

市场经济： 法治经济

市场经济是自主型经济。

它摒弃家长式的专制。

但它绝不是无政府经济。

它并不是对计划经济旧模式的莫大误解。

市场经济呼唤法治。它奉行法治，是市场经济秩序的法治基础。

现代市场经济知识丛书

江平 文海兴 周小明 著

江西人民出版社

SHICHANGJINGJI FAZHILINGJI



《现代市场经济知识》丛书·序

厉以宁

大约是在1992年底，江西人民出版社的同志告诉我，他们拟出版一套关于现代市场经济知识的丛书，并请我作序。系统地学习、研究、宣传现代市场经济知识、规则、观念，对于正在以建设社会主义市场经济机制为目标，进而全面深入地推进改革的我国来说，是极为必要，也是极其艰苦的。因此，我愿意也有责任为这套丛书的出版说上几句。

我们经过长期的理论与实践上的艰难探索，尤其是经过改革开放十多年来的历程，终于从根本排斥市场经济走到了承认市场经济并把市场经济机制作为经济改革的目标的道路上来了，党的十四大明确提出以社会主义市场经济机制作为目标体制，无疑是我国社会主义经济发展和体制改革的重要里程碑，因为，这一目标的提出，意味着我们经济、政治、文化生活将会逐渐发生根本性的变化，意味着我们的改革和建设面临着一系列前无古人的历史性命题，这一根本变化之深刻、之全面，这一系列历史性命题之复杂、之艰深，当人们未经充分展开实践之前，是

很难想象,也是难以充分理解的。

应当承认,对于我们这样一个有着几千年封建历史和长期集中计划经济传统的社会,对于市场经济,尤其是对于现代市场经济,在许多方面尚是陌生的,因此需要认真地学习;同时也必须承认,基于我们的过去和现实,恐怕没有哪种国外实现市场经济的模式可以解释并直接运用于我国的改革,因此需要果敢地创新。

市场经济当然首先是资源实现配置的一种社会方式和手段,因而它并不必然直接表明一定社会制度的本质,但使其植根并运用于中国现实,却不能不涉及我们社会一系列的深刻变化。

就财产制度而言,市场经济作为一种交易的经济,运动的并非只是物与物的关系,而是物之后的权利,因此,市场经济一定要求相应的财产制度。对于我们来说,需要探讨的一个根本问题,也是我们改革所面临的根本命题,便是如何使占主体的公有制经济与市场经济规则有机地统一起来,即在财产制度上满足市场经济的一般要求,又保证其不失公有的本质规定,否则便不可能存在中国特色的社会主义市场经济。重要的在于重塑企业产权制度。

就法律制度和法治精神而言,市场经济作为一种契约经济,必须有系统的法律制度来保障其契约关系的严肃性和稳定性,否则便不可能有有效的秩序,进而也就很难保证制度的经济效率;而法律制度的有效性重要的又在于整个社会法治精神的弘扬,特别是立法、司法、执法者的法治精神的确立,否则便不会有作为法治经济的市场经济秩序。

就经济运行机制而言,社会主义市场经济作为市场经济的一种类型,对于资源配置来说,市场应成为基础性的力量,能够由市场调节的应当尽可能由市场发挥作用,否则便不成其为市

场经济；但尽管市场经济是一种尽可能发挥企业竞争精神的经济，却不意味着个体分散的竞争能够替代总体的协调，当代经济实践和经济理论的进程表明，生活本身的复杂性使得现实中总是存在市场失灵的领域，这就需要政府从宏观上，甚至在一些微观方面进行调控，这种调控体现着对整个经济运动趋势的把握和引导。也就是说，现代经济总是市场调节与政府调节相互作用的过程，从某种意义上可以说，市场调节是第一次调节，政府调节是第二次调节，两类调节交织在一起，构成市场经济运行的完整过程。事实上，市场经济并不排斥政府调节，而是相反，越是竞争激烈，经济个体决策越是分散，越要求有相应的总体协调，并且要求有高质量、高效率的政府调节；同时，政府调节的客体是市场，是市场中活跃的个体，因而，若否定企业独立性，甚至取消市场，也就意味着取消了政府调节的对象，进而意味着取消了政府调节的必要，也取消了政府调节的严肃性及有效性。市场经济毕竟是分散决策的竞争经济，而市场经济毕竟又不是人的动物性自发竞争的经济。

就道德秩序而言，市场经济作为信用经济，要求在道德上弘扬信任精神。市场经济中的货币、商品、买卖、支付、借贷等等制度手段，实际上都体现信用关系，这种客观存在的信用关系在道德上要求的是守信。这种信任精神并不是简单地对人品的信任，而是指负责任的能力的信任，这种能力包括，财产责任能力、商品质量能力、职业专长能力等等；这种道德秩序的形成，主要依靠制度规则的造就。一国在处于经济转轨的时期，很可能出现道德秩序上的混乱，在我国市场经济发育过程中，客观上也会产生许多不守信的道德混乱现象，这需要认真地引导和有力地制止。但必须明确的是，这些道德秩序上的混乱，与其说是由于改革，由于市场经济建设所招致，还不如说是由于改革不到位，由于市

场经济不够发达所导致。

总之，社会主义市场经济建设给我们提出的问题是尖锐而深刻的。这些命题不是哪一个学者可能单独解决的，也不是书斋中可以完成的，而是需要全社会的伟大历史实践，需要普遍的投入和探索。《现代市场经济知识》丛书是这一宏大探索洪流中的一束，祝愿她切实汇同整个改革大潮，推动我国社会主义市场经济建设的历史进程。

一九九三年七月三日
于北京大学中关园

36
2014.3
56
2

《现代市场经济知识丛书》序
厉以宁

目 录

MU LU



C

152061

第一章 市场经济与法律目

标模式的变换

- 一 从“人治”到“法治” 1
- 二 从“权力”到“权利” 5
- 三 从“意志”到“规律” 9
- 四 市场经济法律机制的
文化断想 15

第二章 市场经济法律体系

- 一 市场经济法律体系：
时代的“希望工程” 26
- 二 市场经济法律体系的
基本特征 30
- 三 市场经济的基本法律
结构：公法和私法 32
- 四 市场经济与民商法 38
- 五 市场经济中的经济法 55
- 六 经济立法原则的更新 60

第三章 市场主体的法律形
态

- 一 市场主体及其法律特
征 63

二 市场主体权利与义务的统一	67
三 公民作为市场主体的法律形态	70
四 法人作为市场主体的法律形态	78
五 国家作为市场主体的法律地位	92

第四章 市场交易的法律规则

一 市场交易的前提——财产权法律制度	95
二 市场交易的法律形式——合同(契约)——平等交易规则	98
三 反不正当竞争与反垄断——公平交易规则	108
四 市场交易与民事责任	113

第五章 通过法律的控制——市场经济中的政府活动规范

一 市场失效与政府合理干预	121
二 经济组织的资格管理：从“行政许可主义”到“准则主义”	124
三 经济行政行为合理化与程序法	128
四 宏观间接调控法律机制(一)：税收与税法	134
五 宏观间接调控法律机制(二)：货币与金融法	144

作者简介	153
------	-----



第一章

市场经济与法律目标模式的变换

计划经济向市场经济的变换,是中国人一项跨世纪的伟大的社会工程。这项工程顺利建成的一个基本保障是:能有一套与市场经济相配套的法律机制,它包括制度建设和观念建设两个层面。二者之中,后者更为重要。这部分是因为需要用新观念来阻却旧的观念的骚扰,部分则因为只有观念正了,制度建设才不会有大的偏差。因此,建构市场经济法律机制,首先是要变换法律的目标模式。

一 从“人治”到“法治”

人治和法治,不只是一个治国手段、方法、策略问题,更是一国带根本性的制度设置问题。一个社会是选择人治还是法治,表面上看涉及的仅是法在其中的地位,实质则是关于人在其中的地位。而问题是一旦涉及于人,其意义便增大了起来,容不得我们睁只眼闭只眼,作视而不见状。

什么是人治?什么是法治?这实在是个很大的题目,况且还

涉及到众多的争鸣,要在有限的篇幅之中详论细述自然不太可能。但是,我们仍然可以用简炼的语言揭示一些最基本的原理。人治不是一般地不要法、没有法。人治社会也有法,比如几千年的中国封建社会,就有完备发达的刑法体系,以致在世界法林之中独树起一帜:中华法系。问题是法的地位。法没有凌驾于统治者让的权威,法不是权力之上的东西,相反,却是从权力中流淌出来,这才是人治的本来面目。法的这种低下地位,也决定了法在人治社会中功能有限,范围狭小。中国古代的法等于刑,是镇压的工具;法表现为单一的刑法,法的范围很是狭窄,一般的社会生活、经济生活都没有被纳入法律的框架之中,更不用说政治生活了。然而,这些不过是人治的表面特征、形式特征;人治的实质特征是法在权力之下,权力不受法的制约。这点我们必须牢记。

现代法治观念源于西方法制的近代化过程,是西方文明的有机组成部分。且看一个关于法治的一般定义:

德国《布洛克豪斯百科全书》第十五卷:

“法治国家的要素有如下内容:颁布在法律上限制国家权力(尤其是通过分权)的成文宪法;用基本法规来保障各种不容侵犯的民众权利;法院从法律上保护公民的公共及私人权利不受国家权力的干涉;在因征用、为公献身及渎职而造成损失的情况下,国家有赔偿的义务;法院独立,保障法官的法律地位;禁止刑法有追溯效力;最后,是行政机关的依法办事原则。”

这一定义所列的“要素”虽然多而且复杂,但是,我们从中还是不难发现构成法治的最基本的几个要素:第一,法律是限制国家权力的;第二,法律是保护民众权利的;第三,法律也是行政机关办事的行为准则。这里,法不仅是最高的权威,而且是确定的理想。政府的权力也要受法律的限制,行政机关也要依法办事,

民众权利也可以诉诸法律求得保护，这才是法治的真谛。

这种意义上的“法治”，中国从来就没有真正出现过。

改革前的中国经济运作体系，是高度集中的计划经济体制。新中国成立后，中国共产党人建立起生产资料公有制，从此，国家不仅是主权行使者，也是庞大的财产权主体。人们盲目地相信：国家只要凭借手中的权力来运作已经集中起来的资源和财富，就能消灭剥削，进入共产主义社会。这种对国家权力的盲目热情，导致了国家在经济领域的非理性行为。其一大表现就是混淆国家经济管理职能和国家作为财产权主体的职能，两者合二为一，并最终把这种职能简单等同于国家经营企业、国家管制经济的权力。国家运作这种权力的手段，就是指令性计划。指令性计划本质是一种行政命令，一种行政手段，它自身就是行政权力的产物；而且，它的落实和实施更需要以特定的行政机关和行政首脑的政治权威作后盾。于是，计划经济导致两大后果：其一，不受约束的行政权力和首长权力；其二，难以内生对法律的普遍要求。事实也是如此。改革前的中国经济生活中，直接起作用的是指令性计划、行政命令、首长意志。这种经济实质上是人治经济。

改革开放的实践，彻底打破了计划经济一统天下的局面。代之而起的是一种新的经济运作体系——市场经济。然而，经济领域中的人治依然是一种比较普遍现象。坦率而言，在宏观经济调控领域中主要是人治而不是法治。这部分是因为这些领域中尚有许多立法空白点，诸如计划法、投资法、银行法、外贸法、商业法等依然付之阙如；部分则因为宏观调控手段也还主要限于行政手段，首长审批手段。两者之中，后者更为根本。只要首长的批条或者首肯就可以得到优惠政策、计划列项、财政上缴的减免、信贷规模的增加、外汇额度、进出口配额和许可证等等。这便是典型的人治经济。

经济领域中的人治现象，与市场经济的内在规律不相符合，为祸甚大。其一，独立企业制度难以真正形成。市场经济的微观基础是享有自主权利的独立性企业。这种企业的设立、撤销以及享有的权利都应有明确而稳定的规则可循，否则难免朝夕不保。以人治为基础的审批经济，主观任意性大，不可能形成稳定和独立的企业制度。这一点可以从中国公司的实践中得到很好说明。中国公司法至今未能出台，10多年来，公司的设立和解散都是在人治环境中进行的。其间经历过几次清理整顿的反复迂回。许多公司凭着本地区行政首脑的一个批条就挂牌设立，同样的一纸批条也使它偃旗息鼓。更有甚者，公司的整顿撤销往往是先下达一个撤销数量的百分比，结果是经营好效益佳的公司往往被撤销，而经营亏损、效益较差的公司则常得以留存。由此可见，市场经济首先要求规范政府的行为，变“审批经济”为自主经济，变“核准主义”为准则主义，而这是以人治向法治的转变为前提的。其二，权钱交易，破坏竞争性市场的形成。市场经济以具有充分竞争性的市场为依托。充分竞争则需要平等、公平的市场环境，因此，市场上的垄断行为、操纵行为和封锁行为是市场经济的天敌。然而，经济领域中的人治，使得权力进入了市场流通领域，成了交易的对象。所谓“官倒”“官商”就是这一现象的通俗用语。权力一旦进入市场，公平竞争的市场环境马上就会倾斜，以权力为依托的市场垄断、操纵和封锁就势所难免。比如，国有企业利用独占生产经营权对市场的垄断，行业管理部门利用行业管理权实行的控制和操纵，地区之间为保护地方利益而实行的封锁等等。对于这些违背市场经济竞争规律的行为，仍然需要用健全法治的方法去限制与制止。

可见，营建市场经济必须废止人治，依靠法治。市场经济是自主型经济，从根本上拒斥行政手段的操纵。但是，市场经济绝

不是无政府经济，它依靠法律提供自身所必要的秩序。而且，市场经济不是一般地依靠法律，而是通过法律贯彻自身的价值追求——限制政府经济权力，保护市场主体经济权利。这其实就是法治的目标。所以，我们说——市场经济就是法治经济！

二 从“权力”到“权利”

计划经济向市场经济的过渡，在法律上相伴着一个从权力到权利的结构分化过程。对于政府而言，市场经济意味着一个有限政府，政府权力要受到限制与约束，不能随意干扰市场的运行。相对市场主体来说，市场经济是自主经济，市场的运作主要依靠相关主体对权利的自由运用。因此，市场经济有两个基本的法律要素：一个权力有限的政府和一个权利充分的市场。比较之下，后者更为根本。从这个意义说，市场经济的法律机制的确是：“权利本位”的。

与此相反，计划经济的法律机制是“权力本位”的。作为一种资源配置方式，计划经济的基本特征是社会资源——物质资源与劳动资源——通过行政权力进行强制性结合。政府在传统社会主义计划经济中的权力结构包括三方面的内容：①物质资源的垄断权。通过三大改造，几乎全部物质资源都进入了公有领域，都成了抽象的“全民财产”。这样，国家顺理成章地成了全民财产唯一的合法监护人，操纵物质资源的命运。物质资源成了权力的客体而不是权利的客体。②劳动资源的控制权。劳动者由于丧失了对资源的权利，因此，一个人要获得生存所必需的基本条件，就必须从国家那里得到一份相应的资源与机会。这样，劳动者就不得不将自己的劳动纳入国家权力的调控之中，从而丧失了对自己劳动的支配权。这不仅体现在劳动者个人必须获得

一份所谓的“公职”才能生存上,还表现为政府通过计划的审批、下达和执行直接操纵劳动者的集合体——企业生产经营的一切细节。③宏观调控权。

这是一种“大一统”的权力结构。结果造成整个经济社会中只有无处不在的国家和无处不在的国家权力,见不到独立于国家之外的任何其他社会主体及主体性权利。这种权力结构有两大基本缺陷:其一,有限资源得不到优化配置。在计划经济中,国家对资源的垄断和直接操纵,使得资源缺乏流动性,缺乏从低效益部门流向高效益部门的机制,造成资源的巨大浪费和社会经济效益的低下。其二,全面的人身依附关系。在计划经济体制下,劳动者为了生存,必须依附于国家权力所垄断的资源与机会,并进而依附于国家权力本身。由此,劳动者的个性与能力得不到自由发展与全面解放,社会难以形成一种有效的动力机制。

计划经济的上述的缺陷表明:计划经济既不能释放物的能量,也不能解放人的力量,由此决定计划经济为市场经济所替代具有不可逆性。市场经济要求市场主体通过自身的意志在市场上实现社会资源的优化配置,从而达到效益极大化。这一经济要求在法律上的体现便是把国家对社会资源的行政性垄断权交给市场,还原为市场主体的自主性权利。这便是我们所理解的“从权力到权利”的结构分化过程。

在我国,要营建社会主义市场经济,权力与权利就必须在三个层面上进行分化。

第一层面:权力与国家财产权的分化

“社会主义市场经济”,顾名思义,是要将国家所掌握的全民财产市场化,这意味着在社会主义市场经济中,国家也是一个独立的市场主体。国家要能成为市场主体,就必须将国家权力与国家财产权分开,将作为政权主体的国家与作为财产权主体的国

家分开，国家只能以后者的身份进入市场。由于经济制度的性质依然是社会主义，国家还拥有大部分资源与财富，因此，中国经济成败的关键就在于国家权力与国家财产权能否真正分化了。在我们的思路中，必须借助法律机制来强化这种分化。第一，明确确立国家作为民事主体的法律地位。现行《民法通则》规定了国家享有所有权，却没有赋予国家作为民事主体的资格。据此，国家行使财产权的依据只能是行政法上的依据，而不是民法上的依据。而国家财产权一旦脱离了民法的调节，权力意志就会乘虚而入。第二，建立统一的国家民事主体制度。由于国家作为民事主体具有宽泛和不特定的特点，因此，谁有权代表国家行使民事性财产权，便是问题的症结所在。如果任何国家机关都可以代表，那么，各国家机关本身又同时为权力主体，此时要实现国家权力与国家财产权的分化，无疑是天方夜谭。因此，必须建立一个统一的机构，由该机构统一地代表国家行使财产权。这一机构由权力机关产生并对权力机关负责，但不具有任何行政权力和行政职能。它只是一个单纯的民事主体，依民法行使国家财产权，并依民法承担民事责任。第三，国家作为民事主体的权利能力和行为能力应给予合理限制。这种限制表现为：国家只能是单纯的投资主体和收益主体，不能成为经营主体。一方面，国有资产必须交给独立的市场主体——企业去经营；另一方面，国家作为投资主体，也应尽可能间接地实现自己的权利，即将国家资产委托给作为真正企业的投资公司去经营。

第二层面：权力与企业权利的分化

前面已经指出，现代市场经济的微观基础是独立的企业制度，独立企业制度的基础则是企业的独立性权利。这决定了国家权力与企业权利必须分化。在国家权力与国家财产权分化以后，国家以两种身份与企业单独发生联系。作为民事主体的国家与

企业的关系是平等主体间的民事权利义务关系,即投资主体与经营主体间的关系。国家将国有资产的产权——支配使用权转移给企业,并从企业那里获取产权价格——投资收益;企业则通过支付产权价格获得国家资产的支配使用权。在这种意义上,国家——企业关系实质上是经营主体的劳动与投资主体的产权交换关系,双方通过这种交换关系而取得的权利都是独立的主体性权利,绝不存在一方权利是从另一方权利派生的问题。作为政权主体的国家与企业的关系则是一种管理与被管理的关系。只有在这层关系中,才涉及到权力与企业权利的分化。在市场经济模式中,这种分化意味着国家应从市场内退到市场外来发挥作用。在市场内,企业的生产经营不再由国家操纵,而还原为企业自主性权利支配的领域。在市场外,国家则通过制定各种管理法规,完善市场环境以确保市场内各种权利之间进行充分而公平的竞争。一句话,权力与企业权利的分化,应依照“国家调节市场,市场引导企业”的模式进行。

第三层面:权力与个人权利的分化

社会主义市场经济活力的最终源泉乃是劳动者个人个性才能的自由发展和全面解放。为此,不仅应将国家对资源的控制权还原为国家财产权和企业权利,还必须将其中的一部分还原为个人权利。个人走向市场的主体性权利既包括对物质资源的权利,也包括对劳动资源的权利。就个人对物质资源的权利而言,又具有两个层次的内容:一是个人财产所有权。在范围上,个人财产所有权既包括生活资料的所有权,也包括生产资料的所有权;在权利内容上,个人财产所有权既表现为利益归属的静态权利,也表现为个人在市场上加以充分利用的动态权利。二是对国有和集体资源的利用权。对于不允许成为个人财产所有权客体的国有和集体资源,如土地、矿山、森林等,应允许个人在支付产

权价格以后取得对这些资源的支配使用权。就个人对劳动资源的权利而言,集中表现为个人对自己劳动的支配权。为实现这种支配权,必须逐步确立起两项相关权利:选择职业自由权和迁徙自由权。没有迁徙自由,就没有选择职业的自由;而没有职业选择自由,就根本谈不上对劳动的支配权。

从国家权力框架中解放出来的上述权利是市场主体对资源的自主性权利。这种权利在内容上既包括对物质资源的支配权,又包括对劳动资源的支配权;在性质上则纯属私法上或民法上的民事权利。因此,权利所涉及的范围是主体自身意志可加支配的“自治领域”,权力不仅不可触及这一领域,而且应该充分保护这一领域的完整性和独立性。正是在这一领域内,权利享有优先地位,具有制约权力的能力,即具有免受国家权力超常干预和侵犯的能力。这种能力是实体法上的请求权和诉讼法上的诉权的统一。当权力不法侵害权利时,权利主体不仅可以依实体法请求权力主体消除妨碍和赔偿损失,而且还可以依据诉权在诉讼程序中获得强制性的司法救济。为此必须进一步完善行政诉讼法,以使每一种权利不仅享有民事诉讼法上的诉权,以对抗其他权利的侵害,而且还享有行政诉讼法上的诉权以排拒国家权力的侵害。

三 从“意志”到“规律”

经济问题被归结为政治问题,政治问题最终又被归结为“阶级斗争”问题,这是改革前以计划经济为基础的中国社会的基本思维模式。这种思维模式在法律上也反映了出来,形成中国人关于法律的一种特殊见解。这种见解长期以来一直是中国法学中的主流理论,地位尊崇,难得动摇,至今依然颇有影响。

什么是法？我们不妨随便看一则法的定义：法是“由国家制定或认可，体现统治阶级意志，以国家强制力保证实施的行为规则（规范）的总合。剥削阶级的法，是维护剥削阶级利益、镇压劳动人民的工具”，社会主义的法则是“在人民内部实行民主和对敌人实行专政的工具”。^①

这个定义一直被冠之以“马克思主义”的。其实，它的创造者并非马克思本人，而是本世纪30年代肃反运动中极为活跃的苏联法学家、担任过苏维埃加盟共和国总检察长的维辛斯基。新中国法学家几乎是逐字照抄了这个定义。的确，马克思在揭露资产阶级法的虚伪性时，曾指出过：资产阶级的法不过是资产阶级的意志的体现，是剥削劳动人民的工具。但是，马克思指出这一点，正是要否定这一点，正是要在社会主义社会中否定这一点。在马克思的心目中，真正的法的是这样的：“法律不是压制自由的手段，正如重力定律不是阻止运动的手段一样”，“恰恰相反，法律是肯定的、明确的、普遍的规范，在这些规范中自由的存在具有普遍的、理性的、不取决于个别人的任性的性质。法典就是人民自由的圣经。”^②

“法典就是人民自由的圣经”！一些法学家恰恰忘记这一点。虽然，在他们的定义中也提到人民内部的民主，但是，在他们的心目中，法绝不是这样的。中国的立法者、中国的政府官员、中国的法学家、中国的老百姓在谈法时，“首先想到甚至仅仅想到的却是刑法，是强制性的、暴力的、避之唯恐不及的东西。中国人习惯上把司法机关简称为‘公、检、法’（即公安局、检察院和法院），‘公、检、法’又被习惯地等同于专政机关。相反，当涉及到最基本

① 《法学辞典》第453页，上海辞书出版社1980年版。

② 《马克思恩格斯全集》第1卷第71页。