刻的。从利益到法律体系可以说是从经济基础到上层建筑的缩影。正是不同历史时期的不同利益需求才造就了不同的法律部门,并决定了其特定的调整对象和方法。比如,资产阶级大革命的成果要求保障独立人格,对个体利益予以尊重和保护,于是产生了以自由协商方式调整平等财产关系和人身关系的民法。具体地说,我为我而存在的需求产生主体法,世界为我

[1] 肖乾刚、程宝山主编:《经济法概论》,中国商业出版社1994年出版。

[2] 张舫、张涵:“经济法研究述评”,载《法学研究》1996年第1期。

而存在的需求产生物权法,我为世界而存在的需求产生债权法,世界为世界而存在的需求产生了以个体利益为根基的侵权行为法、亲属法等。同时,统治阶级为了维护自己的有效统治,崇尚有令必行,要求对承载国家公权力运转的国家利益予以集中关注,于是产生了以命令服从方式调整行政关系的行政法。到了资本主义垄断时期,正是个体无限需求与社会有限资源的紧张冲突,加上市场的弱点和缺陷,包括市场的外部性、信息偏在、两极分化、公共产品供应不足等,使得社会利益受到严重损害,并最终殃及个体利益。正由于对社会利益保护的日益迫切,才兴起了社会本位法哲学思潮,孕育了经济法和社会法的诞生,出现了20世纪世界法律体系的两大创新。而经济法与社会法又有区别。社会法主要是保护广义的全方位的社会利益,作用于整个社会发展的进程;经济法则主要是保护狭义的社会利益,也就是社会整体经济利益,而且主要在协调市场经济运行中发生效力。在这里,我们绝不是说民法、行政法不保护社会利益,而是说它们的产生根基、第一性关怀、直接目的和集中关注的仍然分别是个体利益、国家利益。同时,我们也不是说经济法只保护社会整体利益,而是说它坚持社会本位理念,也就是个体基础、社会优位,是以充分保护个体利益为基础的,是在协调个体盈利性和社会公益性的矛盾中,平衡各种利益,对其予以尊重和保护,在更高层次上更好地体现以人为本。大陆法系关于公法、私法的划分,从实质上讲,也正是从它们集中关怀的是公利或私利的角度考虑的。经济法和社会法也正是由于其对社会利益的集中关怀,才被称为第三法域或公私交融的新法域。

总之,通过反思,我们认为划分法律部门的实质标准是利益,而不是调整对象和方法。利益与调整对象与调整方法之间应当是内在与表象的关系、实质与形式的关系、决定与被决定的关系。在法学界,人们经常说某个法律法规是属于某个法律部门的,这实际是一种误解。因为一部经济法律法规都是为调整现实复杂的经济关系制定的,往往是多个法律部门法律规范的有机组合,如公司法、物权法、合同法等。一个法律部门由于对某种利益保护的需要,往往要调整不同性质的社会关系。比如,民法既调整平等财产关系,又调整非财产的人身关系。反过来说,同一性质的社会关系由于承载了不同的利益,也往往需要不同的法律部门共同调整。比如,在市场经济条件下由于国家干预或协调而产生的纵向经

济关系,包括宏观层面的调控关系、微观层面的规制关系以及调控管理主体上下之间的关系等。这种关系在以间接调控为主的现代社会,绝不是以命令为主的行政关系,而是以责权利为内容的物质利益关系,集中体现了对社会整体经济利益的关注,所以,应当主要由经济法调整。但其中确有一些关系具有行政性质,也需要行政法介入,这是两者的联系。但行政法仅是对行政主体的一般权限、程序作出界定,而且着眼于控权,一般不深入社会生产过程。而经济法则是对包括行政主体在内的多元调控规制主体的权限程序作出规定,是授权与控权的统一,而且渗透到社会生产过程的各个环节,在动态的市场经济运行中统筹兼顾,平衡各方利益,协调各种关系,实现经济、社会、生态的和谐发展,这正是经济法与行政法的重要区别。再如,在市场经济条件下的横向经济关系,由于承载了对个体利益的集中关注,主要应由民商法调整。但其中一些事关全局的横向经济关系,包括直接关系社会经济秩序的名义上平等实质上不平等的经营者与消费者的关系,公用事业交易关系,政府采购关系,经营者与经营者之间的不正当竞争关系、垄断与被垄断关系、限制竞争关系,涉及证券、期货、信托、土地使用权出让等方面的特别交易关系,涉及社会生产力布局、产业结构调整的宏观性经济联合协作关系,具有社会持续影响的企业内部的重要关系等。其中一旦出现非理性行为,侵害的绝不仅仅是直接相对人,更重要的是对社会整体经济利益、社会经济秩序造成严重损害。而这种严重后果恰恰是民商法所无力补正的,因为民商法的精髓仅在于只能对直接相对人给予补偿或赔偿。所以,正如盗窃、抢劫虽然也是侵权但必须由行政法、刑法介入调整一样,正如“非典”、禽流感同样是疾病但必须由传染病防治法介入调整一样,这些事关全局的非理性行为应当由一个统揽全局的法律部门也就是经济法介入调整。这正是经济法与民商法的重要联系和区别。可见,在调整对象上,经济法、民法、行政法之间确实存在交叉地带、模糊地带。如果硬要在三者之间划一条截然分明的楚河汉界,井水不犯河水,坐地为牢,并以此作为三者独立的标准,则恰恰是不符合客观实际的。

那么,既然调整对象不能直观反映经济法的本质特性,一个科学定义又必须非常简练,应当如何给经济法下定义呢?按照《辞海》的解释,所谓概念应是反映对象的特有属性的思维形式。所以,我们认为,在经

经济法的定义中应当突出三点:一是突出经济法的根本属性,也就是保障社会整体经济利益;二是突出经济法的基本功能,也就是平衡协调经济运行;三是突出经济法发挥功能的基本方式,也就是规制市场经济运行中事关全局的经济行为,顺应世界法学研究从规范中心向行为中心转化的大趋势。所以,我们认为经济法是保障社会整体经济利益,实现经济协调发展而规制市场经济运行行为的法律规范的总称。所谓社会整体经济利益,如前所述就是狭义的社会利益(广义上包括物质利益、政治利益、精神利益和生态利益),也就是社会物质利益,既包括现实利益,也包括将来利益。比如,人们共同福利增长的目标、社会经济的可持续发展等,是个体利益、集体利益、国家利益在实践中发生合力作用的有机总和。社会整体经济利益是经济法的起始和核心。它蕴含了经济法的内在基本矛盾(即国家介入与社会自治的对立耦合),揭示了经济法的深层本质(即社会性与经济性的有机统一),并以其固有的解释力和推演力,完成了对经济法的必然性(即产生发展规律)、应然性(即价值理念)和实然性(即规则制度安排)的整体逻辑贯穿。

二十多年来,我们始终围绕“社会整体经济利益”展开研究。我们的学生刘红臻曾专门就此撰写硕士毕业论文《经济法基石范畴论纲》,力图全方位解读社会整体经济利益,而且是在肖乾刚教授亲自指导下完成的。该论文曾向1998年全国第六届经济法研讨会提交,获得广泛好评,后来全文发表于《法制与社会发展》。1998年我校受国家教育部委托起草全国普通高校21世纪法学专业核心课经济法教学大纲,该大纲通过教育部组织专家论证,列入《全国高等学校法学专业核心课教学基本要求》,目前正在施行。自1997年以来,我校经济法连续五届被评为河南省重点学科,经济法课程连续被评为校级、省级优秀课程、精品课程,先后出版了三十余部经济法配套教材和专著。肖乾刚教授1980年就参加了司法部首批法学教材《经济法概论》的编写,并分别担任了新世纪教育部推荐统编教材《经济法》、《经济法律通论》第一副主编和主编,而且是我国资源能源法研究的奠基者。同时,本人也出版了《经济法学》(主编)、《经济法基本理论研究》(独著)、《经济法基础理论精要》(独著),发表了《经济法理论的新思考》等。我们经济法学科点的老师们在肖乾刚教授的带领下,不仅致力于经济法教学与科研,而且多年持续参与国

内、省内的重要经济立法和实施活动,为繁荣和发展经济法而积极努力。

综上,笔者经过多年的探索实践,深深领悟到:利益是划分法律部门的根本标准,社会整体经济利益是经济法的基石范畴,由此决定了经济法的基本属性、基本矛盾、运行规律、价值理念、规则制度等一系列基本问题。经济法应当遵循社会本位原则(即个体基础、社会优位)、公平与效率兼顾原则(即处理宏观问题应效率优先、兼顾公平,处理微观问题应公平优先、兼顾效率);既调整国家“干预”中形成的纵向关系(包括宏观调控关系和市场监管关系),又调整需要“干预”的事关全局的横向关系及企业内部的重要关系;经济法坚持社会性和经济性的有机统一,是公私交融的新法域,是统筹协调市场经济运行的高层次法律部门;它与行政法、民商法既紧密联系,又鲜明区别,共同保障和促进经济、社会、生态的一体持续发展。

这里还需要特别指出的是,我们的反思、感悟都是在改革开放的大背景下,以经济法学界前辈、同仁的成果为借鉴、为基础的。其中,老一辈经济法学家如刘文华教授、杨紫煊教授、李昌麒教授等都为开创和发展我国经济法事业作出了重要贡献。同时,学界多年积淀的多彩的理论观点,解放思想、积极探索、执着追求、勇于创新的治学精神,以及包容的学术风格均弥足珍贵,这些我们定会继续弘扬,为中国经济法事业的发展协力前行。