

光  
华  
文  
丛

高晋康 主编



光  
华  
文  
丛



吴越 著

# 经济宪法学导论

——转型中国经济权利与权力之博弈



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

# 经济宪法学导论

——转型中国经济权利与权力之博弈

吴越 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

**图书在版编目(CIP)数据**

经济宪法学导论:转型中国经济权利与权力之博弈 / 吴越著.

—北京:法律出版社,2006.12

(西南财经大学光华文丛)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 6844 - 9

I. 经... II. 吴... III. 经济法—研究—中国

IV. D922.290.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第142145号

© 法律出版社·中国

**西南财经大学  
法学院光华文丛**  
高晋康 主编

**经济宪法学导论:  
转型中国经济权利  
与权力之博弈**

吴 越 著

责任编辑 徐雨衡  
装帧设计 乔智炜

开本/ A5

版本/ 2007年1月第1版

出版/ 法律出版社

总发行/ 中国法律图书有限公司

印刷/ 北京北苑印刷有限责任公司

印张/ 14 字数/ 359千

印次/ 2007年1月第1次印刷

编辑统筹/ 法学学术出版分社

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

---

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 6844 - 9

定价:33.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 卷首语

晚近之法律发达史昭谕——法乃天下之公器也。律法之学，遂立于诸学之列，渐为显学，域外海内共趋之，前辈后生共奉之，庙堂布衣亦颇多侧目。此时此世，法律堪谓人世经纬，通由法律而生活，织楨规则，获取意义。

迨至现世，法治取神治、人治而代之，蔚为治国之略，遂成法共同成员所皈依之凭借也。然，徒法不足以自行，文以载法，所求者何？或答曰：所希冀者，欲将公平正义、民主平等、自由博爱、诚信宽容诸等现代人文理念，践行落实为具体之法律运作，并由此祈愿，为吾曾灾难深重之神州大地，重建规则，重缔秩序，是谓法治之意义。所凭借者何？或答曰：诸行家前辈、英杰俊才，以脉脉法意，以智识才情，援据西窗法语，璧合本土资源，通联当下之国情与民意，法意与人心，文以载道，燎原薪火，传承不灭。

至若现今之西南财大法学院，肇始于民国末年之正阳法商学院，经由相辉文法学院，辗转历光华

大学法学系。虽偏于西南一隅，处江湖之远，却谨循“经世济民、孜孜以求”之校训，未敢懈怠。然则，三尺高台起于垒土，现倡设《光华文丛》之举，盖缘于此。若此，吾侪同心，著者协力，惟以沙聚跬积、期于汇涓成川。仰我上者，茫茫苍穹，望光华之繁星璀璨，得其所哉，夫复何求？

《光华文丛》首创之期，是为卷语。

高晋康 谨 识

# 前 言

## (一) 正义、经济与宪法

这是一个经济全球化的时代;经济宪法学在此背景下回答经济与宪法的一般关系问题,致力于当代中国语境下经济与宪法关系问题的探究。当代中国转型时期的经济体制改革、经济立法、经济政策、经济行政乃至“涉经济性”的司法都与宪法休戚相关。经济体制的改革不仅对宪法提出了大量的、亟待澄清的问题,而且这些问题是集中性、系统性的,具备类型化的典型特征。然而目前的法学研究尚无对“经济宪法学”的规范体系和价值体系的整体性阐释,正是这种整体性研究的缺失,导致经济体制改革、经济立法、经济政策和经济行政的“合宪性”或者说“违宪性”问题日益突出。在一定程度上可以说,这是一个可能演变为推进或者阻碍体制改革,并进而影响到中国社会制度转型的全局性问题。

绝非危言耸听!法和法律的最高价值在于正义或者说公平,当经济体制的改革、经济立法、经济政策、经济行政乃至“涉经济性”的司法出现有悖于

正义的现象时,必将影响到法的遵守和实施,并进一步影响到和谐的法  
治社会秩序的建立。众所周知,守法意识对任何法律秩序而言都是不可  
缺少的,“徒法不足以自行”,而法的正义性成分的多少直接影响到法在  
多大程度上能够得到遵守和实施。法是一个由规范体系和价值体系构  
成的整体,而宪法乃是国家的根本法,是全部法律秩序的根基;因此宪法  
正义是下位阶的法律、政策、行政和司法正义的前提和基础,换言之,宪  
法正义是一种“至上位阶的正义”,而法律、政策、行政和司法正义则是位  
于宪法正义之下的“下位阶的正义”。就此而言,当下位阶的法律、政策、  
行政和司法缺少正义或正义受到威胁的时候,其合宪性自然就会受到  
质疑。

为此,我们只需回顾近年来围绕经济改革的方向性争论、国企产权、  
煤炭产权以及林权改革乃至《物权法草案》的“合宪性之争”,只需回忆  
一下不时发生在我们周围的行政权力对个体基本的经济自由的干涉,就  
不难判断“经济与宪法的关系问题”在当下的中国绝对是一个人人都可  
以亲身感受甚至有过亲身经历的现实问题。全部的问题归结为一点,就  
是“转型中国经济权利与权力的博弈”问题。

## (二) 宪法学、经济法学与法律方法

经济宪法学(Wirtschaftsverfassungsrecht)肇始于德国,它在我国尚属  
一门全新的法学学科;而对经济宪法的整体性诠释则基本上还是空白。  
经济宪法学以个体经济权利、经济体制和与之紧密相关的具有基础性和  
全局性的经济制度和经济秩序为研究对象,其目标在于探索和发现经济  
宪法自身的规范体系和价值体系,并运用该体系来回答当下中国在经济  
体制改革和社会主义市场经济法制体系的构建和实践中所面临的具有  
根本性、全局性的现实问题,尤其要澄清经济改革的合宪性问题,从而形  
成社会共识,并为改革开放的深入和市场经济秩序的建立提供理论依  
据,并最终致力于确立个体的经济自由与权利在经济法律体系中的应有  
的位置,从而为个体应有的职业自由与营业自由开辟广阔的空间。

有鉴于此,经济宪法学的研究不仅对整个宪法学起到必要而有益的

补充作用,更为重要的是,它还关系到当前的经济法学研究向何处去这样一个根本性问题。

首先,在当前的宪法学研究中,政治宪法学和权利宪法学研究占据了绝对的主导地位,虽然有关经济权利和经济制度的内容也见诸一些宪法学论著,但是与政治宪法学和权利宪法学研究相比,经济宪法学在宪法学研究中充其量是个配角而已,这导致宪法学论著在研究视野上的褊狭,而经济宪法学研究有利于克服宪法学研究的局限性,并拓展宪法研究的视野。

其次,无论是在我国的传统经济法理论体系中<sup>①</sup>,还是在经济法学的创新尝试中<sup>②</sup>,基本上都没有关注经济宪法学的问题。这种局面注定了当前的经济法学在其价值定位和研究路径上存在着严重的缺陷。一个最为简单的道理是,宪法是一个国家的根本法,其效力高于一般法;因此,对包括经济法在内的一般法律的研究最终都必须回溯到对宪法的研究。正是经济法学研究对宪法和宪政体系研究的忽视,导致目前的经济法学仍然停留在“市场失灵”与“国家干预”的必要性这一经济学假设之上(暂且不论这种假设是否真的就是经济学的),而忽视了宪法对个体经济自由的确认,忽视了个体的经济权利在经济法学研究中的应有价值,并将整个经济法学简化为“国家干预法学”,其价值取向也基本上是向国家干预靠拢并且为国家干预服务的“社会本位”论,而非基于个人本位与权利本位的“社会本位”论。此外,在研究路径上,由于忽视了对经济宪法的研究,导致当前的经济法学在传统的法律方法论之外寻求经济法学研究的超越,陷入了舍本求末的困境。<sup>③</sup>

---

① 关于传统经济法的论证对象和论证方法,参见李昌麒:《寻求经济法真谛之路》,法律出版社2003年版;肖江平:《中国经济法学史研究》,人民法院出版社2002年版。

② 关于寻求对经济法学论证对象和论证方法的突破的尝试,参见张守文:《经济法理论的重构》,人民出版社2004年版;陈云良:《中国经济法的国际化路径》,中国政法大学出版社2004年版;孔德周:《系统经济法论》,中国法制出版社2005年版。

③ 李曙光:“经济法词义解释与理论研究的重心”,载《政法论坛》2005年第6期;吴越:“经济法学现实地位与思索方法之思考”,载《政法论坛》2006年第5期。



当前的经济法学研究有成为经济学奴隶的危险，这绝非妄自评价！本书的研究表明，经济法学倘若要实现符合经济现实和历史逻辑的超越和突破，就必须回归法律自身的方法论，并正视对经济宪法的研究，尤其应关注如何保障个体的基本经济自由的实现。在这一点上，公法和私法没有根本的不同，全部的公法和私法都是为自由、民主和宪政服务的。倘若不是如此，经济法学的“超越”必定是偏离了应有的正确方向的超越，经济法学的“路径创新”也必定是偏离了传统法律方法的创新。正因为如此，本书在研究中不仅致力于解决实践问题，而且也致力于反思经济法学研究乃至整个法学研究的价值定位偏差和方法论偏差。

### （三）法学、经济学与宪政

需要指出的是，本书不仅是写给法学界的经济宪法学，也是写给经济学界和公众的经济宪法学。制度经济学认为，其研究“涵盖了经济学与制度之间的双向关系，它既关心制度对经济的影响，也关心制度在经济经验影响下的发展”<sup>①</sup>；从这个意义上说，经济宪法学和“宪法经济学”或者说“宪政经济学”其实是一个问题的两个方面<sup>②</sup>，其共同的指向就是宪政，因此二者可以而且应当相互借鉴和相互补充。不过，毕竟“术业有专攻”，宪政经济学不能代替经济宪法学研究；二者不仅在研究目标上有着根本的不同，而且在研究路径和论证方法上也存在着本质的区别。制度经济学和宪政经济学关注的重点在于不同制度模式对经济增长的影响，而经济宪法学则不仅关注经济稳定与经济增长的制度保障问题，而且更关注人权和个体的基本自由在经济制度中应有的位置。倘若说全部经济学可以简化为稀缺条件下资源配置的学问的话，那么全部的法学则可以简化为秩序和正义的学问。因此，在经济学那里，“稀缺”和“效用”是核心问题；而在法学那里，“秩序”和“正义”才是问题的核心。

---

<sup>①</sup> [德]柯武刚、史曼飞：《制度经济学》，韩朝华译，商务印书馆2004年版，第35页。

<sup>②</sup> [澳]布伦南、[美]布坎南：《宪政经济学》，冯克利等译，中国社会科学出版社2004年版。

在研究路径和研究方法上,经济学研究更加注重模型和模式,而法学研究则更加注重人类的基本信仰和价值取向。

强调这种区别,并非是为了割裂法学与经济学的内在逻辑。人类社会本身就是一个和谐的整体。在人类社会中,法和政治、经济、伦理、文化都是社会秩序的构成因子并且相互影响和转化。“和而不同”正是法学与经济学的真实写照。本书的论证表明,法律与经济理应而且能够实现良性的互动;“法律帝国主义”与“经济学帝国主义”只不过是狭隘的偏见而已。尽管专业化分工是学术研究的前提,不过对于当代中国的制度转型而言,理论的学科界限其实已经微不足道。

吴 越

2006 年金秋于成都

西南财经大学欧盟法律研究中心

# 目 录

## 卷首语

### 前言 / 1

## 第一章 经济宪法学引论 / 1

### 第一节 经济宪法的理念与基本问题 / 1

#### 一、“弗莱堡学派”与秩序自由语境下的经济 宪法 / 2

#### 二、狭义与广义的经济宪法 / 7

#### 三、实然与应然的经济宪法 / 19

#### 四、形式与实质的经济宪法 / 25

### 第二节 经济宪法学的研究对象与现状 / 27

#### 一、经济权利宪法学 / 28

#### 二、经济制度宪法学 / 37

#### 三、经济可持续发展宪法学 / 39

#### 四、经济秩序宪法学 / 43

### 第三节 经济宪法学的目标与类型化任务 / 45

#### 一、设定法学研究目标的前置问题 / 45

#### 二、经济宪法的历史性、整体性与研究坐标 / 48

三、经济宪法学任务与类型化问题 /49

四、经济宪法学与相邻学科的互动 /55

#### 第四节 经济宪法的基本价值与原则 /59

一、经济自由 /64

二、经济正义 /66

三、作为制度安定性的经济安定与稳定 /75

四、经济平等与经济民主 /81

五、价值冲突与权衡取舍 /83

六、关于经济宪法的“原则”问题 /85

#### 第五节 研究方法、视角与路径选择 /87

一、法学研究方法的路径选择 /87

二、经济宪法学的研究方法 /89

三、研究方法与研究视角的关系 /92

#### 第六节 经济宪法学的历史源流 /98

一、德国关于国家与经济关系的历史变迁 /98

二、《魏玛宪法》的历史地位 /101

三、德国《基本法》引发的“经济宪法”论争 /103

四、对体制转型国家的启示 /112

五、题外话：经济法的概念与学科划分 /113

## 第二章 经济权利的宪法解释 /116

### 第一节 经济权利在人权中的位阶 /118

一、人权与基本权利的概念 /118

二、基本权利的分类 /122

三、经济权利在人权中的地位 /123

### 第二节 经济权利的构成与价值位阶 /126

一、市场经济与个体经济权利的构成 /126

二、我国宪法中的经济权利体系问题 /130

### 第三节 经济权利的种类及内涵 /132

- 一、职业自由权 /132
- 二、营业自由权 /140
- 三、(经济)迁徙自由权 /146
- 四、(经济)结社自由权 /148
- 五、经济平等权 /155
- 第四节 作为个体自由延伸的企业自由 /158**
  - 一、企业权利与个体经济权利的关系 /158
  - 二、企业经济权利的含义 /160
  - 三、企业人格的异质性与公司治理 /165
- 第五节 经济权利与经济行政 /170**
  - 一、经济权利与经济行政的内在逻辑 /171
  - 二、经济权利与经济行政关系的一般原则 /172
  - 三、经济权利与地方经济保护主义 /179
  - 四、经济权利与部门经济保护主义 /181
- 第六节 经济制度转型时代的价值变迁 /182**
  - 一、从个体的义务观到权利观的变迁 /182
  - 二、从政府的权力观到服务观的变迁 /183
- 第三章 经济制度的宪法解释 /185**
  - 第一节 宪法对经济制度的选择 /187**
    - 一、作为宪法预设选择的经济制度 /187
    - 二、经济制度的宪法选择模式 /193
    - 三、我国《宪法》对经济制度选择的演进 /200
  - 第二节 现行《宪法》对经济制度的选择 /205**
    - 一、“82 宪法”中的经济制度 /206
    - 二、1993 年修宪确立的经济制度 /207
  - 第三节 社会主义市场经济制度的宪法解释 /210**
    - 一、社会主义市场经济制度的特点 /211
    - 二、社会主义市场经济制度的形成 /215

三、社会主义市场经济制度的实践与发展/217

第四节 我国宪法中的产权制度 /220

一、产权制度的宪法意义 /221

二、产权的类型 /224

三、经济转轨时期的产权变迁与宪法问题/228

第五节 我国宪法中的分配制度 /243

一、分配与分配制度概述 /243

二、宪法分配制度的内容 /247

第六节 经济制度变迁对宪法的考验 /251

一、宪法对制度变迁的适应性与开放性 /251

二、经济转轨时期宪法的稳定性问题 /253

三、制度变迁的成因 /254

第四章 经济可持续发展的宪法保障 /261

第一节 可持续发展观的宪法约束 /261

一、经济的可持续与制度的可持续 /261

二、可持续发展观的宪法约束问题 /264

三、经济可持续的法治架构 /265

第二节 国民经济与社会发展规划法 /266

一、从计划到规划的转变 /267

二、成熟市场国家的经济规划 /269

三、规划实体法的主要内容 /273

四、规划程序的法律约束 /276

五、规划自身的法律属性及责任主体 /286

第三节 经济稳定与增长促进法 /290

一、经济规划与宏观调控的关系 /290

二、“宏观调控”法律的命名问题 /293

三、经济稳定与增长促进法的法律地位 /295

四、德国《经济稳定与增长促进法》概述 /296

五、我国的经济稳定与增长(“宏观调控”)的法律问题 /309

#### 第四节 中央与地方经济关系的宪法思考 /324

- 一、中央与地方经济关系的变迁 /324
- 二、中央与地方的预算与收入关系 /330
- 三、中央与地方的经济义务关系 /337

### 第五章 经济秩序的宪法解释 /339

#### 第一节 经济秩序概述 /339

- 一、秩序的含义、类别与秩序的维持 /339
- 二、经济秩序的含义与分类 /343

#### 第二节 经济秩序法的特点与法律属性 /345

- 一、市场经济秩序的特点 /345
- 二、市场经济秩序法的法律属性与分类 /347
- 三、经济转型时期的市场经济秩序法的特点 /352

#### 第三节 作为经济秩序的反垄断法 /355

- 一、反垄断法的地位 /355
- 二、反垄断法草案的历程与神秘面纱 /359
- 三、反垄断法草案的热点问题与宪法思考 /362

#### 第四节 特殊经济行业秩序的法律规范 /374

- 一、自然垄断行业竞争秩序的法律规范 /375
- 二、城市规划与建设秩序的法律规范 /382
- 三、公用企业秩序与价格管制的利益权衡 /387

附件一 德国经济稳定与增长促进法 /390

附件二 德国空间规划法 /400

参考文献 /416

后记 /424

# 第一章 经济宪法学引论

经济宪法乃是对国民经济生活秩序  
的整体抉择。

——[德]弗朗兹·伯姆

## 第一节 经济宪法的理念与基本问题

毫无疑问,经济宪法对法学研究而言还是一个陌生的词汇。我国法学界乃至经济学界对经济宪法有专门论述的,竟是凤毛麟角。时下一提到经济宪法,人们自然联想到反垄断法,因为反垄断法被誉为市场经济的“宪章”。要是没有反垄断法草案的出台,恐怕大多数国人都还没有听说过经济宪法。这同时也表明,经济宪法与市场经济有着内在的逻辑联系。不过,我国的法学研究对经济宪法的理解,基本上还停留在上述的那个动听的比喻上。经济宪法有多重含义,必须首先予以澄清。读者将会发现,围绕经济宪法的各种概念之争论,其实已



经蕴涵着经济宪法学的全部的基本问题。

### 一、“弗莱堡学派”与秩序自由语境下的经济宪法

“经济宪法”一词最早由德国著名的秩序自由主义(Ordoliberalismus)学派,即“弗莱堡学派”(Freiburger Schule)提出。该学派的核心主张有两个,一是个体必须拥有经济自由,并且是法律秩序之下的自由。二是在国家与经济的关系上,国家的职能应仅仅限于经济秩序的建立,而不得随意干预经济生活。

1937年,欧肯(W. Eucken)、伯姆(F. Böhm)和葛斯曼·多尔特(H. Großmann-Doerth)三位教授(由于三人都在弗莱堡大学任教,因此其思想被后人称为弗莱堡学派)在其主编的《经济的秩序》丛书首卷的发刊词中强调“应将经济宪法理解为国民经济生活秩序的整体抉择(Wirtschaftsverfassung als eine Gesamtentscheidung über die Ordnung des nationalen Wirtschaftslebens zu verstehen),因此也应“将法律秩序作为经济宪法来塑造”<sup>①</sup>。由此可见,首先,经济宪法被理解为一个国家的国民经济生活的秩序。社会的秩序有很多种,例如政治秩序、经济秩序、文化秩序等,经济宪法就是国民经济的秩序。其次,由于对国民经济生活的秩序的选择与塑造有很多种类,例如市场经济秩序与计划经济秩序,因此弗莱堡学派认为经济宪法就是一个国家对某一种经济秩序的“整体抉择”(Gesamtentscheidung)。当然,这个抉择的正当性基础就是全体人民的集体意志,换言之,经济宪法是与宪政休戚相关的。从宪政角度来研究经济的做法,也并非布坎南等美国学者首创,其发源应追溯到德国的弗莱堡学派<sup>②</sup>。

经济宪法的最初含义就是指一个国家对国民经济的基本秩序的选择和决断。由此可见,经济宪法观从诞生的那一天开始,就与“秩序”相联系。首先应指出,“秩序”(Order)一词有不同的含义和语境,尤其是秩

<sup>①</sup> Böhm/Eucken/Großmann-Doerth, *Ordnung der Wirtschaft*, 1937, S. XIX.

<sup>②</sup> [澳]布伦南、[美]布坎南:《宪政经济学》,冯克利等译,中国社会科学出版社2004年版,第4页。