

王先林 主编

安徽大学法律评论

Anhui University Law Review

安徽大学法学院 组编
安徽大学经济法制研究中心

Vol.4 No.2

2004

第4卷 第2期

(总第7期)

安徽大学出版社

5

65

安徽大学法律评论

2004 第4卷 第2期

Anhui University Law Review

Vol.4 No.2

(总第7期)

安 徽 大 学 法 学 院
安徽大学经济法制研究中心

组编

王先林 主编

安 徽 大 学 出 版 社

图书在版编目(CIP)数据

安徽大学法律评论. 2004年第2期(总第7期)/王先林主编.

—合肥:安徽大学出版社, 2004. 12

ISBN 7-81052-949-8

I. 安... II. 王... III. 法律—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 124535 号

安徽大学法律评论 2004 年第 4 卷 第 2 期(总第 7 期) 王先林 主编

出版发行 安徽大学出版社

(合肥市肥西路 3 号 邮编 230039)

联系电话 总编室 0551-5107719

发行部 0551-5107784

E-mail: ahdxcbps@mail.hf.ah.cn

责任编辑 程忠业 朱丽琴

封面设计 孟献辉

经 销 新华书店

印 刷 中国科学技术大学印刷厂

开 本 787×1092 1/16

印 张 18

字 数 415 千

版 次 2004 年 12 月第 1 版

印 次 2004 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 7-81052-949-8/D·61

定价 24.00 元

如有影响阅读的印装质量问题,请与出版社发行部联系调换

安徽大学经济法学学科主要研究方向简介

1. 宏观调控法方向。本方向以法学博士王源扩教授为学术带头人,梯队其他成员包括华国庆教授、张宇润教授等。近几年来本方向梯队成员对宏观调控法主要方面都进行了研究,尤其对宏观调控法基本理论、财税法、金融法等进行了较为系统、深入的研究。本方向获准主持,参与了国家社科规划项目“安徽农村税费改革与我国财政法基本原则研究”、财政部项目“关于财政监督法律制度建设的探讨”、中国法学会项目“中国金融控股公司立法研究”以及安徽省社科规划项目和安徽省人文社科重点研究基地重大项目等一批国家级和省部级科研项目;出版了《经济效率与社会正义》、《中国证券法:原理·制度·机制》、《会计法与会计管理》等专著并撰写了全国核心课程规划教材中的相关部分,并在《法学研究》、《法学家》、《政法论坛》、《法律科学》、《法商研究》等期刊上发表了相关论文 30 余篇,有多篇被人大报刊复印资料和中国法学精粹系列转载,获省部级和全国性学会奖励多项。

2. 市场规制法方向。本研究以法学博士、博士后王先林教授为学术带头人,学术梯队成员包括法学博士李明发教授和多位副教授。本方向梯队成员对市场规制法的主要方面都进行了研究,尤其在市场规制法基本理论、竞争法和消费者权益保护法方面有比较深入、系统的研究。在本方向获准主持的项目有国家社科规划项目“中国反垄断立法研究”、司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目“WTO 竞争政策与我国反垄断立法研究”、中国博士后科学基金资助项目“在入世背景下中国反垄断立法问题研究”、国家社科基金青年项目“公平交易与竞争立法完善中的难点问题研究”以及国家自然科学基金项目“国家知识产权战略中规制知识产权滥用行为研究”。主要获奖有安徽省哲学社会科学优秀成果一等奖、二等奖,安徽省高等学校人文社会科学研究优秀成果三等奖,第三届全国“杰出中青年法学家提名奖”,国家教育部、人事部“全国模范教师”称号。主要成果有《中国法学》(中、英文版)、《法学家》、《法学评论》、《法学》、《法商研究》等期刊论文 40 余篇以及《知识产权与反垄断法——知识产权滥用的反垄断问题研究》、《消费者权益保护法概论》等专著并撰写了全国法律硕士和法学硕士规划教材中的相关部分。

3. 涉外经济法方向。本研究以法学博士徐淑萍教授为学术带头人,学术梯队成员有储育明教授和法学博士汪金兰教授等。本方向梯队成员对涉外经济法的主要方面都进行了研究,尤其在反倾销法、贸易与环境以及涉外企业公司法方面有比较深入、系统的研究。在本方向获准主持的项目有教育部项目“21 世纪全球经济一体化与国际经济法的关系研究”、安徽省高等学校人文社会科学重点研究基地重大项目“中国涉外经济交往中的竞争法律问题研究”、“中国外资并购法律规制研究”以及安徽省社科项目和安徽省重点软科学项目等多项。主要学术成果有专著《国际经济交往法律问题研究》、《贸易与环境的法律问题研究》、《海峡两岸公司法比较研究》等专著,并《中国法学》(中、英文版)、《政法论坛》、《法学评论》、《法商研究》、《法制与社会发展》等期刊论文 30 余篇。

安徽大学经济法学学科简介

依托安徽省省级重点学科——经济法学和安徽省高等学校人文社会科学重点研究基地——安徽大学经济法制研究中心的经济法学学科,是安徽大学法学院的优势学科和重点建设的学科,已被列入安徽大学“211工程”二期建设的学科之一。

安徽大学早在1981年、1985年和1987年就以周枬教授和王鎔教授为主的导师组在全国较早地招收了3届经济法学专业的硕士研究生。1998年,安徽大学正式被批准建立经济法学专业硕士点,1999年开始招生。2001年,安徽大学经济法学学科被评为安徽省省级重点学科。2003年,以经济法学学科的教师为主体的安徽大学经济法制研究中心被批准为安徽省高等学校人文社会科学14个重点研究基地之一。

目前,安徽大学经济法学学科点有专职教研人员14人,均在50岁以下,多数在40岁上下,大部分为具有高级职称的教师,其中教授8人,副教授3人,5人已在国内著名大学获得法学博士学位(其中1人博士后研究期满出站),2人在职攻读法学博士学位,其他教师也均具有法学硕士学位。有1人被选聘为安徽省“皖江学者计划”首批讲席教授,5人被选拔为安徽省学术和技术带头人培养对象,大多数被选拔为安徽省高校学科带头人培养对象,安徽省高校中青年骨干教师和安徽大学中青年学术骨干,1人为“全国模范教师”。有1人担任国家商务部WTO贸易与竞争政策专家咨询组成员,2人分别担任省、市人大常委会委员,多人担任省、市人大、政府、法院、检察院以及有关协会的法律顾问、立法咨询员、执法监督员、专家咨询员等,并参与了全国和安徽省的一批重要立法的调研、咨询论证和委托起草工作。

经过多年的教学科研,本学科点目前形成了三个比较稳定的研究方向,即以法学博士王源扩教授为带头人的宏观调控法方向、以法学博士、博士后王先林教授为带头人的市场规制法方向和以法学硕士徐淑萍教授为带头人的涉外经济法方向,并在农村税费改革与财政法基本原则研究、知识产权领域的反垄断法研究和涉外经济领域的竞争法问题研究方面形成了自己的特色和优势。本专业先后承担了“中国反垄断立法研究”、“安徽农村税费改革与我国财政法基本原则研究”、“WTO竞争政策与中国反垄断法研究”、“在世背景下中国反垄断立法问题研究”、“公平交易与竞争立法完善中的难点问题研究”、“国家知识产权战略中规制知识产权滥用问题研究”、“中国涉外经济交往中的竞争法问题研究”、“中国金融控股公司立法研究”等一批国家级和省部级科研项目,发表了一批具有较大影响的学术论文,出版了若干专著、教材,获得过国家级、省级和全国性学会的多项教学和科研奖励。

《安徽大学法律评论》学术委员会

(按姓氏笔画为序)

王圣扬 王先林 王继忠 王源扩 史际春 朱 勇
华国庆 汪金兰 李明发 李学宽 张宇润 张恒山
周少元 陈宏光 胡云腾 胡世凯 徐淑萍 袁曙宏
储育明 程雁雷 韩 轶

编辑委员会 史际春 王源扩 李明发 王先林 华国庆

主 编 王先林

副 主 编 华国庆

编辑部秘书 刘 雯

英文目录翻译 李坤刚

目 录

特稿

- 科学发展观与政府角色定位的经济法思考 李昌麒 李永成(1)
- 新《刑法》施行以来我国的刑法学研究综述 胡云腾 许士友(14)
- 劳动理论视野中的若干知识产权理论初探 冯晓青(34)

经济法制论坛

- 从经济法视角看社会团体的法主体地位 宁立志 曹亚玲(49)
- 有限责任公司股东瑕疵出资的民事法律后果分析 吴建农 邵小平(60)
- 从通道制到保荐人制——股票发行和监管制度的一次飞跃 张宇润(66)
- 政府采购合同的性质:争议、比较、评论与启示 罗 昕(79)
- 论《反不正当竞争法》中的“一般条款” 李胜利(91)
- 我国驰名商标的法律保护体系:评价与建构 孟 杰(99)
- 论我国劳动合同立法的两个问题 李坤刚(111)
- 网上银行业务的风险、挑战与我国银行业监管法律体系的回应
..... 余素梅(119)

专题研讨:社区矫正

- 社区矫正工作看社区矫正中的重要作用 郑杭生(134)
- 人民法院参与社区矫正工作的有关问题 程 琥(140)
- 社区矫正、开放式处遇与罪犯的人权保障 谢煜桐(148)
- 缓刑的扩大适用与少年缓刑犯的社区矫正 胡 羽(155)

行刑社会化与中国传统法律文化的价值取向	韩秀桃(161)
---------------------------	----------

法学专论

底线伦理与权利	强昌文	范德安(167)
《行政许可法》的善治理念与制度	张义忠(174)	
论意思自治		
——兼论从近代民法到现代民法	孙 鹏	陈树森(192)
论合同诈骗罪	何 俊(205)	
论法律援助制度中的政府责任	柯葛壮	张亚杰(212)
行政诉讼简易程序研究	张 娟(221)	
我国检察机关在行政诉讼中的职能研究	陈宏光	曹达全(235)

法学教育论坛

法学专业实践教学环节改革初探	安徽大学法学院课题组(243)
----------------------	-----------------

读书札记与书评

何谓法理学

——读庞德的《法理学》(第一卷)	程乃胜(250)
------------------------	----------

精雕细琢 特色鲜明

——评赵昆坡先生编著的《中国法制史》	周少元(265)
--------------------------	----------

案例研究

评电影贴片广告案

——从两起相似案例引发的思考	韦 祎(268)
----------------------	----------

学术动态

安徽大学经济法制研究中心近期主要学术信息(第 2 期)	(275)
-----------------------------------	-------

Contents

Special Contributions

Reflections on New Development Strategies and the Orientation of Government Role
from the Perspective of Economic Law **LI Chang-qi, LI Yong-cheng**

A Comprehensive Depiction on the Researches of Penalty Law since the Implementation
of the New Penalty Law **Hu Yunteng Xu Shiyou**

Researches on Several Theoretical Problems of Intellectual Property Laws within the
Scope of Labor Theory **Feng Xiaoqing**

Forum on Economic Legal Systems

On the Status of Legal Entity of Social Organizations from the Perspective of Economic
Law **Ning Lizhi Cao Yaling**

Some Analysis of the Civil Liability of Shareholders' Deficiency in Investment
Contribution **Wu Jiannong Shao Xiaoping**

From Passage Mode to Sponsor Mode

—— A Great Leap in the System of Share Issuing and Supervision **Zhang Yunrun**

The Nature of Government Purchase Contract: Disputes, Comparison, Comments and
Inspiration **Luo Xin**

On the General Clause of Anti Unfair Competition Law **Li Shengli**

The Legal System of Protecting of Well-known Trade Marks of China: Comments and
Construction **Meng Jie**

On Two Problems of Employment Contract Legislation of China **Li Kungang**

Risks and Challenges of Internet Banking and the Response of the Supervision Legal
System of the Bank Industry of China **Yu Sumei**

Special Discussions: Community Rectification

The Important Function of Community Correction Workers in Community Correction

Zheng Hangsheng

Some Relevant Problems of People's Court's Participation in the Community Correction

Cheng Hu

Community Correction, Open Environment and the Guarantee of Criminals' Human Rights

Xie Yitong

The Extended Application of Probation and the Community Correction of Probational Juvenile Delinquents

Hu Yu

The Socialization of Execution and the Value Orientation of the Traditional Legal Chinese Culture

Han Xitao

Legal Study Forum

Bottom Line Ethics, Ethical Ideal and Rights

Qiang Changwen Fan De-an

The Concept and Regulation of Reasonable Governing in Administrative License Law

Zhang Yizhong

On Autonomy of Will

——From Contemporary Civil Law to Modern Civil Law

Sun Peng, Chen Shusen

On the Crime of Fraud by Contracting

He Jun

On the Government Liability in Legal Aid System

Ke Gezhuang Zhang Yajie

On the Summary Judgment in Administrative Litigation

Zhang Juan

On the Functions of Prosecutorial Organs in of China Administrative Litigation

Chen Hongguan Cao Daquan

Legal Education Forum

An Initial Reform on the Clinical Teaching for Law Majors

Research Group of School of Law of Anhui University

Notes and Comments

What Is Jurisprudence

——Notes on Jurisprudence by Pond (Volume I)

Chen Naisheng

A Concise Work with Special Care

——Comments on Chinese Legal History by Professor Zhao Kunpo **Zhou Shaoyuan**

Case Study

On the Case of Adhering Advertisements to Films

Wei Yi

Academic Information

The Recent Main Academic Information of the Research Center of Economic Legal System of Anhui University (No. 2)

科学发展观与政府角色定位的经济法思考

李昌麒* 李永成**

科学发展观是党和国家为推动全面建设小康社会而提出的重大战略思想。科学发展观的本质是坚持以人为本,科学发展观的核心是以经济建设为中心的全面发展,科学发展观的根本要求是统筹兼顾。现在我国各级政府、各行各业和各个领域都在为树立和落实科学发展观做出回应性的努力。就经济法的理论和实务的研究而言,要树立和落实科学发展观,至关重要是要明确政府在市场经济运行中的角色定位,厘清政府干预经济的界限,为此必须解决以下四个方面的认识问题。

一、实现全面、协调、可持续的发展观仍然需要政府主导

在当今世界,各国根据自己的实际情况确立了不同类型的市场经济体制,比较典型的有美国的自由市场经济模式、日本的政府主导型市场经济模式、德国的社会市场经济模式、法国的计划指导下的市场经济模式以及瑞典的福利国家市场经济模式等。我们向来认为,我国的社会主义市场经济体制从本质上讲是一种在借鉴上述市场经济模式的经验和教训基础上形成的、属于政府主导型的市场经济模式。这种模式表明政府在推动我国市场经济体制的形成以及在促进国民经济和社会发展中起着十分重要的作用。现在的问题是,在树立和落实科学发展观时,是否还应当继续坚持政府主导型的市场经济模式?从总体上来说,我们仍然应当坚持过去行之有效的以政府主导为特征的市场经济模式。但是,我们又认为,任何一种体制的推行,都必须根据新的情况进一步加以完善。与此相适应,我国在坚持政府主导型的市场经济体制的同时,还应当对这种体制的运行加以完善,其中包括政府要用一种新的思维或者说一种新的发展观来推动社会经济的全面、协调和可持续发展。这里我们想表明的是,现在所倡导的科学发展观仍然包含着政府在推动

* 李昌麒,西南政法大学教授、博士生导师,中国法学会经济法学研究会副会长。

** 李永成,西南政法大学经济法学专业博士研究生。

市场经济体制和促进国民经济和社会发展中的主导作用的认识。

首先,社会经济发展的核心问题是要处理好两种资源配置方式即政府配置与市场配置的关系,而如何处理好政府与市场的关系,从根本上来说又可以归结为政府问题,即政府对市场是否干预以及如何干预的问题。应当说,在市场经济条件下,政府与市场的关系应当是互动的,单纯地只要市场或政府都会使经济的发展走向极端。这表明只有在尊重市场的前提下,发挥政府有限的和适度的干预作用才是理性的选择。但这并不意味着政府干预总是被动的,政府完全可以根据市场经济发展变化的需要,发挥其主导作用,培育先天不足的市场,推进市场体制的完善,这对于由计划经济向市场经济转型的我国而言,尤其必要。

其次,科学发展观所蕴涵的全面、协调、可持续发展这些宏大的发展问题,本身就是针对市场失灵提出来的,而这些问题的解决,政府无疑具有不可替代的、无与伦比的优势。同时我们还应当看到,诸如城乡差距、地区差距等问题的形成,都是与政府的发展策略有一定关系的,而要改变这种状况,更需要政府主动调整其位置,转换其职能,也就是说“解铃还须系铃人”。

再次,就科学发展观所要求解决的“五个统筹”而言,政府只有站在国民经济发展全局的高度上、健全和发挥宏观调控、社会管理和公共服务方面的职能才能完成。具体来说,必须统筹以下五个方面的关系:第一,在统筹城乡发展方面,就要求政府解决“三农”问题,注重加快农村发展,合理调整国民收入分配结构和政策,加大对农业的支持和保护力度,同时实行以城带乡、以工促农、城乡互动、协调发展,逐步改变城乡二元结构的体制。第二,在统筹区域发展方面,就需要政府推进西部大开发,振兴东北地区等老工业基地,促进中西部地区崛起,鼓励东部地区加快发展。形成东中西互动、优势互补、相互促进、共同发展的新格局,并建立符合市场经济规律的区域规划、区域发展合作机制和相应体制。第三,在统筹经济社会发展方面,就需要政府转变职能,促进社会的全面发展。第四,在统筹人与自然和谐发展方面,就需要政府处理好经济建设、人口增长与资源利用、生态环境保护的关系,建设资源节约型和生态保护型社会。第五,在统筹国内发展和对外开放方面,就需要政府立足干国内外两个市场、两种资源来考虑干预问题,处理好内需与外需、利用内资与利用外资的关系。在实现“五个统筹”中,政府要起主导地位,而政府的这些主导作用更多地又是通过全面推进经济法制建设才能实现。

二、政府主导至关重要的是要用好政府的干预权

政府的主导作用为什么能够发挥以及怎样发挥,从根本上来说,又是国家通过法律赋予政府的干预权来实现的。这里就涉及一个如何用好干预权的问题。对于政府应不应当拥有干预权以及怎样认识干预权,是存在着争论的。对此我们以为重要的是要解决对于干预权的几个认识问题。

(一)政府干预应当是尊重市场经济体制的干预

政府干预之所以是尊重市场经济体制的干预,是源于以下三方面的原因:其一,市场

机制是政府干预的前提,正是因为市场机制有其不可避免的市场失灵现象,而且它自身又无力克服,才产生政府干预的需要。正如诺贝尔经济学奖获得者斯蒂格利茨教授所讲,市场失灵为政府进行某种形式的干预提供了空间,或者说,凡是市场可能失灵的地方,都是政府应当监管干预的地方。其二,推动市场经济机制的高效率运转是政府干预所要达到的目的。政府干预的目的不是要取代市场,而是要排除造成市场失灵、影响市场机制高效运转的障碍,使市场机制发挥其最大功用。其三,政府干预自身也要接受市场的干预。这里要说明的是我们过去所主张的经济法的“需要国家干预论”是不同于“单向的国家干预论”的。它所强调的是市场与国家间的双向互动制衡关系,国家干预市场,市场也干预国家,因为国家在干预过程中可能出现过度干预、负效干预的现象,而对这种现象的遏制,最终力量只能是依据市场要求而制定的经济法规范。正是基于这样的思考,“需要国家干预论”才将经济法的国家干预定位于尊重市场经济体制的干预,并指出,成功的干预是指在充分发挥市场优势的基础上的干预,^①“这种干预必须建立在对市场尊重的基础之上,任何背离市场经济内在要求的干预,只能阻碍乃至破坏现代市场经济的发展”。^②

有一种观点虽然承认市场机制是国家干预的前提,但并不承认经济法的国家干预理论在我国有存在的意义,甚至认为“国家干预论”是一种危险的理论,其中一个重要理由是我国还处于从计划经济向市场经济的转型期,在市场经济体制还不成熟的前提下,是谈不上国家干预的,国家干预只有在市场经济体制完善之后才有用武之地。这种认识是值得推敲的,因为只要存在市场机制,不论其是否完善都一定会发生市场失灵并产生国家干预的需求,甚至在市场机制不完善的情况下,市场失灵可能会表现得更严重,进而对于干预的需求尤显迫切。此外,评判一种理论是否有生命力不仅仅在于它对现实生活的解释,更重要的还在于它必须对现实的将来发展有一定的超前的导引性,对于体制转型期的中国而言,国家干预理论所蕴含的超前性思考恰恰能给经济立法以指导,并通过立法来促进、规范和引导转型时期的经济朝着完善的社会主义市场经济体制方向发展。另外,我国已经加入了WTO,加入的本身就已经表明我国已经进入了市场经济体制国家的行列,在这种背景下,国家干预理论显然还具有适应经济全球化的意义。

(二)政府干预应当是授权和限权有机结合的干预

从本质上讲,国家干预只是国家经济职能的一种特殊表现或者说它是属于国家职能的范畴,显然不应当把它等同于国家权力的滥用,那些以为一提国家干预就意味着国家权力不受限制的认识主要是没有区分出国家权力和国家职能这一组概念。国家权力是国家的重要属性,是掌握政权的阶级运用国家机器实现阶级统治的一种特殊的公共权力,它通常可分立为立法权、行政权和司法权。国家职能主要涉及的是国家的动态活动即国家是干什么的这一问题的。按照马克思主义国家理论,国家职能是指国家活动的基本领域,通常可以分为政治、经济和社会职能,国家权力和国家职能并没有正相关的关系,也许一个国家的国家权力极大,但它的国家职能范围却是非常小的。相反,也可能一个国家的国家权

^{①②} 李昌麒:《我对“需要干预经济关系论”的进一步解释》,载李昌麒:《寻求经济法真谛之路》,北京:法律出版社,2003。

力极小,但它的国家职能却可能较为完备。经济法理论强调国家干预是对国家经济职能的一种完善,它并不必然带来国家权力的滥用;相反,现代经济法所体现的国家干预,是建立在对国家的有限理性这一哲学认识基础之上的,^①即认识到国家对经济干预,主要通过政府去实现,而政府作为一个有限政府,它在干预经济的过程中同样存在政府失灵现象,因此国家在实施干预的时候,一方面需要授权政府对经济进行干预,同时又要对政府本身进行干预,以限制其权力的滥用。事实上干预论所主张的国家干预是有严格的边界的,即“凡是市场能有效运行之处,就没有经济法存在的空间;凡是有经济法不能克服市场缺陷之情形,就没有经济法运作之余地;凡是存在经济法克服市场缺陷不经济之情形,也没有经济法存在之必要”。^②因此国家干预是授权和限权的有机结合的干预,包含了干预经济和干预政府的“双重干预”的理念。

如果我们理解了经济法的国家干预是授权和限权相结合的干预,我们就不会得出国家干预理论是国家主义的结论。众所周知,国家主义有两个特征,一是国家权力至上,不受任何限制。托马斯·霍布斯就主张主权者的权力是至高的,不受任何权力的限制。我国有学者也指出国家主义是指以国家权力为核心、以“权力至上”为价值基础的一种普遍存在于社会意识形态领域内的观念体系。^③二是其哲学基础是国家的完全理性。国家主义的重要哲学基础是黑格尔的思想,而黑格尔认为国家是绝对自在自为的理性东西,国家的根据是作为意志而实现自己的理性力量,国家甚至就是行进在地上的神,神当然是全知全能,具有完全的理性的。而正如前述,现代经济法所主张的国家干预不仅不主张国家权力的膨胀,反而主张对权力进行限制,其哲学思想则是国家的有限理性,因此以国家干预为理论基础的经济法不会走向国家主义的道路,相反,我们倒担心,如果国家放弃对社会经济生活的干预,那将会出现一个什么样的情形?事实上,我国过去曾经为了遏制经济周期的威胁以及现在为遏制经济过热而采取的若干宏观调控措施实际上就是一种国家干预,难道这种干预是危险的吗?

(三)国家干预与经济自由应当是辩证统一的

自由对于法律的重要性,怎么强调都不为过。西塞罗说:“为了得到自由,我们才是法律的臣仆。”^④洛克认为:“法律按其真正的含义而言与其说是限制还不如说是指导一个自由而有智慧的人去追求他的正当利益……法律的目的不是废除或限制自由,而是保护和扩大自由。”^⑤在马克思那里“法典就是人民自由的圣经”。因此追求自由是任何一个法律部门最为重要的法理念之一。如果将自由置放在经济法这一特定语境中考量,它应当表现为“经济自由”。作为经济自由“意味着经济主体意志与行为的协调与合一,意味着市场空间的交易泛度扩大与成本低廉;于具体的经济关系,自由意味着市场主体间自主意

① 李昌麒、鲁篱:《中国经济法现代化的若干思考》,载《法学研究》,1999(3)。

② 李昌麒、应飞虎:《论经济法的界限》,载《法学》,2001(5)。

③ 吕世伦、贺小荣:《国家主义的衰微与中国法制现代化》,载《法律科学》,1999(3)。

④ [古希腊]亚里士多德:《政治学》,第276页,北京:商务印书馆,1965。

⑤ [英]洛克:《政府论》(下),第35-36页,北京:商务印书馆,1983。

志的相互尊重,意味着政府管制的交易禁区范围缩小”。^① 经济自由对于市场机制的高效发挥有着极为重要的作用,经济法的国家干预与经济自由应当是辩证统一的一对范畴,然而遗憾的是有人往往仅从字面上来解读自由与干预,甚至将这种解读推向了极致,他们更多地看到的是经济法对自由的限制,甚至将“经济法是限制经济自由之法”的命题理解为对自由的取消。事实上,限制自由并不包含取消自由,仅仅是对自由的不当行使的一种约束。

在我们看来,对干预的这一误解极源在于对古典自由主义经济学家对“干预”的反对而衍生的误解。人们通常认为,古典经济学家是以强调无限制的自由放任的经济政策和反对国家干预而著称的。然而事实上古典经济学派所反对的政府“干涉”或“干预”(interference or intervention),仅指政府对一般性法律规则所保护的私域的侵犯,并不主张政府永远不得考虑或不得关注经济问题,实施普通法的一般性规则当然不能被视为政府所实施的干预。^② 换言之,古典经济学派所反对的政府干预是指政府对法律所保护的私域权利,尤其是私人财产的伤害,只有这种侵害才是对自由的限制,由此可以认为国家通过经济法律对经济关系实施某种干预与自由并不必然存在冲突。因为“经济活动的自由,原本意指法治下的自由,面不是说完全不要政府的行动”。^③ 亚当·斯密本人,也在强调政府必须“建立并维持某些共同事业及某些公共设施”,即国家干预中的公共物品的提供。所以,古典经济学派的论点也绝非有人所理解的那种完全自由放任(laissez faire)的论点,他们的论点从来不是反国家或无政府主义的,他们的论点既阐明了国家的恰当功能,也说明了国家行动的限度。^④ 这里我们注意到,哈耶克还进一步强调了国家干预的正当性以及国家干预与经济自由的内在逻辑关联性。他指出,“在我们看来,重要的是政府活动的质,而不是量。一个功效显著的市场经济,乃是以国家采取某些行动为前提的;有一些政府行动对于增进市场经济的作用而言,极有助益;而且市场经济还能容忍更多的政府行动,只要它们是符合有效市场的行动。但是对于那些与自由制度赖以为基础的原则相冲突的政府行动,必须加以完全排除,否则自由制度将无从运行”;^⑤ 我们还注意到作为凯恩斯的国家干预主义,“虽然强调国家调节和干预经济生活,但整个干预理论仍然具以维护自由竞争和自由贸易为基本前提”^⑥ 的。虽然上述思想是从西方市场经济体制的立场出发来揭示自由和干预的关系,但是各国的历史往往又有许多惊人的相似,这些认识及其实践对于我们把握在我国市场经济条件下的经济自由与国家干预的关系,仍然是有启发意义。因此在现实的经济条件下,我们必须明确强调国家干预与经济自由的辩证统一。在经济法的语境中,国家干预是经济自由的内在需要,干预虽然在一定程度上会对自由进行某些限制,但限制只是手段,维护整个市场竞争自由才是目的。正如反垄断法,虽然从表象上看它干预了某些企业的自由,但这种干预与其说是对自由企业体制本身进行限制,还不如说是用来扩大企业在市场上的总体自由。^⑦

① 单飞跃:《经济法理念与范畴的解析》,第4页,北京:中国检察出版社,2002。

②③④⑤ [英]哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,第279~280页、279页、69页、281页,北京:三联书店,1997。

⑥ 晏智杰主编:《西方市场经济下的政府干预》,第109页,北京:中国计划出版社,1997。

⑦ [美]马歇尔·霍华德:《美国反托拉斯法与贸易法规》,孙南申译,第4页,北京:中国社会科学出版社,1991。

(四)政府干预应当有利于实现政府职能的转变

有一种观点认为,中国经济体制改革的方向已确立为社会主义市场经济体制,它应当与国际经济一体化和自由化的潮流相一致,政府职能改革的方向应当是淡出政府作用并与管制脱钩,让市场机制有更多发挥作用的空间,从而认为强调国家干预就意味着国家权力的扩张,这与时代潮流是相违背的。这种逻辑推理恐怕也有值得进一步推敲的地方。

从理论上讲,国家干预与市场机制并不是根本对立的,我们所坚持的国家干预只能是尊重市场机制的干预,这种干预不但不会阻碍市场机制发挥作用,相反是要促进市场机制作用更有效地发挥。事实上,我国正在推行的政府职能转变,其总的思路是从全能政府转向有限政府、由神秘政府转向阳光政府、由任性政府转向诚信政府、由权力政府转向责任政府、由主要依靠政策手段治理的政府转向主要依靠法律手段治理的政府,或者说白一点,是由“人治”政府向“法治”政府的转变。以上这些转变,在很大程度上是因为政府具有与生俱来的干预责任,完善这种干预责任,不能不是一个对人民负责的政府所应当采取的立场。

从实践的角度看,政府职能转变是有进有退,即市场能办好的事就由市场去办,市场办不好的事政府不但要管而且必须管好。对此,党的十六大强调指出:“健全现代市场体系,加强和完善宏观调控。完善政府的经济调节、市场监管、社会管理和公共服务的职能,减少和规范行政审批。要把促进经济增长、增加就业、稳定物价、保持国际收支平衡作为宏观调控的主要目标。”^① 党的十六届三中全会进一步指出:“继续改善宏观调控,加快转变政府职能。进一步健全国家计划和财政政策、货币政策等相互配合的宏观调控体系。加强国民经济和社会发展中长期规划的研究和制定,提出发展的重大战略、基本任务和产业政策,促进国民经济和社会全面发展,实现经济增长与人口资源环境相协调。加强对区域发展的协调和指导,积极推进西部大开发,有效发挥中部地区综合优势,支持中西部地区加快改革发展,振兴东北地区等老工业基地,鼓励东部有条件地区率先基本实现现代化。”^② 这表明,在完善社会主义市场经济体制的今天,政府的经济职能不仅不会弱化,反而会加强。“坚持以人为本,树立全面、协调、可持续发展观,促进经济社会和人的全面发展”的科学发展观,强调坚持以经济建设为中心,坚持经济社会协调发展,坚持城乡协调发展,坚持区域协调发展,坚持可持续发展,坚持改革开放,坚持以人为本的思想,也不无体现了政府在其中的主导作用,而这种主导作用,又是通过加强政府的社会经济职能来实现的。这无疑给经济法带来了新的发展机遇和挑战。

以上分析表明,国家干预与政府职能转变是互为依存的,而政府的有效干预,必然要求政府职能转变,同时,政府职能转变又必须以法治为前提,以防止职能变迁中权力异化,从这个意义上讲,国家干预理论与政府职能转变并不矛盾,相反它有利于推动一个理性政府的职能朝着有利于促进国民经济快速健康发展的方向转变。

^① 江泽民:《全面建设小康社会,开创中国特色社会主义事业新局面》,中国共产党第十六次全国代表大会报告。

^② 参见《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》。

(五) 政府干预应当是有度的干预

政府干预应不应当有个度呢?当然有。现在的问题是如何来确定这个度,要非常明确地回答这个问题是困难的,但它又是一个必须回答的问题。在我们看来,对于政府干预的度可以从以下几个层面去把握:第一个层面是政府干预的范围。如果笼统地说,政府干预的范围就是政府该管的政府才管。那么究竟哪些该由政府管?现在有一个概括式的说法,就是市场能够自我解决的问题,就由市场用私法的力量去解决;市场不能解决的问题,用社会自治组织的自律力量去解决;^①只有市场和自治组织都不能解决的问题,才由政府去解决。这既是政府干预的界限,也是政府能力的界限,如果超出了这个界限,就意味着政府越过了自己应当干预的度。第二个层面是政府在自己干预的权限范围内怎样实施干预。这里既涉及一个政府角色的定位问题,也涉及一个政府职能的转变问题。这个问题,在前面已经谈到,在此不再赘述。第三个层面是要把政府的干预放在一个动态与静态相结合的状态下去运行。政府的静态干预也就是政府的常态干预,这种干预的范围通常是以经济法律的形式加以规定的。动态干预是指政府在法律授权的范围内,根据经济情势的需要所进行的及时干预。为什么要进行这种干预,主要是因为,经济情势往往是一个可变的因素,面对经济情势的变化,一个负责的政府就必须采取相应的措施,以减少乃至消除某种经济情势可能给经济带来的危害。这类例子随时都可以举出很多。比如,在我国一个时期,当经济出现了通货膨胀情形时,政府就针对这种情况采取了适度从紧的财政政策,收紧银根,以遏制通货膨胀;在通货紧缩的情况下,政府采取了适度放宽的财政政策,放松银根,以走出通货紧缩。这样,政府适时地根据现实情况采取一紧一松的措施,实现了中国经济平稳、较快、持续地发展。现在,面对经济过热,政府又采取了包括控制固定资产投资、整顿土地市场、严格控制房地产贷款等提高增长效率的宏观调控措施,抑制经济过热。第四个层面是把政府的定性干预与定量干预结合起来。以上所说的三个层面上的干预实际上是政府干预的定性问题,但是,我们也应该充分注意到在有的情况下,政府干预也存在一个定量问题,比如对经济增长速度的定量控制、对贷款规模的控制以及对税率、银行利率、外汇利率的控制等。

三、政府干预的理念必须受人本主义的制约

在确立了政府干预的正当性和合理性之后,与之相适应的问题就是政府必须转变干预理念,从树立和落实科学发展观出发,政府干预理念的转变最重要的是这种转变必须受“人本主义”的约束。

^① 社会自治组织的自律机制究竟属于什么性质,学者有不同的看法,通常认为,它是一种既非私权又非公权的权利,有的将其称为“社会权力”,有的将其称为“第三权力”。在我们看来,它是一种市民社会为了使自己的生存和发展既不受来自市民社会的不断困扰,又不受来自政治国家的无端干预而形成的一种权力,这种权力是以社会自治组织的自律机制而展现其作用的。