



经济法前沿文库

张莉莉 著

Jingjifa Ziyou Linian Yanjiu

经济法 自由理念研究

中国检察出版社



经济法前沿文库

张莉莉 著

Jingjifa Ziyou Linian Yanjiu

经济法 自由理念研究

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

经济法自由理念研究/张莉莉著. —北京: 中国

检察出版社, 2007. 8

ISBN 978 - 7 - 80185 - 811 - 5

I. 经… II. 张… III. 经济法 - 研究 - 中国

IV. D922. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 121967 号

经济法自由理念研究

张莉莉 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68650021(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 15.5 印张

字 数: 273 千字

版 次: 2007 年 9 月第一版 2007 年 9 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 811 - 5/D · 1787

定 价: 25.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换



作者简介

张莉莉 1979年生，安徽庐江人。安徽大学法学学士、法学硕士，南京大学法学博士，现为河海大学法学院教师。发表学术论文十余篇，参与撰写《经济法原理》等书。主要研究方向为经济法基础理论。

责任编辑 王 冕

封面设计 耀午书装

010-84473166

此为试读, 需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

《经济法前沿文库》总序

经济法诞生于现代社会，是生产力进一步发展，商品经济演进为现代市场经济，国家以自己的意志直接参与、干预经济生活的产物。所以，经济法是市场经济充分发展的结果，是脱胎于现代市场经济的法制现象。

一般认为，现代意义经济法的产生，以美国 1890 年《保护贸易和商业不受非法限制与垄断之害法》，即《谢尔曼反垄断法》的颁布为标志，而现代经济法概念的形成，以及被作为一个独立的法律部门，则始于 20 世纪初的德国。与西方发达国家经济法的形成比较，中国经济法的发展和演进虽与西方经济法有相似之处，但差异也是明显的。其共同点在于，中西方经济法的产生、发展都与生产社会化和国家经济职能对社会经济生活的自觉干预相关。不同的是，中国经济法是在国家经济体制改革，即由计划经济向社会主义市场经济转轨中发展起来的，西方经济法则是在自由市场经济向现代市场经济演进中产生和发展的；中国经济法是在政府全面干预社会经济向减少政府干预的过程中发展起来的，西方经济法是在国家由放任政策向干预政策转变的过程中产生和发展的。中西方社会历史和经济生活条件的不同，形成了中西方经济法各具特色的发展轨迹。

虽然，中西方经济法的产生、发展历程有着较大的差异性，但中西方经济法的发展史告诉我们，中西方经济法都具



有鲜明的现代性和关注社会前沿问题的特性。诸如政府介入经济生活问题、市场规制与监管问题、企业改革问题、经济全球化背景下国家的经济发展问题、经济安全问题、资源与环境保护问题、社会公平与社会保障问题、循环经济法制建设问题等，均体现了中西方经济法关注社会前沿问题的特性。正基于此，我们中国经济法研究所从自己的办所理念、办所宗旨出发，在充分酝酿和与有关经济法同仁磋商后，决定出版《经济法前沿文库》，以反映我们的目标追求，体现我们对社会的关注。

《经济法前沿文库》在把握人类社会发展大势、世界发展大势、中国社会发展大势的基础上，立足于国家发展、民族发展、社会发展，聚焦当今世界、当代中国经济法的前沿问题、热点问题，展现我所同仁的学术理念、学术追求，和对社会的关注、对基层的关注、对民众的关注。

《经济法前沿文库》在坚持学术性、前沿性、系统性、开放性、实践性、热点性的同时，还将以满足经济法理论界、实务界的需要，作为我们的努力方向。因而，《经济法前沿文库》不仅是反映我所同仁有关研究成果的平台，也是全国经济法同仁展示研究成果的平台。《经济法前沿文库》是一个开放性的法学园地，欢迎全国经济法同仁的加盟。

《经济法前沿文库》总主编 陶广峰

谨识于中国经济法研究所

2006年岁末 南京

自由——中国法的时代精神（代序）

陶广峰

自由是法的基本价值，强调这一点对于我国法治具有重要意义。由中国传统文化可知，儒家追求的是“入世的自由”，道家追求的是“忘世的自由”，佛家追求的则是“出世的自由”。因而，如仅从思想史的角度看，我国是具有自由传统的。但这并不能证明，在实践中我国也同样有着自由的传统。历经漫长的高度集权，中国历史上缺乏自由实践，即使在当代，由于历史、体制等原因，在社会经济生活中自由也仍然是缺失的。然而对于一个现代法治国家来说，对于市场经济来说，自由精神则是不可或缺的。我国正在进行的政治和经济体制改革，其目的正是给予每个个体和群体以充分的自由，以便最大程度地解放和发展生产力。而个体和群体自由的获得，却又有赖于确立和完善法律的自由精神，使法律能够以其自由精神引导和规范社会经济生活。因此，正是从这个意义上说，自由应当成为我国法的时代精神。

就我国正在进行的社会性、结构性变革而言，仅经济领域便包含了经济运行基本形式的变革、经济利益结构的调整、经济主体的权利分配等多方面的内容。经济法作为经济领域中的基本法律制度，作为调整经济运行、经济权利分配和经济利益实现的主体制度，在这场变革中具有不可替代的作用。但由于现代意义的经济法在我国的历史尚不久远，现



有的经济法理论,尤其是基础理论的研究还不够深入,而经济法基础理论的研究又是经济法理论与制度研究的基石,在经济法基础理论诸问题的研究中,经济法理念问题又是其核心部分和深层次的固有本质,并统摄着经济法学的理论研究和制度应用。

正是基于经济法对我国社会性、结构性变革作用的认识,基于对经济法本质的认识,张莉莉知难而上,以其强烈的社会责任感和学术良知,将法的自由精神与经济法的理念结合起来给予了开拓性的研究,完成了《经济法自由理念研究》一书。

《经济法自由理念研究》一书,运用历史考察和实证分析的方法讨论了经济法自由理念的形成与发展,并在论证、确立我国经济法自由理念的必要性与必然性的基础上,分析了经济法自由理念的路径选择与制度建构。如第一,《经济法自由理念研究》一书,从经济法产生的社会视角和经济视角论证了自由作为经济法理念的历史必然性,分析了经济法自由理念的内涵——社会自由、实质自由与经济自由。第二,《经济法自由理念研究》一书,以比较的视野,认为经济法的自由理念已超越了自由在传统法律视域中的理解,是经济法公平、效率、秩序价值的根据和合理性的来源。第三,《经济法自由理念研究》一书,以经济法发展阶段为进路,对西方经济法自由理念的形成进行了详尽的历史考察,提出在经济治理时代,在市场失灵与政府失灵背景下形成的经济法自由理念不仅没有过时,反而随着经济法调整对象的变迁愈加张显出来。同时,在经济全球化的背景下,以WTO规则为代表的国际经济法昭示了经济法理念的发展趋向必然是自由理念。第四,《经济法自由理念研究》一书,还分析了我国经济法自由理念的缺失及其消极影响,以及从国内和国际两个视角确立这一理念的必要性及其重要意义。认为从权利、权力与自由的关系来看,权利与权力的合理化安排对自由有着重要的意义。正是基于以上,《经济法自由理念研究》一书认为,确立经济法自由理念的路径可以从经济法主体的经济权力与经济权利的合理配置着手,具象为经济权力法治化与经济权利现实化两个方面,包括政府经济治理权的法治化、经济自治团体经济治理权的法治化、市场主体经济权利的现实化三个方面内容;从法律制度上看,则表现为构建政府经济治理基本法和经济自治团体法,以及独立的经济法诉讼机制。

不仅如此,作为基础理论研究,《经济法自由理念研究》一书以经济法的



自由理念为题，还具有重要的理论和现实意义。就理论意义而言，对经济法自由理念的研究有助于完善经济法基础理论，同时也为经济法的理论研究提供了一个新的视角；就现实意义而言，对经济法自由理念的研究有利于引导经济主体权利与义务的合理配置，同时有利于国内经济法规范与 WTO 规则的深层次接轨。

因而，《经济法自由理念研究》一书较之同类研究，其创新之处是非常突出的：其一，以新的视角来看待经济法中的自由。自由包含三类形态：经济自由、政治自由、思想文化自由；形式自由与实质自由；个人自由与社会自由。传统法学对自由的认识仅定位于个人自由、形式自由，但实际上，社会发展却又使得我们不得不面对这样的问题，如“法律是为了保障自由而限制自由”这一形式上的逻辑悖论，正基于此，《经济法自由理念研究》一书对自由的理解扩展为社会自由、实质自由，从而很好地解决了这一问题。其二，《经济法自由理念研究》一书对经济法的一些基本命题进行了再探讨。如该书认为，在当代社会政府治道变革的背景下，经济法调整的是经济治理关系，包括政府经济治理关系和经济自治团体经济治理关系两类。又如，经济法的有限理性、主体的多元化、知识的地方性、实质理性等观念凸显了经济法的后现代性特征，而社会性和经济性特征则又是后现代性特征的扩展。其三，尤其难能可贵的是，该书还以自由理念为指导，从经济权力法治化与经济权利现实化两个纬度，分析了经济法主体的经济权力与经济权利的配置，提出了作者关于政府经济治理基本法和经济自治团体法以及独立的经济法诉讼机制的基本构想。

诸多的创新不仅体现了张莉莉对学业的执著，体现了其对经济法基础理论的独到见解，更体现了其学术理想、学术追求，以及对社会、民生的深深感悟。无疑，《经济法自由理念研究》一书的出版，定必有助于推动人们对经济法与自由问题的关注，有助于经济法理论研究再上新的台阶。余忝列师席，既为张莉莉今天的学术成就高兴，也对张莉莉的明天充满期待。

是为序。

2007年6月16日
于中国经济法研究所

目 录

自由——中国法的时代精神（代序）	1
导 论	1
第一章 相关概念的解析	7
第一节 自由的概念	7
一、自由的历史演进	8
二、自由与法律的关系	15
第二节 经济法理念的概念	19
一、理念	19
二、法理念	23
三、经济法理念	26
第二章 经济法自由理念成立的必然性	29
第一节 必然性之一：从经济法产生的社会视角分析	29
一、政治国家和市民社会的分离与公、私法分立的二元法律结构	29
二、政治国家和市民社会的融合与三元法律结构的形成	34
三、我国国家、社会的分离与经济法的产生	38
第二节 必然性之二：经济法产生的经济视角分析	40
一、西方经济体制的演变与经济法的产生	41
二、我国经济体制的变革与经济法的产生	48
第三章 经济法自由理念内涵的解读与比较	54
第一节 经济法的基本特征与经济法自由理念的内涵	54
一、经济法的后现代性与经济法自由理念的内涵	54



二、经济法的社会性和经济性与经济法自由理念的内涵	64
第二节 经济法自由理念的内涵分析	67
一、社会自由	67
二、实质自由	72
三、经济自由	75
第三节 经济法自由理念的比较分析	79
一、经济法与相关部门法自由观的比较	79
二、经济法自由理念与经济法其他价值观的比较	84
第四章 制度变迁与经济法自由理念	91
第一节 经济法自由理念的历史考察：经济法理念变迁的视角	91
一、英美法系国家的经济法理念的变迁	92
二、大陆法系国家的经济法自由理念的变迁	104
三、考察的结论	113
第二节 经济法自由理念的当代发展：经济法调整对象变迁的 视角	115
一、当代经济社会的发展：治理理论的兴起	115
二、经济自治团体作为经济法主体的兴起	118
三、经济法调整对象的变迁：经济治理关系	123
第三节 经济法自由理念的展望：经济法国际化的视角	125
一、经济全球化与法律全球化	126
二、经济法的国际化与经济法自由理念	129
第五章 我国经济法自由理念的缺失及其确立之必要	132
第一节 我国经济法自由理念的缺失：对经济法理念发展的 历史考察视角	132
一、形成时期的经济法（1979年至1991年）	132
二、迅速发展时期的经济法（1992年至今）	135
三、考察的结论：经济法自由理念的缺失	137
第二节 我国经济法自由理念确立的必要性	147
一、国内的视角：经济法自由理念确立的意义	147
二、国际的视角：经济全球化与我国经济法自由理念的确立	149



第六章 我国经济法自由理念确立的路径分析	158
第一节 我国经济法自由理念确立的路径选择	158
一、权力、权利与自由：路径选择方向的确定	158
二、权利与权力的关系：路径选择内容的确定	164
第二节 我国经济法自由理念确立的路径选择的主要内容	167
一、经济治理权法治化概述	167
二、政府经济治理权的法治化	170
三、经济自治团体经济治理权的法治化	173
四、市场主体经济权利的现实化	177
第三节 我国经济法自由理念确立的路径选择的必要性	179
一、政府经济治理权法治化的必要性	179
二、经济自治团体经济治理权法治化的必要性	183
三、市场主体经济权利现实化的必要性	187
第七章 我国经济法自由理念确立的制度建构	190
第一节 政府经济治理基本法的制度要素	190
一、政府宏观经济治理基本法的制度要素	191
二、政府微观经济治理基本法的制度要素	197
第二节 经济自治团体法的制度要素	202
一、经济自治团体法的主体	203
二、经济自治团体法的主体权力	204
三、经济自治团体法主体的法律责任	208
第三节 建立独立的经济法诉讼机制	210
一、经济法诉讼的相关主体	212
二、经济法诉讼的受案范围	216
三、经济法诉讼机制的其他相关制度	219
结语：自由·安全	222
参考文献	224
后记	232

导 论

从历史来看,我国经济发展经历了高度集权的奴隶制和封建制的集权经济以及计划经济体制,缺乏市场经济体制的经济基础,因而经济主体的经济自由是比较匮乏的,甚至在不久以前还有谈自由则色变的现象。就自由精神在经济社会中的体现来看,根据美国传统基金会(Heritage Foundation)和道琼斯旗下《华尔街日报》在2005年发布的《2005年经济自由度指数》(2005 Index of Economic Freedom)显示,我国经济自由度接近世界平均水平,与过去相比,已取得突破性提高。但是尽管如此,我国仍然属于“较不自由”的经济体,与发达的西方国家相比,仍然存在一定的差距。学者分析认为,^①影响指数提高的原因主要有:政府对经济生活还有较强的影响和控制力;政府对银行和金融业的控制仍较严厉;对产权的保护和执法环境还有待改善;对资本流动的管制仍然较严格;等等。实际上,由于历史、体制等多方面的原因,当前我国市场经济的发展存在着一些深层次的问题。例如,党政领导机关的职能错位,社会信用严重缺损,垄断领域的改革相对滞后,等等。这些问题严重阻碍了经济主体自由权利的实现。以当前市场经济中最普遍的行政垄断现象为例,受中国传统文化的影响,权力与经济密切结合的“官商文化”是中国的一大特色,最普遍地表现为行政垄断的屡禁不止。地方政府或国有经济管理部门凭借手中的行政权力,参与市场竞争,分割、支配市场,或者限制竞争。这种现象的形成除体制的因素外,还缘于一种非理性的政府权力对经济生活的介入。其实质是在政府从事经济或“民”、“商”事活动中,由于没有相应的法律法规约束,政府及其部门的行政权力滥用的结果。

^① 袁鹰、叶庆芳:“中国经济自由度分析与国际比较”,载《武汉金融》2005年第6期。



当前我国处于经济转型期，人们对市场经济还没有足够的感性认识，加之计划经济遗留的惯性思维的影响，使得人们对经济法的本质认识还远未上升到理性的高度，难以在整体上、宏观上对经济法进行理性认知的把握。这一经济法理念的缺失表现在立法、司法等多个层面。

例如，我国现有的经济法律法规仅带有现代市场经济国家经济法的雏形，还没有真正反映现代经济法的理念和基本精神。以财税法为例，美国的税制改革不但理顺了联邦与各个州之间的关系，而且建立了现代科学的预算制度，平衡了政府与企业之间的关系，有效地维护了纳税人的利益。其预算法不仅是美国政府调控经济可靠的法律手段，而且是国会监督政府行政支出的最基本依据，同时还为美国整个社会各个阶层利益博弈提供了完整的法律平台。而我国的《预算法》则带有强烈的行政色彩，没有体现利益均衡精神。^①从操作层面来看，由于对其中主体的权力（利）和责任规定不具体，因而在实施过程中不能真正体现不同阶层、中央和地方之间的利益分配关系。

又如，宏观调控基本法的缺位使得宏观调控法缺少基本的指导原则，由此导致各具体宏观调控法律、法规之间缺乏统一的协调、法律法规的立法宗旨和原则并不统一、具体规定不够协调、执法冲突有时相当尖锐、整体功能的发挥不太理想等问题，从而使规范和约束政府的经济行为和经济权力这一目的难以实现，也使得主体自由无法从宏观经济领域予以保障。在微观经济领域反垄断法的缺位使垄断行为尤其是行政性垄断行为难以依法规制，从而无法有效保障微观经济领域的主体自由。

再如，2000年8月最高人民法院关于撤销经济审判庭的机构改革，使得原本就很脆弱的经济法诉讼制度最终被民事诉讼制度所淹没。在最高人民法院的司法改革中，所谓“大民事”司法“改革”，按照官方的说法，就是建立所谓的“大民事”格局，使刑事、民事、行政的区分及其审判庭设置更加清晰，以对应于刑事、民事和行政三种诉讼机制。这实际上是固守大陆法系公法和私法严格分野下的“小民事”理念。其基本思路仍然是“小民事”的“非行（政）即民”，与英美法系真正的“大民事”理念相悖。所谓“大民事审判格局”，是把涉及政府的一切经济关系，例如政府采购、国有企业承包、租赁等，统统都推向了“行政”，将因适用经济法而产生的行政纠纷和其他的行政纠纷等量齐观，不以经济关系来对待和调整。其实质是否认政府参与社会经济生活，或者不敢把政府作为经济关系中的主体或平等主体看待，从而抹杀了经

^① 乔新生：“经济法：自由经济的大宪章”，载《博览群书》2004年第3期。



济法独特的理念,因而也很难从实体和程序上保障经济法的适用。^①近年来,随着我国经济体制改革的推进,经济法律规范的数量也随之迅速上升。而大多数经济法领域的案件往往在行政领域予以解决,极少进入司法领域,当事人缺乏对经济诉讼程序的实践选择。由于经济法诉讼机制是维护经济权利、确立经济法自由理念最有力、最权威的途径,缺乏司法救济的权利必然形同虚设,因而在重视政府执法机制的同时,也绝不能忽视对经济法诉讼机制的建构。

从我国经济法的理论研究来看,自1992年以来,在市场经济体制背景下,我国经济法学研究,尤其是经济法总论的研究已逐步走向成熟,并且在经济法的调整对象、地位、体系、宗旨原则等方面已达成一定共识。就目前来看,在法学界占主导地位的经济法学说主要有需要干预经济关系说^②、经济协调关系说^③、纵横统一说^④、国家经济调节关系说^⑤、国家调制说^⑥、社会公共性说^⑦等。以上各学说从不同的角度,或者是以国家介入经济运行的方式为出发点,或者是以经济法调整的经济关系的性质为出发点,论述了经济法的基本概念,因而在语言表达上有所不同。但若抛开外表视角的差异,可以发现,上述各学说无一例外地认为,经济法所调整的经济关系中,国家或政府总是居于主导地位。因此,“未能从一个国家经济生活的内在要求、规律上探讨其根源,没有看到现代复杂的经济生活要求国家与市场之间的结合是一种动态的、互动的、相互制约的、过程性的结合”,^⑧反映在经济法理念中,其实质还是国家干预的理念。围绕这一核心理念,学者提出种种“分理念”。就目前主要研究成果来看,在学者对经济法理念的内涵的分析中,大致有以下几种观点:(1)自

① 史际春、孙虹:“论大民事”,载《政法论坛》(中国政法大学学报)2002年第4期。

② 参见李昌麒:《经济法——政府干预经济的基本法律形式》,四川人民出版社1995年版。

③ 参见杨紫烜:《经济法》,北京大学出版社、高等教育出版社1999年版。

④ 参见刘文华:“经济法的本质:协调主义及其经济学基础”,载《法学杂志》2000年第2期;史际春、邓峰:《经济法总论》,法律出版社1998年版。

⑤ 参见漆多俊:《经济法基础理论》,武汉大学出版社1993年版。

⑥ 参见张守文:《市场经济与新经济法》,北京大学出版社1993年版。

⑦ 参见王保树:《经济法原理》,社会科学文献出版社1999年版。

⑧ 侯佳儒:“自由市场、政府干预与中国经济法诸理论”,载史际春、邓峰主编:《经济法学评论》第3卷,中国法制出版社2003年版。



由、公平、发展、安全;^① (2) 实质正义、经济自由、经济秩序、经济效益;^② (3) 自由竞争、公平发展、经济安全、可持续发展;^③ (4) 国家有限干预经济是经济法的基本理念;^④ (5) 社会公益经济法的主导价值理念。^⑤ 综上所述,学者要么不将自由作为经济法的理念,要么将其作为经济法的理念之一。而对于脱胎于计划经济体制的我国市场经济和经济法来说,将自由置于经济法理念的主导地位具有更重要的意义。

我国是在实行长期的计划经济体制之后,经过政府主导型的经济变革,初步建立起市场经济体制的。因此,以生产经营者、消费者、劳动者以及经济自治团体为代表的经济主体在市场经济中的自由问题应当是研究的一个重点。但由于我国经济法孕育于从计划经济向社会主义市场经济转变的过程中,难免带有计划经济的浓厚色彩。当然,随着市场经济的不断完善与成熟,计划经济的色彩会逐渐消淡。然而在市场经济体制已初步建立但并不完善的今天,这种计划经济时代国家观念的遗留对于经济法理论研究也产生了一定的影响。人们在研究经济法理论时常常以国家或政府为中心,认为经济法就是调整国家“施加一定影响于”经济运行而产生的特定社会关系的法律部门,着重强调的是国家或政府是否干预、怎样干预、干预的限度与力度等。固然这也是从侧面提出了自由的要求,但是却将政府置于至高无上的地位,似乎主体在经济社会中的自由都是来自政府的“恩赐”。在这样的心态下,经济主体不可能享有其应有的自由,即使享有,也会因为政府的主观性和易变性以及政府本身的利益需求而处于不稳定状态,并且无法得到切实保障。甚至有不少人认为经济法就是经济政策法,这种思想更是将国家或政府在经济法中的地位推至极高的地位。经济政策是国家或政府有意识地去解决各种经济问题的行动指南,是国家在政党和各个利益集团的压力下所采取的经济行动。因此,经济政策在本质上是一种政治行动。而在经济法领域,国家或政府应当是以社会整体为出发点,在经济运行中享有宏观调控权和微观规制权的经济主体。将国家或政府的政治

① 单飞跃:《经济法理念与范畴的解析》,中国检察出版社2002年版,第3~37页。

② 史纪春、李青山:“论经济法的理念”,载《华东政法学院学报》2003年第2期。

③ 吕志祥、辛万鹏:“再论经济法的理念”,载《科学·经济·社会》2004年第1期。

④ 王琦:“中国经济法理论反思——兼论经济法基本理念的形成”,载《吉林大学社会科学学报》2003年第3期。

⑤ 尹小贝:“从经济法的本质属性审视其价值理念”,载《开封教育学院学报》2001年第2期。