



经济法文集 (2014年卷)

**Reconstitution of the Relationship
Between Government and Market**
Economy Rules of Law Under the Background of the
Comprehensively Deepening Reform

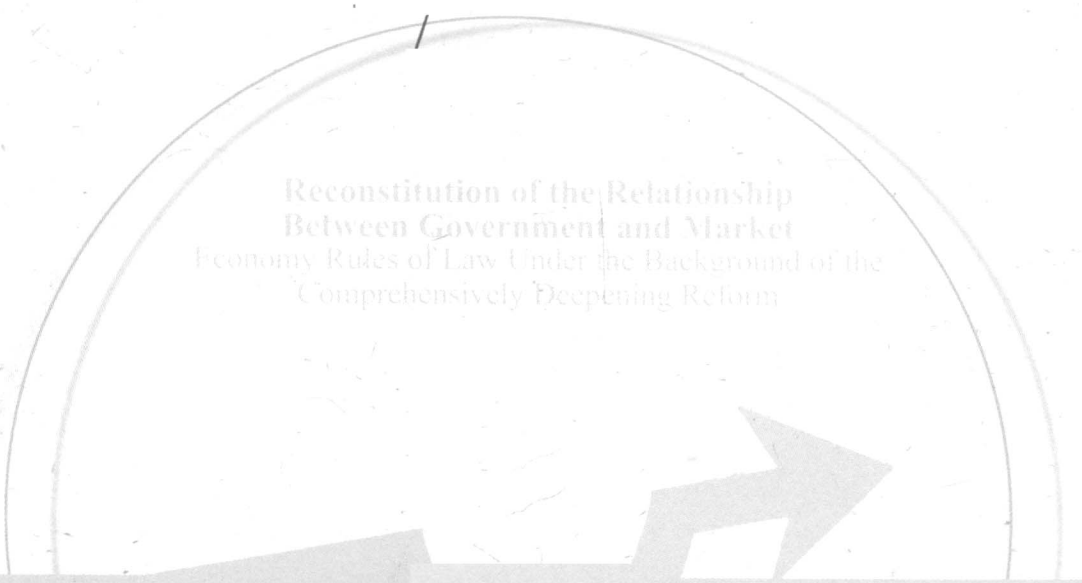
政府与市场关系的重构

全面深化改革背景下的经济法治

顾功耘 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



Reconstitution of the Relationship
Between Government and Market
Economy Rules of Law Under the Background of the
Comprehensively Deepening Reform

政府与市场关系的重构

全面深化改革背景下的经济法治

顾功耘 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

政府与市场关系的重构:全面深化改革背景下的经济法治/顾功耘主编.—北京:北京大学出版社,2015.5

(经济法文集)

ISBN 978-7-301-25716-6

I. ①政… II. ①顾… 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084366号



书 名 政府与市场关系的重构——全面深化改革背景下的经济法治

著作责任者 顾功耘 主编

责任编辑 朱彦 王业龙

标准书号 ISBN 978-7-301-25716-6

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>

电子信箱 sdyy_2005@126.com

新浪微博 @北京大学出版社

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021-62071998

印刷者 北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销 者 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 26.5印张 490千字

2015年5月第1版 2015年5月第1次印刷

定 价 72.00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 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

序 言

自2009年开始,华东政法大学经济法律研究院已连续六年举办了“经济法律高峰论坛”。论坛所选择的研讨主题都是高度契合于市场经济发展的热点性、前沿性问题,例如《预算法》修改问题、产业政策法律问题、政府投融资法律问题等。第六届“经济法律高峰论坛”又紧跟党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)精神,紧紧围绕全面深化改革背景下的经济法治进行专题性学术研讨。

《决定》指出,经济体制改革是全面深化改革的重点,核心问题是处理好政府和市场的关系,使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用;必须大幅度减少政府对资源的直接配置,推动资源配置依据市场规则、市场价格、市场竞争实现效益和效率最大化和效率最优化。政府的职责和作用主要是保持宏观经济稳定,加强和优化公共服务,保障公平竞争,加强市场监管,维护市场秩序,推动可持续发展,促进共同富裕,弥补市场失灵。然而,反观现实,政府和市场的关系与《决定》的期望还有较大差距。

其一,现行宏观调控法律制度难以实现资源高效配置。例如,调控权过于分散,调控过于频繁,使用手段过多、过滥,调控主体与程序不明等。尤其是在创造政绩动机的驱使下,一些地方政府不是设法纠正市场偏离,而是希望替代市场作用。如此,资源配置的整体效率必然受到影响。那么,如何配置宏观调控权、确定调控的方法和手段、设计合理的调控决策和执行程序并明确决策者的责任,都是亟须研究的问题。

其二,当前的市场竞争法律制度仍面临诸多困境,尤其是执行方面的困境。政府未能真正站在中立的立场,严格执行有关竞争规则,不少的要害市场秩序混乱,竞争者感觉不公正,消费者权益也未得到应有的保护。为此,我们亟须建立科学的反垄断执法机制,理顺各职能部门之间的关系;支持和动员社会力量参与市场秩序的维护;树立司法机关在反垄断、反不正当竞争、保护消费者权益方面的裁决权威,维护公平有序的竞争秩序。

其三,目前路径依赖下的国资国企管理体制仍有待改进。在我国的特定国情下,国资国企改革的成败直接关系着市场经济的发展进程。长期以来,我国的

国资管理体制一直没有达到理想状态。尤其是目前的国资委定位问题十分突出,对于究竟是监管者还是出资人,理论界和实务界还没有形成共识。对于国企的改革亦是如此。由于国企的分类不明、定位不清,常使民众对其产生质疑。国企究竟是以营利为目的的商业实体,还是提供公共产品和服务的特殊法人?这种基本定位的不清,直接造成了国企改革方向的迷失。公益性的国企难以发挥应有的公共性功能,营利性的国企的经营效益又难以提高。

其四,涉外经济管制的理念和方式仍需改进。涉外经济语境下的“管制”,是专门针对外商与外资的严格管理与限制。这是一国经济主权的体现。对于国内经济,发达国家一直主张放松管制,有的甚至主张放弃管制;对于涉外经济,总体趋势是放松管制,但是不会轻言放弃管制。在今后一段时期内,对外商外资进行管制仍然是维护国内经济秩序、保证国家经济安全的需要。但是,随着国内外经济环境和形势的变化,管制的理念、广度和深度、方式方法应当不断更新。这在金融领域的监管中体现得较为明显,如何在金融自由化、国际化和国家金融安全之间寻找平衡是对制度设计者的考验。

当然,这些问题的提出仅仅是给大家提供一个讨论的主题,引发读者对于我国当前经济法律制度的深度思考。本卷“经济法文集”所收录的都是经济法学界精英在第六届“经济法律高峰论坛”上对于改革新时期、新背景下新的经济法律制度的真知灼见。我们将这些智慧成果结集出版,希望能够将这些思想火花传递给更多的读者,也希望今后会有更多的有识之士为我国经济法律制度的进步和完善贡献自己的智慧和力量!

顾功耘

2015年4月9日于华政园

目 录

► 绪论

论重启改革背景下的经济法治战略	顾功耘	1
-----------------------	-----	---

► 市场化资源配置与宏观调控法律制度的改革

论市场化资源配置下宏观调控法律制度的改革		
——兼论经济法思维的转变	陈乃新 陈阵香 高 强	22
论全面深化改革背景下我国宏观调控制度的完善	华国庆	29
我国宏观调控制度社会分配功能的偏差及其矫正 ...	岳彩申 王力理	43
市场化资源配置与宏观调控法律制度的改革	董玉明 闫 雪	54
浅议市场决定论下宏观调控法律制度的分权与制衡	徐 琛	64
试论财税法的法律属性		
——以财税法的调控功能演进为视角	陈少英 吕铨钢	73
我国地方政府债券的发展及其立法跟进	席月民	88
我国新能源产业财税激励制度的重构		
——从政府管制到市场配置	任 超	98
论德国循环经济法律制度	翟 巍	113
论市场化资源配置背景下行业协会的改革	陈静骅	125

► 市场竞争法律制度的困境与突破

法律竞争影响评估制度研究	张占江	134
论财产权视野下市场竞争法律制度的困境与突破	文禹衡	161
反垄断法体系的隐含差异与意义	李 剑	169
横向垄断协议类型新论 ——基于我国现行立法与波斯纳论著的比较 ...	刘大洪 段宏磊	188
我国《反垄断法》第7条立法述评 ——兼论垄断国企的规制	张 骏	199
论我国反垄断法宽大制度的运用及问题	戴 龙 张天琪	209
我国《反不正当竞争法》修订完善的宏观思考	王先林	222
仲裁市场竞争法律制度的困境与突破	张圣翠	228

► 国有资产管理体制、国有企业的法律制度创新

发展混合所有制 完善国资管理	王 杰	239
经营性国有资产管理系统的系统与要素分析	杨正师	243
改革“惯性”与国资法制例证 ——基于中央政策性文件与国资立法的实证分析	苏苗声	252
公私合作制的源流、价值与政府责任	陈婉玲	265
政府投资行为的结构与解构:对监督制度的启示	孙 放	280
国有企业盈利目标和公益目标的平衡 ——以国有企业类型化为剖析点	白依可	293
国有企业改革的路径选择 ——基于发展混合所有制经济的视角	徐晓霞	300
国有股东无偿转让上市公司股份之国有资产监管	董慧凝	310
国有企业高管薪酬法律规制研究	孙宏涛	316

► 涉外投资贸易管制的理念转变与制度改革

试论经济安全立法任务的完善	张士元	325
论中国外商投资国家安全审查制度的法律建构	江 山	333

外资审查的政治维度

- 以外国政府控制的投资为研究对象 王东光 346

► 研究综述

- 市场化资源配置与宏观调控法律制度的改革理论研究综述 ... 徐 琛 357
- 市场竞争法律制度的困境与突破理论研究综述 王千惠 374
- 国有资产管理体制、国有企业的法律制度创新理论研究综述
..... 杨正师 389
- 涉外投资贸易管制的理念转变与制度改革理论研究综述 林榕燕 405

论重启改革背景下的经济法治战略

顾功耘*

内容摘要:经济法治战略是国家法治战略的重要组成部分。改革战略、开放战略和经济发展战略的实施迫切需要明确的经济法治战略的配合与支持。经济法治战略应有明确的目标定位和实施的价值标准。实施经济法治战略的本质要求是,要用法治约束政府的权力,规范政府的经济管理行为,保证市场充分发挥配置资源的作用。

关键词:市场化改革 经济法治战略 政府经济管理职能

所谓经济法治战略,是指一国根据现实的环境与条件,为配合实现未来的经济发展目标而选择的有关法治的谋划与安排。这种战略也是一国执政者以法治的思维和方式治理经济活动、促进经济发展的长期计划与制度安排。经济法治战略是国家法治战略的重要组成部分,研究制定和实施经济法治战略,应成为我国贯彻执行党的十八届三中全会精神、重启新一轮改革背景下最紧迫和最重要的一项任务。

* 顾功耘:华东政法大学教授。本文系国家社科基金重点资助项目“国有企业法律制度的重构研究”(项目编号:12AFX011)的阶段性成果,原载于《法学》2014年第3期。

一、我们为什么需要经济法治战略

(一) 重启改革,建立、健全市场经济体制机制需要经济法治战略的积极配合

我国的经济改革已历经三十余年,其间我们在不断探索和寻找前行的动力。20世纪80年代初,我们推行了农村联产承包责任制;90年代初,我们明确了建立社会主义市场经济体制的目标。21世纪初,我们加入了世界贸易组织(WTO)。改革推动了我国经济连续高速的增长,被世界称为“中国奇迹”。这种成功归根到底是因为我们坚持了市场化取向的改革。但是,不可否认,如今的经济发展中也积累了相当大的问题和矛盾。因为现行的体制机制既包含了市场经济的因素,又包含了统制经济的因素,具有很强的过渡性质,可以被称为半市场、半统制的经济体制机制,^①它存在着收入分配不公、官员贪腐严重、群体事件频发、自然环境恶化等弊端。可以说,由于不少领域的市场化改革尚不彻底、开放还不到位,制约科学发展的体制机制障碍较多,使得深化改革和转变经济发展方式的任务仍十分艰巨。

国际金融危机后,政府的管制措施趋于加强,市场发挥作用的空間越来越小。加之长期以来政府职能未能够根本转变,改革的红利已释放殆尽,如不进一步深入改革,就有退回到统制经济的危险。中共十八届三中全会的召开,《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)的出台,标志着新一轮改革已经重启。从2014年到共和国成立100周年,恰巧还有35年的时间,目前我们正处在一个历史的中间关键点上。重启改革,目标是建立、健全市场经济的体制机制。在笔者看来,市场经济的机制就是遵循市场经济规律而建立起来的一整套市场主体制度规则体系及其经营行为制度规则体系,其基本规则是产权明晰、契约自由、竞争平等;市场经济的体制则是运用市场经济规律而建立起来的一整套政府以及经济中介组织参与治理经济活动的制度规则体系,其基本规则是适度调控、有限参与、有效监管。建立、健全市场经济的体制机制,说到底,就是建立、健全与市场经济完全相适应的一整套法律制度,并使这套法律制度得以全面实施。法治的手段是减少或消弭半市场、半统制经济体制机制弊端的根本手段。

《决定》对未来的经济改革进行了整体设计和规划,从某种意义上讲,它就

^① 参见吴敬琏、马国川:《重启改革议程》,生活·读书·新知三联书店2013年版,“前言”第1页。

是一个经济改革的战略构想,其基本思想有着更加长远的影响和意义。《决定》60条具体内容中涉及经济发展与改革的有28条,占比接近1/2。其中,有的改革设想与措施已明确与立法挂钩,有的还没有,有的还涉及执法与司法等更为复杂的问题。因此,要实现市场化改革目标,仅有《决定》的这些内容是不够的,还需要制定更具有长远性、可操作性的经济法治战略。这样,不仅有了《决定》中改什么的设想,还有了经济法治战略中怎么改的方法;不仅有了《决定》中建章立制的打算,还有了经济法治战略中如何落实这些规则制度的措施。

市场经济在本质上就是法治经济。在此问题上,可以说大多数人已有共识。著名经济学家吴敬琏教授就曾指出,市场经济有好坏之分,好的市场经济必然是有序的、法治的市场经济。^①《决定》也明确指出:“必须积极稳妥从广度和深度上推进市场化改革,大幅度减少政府对资源的直接配置,推动资源配置依据市场规则、市场价格、市场竞争实现效益最大化和效率最优化。”^②这里,如何推进市场化改革讲得很清楚,资源配置首先要依据市场规则,由市场选择,要减少政府对资源的直接配置。在资源配置中,无论是市场起决定性作用,还是政府起辅助性作用,都要用法律制度加以明确。所谓市场配置资源,实际上就是各市场主体在一定规则的制约下,公平地参与要素的占有、使用、交易与分配。在以往的改革中,对市场与政府的职能、作用缺乏明确的界定,造成政府甚至是政府官员在资源配置中自设权力、争抢权力,致使资源无法优化配置,官员趁机捞取利益。

市场化改革的过程实际上就是实现法治化的过程。市场化改革要从现实出发,让政府退出不该进入的领域,将绝大部分配置资源权交给市场或者社会,重新划定市场的权利边界和政府的权力边界。“政府的职责和作用主要是保持宏观经济稳定,加强和优化公共服务,保障公平竞争,加强市场监管,维护市场秩序,推动可持续发展,促进共同富裕,弥补市场失灵。”^③这样的改革若没有法治的手段,根本无法进行。首先,没有一定的强制性手段,政府不会自动交出手中所掌握的权力。其次,政府可以行使的权力必须有法律上的依据。最后,政府应承担的责任必须有法治的手段保证追究。

在重启改革的背景下,特别要注意处理好改革与法治的关系。前35年的改革,我们遵循的是“先改革后立法”的路线。遵循这条路线的客观依据是,我国实行的是高度集权的计划经济体制,当初很少有法,更没有法治。在改革目标尚不明确的情况下,一切皆在摸索中,由于没有现存的法可以依循,改革就是破除

① 参见吴敬琏:《呼唤法治的市场经济》,载《中国报道》2009年第10期。

② 《《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(辅导读本)》,人民出版社2013年版,第6页。

③ 同上。此为试读,需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

当时已有的、与计划经济相适应的一套旧制度,此间出现的承包责任制、公司制、分税制等改革举措就是在实践中探索出来的。再以公司制为例,20世纪80年代初至90年代初,我国并没有公司法,在不断反复的试验中,公司的发展走了许多弯路。为了清理整顿公司发展中反复出现的一些严重破坏经济秩序的问题,国务院曾先后出台了多个清理整顿公司的决定,直到1993年《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)的颁布。35年后,我们重启改革是否还能依循这条路线走下去?答案是否定的。在社会主义法律体系已经建成的今天,如果仍然“先改革后立法”,就极易逾越法律的底线,出现大量违规违法行为。如此,法律的权威、法律的秩序将一扫而空。因此,除非改革涉及的领域存在法律空白,否则应当遵循“先立法后改革”或“先修法后改革”的路线。

35年的改革实践让我们弄清了改革的方向和需要改革的领域,弄清了进行这样的改革会遇到哪些法律上的不协调甚或是冲突与障碍。因此,在进行深化改革方案设计和规划时,完全可以与经济法战略的制定同步展开,进而以经济法战略积极配合市场化改革方案的实施。改革的既有成果可以用法治来固定和护卫,改革的新举动可以用法治尤其是立法(包括修法)来引导和推动。立法与修法的过程是充分发扬民主的过程,也是法治教育的过程。当市场化改革的设想能够通过立法予以反映时,也意味着改革真正达成了共识,各种障碍将被一一排除,改革方案的实施有了法治的切实保障。

(二) 经济发展战略的实施需要法治战略的良性互动

一国经济的发展需要有战略考量。谁的战略有高度、有远见,符合本国实际,谁的发展就快、就好。我国执政党执政的不同时期以及历届政府都非常重视经济发展战略的制定与实施,尽管这些战略思想、战略思路、战略部署并不以一个完整的被称为“经济发展战略”的文件体现。战略的定位非常重要,定位不准,经济发展会遭受挫折;定位准确,经济发展可以加速,可以少走弯路。20世纪50年代的“大跃进”“文革”时期的“抓革命,促生产”等都是战略失误的典型表现;党的十一届三中全会提出“以经济建设为中心”、党的十六大报告提出“实现小康”、党的十八大报告提出“百年复兴梦”等则是战略定位准确的例证。从提出战略设想到实现战略目标,是一个战略实施的过程。这一过程也需要在战略设计时一体考虑。也就是说,战略目标的分解以及步骤、策略方法、程序与手段等的实施都要在一开始就设计与规划好。同时,在战略实施过程中,如果发生新情况或者条件发生变化,战略设计的内容也应该适时作出调整。国家的经济发展是一个宏大的工程,经济发展战略的实施,同样不能缺少法治的手段以及法律制度的保障。在明确经济发展战略的同时,提出经济法战略也是十分明智

的选择。

2013年9月30日,习近平同志在中共中央政治局第九次集体学习会上坦陈,经济发展的突出问题仍然是不平衡、不协调和不可持续。^① 发展不平衡、不协调和不可持续的问题是一个综合性的问题,已经存在了相当长的时间,虽然一直在找寻解决的办法,也采取了不少行动,但仍未见有实质性变化。如果说我们针对科技能力不强就提出创新驱动发展,针对产业结构不合理就提出调整产业结构,针对发展方式粗放就提出发展方式精细化、集约化等能够解决问题,那么它们早就不成为问题了。实际上,对此我们首先要做的应是分析问题存在的原因、解决问题的条件、哪些国际上的成熟做法与经验可资借鉴等。发展经济是硬道理,对于这一点大家有共识,但在如何发展、发展目标是什么等问题上并未有共识;即使存在一些共识,也很难做到大家劲往一处使。因为有的人只追求个体利益,有的人只追求部门和地方利益,有的人则只追求近期利益。所以,经济发展中的平衡、协调和可持续是不可能自动实现的。经济发展不仅要有伟大的战略构想,而且要有实现构想的具体策略方法、法治手段、程序与措施。要使人们不单单从个体利益、局部利益以及地方利益、短期利益考虑问题,法律的引导和强制不可或缺。发展不平衡、不协调和不可持续的存在有其深刻的体制机制原因,更有其不善运用法治手段的问题。缺乏经济法治战略考虑经济发展,必然是有严重缺陷而没有内涵质量的发展。

法律不仅仅能够在经济活动中规范行为、制裁违法,也可以引导经济向前发展、促进经济效益的增长。美国加利福尼亚大学伯克利分校法学院教授罗伯特·库特(Robert D. Cooler)和德国经济学家汉斯-贝恩德·舍费尔(Hans-Bernd Schaefer)在《所罗门之结:法律如何终结国家贫困》(*Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations*)一书中写道,商业活动的确能提高一个国家的经济增长,但需要适当的法律规则与执法机构保障这一过程的有效进行。他们认为,不安全的个人财产、不可执行的合约、无法追回的债务以及其他法律问题扼杀了良性商业活动,导致了贫困。^② 经济增长需要完善的法律机制作为保障,在许多国家,依法治理经济已经成为解决贫困问题的最重要手段。在我国,依法治理经济也应成为实施经济发展战略的主要方式。长期以来,我们对法律以及法治的理解是不全面的,认为法律以及法治主要是解决社会问题的,不少文件在论及法律以及法治时,必与政法委、政法工作联系起来,一谈政法,就谈社会治安综

^① 参见《中共中央政治局举行第九次集体学习 习近平主持》, http://www.gov.cn/ldhd/2013-10/01/content_2499370.htm, 2013年10月1日访问。

^② 参见杨绿:《法律与公正——消除全球贫困的利器》,载《中国社会科学报》2013年6月26日。

合治理,就谈惩治刑事犯罪,而政法委以及政法工作基本上不会与经济工作挨上边。讲法治中国时,只讲法治国家、法治政府、法治社会,不讲法治经济。我们需要从这种狭隘的理解中解放出来,将实行经济法治放到一个战略的高度认识。只有真正重视法律以及法治在经济发展中的作用,将法治植入经济生活中,我们的经济发展战略目标的实现才指日可待。

(三) 经济全球化过程中核心竞争力的形成需要经济法治战略的强力支撑

经济全球化是不可阻挡的历史发展趋势,没有一个国家在全球化的竞争中敢于懈怠。最近 20 年来,全球化经历了曲折的过程。以美国为首的西方国家起先打着推进市场化、民主化的旗号,积极推行它们的价值观,企图在全球达到“终结历史”的政治目的。在中国加入 WTO 以后,西方国家主宰的全球化形势发生了逆转。西方的跨国公司在逐利动机的驱使下,积极参与全球资源的配置。它们利用包括中国在内的发展中国家劳动力成本低、市场进入门槛低、自然资源丰富以及消费市场巨大等优势,大举投入资金与技术,在客观上帮助了中国等发展中国家获得了迅速发展的机会。在 2008 年国际金融危机的影响下,西方主要国家纷纷陷入债务的拖累中。这时,以美国为首的西方国家又突然警醒,先是对中国等国家采取贸易保护主义措施,不断提出一些不合理的要求,希望阻止或减缓对西方不利的生产要素流动;再是调整国内的经济发展战略,如美国提出了再工业化以及振兴制造业的对策。同时,它们试图重建国际经济贸易规则和秩序,加紧开展泛太平洋战略经济伙伴关系协定(TPP)和跨大西洋自由贸易协定(TTIP)的谈判,以期扭转不利的国际分工和贸易体系。^① 面对全球化发展的新形势,中国将如何动作,这绝非小事。

假如 TPP 和 TTIP 两个协定最终签署,与中国交往的主要贸易伙伴将被“一网打尽”,参与国的贸易总量占比将超过全球贸易总量的 70%。^② 另据 2012 年美国《双边投资和保护协定范本》^③所载的内容,至少增加或提升了五点要求:(1) 在投资中加入保护环境和劳工权利的条款;(2) 对东道国政府的规章制度提出更高的透明度要求,增加外资对立法过程的参与;(3) 针对国有经济主导国家,强化政府竞争中立原则,提高对国有企业管理的要求;(4) 在金融服务领域,强化东道国管制的合法性;(5) 在仲裁争端解决方面,取消投资者用尽当地救济

^① 参见陈莎莎、陈洁:《中国遭遇“两大洋自贸”夹击》,载《国际金融报》2013 年 9 月 11 日。

^② 同上。

^③ See US Department of State, Model Bilateral Investment Treaty, <http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/188199.htm>, last visited on Dec. 29, 2013.

原则的要求。^①其中,有关环境、劳工和国企管制的新议题超越了WTO框架的现有范围,对中国来说是一个极大的挑战。若没有相关政策与法律制度的调整,中国将很难为新的贸易格局和体系所接受,中国企业在国际贸易投资活动中也将难以有大的作为。

2013年下半年,国务院推出了《中国(上海)自由贸易试验区总体方案》并加以实施,《决定》更明确地将自由贸易区的建设作为一项国家战略对待。可见,在全球化的背景下,我国已经启动了一项以开放倒逼改革的行动。我们只有适应全球化竞争的态势和要求,才能把自己的事情办好。市场化程度低、政府发挥无所不能的作用以及法治状况差,只会让愿意跟你玩的人愈来愈少。中央要求,中国(上海)自由贸易试验区在制度上要大胆创新,尽快总结出一套可推广、可复制的经验,其目的就是要建立、健全市场经济的体制机制,同时改变法律制度供给不足的现状。

当前,上海自由贸易试验区的试验尚存在比较多的法律障碍。在不修改现行有效法律,仅授权上海在自由贸易试验区暂停有关外资企业审批的法律执行的情况下,要求上海改革现行制度、重新创造一套新制度,有“巧妇难为无米之炊”之意味。既然是中国自由贸易区在上海试验,那么就应该组织更权威的机构主导试验,就应该在中央层面直接提出自由贸易区的专门立法。否则,不仅费尽周折,事倍功半,而且会延误我国参与更大规模的贸易协定谈判,错失进行贸易投资的机会。上海自由贸易试验区目前的窘境,也是由于我们缺乏长远规划、缺少经济法治战略的考虑所造成的。

贸易竞争说到底就是法律制度的竞争。经济全球化的实质是各国运用一定的规则,将资源在全球范围内进行配置。从近几年经济全球化发展的态势看,国与国之间的竞争日趋激烈,我们该如何在竞争中取胜?在主客观条件都确定的情况下,法律制度的优劣就成为竞争取胜的决定性因素。1990年,美国哈佛大学学者约瑟夫·奈在《注定领导——美国权力性质的变化》一书中首次提出了“软实力”(soft power)的概念,认为虽然美国在军事和经济上遇到了挑战,但是还有一项权力优势,那就是价值观、文化与制度的吸引力无人能敌。^②显然,在他看来,有吸引力的价值观、文化和制度是最重要的竞争力。好的制度可以吸引人才、资本、技术和其他各种资源的流入;制度没有吸引力,在竞争中必然处于劣势

^① See Lise Johnson, The 2012 US Model BIT and What the Changes (or Lack Thereof) Suggest about Future Investment Treaties, Political Risk Insurance Newsletter, November 2012, http://www.vcc.columbia.edu/files/vale/content/Political_Risk_Insurance-Newsletter_-_The2012-US-Model_BIT_-_Nov2012.pdf, last visited on Dec. 29, 2013.

^② 参见余万里:《美国的痛与中国的惑》,载《经济观察报》2013年7月1日。

地位。

法治就是软实力,是核心竞争力。今后,我国参与经济全球化、建设自由贸易区以及进一步对外开放合作,必须有整体设计和长期规划,要在经济法治战略的指引下,积极借鉴别国的法治经验,尊重国际贸易规则;同时,还要加快自身的体制机制建设,加快完善法律制度,加快改善法治状况,建设最具竞争力的法治环境。

二、我们需要怎样的经济法治战略

(一) 制定经济法治战略的现实基础

截至2012年12月底,除宪法外,我国现行有效的法律共有243件,行政法规共有721件,地方性法规共有8600多件。^①其中,绝大多数是与经济活动有关的法律法规(以下简称“经济法律制度”),主要涉及五大类部门法:民法、商法、行政法、经济法以及刑法。当然,民法、行政法和刑法中与经济活动有关的仅是部分规范而非全部。如果细分,经济法律制度还包括知识产权法、环境与资源法等。根据社会主义法律体系已经建立的观点推论,经济法律制度体系也已经建立。然而,理性分析,经济法律制度体系不应是由众多数量堆砌而成的,它还有一个质量评价的问题,有一个与经济现实适应不适应的问题,有一个法律实施的效果问题。上文已经提到,我们的经济体制还是一个半市场、半统制的经济体制,还是一个需要全面深化改革的体制,如果要说法律体系已经建立,这样的法律体系只能说是一个适应了半市场、半统制的经济体制的法律体系(以下简称“半市场法律体系”)。这就是我们制定经济法治战略的现实起点和基础。

半市场法律体系存在天然的缺陷。改革开放初期,百废待举,为了给经济活动提供一些必要的规则,一部法律的出台往往是“急就章”,未经充分论证就匆忙推出。这也是无奈之举,因为改革不能等,经济发展不能等。当时经济立法的主要做法和经验有三种:一是成熟一个制定一个,二是宜粗不宜细,三是部门立法。在后来的立法中,尽管有了一些立法规划,也会提高一些立法要求,如广泛征求意见等,但这三种做法还是被基本沿用。我国之所以能在三十余年的时间内建立起法律体系,靠的就是这三条经验,也正因此,形成了这个法律体系的天然不足。“成熟一个制定一个”,事实上,受认识的局限,立法不可能等待成

^① 参见蒋安杰:《中国法治建设年度报告(2012)发布》, http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2013-06/26/content_4592873.htm, 2013年12月29日访问。

熟,在实践中演变为“需要什么就制定什么”,有时也会去了解别的国家和地区的相关立法,但也等不及完全消化,拿来先用,表现出典型的实用主义。“宜粗不宜细”,在具体运用时,必然表现为粗线条、过于原则和空泛,最终难以操作。“部门立法”,其优点是对相关部门实际情况比较熟、入门快,但致命的缺陷是易通过立法扩大本部门权力和固化本部门利益。

在无法的情况下,追求的是有法可依,但有法并不代表就有了法律秩序。历经了35年的改革,我国的经济法治状况如何呢?概而言之,有法不依、执法不严、违法不究、执法犯法的问题还比较严重。习近平同志在谈到我国经济体制存在的不少问题时是这样描述的:“主要是市场秩序不规范,以不正当手段谋取经济利益的现象广泛存在;生产要素市场发展滞后,要素闲置和大量有效需求得不到满足并存;市场规则不统一,部门保护主义和地方保护主义大量存在;市场竞争不充分,阻碍优胜劣汰和结构调整,等等。这些问题不解决好,完善的社会主义市场经济体制是难以形成的。”^①李克强同志在谈到建立公平环境、实现公平竞争时指出,目前我国的市场经济秩序还很不规范,经营不讲诚信、假冒伪劣商品屡禁不绝、侵犯知识产权案件时有发生、寻租行为不少。这些现象若得不到有效制止,对于诚实守信的经营者就是不公平的,就会产生“劣币驱逐良币”的扭曲现象,从而伤害整个经济的健康发展。这不仅会影响国内各种所有制企业的正常经营,而且也会影响国外投资者来华投资发展。^②由此可见,我们不能仅满足于半市场法律体系,还要有更高的目标追求。经济体制需要继续深化改革,相应的法律体系同样需要进一步革新。我们的目标不仅是要用一个与市场经济完全相适应的经济法律体系来替代半市场法律体系,而且要建立一个能够使其成为现实的全新的法律秩序,即经济法治的状态。

新一届政府正在致力于执政理念的转变和经济治理能力的建设,社会对经济改革与法治的共识正在重聚,这正是我们研究制定经济法治战略的一个最有利的契机。

(二) 经济法治战略的目标定位

与实现百年民族复兴梦同步,2049年可被确定为经济法治战略发展的目标年。我们的经济法治战略目标是:从现在起,再用35年的艰苦努力,将我国建设成为国际化、高水准的市场经济法治国家。这样的国家也是全球经济贸易活动

^① 《《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(辅导读本)》,人民出版社2013年版,第69页。

^② 参见李克强:《在国务院机构职能转变动员电视电话会议上的讲话》,载《人民日报》2013年5月