



经济法文集 (2007年卷)

Construction of Harmonious Society
and Chinese Economic Law

Construction of Harmonious Society
and Chinese Economic Law

和谐社会的构建 与中国经济法

顾功耘 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

Construction of Harmonious Society
and Chinese Economic Law

和谐社会的构建 与中国经济法

顾功耘 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

和谐社会的构建与中国经济法/顾功耘主编. —北京:北京大学出版社,2007. 11
(经济法文集)

ISBN 978 - 7 - 301 - 13089 - 6

I. 和… II. 顾… 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 172997 号

书 名: 和谐社会的构建与中国经济法

著作责任者: 顾功耘 主编

责任编辑: 丁传斌 朱 彦 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13089 - 6/D · 1915

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米 × 980 毫米 16 开本 20.25 印张 408 千字

2007 年 11 月第 1 版 2007 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

序

经济法作为调整政府运用现代经济管理理念和手段调控和规制市场经济及其主体活动所产生的经济社会关系的法,在建设和谐社会中起着无可替代的作用。大家知道:市场经济是追求资源配置和发展效率的,但是市场经济又有它的局限性,那就是宏观经济难以自动实现整体平衡,微观层面市场主体的逐利行为有可能破坏市场运行的机制。这就需要政府的“有形之手”与市场的“无形之手”配合发挥作用,否则,经济社会关系的处理就会处于无序的状态,社会和谐就成为一句空话。在现代社会,经济主体参与市场是需要自由的,但享有自由不是绝对的,它要在尊重他人自由的前提条件下追求自身的自由。市场的秩序不会自动形成,政府要为建立和维护平等竞争的秩序作出自己的努力。同时,市场竞争会造成社会财富占有与分配的不公,政府还应认真履行自己的职责,提供公共产品和服务,以实现社会的公正。

市场追求的效率和政府追求的公平,历来是一对矛盾体。怎样在充分发挥市场效率的同时又

能够做到公平,这是人类共同面临的难题。解决这个难题的对策,现在有多种观点:有的人认为应当“效率优先、兼顾公平”,有的人认为应当“公平第一、效率居次”。也有人提出“效率与公平并重”。政府究竟采取怎样的选择自然是政府的事。但学者们仍有责任和必要将这些问题讲清楚。经济法是规范市场行为和政府行为的重要法律之一,明确效率与公平的关系也是经济法无法回避的问题,最近胡锦涛同志在中国共产党第十七次全国代表大会报告中明确指出:“初次分配和再次分配都要处理好效率和公平的关系,再分配更加注重公平”。为了认真学习和贯彻好中央大会的精神,深入探讨经济法与建立和谐社会的关系,我们华东政法大学经济法研究中心组织了专题研讨会。专家们从不同的角度提出了自己的意见。本论集即是从研讨中选取的具有较高质量的发言和论文汇集而成,供读者研究时参考。

在编辑本文集时,我们根据大家讨论的内容和提供的论文,从经济法总论、宏观调控法、市场规制法、循环经济法、市场监管法以及其他等六个方面进行了适当分类,以便读者更好地理解 and 把握。我们期望:经济法的社会整体利益理念与价值、调控规制监管市场、协调经济社会关系等重要功能能为更多的人所接受,尤其是高层决策者所接受。

经济法文集在构建和谐社会中能被越来越多的人所关注,能发挥些微作用是我们的心愿。

华东政法大学 顾功耘

2007年11月9日于上海

目 录

► 第一编 经济法总论

略论经济法的理念、基本原则与和谐社会的构建	顾功耘	(1)
经济法的体制效率价值与和谐社会的构建	徐士英	(12)
从契约到和谐		
——中国经济法的继承与超越	刘哲昕 张 云	(21)
和谐社会的经济法新解读	王 丹	(28)
论伦理调整对规则之治的适度补充		
——以经济社会的纠纷解决为视角	范黎红	(36)
构建经济和谐的有效途径		
——增强经济法的可诉性、完善弱者利益表达机制	杨勤法	(48)
和谐社会语境下行业自治组织的功用及法律属性	姚岚秋	(59)

► 第二编 宏观调控法

和谐社会的金融秩序	吴 弘	(86)
从对抗走向和谐		
——2003 年以来房地产宏观调控的法哲学分析	张忠野	(93)
弱势群体财税法保护的框架思考	陈少英	(100)
和谐社会中的公共财政	刘迎霜	(113)
非法收入征税的可行性分析	应钟铨	(121)
向非营利组织捐赠的税收优惠立法研究	王晓晔	(127)
法意衡平：股票期权激励与其税法安排	黄 蓓	(139)

► 第三编 市场规制法

试论反垄断法的核心价值目标及其实现	冯培娟 沈晨小园	(146)
和谐社会视域下的反垄断法私人实施机制	李俊峰	(154)
电信业的规制改革与构建和谐社会	钟文兴	(161)
和谐社会视野下惩罚性赔偿制度适用		
——从消费者保护的角度	陆 川	(171)

► 第四编 循环经济法

人与自然和谐:循环经济法的意义	郑少华	(182)
自然和谐与和谐社会	曲 阳	(188)
试论循环经济法律体系的构建		
——从政府和公众共同参与的角度评析	全 萍	(192)
试论中国能源立法的安全理念	赵庆寺	(203)
和谐社会进程中生态税法相关问题的思考		
——我国生态税收法律体系构建展望	裴 斐	(216)
社会责任语境下对公司环境信息披露制度的规范	冯晓磊	(225)

► 第五编 市场监管法

健全食品安全监管法律体系,确保构建和谐社会	孙效敏	(233)
借鉴 SIPC 经验完善我国证券投资者保护基金	唐 波 吴竞爽	(247)
防治公司不当对外担保危害应“多管齐下”	朱 凡	(258)

► 第六编 其他

试论公司制与新农村建设	沈贵明	(269)
和谐理念下企业社会责任的立法界定		
——不完全契约理论视角的思考	李嘉宁 胡改蓉	(276)
对我国公司社会责任的推行方法的探讨	尹 刚	(291)
论异议股东股份回购中债权人的保护	唐 波 王 慧	(299)
合作博弈、利益平衡与和谐目标的实现		
——破产程序中利益冲突与和谐目标实现的制度设计		
.....	杨忠孝	(307)

略论经济法的理念、基本原则与和谐社会的构建

顾功耘*

中国经济法在构建社会主义和谐社会过程中承担着特别重要的使命,它的理念、基本原则以及具体规则无不与和谐社会构建的目标、要求相联系。继续创新经济法理论,进一步完善经济法制,应当成为推进中国法治发展的不可忽视的时代主题之一。

一、经济法的社会整体利益观与构建 和谐社会的目标相一致

一个和谐的社会必定是一个追求社会整体利益的社会。社会整体利益观正是我国经济法的核心价值和基本理念。我们将经济法定义为“调整在市场经济运行过程中,现代民主政治国家及其政府为了修正市场缺陷、实现社会整体利益的可持续发展而履行各种现代经济管理职能时与各种市场主体发生的社会经济关系的法律规范的总称”^①,就是为了将经济法所要调整的社会经济关系和达成目标的任务与其他法律部门明确区分开来,使经济法在社会发展中发挥维护经济秩序、促进利益平衡、保障和谐社会整体利益实现的功能。当然,关于经济法的价值理念问题,学术界的认识并不完全一致,有的认为是社会整体利益,有的

* 华东政法大学教授,博士生导师。

① 顾功耘主编:《经济法教程》,上海人民出版社2006年版,第43页。

认为是公共利益,^①有的认为是社会利益。在这几个概念中,笔者认为,还是用社会整体利益比较贴切。

“社会利益”是含义最泛的一个概念。一切与个人利益相对的都是社会利益,其中包括集体利益、集团利益、区域利益、国家利益以及公共利益。这些社会利益的区别在于是大社会利益还是小社会利益,也就是社会大小范围的区别。经济法所调整的社会经济关系是政府在履行现代经济管理职能时所发生的社会经济关系,而不是泛指一切社会经济关系。经济法所保护的利益是社会整体利益,而不是泛指大大小小的社会局部利益。社会经济关系和社会利益的调整要靠许多法律部门。经济法仅调整涉及社会整体利益的这部分社会经济关系和社会利益。

公共利益是与个体利益相对的。这里所说的“个体利益”,不仅仅是单个人的利益,也包括集团或集体利益,有时甚至包括区域利益和国家利益。拿国家利益来说,有时可能是公共利益,有时未必是公共利益。当一国政府的决策真正代表和体现公共利益的时候,国家利益与公共利益等同;当一国政府的决策不能代表和体现公共利益的时候,国家利益未必是公共利益。在法律上,国家有时会作为一个特殊的私法主体参与民事活动,这种活动大多数情况下不能被认为是为了公共利益。在国际法上,当国家利益与一国公共利益一致时,也许与国际范围的公共利益是完全相悖的。当然,我们在讨论经济法的时候,公共利益的概念通常仅在一国范围内使用。即便如此,笔者认为,经济法调整和保护的利益不是单纯的公共利益。公共利益是涉及社会所有人的共同利益。人人可以享有或使用这种利益,但不能独占这种利益。公共利益既不是某个集团的利益,也不是某些团体和个人按份共有的利益。举例来说,政府建造的图书馆、博物馆、体育馆等文体公共设施即是,公共交通、水电煤等生活公用设施也是。调整这些涉及公共利益设施的建设、管理和使用的社会经济关系与经济法有关,但主要是行政法和社会法等法律部门的任务。

经济法所调整的社会整体利益是与个人利益、团体利益和公共利益都相关的社会利益,是融个人利益、团体利益和公共利益为一体的社会利益。这种社会利益具有整体性、经济性、平衡性、持续性、包容性以及协调性等特点。所谓整体性,是指这种社会利益涉及的主体和客体非常广泛;所谓经济性,是指这种社会利益所涉及的内容主要是经济的利益,且能使每个人得到最基本的满足;所谓平衡性,是指各主体、客体间的经济利益是大体平衡的;所谓持续性,是指这种社会

^① 参见赖达清、唐敏:《经济法:以社会公共利益为本位的法》,载李昌麒主编:《中国经济法治的反思与前瞻》,法律出版社2001年版,第107页。

利益不仅仅是现实的存在,而且是能够长期延续的;所谓包容性,是指这种社会利益包容个体的利益;所谓协调性,是指这种社会利益在各主体之间是可以通过适当的方式进行调整的。社会个体利益、社会局部利益不具有这些特点,即使是国家利益、公共利益,也不完全具有这些特点。例如,税收利益属于国家利益,如果国家征税的税率过高,就会影响个人利益或集团利益。又如,一地的公共设施建设过多,就会影响地区之间公共利益的平衡问题。公共设施是人人可以享用的,但这种设施因为空间距离并不是人人实际都能享用的。经济法之所以称为经济法,就是因为它是站在社会整体利益的高度,平衡和协调各种经济利益主体在市场竞争过程中造成的不平衡与不协调的利益关系。经济法在平衡和协调各种利益关系的同时,并不排斥个体的利益与局部的利益;相反,它要促进这些利益的整体增进。

经济法所维护的社会整体利益与我国当前所关注的和谐社会构建有着惊人的契合之处。和谐社会构建的过程,就是平衡和协调各种经济利益主体的利益关系,以求得社会整体利益形成和发展的过程。和谐社会应当是一个允许个性张扬又相互尊重的社会,是一个充满活力的社会。世界上不可能存在没有个体利益的差异和多元的社会。只重视个体利益而排斥公共利益的社会,是不和谐的社会;排斥个体利益,只重视公共利益的社会,也是不和谐的社会。只有既尊重个体利益又重视公共利益,求得社会整体利益水平不断提高,各利益主体的利益相对平衡和协调的社会,才是一个真正和谐的社会。经济法将自身的核心理念和价值目标定位为社会整体利益,从而在遵循市场运行规律的基础上,对各领域的经济活动和经济关系展开适当的调整,对于我国社会主义和谐社会的构建具有十分重要的意义。

二、经济法的“效率优先、兼顾公平”原则 符合构建和谐社会的总要求

在致力于和谐社会构建的今天,我们必须清楚地判断经济法担当这一历史使命的背景和起点。我国正处于经济转轨时期,传统的计划体制即政府过多介入经济生活的体制还没有最终被打破,市场经济体制还没有最终形成,社会各方面的矛盾凸显。一方面,通过近三十年的经济体制改革,经济建设已经取得了很大的成就,为世界各国所瞩目。另一方面,社会的发展出现很多“木桶短板”现象,在大多数人的生活水准提高的情况下,也存在子女读书贵、家庭住房贵、生病就医贵等难以承受的问题。小平同志在改革开放初期提出的“让一部分先富起来”的设想已经成为现实,但客观上出现了一定程度的贫富差距。面对这样的

情形,有人对我们经济改革的方向提出了质疑,有人对经济工作“效率优先、兼顾公平”这一重要指导原则也提出了质疑。最近几年有关改革的争论也直接波及经济法理论。有的人认为,我国之所以出现贫富差距拉大问题,就是因为我们强调和贯彻了“效率优先、兼顾公平”的原则,经济法不能再讲“效率优先、兼顾公平”了。还有的人提出,法律首先应当讲公平,效率在任何情况下都不能优先于公平。在面对诸多社会问题时,这些观点具有相当大的吸引力,可能直接影响到我们的政策取向和立法选择,是我们不得不辨别清楚的问题。

我们强调经济法的核心理念和价值目标是社会整体利益,这里首先涉及的一个问题是:利益从何而来?一说利益当然首先是经济利益,而经济利益是要靠人的劳动去创造的。要创造足够的经济利益在众多的人中间分配,就需要有好的机制和体制;唯有好的机制和体制,才能充分调动人的劳动积极性。我国改革开放前后的经济变化已经证明了这一点。市场化的改革极大地激发了人的创造潜能和劳动效能,同时市场本身也较好地发挥了配置资源的作用。物资不断丰富,市场不断繁荣,人们生活水平不同程度的提高。在计划经济体制下,特别强调公平,而人们所实际享有的资源和利益却极其匮乏。事实告诉我们,在我们所生活的社会里,讲求公平必须建立在经济利益存在基础上。简单地说,没有蛋糕,讲公平切分蛋糕是没有意义的;蛋糕很小,而等待吃蛋糕的人太多,将所有的人都吸引到公平切分蛋糕上,人与人之间的关系是不可能和谐的,弄不好就会引起激烈的争斗。理性的做法是,设法让更多的人投入精力去生产更多更大的蛋糕。我们党适时地提出经济工作要“效率优先、兼顾公平”,强调运用市场机制先发展经济,在发展经济的过程中促进公平。这是完全正确的。

我们不可否认当今社会存在贫富差距,甚至不可否认存在较大的差距。但是,在解决这个问题之前,我们必须先明晰什么是贫富差距、为什么会有贫富差距。贫富差距是指社会的一部分人占有较另一部分人更多的利益。简单地说,有人相对富裕,有人相对贫穷。可以说,这种情况在任何国家都存在。即使是在法治相当健全的社会,也是不可避免的。那么,为什么会存在贫富差距?

首先,贫富差距是市场竞争的必然结果。市场经济必然需要发挥竞争规律的作用,竞争的结果是一部分人胜出,一部分人遭淘汰。在市场交易中开展竞争,必定是有一部分人营利,而一部分人可能经营失败。在所有参与市场竞争的主体中,有自然人、法人等各种经济组织。他们所拥有的人、财、物、技术、信息等生产要素是有差异的,利用这些生产要素从事生产经营所取得的效益不可能没有差距。即使同是自然人,处于相同的生产条件和环境下,在进入市场进行竞争时,由于自然人本身的素质不同、能力差异以及获取的信息不同,其最终经营成果也会有很大差距。必须承认,只要我们选择市场经济的机制和体制,就必然会

出现贫富差距,有时可能是巨大的差距。小平同志提出要“让一部分人先富起来”,目的是鼓励一部分人先进入市场,先实践市场的竞争机制,通过诚实劳动和发挥自身的聪明智慧,最终先获取经济利益,从而带动更多的人勇于进入市场,创造财富,改变落后面貌。让一部分人先富起来并不是目的,最终目的是让更多的人走向市场,参与创造,达到富裕。由这种市场竞争造成的贫富差距有其合理的一面,我们不能因此否定市场化的改革。

有的人会说,我们不反对由于市场竞争带来的一般贫富差距,而是反对过大的贫富差距。笔者也认为,过大的贫富差距确实是问题,这是事实上的不公平。在法律上,如果我们选择了市场体制,如果竞争是公平的,即竞争的规则是公平的,竞争的起点是公平的,竞争的过程是公平的,就很难说这种结果不公平。所以,市场机制作用是公平的,又是不公平的。说它公平,是因为我们别无选择,市场机制产生效率和效益;说它不公平,是因为它会制造事实上的不平等和不和谐。遵循市场竞争的规则行事,也会造成大的贫富差距,解决这个问题即解决事实上不公平的问题,不能靠改变竞争规则,更不能靠否定市场化的改革,而是要靠政府从维护社会整体利益出发,发挥平衡和协调功能。市场规则再完善,也只能解决不公平竞争问题,而不能解决由于市场公平竞争带来的结果在事实上不公平的问题。至于政府如何在经济平衡和协调中发挥作用,以及作用发挥到什么程度,这正是经济法所要研究解决的问题。

其次,在市场竞争过程中,有人利用法律的疏漏、利用权力和竞争优势以及其他违法行为而大量占有经济资源和利益,是形成贫富差距的又一原因。这也是当今社会不和谐的一种表现。但是,现在有人将利用法律的疏漏、利用权力和竞争优势以及其他违法行为而大量占有物质财富归结为市场化改革的过错,这是笔者不能赞同的。如果一定要说市场有什么问题,那也是市场改革还不到位、市场制度还不完善的问题。有人利用法律的疏漏获取利益,那是完善立法的事。要剥夺这些人的利益,我们在法律上还难以操作。有人利用权力和竞争优势占有资源,涉及对握有权柄的人、掌握优势的人如何在法律上加强约束和监督的问题。对于他们所取得的不法利益或不当利益要区别情况对待,一是法律有依据的,要严格依法剥夺,如官员贪污受贿等得到的非法利益;一是法律还没有明确规定的,要尽快作出规定,对不当利益要尽可能运用政策手段和说服教育进行调整,不能强制剥夺,如国有企业因垄断经营给职工带来的不当利益。如果有人公开挑战法律,违法占有资源利益,应毫不手软,严厉制裁。总之,要解决这些问题,唯有加强与市场经济相适应、与市场改革要求相符合的法制。

可见,选择市场机制就是选择了经济的发展,就是选择了效率。我们提出“效率优先”,强调的就是“发展是硬道理”,就是首先做大蛋糕。当我国的经济

改革和发展进行了近三十年,物质财富已经相对比较丰富,“效率优先、兼顾公平”的经济原则是否过时了?

笔者坚持认为,“效率优先、兼顾公平”作为一项经济工作的原则,进而上升为一项经济法的原则并没有过时。它完全符合以人为本的理念,完全符合科学发展观,完全符合建立和谐社会的要求。首先做大蛋糕,不是为了少数人,而是为了绝大多数人,使每个人在大蛋糕面前都看到希望。“效率优先”不仅是让人可能看到实在的利益,而且蕴涵着“又好又快地发展”之意。“效率”两字首先是“效”,其次才是“率”。讲效率就是要快速发展,但这种快速发展不是盲目的发展,而是在追求效益基础上的快速发展。重效率就是坚持科学发展观。我们从来没有听说过,只有速度的提高而没有效益的产出被称为“有效率”。如前所述,注重效率,就要选择市场竞争机制,就不可避免地选择了贫富差距。正因为如此,我们又提出了“兼顾公平”。“兼顾公平”是针对“效率优先”来说的。效率是源,公平是流。没有利益的创造,当然就没有利益的再分配。有源才有流,即我们的经济发展了,第一次分配是按照市场原则进行的,接下来就有一个怎样进行二次分配的问题。这里,并没有像有些人理解的“效率优先公平”、用效率否定公平的意思。我们讲“兼顾公平”,是因为在此之前已经有竞争规律的作用,事实上已经存在了不公平(我们仍然要强调这不是法律上的不公平,更准确地说私法上是公平的)。为了实现社会的和谐,政府必须出面“兼顾公平”,即在二次分配中发挥作用。

政府应如何“兼顾公平”?按照笔者的理解:第一,设立保障底线。政府要根据现时社会经济发展的整体水平和承受力,确定相对贫穷的人的最低生活保障线。通俗一点说,就是要让相对贫穷的人,有饭吃,有衣穿,有房住,看得起病。至于饭、衣、房等从哪里来,那主要是政府想办法的事。可以用税收安排,可以由保障基金安排,也可以通过其他渠道安排。第二,政府要发挥现代经济管理的功能,促进经济发展,提高社会整体分配水平。也就是说,政府仍然要将促进经济发展放在工作的首位,使不同的社会个体在经济发展中都能不同程度地得益,生活水平都能得到不同程度的提高。通俗一点说,就是要让相对贫穷的人的日子过得一天比一天好,不能原地踏步,更不能倒退。第三,政府要运用经济的手段,“限高”、“扩中”、“托低”。所谓“限高”,是指要对高收入者的收入加以适当限制;所谓“扩中”,是指让大多数的人取得中等收入;所谓“托低”,是指根据条件不断提高低收入者的收入水平。第四,政府要通过立法大办公益事业。公益事业越多,受益面就会越宽。政府只有这样“兼顾公平”,才能促进社会的整体利益相对均衡和协调,才能实现社会的和谐。

为什么是“兼顾公平”,而不是“注重公平”?这里涉及一个树立什么样的公

平观问题。一般地说,法律是注重公平的,公平是法律的最基本价值。但是,在现代经济管理中,效率与公平都是我们所追求的价值目标。然而,在追求效率时往往会影响一定的公平,在追求公平时往往要牺牲一定的效率。我们时常要在两者之间进行权衡。在市场经济条件下,我们所追求的公平只能是相对的公平。而追求效率,追求经济利益,追求利益的最大化,则是绝对的。促进经济又好又快发展,这是我们时代的主题。我国人口众多,资源消耗量大,经济发展水平与发达国家相比还有很大差距,我们必须奋起直追。因此,在经济法上,效率价值或者说效益价值具有比公平更重要的价值。我们讲“兼顾公平”,还有另外一方面的含义:政府不管如何平衡和协调社会各种主体之间的利益关系,只能是尽可能缩小这种差距,只能是将这种差距控制在一定的范围内,不可能在事实上达到绝对的公平,也不可能消除因为市场竞争所形成的贫富差距。“限高”不是“除高”,“托低”也不是“去低”。假如这种差距在政府的平衡和协调中消除了,市场的机制就再也不能在现代经济活动中发挥配置资源和调动人的积极性等作用了,最终社会发展的原动力也就消失了。一旦政府不合理的干预或其他政策措施扭曲了市场机制,就将给整个国民经济造成极大的效率损失。^① 所以,我们所理解的公平是一定历史条件下的公平,是存在一定贫富差距的公平,是首先必须承认市场效率和市场竞争机制下重在发展的公平。

在经济快速发展、社会急速转型过程中,出现或存在各种矛盾是很自然的。尤其是在我们的市场机制还不完善、法律体系还不完备的情况下,经济、社会运行出现一些障碍也是难以避免的。中央及时提出构建和谐社会的目标,就是正视这些问题,就是为了解决我们所面临的这些重大问题。构建和谐社会,我们仍然要继续走市场经济的道路、坚持市场化改革,仍然要将又好又快发展经济放在首位。和谐社会的构建需要足够的物质基础。同时,政府应当积极转变功能,重视经济法的完善,真正从社会整体利益出发,运用现代经济法的理念、原则和各项规则做好经济管理工作,提高驾驭市场经济的能力。

需要强调的是,社会各种矛盾和纠纷的出现,不是我们选择市场效率的错。效率与公平两者关系的背后是市场与政府的关系。市场寻求效率,政府寻求公平。市场规律是不能违背的,而政府的管理只能利用规律,并根据我们对规律的认识进行适当调整和改变。只有继续发挥市场效率功能,政府将自己应当承担的责任承担起来,才能为构建和谐社会迈出坚实的一步。

^① 参见张安:《核心是树立正确理念》,载《财经》2007年第3期。

三、经济法的“经济民主”、“经济公正”、“经济安全” 原则是构建和谐社会的强有力支柱

“效率优先、兼顾公平”具有鲜明的经济法特点,它既强调了经济效率,又强调了经济公平,同时也突出强调了效率与公平之间的关系。经济法的社会整体利益观在“效率优先、兼顾公平”的原则中得到了很好的体现。这一原则的运用,有利于我们坚持正确的改革方向,摆正政府的位置,处理好政府与市场的关系。除此之外,经济法的社会整体利益观还需要其他原则的具体体现,其中主要包括:经济民主、经济公正和经济安全。这三项原则是我们构建和谐社会的强有力的法律支柱。

经济民主是现代经济生活中必须遵守的一项基本规则。政府手中握有权力,它能够在它能够涉及的经济领域施加任何干预和影响。但是,政府不能随心所欲,它要真正反映最广大人民群众的利益要求,它的行为应当受到来自公众的约束和监督。政府为了平衡和协调社会整体利益,需要在宏观经济领域进行调控,在微观经济领域进行规制,在国有经济领域进行参与,在涉外经济领域进行管制,还需要对所有要素市场的运行进行监管。这里所提及的“调控”、“规制”、“参与”、“管制”和“监管”均是政府在不同情况下作用于不同领域的行为。这些行为的具体含义和边界是什么?政府在什么情况下实施这些行为?实施这些行为的力度大小如何掌握?实施这些行为要达到什么目的?行为出现偏差时又如何矫正?这些问题都需要认真研究。笔者认为,政府不管采取什么行动,都需要体现民主决策的精神。在外部,政府要认真倾听公众的呼声,广泛听取不同阶层的人的意见;在内部,要明确决策的集体,遵循民主集中制的程序。现实经济生活中,流行着这样的说法:“小事开大会,大事开小会,重要的事不开会。”涉及公众利益的许多重大决策,人们根本不知道它们是怎样出台的,难怪社会各方面议论纷纷。如涉及房地产市场的调控措施,调控的主体是谁?行使调控权的法律依据是什么?调控时遵守的是什么程序?为什么调了又调难见成效?我们无意否认政府的一切功绩,但是一个没有经过民主程序决定的政府措施,又怎么能够保证它的科学性和合法性?又怎么能够保证得到公众的普遍支持和执行?因此,经济法要为政府的经济管理行为设定边界和程序,同时要为政府实施这些行为设定法律责任。在落实经济民主原则的时候,还要加强社会舆论的监督,允许公众通过各种途径对政府管理经济的行为进行评论和提出批评意见。

当前,政府行使经济管理职能除了要坚决贯彻经济民主原则外,还要注意纠正明显存在的两大问题,这就是“越位”和“缺位”的问题。所谓越位,是指政府

做了不该由它做的事。例如,各类莫名其妙的审批。虽说这些年贯彻《行政许可法》,各级政府已经花大力对各类审批进行了清理,但还是存在清理不彻底、清了旧的又增了新的等现象,使得市场机制难以发挥作用。有学者将此称为“看得见的脚踩住了看不见的手”^①。有的地方政府至今在经济活动中还是能够呼风唤雨,无所不能,被人们称为“强势政府”。一个很少受制约或者不受制约的政府必然会出现官员滥用权力的问题。最近披露的几起重大的官员腐败案,无不证明了这一点。经济法完全可以在相关的规定中明确政府的职责范围,迫使政府在一些领域“退位”。所谓缺位,是指政府该做的事却没有去做或者没有做好。例如,对相对贫穷的人的生活资助、对经营中不正当竞争行为的规制、对社会公益事业的投资、对各类要素市场的监管以及对各种经济违法行为的查处等等。如果我们的政府有更多的官员懂得经济法,善于运用经济法,经济活动中诸多不和谐的问题可以在很大程度上得到解决或者缓解。有关经济法律法规已有明确规定的,政府理应认真执行;经济法律法规还没有规定的,要尽快完善相关立法,敦促政府“补位”到位。无论通过什么方式方法解决政府“越位”、“缺位”问题,离开了贯彻经济民主的原则都是不可能的。

公正是“公平正义”的简称,它是社会主义和谐社会的重要特征,是社会主义法治理念的价值追求。^②经济公正在经济法上主要是指管理社会经济活动的主体,其中包括行政机关、司法机关以及社会自律或中介组织要站在公正的立场上,行使权力和处理相关事务,尤其是在市场主体间发生矛盾和纠纷时,客观、独立、不偏不倚地作出处置或者裁决,使所有被管理的主体受到公正的对待。严格说来,经济公正有实体公正与程序公正之分。实体公正是社会各种资源、社会合作利益和负担分配正义的问题;程序公正是社会争端和冲突解决的正义问题。实体公正的含义接近于公平。法学的一般理论认为,程序重于实体。没有程序保证,给予再多的实体权利也是没有意义的。所以,经济法的程序公正是最为重要的。前文论及,政府在管理经济事务中行使职权,必须经过适当程序,防止随意性。这是经济民主的要求,也是经济公正的基本要求。在现实经济生活中,政令时常不统一,导致人们的行为缺乏预期,公众意见很大,严重影响政府的威信。当今社会,诚信缺失成为一大公害,而要改变这种现状,政府应以实际行动首先树立诚信。

司法机关如何保证经济司法的公正,是不能不关注的一个难题。难就难在,

^① 吴敬琏:《“十一五”规划与中国经济增长模式的转变》,载《中国经济新问题十六讲》,上海辞书出版社2006年版,第12页。

^② 参见罗干:《政法机关在构建和谐社会中担负重大历史使命和政治责任》,载《求是》2007年第3期。

大多数法官还不懂得经济法理,经济司法还没有独立的程序。他们将经济法上的纠纷当成民事、商事纠纷处理,他们的法律意识与思维还是民事、商事法律的意识 and 思维,他们适用的法律理念与规则均是民法、商法的理念与规则。民法、商法保护的是个体的利益,所有规则反映的是市场交易的要求;而经济法保护的是社会整体利益,所有规则反映的是政府管理即平衡和协调各方利益的要求。符合民法、商法的裁决可能完全不符合经济法。有一审判案例说明:一审法院依据公司法判决国有股控股股东在公司章程中约定放弃投票权利(实际等于放弃了控制权)是合法的,后来经过多方面艰辛努力,二审法院才从维护社会整体利益的角度出发,依据相关经济法律法规推翻了一审的判决。理由很清楚,国有资产的利益不能因为某个国有股股东的自由处分而永远受损。在处理一个案件涉及个体利益与社会整体利益存在冲突的时候,应当考虑是否有可能适用经济法。

有人会提出,国有企业财产是全民所有的财产,在经营过程中只要与其他市场主体发生纠纷,就以保护社会整体利益的名义加以特别保护,这是否违反了市场公平的原则?国有企业进入市场,与其他市场主体一样,受市场规则的约束。如果发生经济纠纷,一般情况下当然适用民法和商法。国有企业也不能以社会整体利益或公共利益为名侵占其他市场主体的利益,该赔偿就赔偿,该受罚就受罚。如果其他市场主体侵犯国有企业的利益,通常情况下也应适用民法和商法。只有在适用民法、商法,社会整体利益仍然不能得到保护的情况下,才有可能选择适用经济法。所以,笔者并不赞成给予国有企业或国有财产特别的保护。

不少经济法教科书还提出了“保护弱者”原则,笔者认为这一原则也是符合建立和谐社会精神的。一项交易,等价交换,双方自愿,依民法或商法判断也许完全公平,但用经济法判断,强弱双方力量对比悬殊,其结果有时未必公平,这项交易则可能被改变甚或被推翻。因为经济法要考虑社会的评价,弥补对弱者造成的事实上的不公平,以真正实现公平和社会正义。保护弱者是实现公正的一种途径,这一原则不应与经济公正原则平列,而应从属于经济公正原则。

经济安全对于社会稳定具有越来越重要的价值。在当今社会,经济不安全的因素越来越多,且越演越烈,原因是自然资源日益紧缺、科技手段日益发达、市场竞争日益激烈。经济法必须给予更多的关注。除了我们过去反复强调的金融安全、计算机网络安全外,能源安全、食品安全、动植物安全、生产安全等都显得越来越突出。为了保证社会的每一个个体在需要消费能源时有足够的能源、在消费食品时有健康的食品,保证人类与各物种安全共处,需要运用法律的强制手段,抵御、降低或消除来自自然和人为的各种风险或危险。有的风险通过民法、商法的制度设计是可以降低和分散的,有的风险则不行。这时,政府这只“有形之手”就要发挥作用。为了保障供给,政府要集中调度有限的资源;为了保证安