

中国人民大学经济法研究中心主办

经济法评论

第十卷
(2009)

Economic Law Review
Volume 10 (2009)

主编 / 史际春

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中国人民大学经济法研究中心主办

经济法评论

第十卷 (2009)

Economic Law Review

Volume 10 (2009)

主 编 / 史际春

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

经济法学评论. 第10卷, 2009/史际春主编. —北京: 中国法制出版社, 2010. 10
ISBN 978 -7 -5093 -2201 -7

I. ①经… II. ①史… III. ①经济法 - 法的理论 - 文集 IV. ①D912. 290. 1 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 184362 号

策划编辑 张岩 责任编辑 周琼妮 封面设计 蒋怡 周黎明

经济法学评论 第十卷 (2009)

JINGJI FAXUE PINGLUN DISHIJIUAN (2009)

主编/史际春

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/850 × 1168 毫米 32

印张/12.75 字数/294 千

版次/2010 年 10 月第 1 版

2010 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 -7 -5093 -2201 -7

定价: 32.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 66067023

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

卷首语

危机对策与民生治理中的 政府经济法治

世界上每天发生的各种事件中，有些迅速地灰飞烟灭，而有些则会对后世产生持续的影响。这种影响是历史学、社会学等社会科学研究的重要内容，一如 H. L. A 哈特和托尼·奥诺尔在《法律中的因果关系》一书中所述，“法律人和历史学家都主要关心对于特殊事件进行因果关系陈述，以确立某一特定场合下某种特殊事件是另一特殊事件的结果或者后果。”又如，黄仁宇先生在《万历十五年》书开篇谈及为何以书名来写专著的原因：“1587年，在西欧历史上为西班牙舰队全部出动征英的前一年。当年，在我国的朝廷上发生了若干为历史学家所易于忽视的事件。这些事件，表面看来虽似末端小节，但实质上却是以前发生重大事件的结症，也是将在以后掀起波澜的机缘。其间关系因果，恰为历史的重点。”在很大程度上，社会科学的魅力，也正是在探寻这些事件“机缘巧合”的过程中，并为后世提供镜鉴。

经济法学研究也必然遵循社会实践及其自身学术史之因果机缘。近年来经济法学研究的热点问题，与2008年发生的次债危机、汶川地震、三鹿奶粉等事件紧密相关，学界同仁应时局之大势，将集中探讨的主题置于“金融危机”、“后金融危机”、“国计民生”背景中，研究危机应对之策以及经济法治新发展。一

时间，对金融危机的反思以及危机后的政府经济法治完善的探讨，主导了近两年来经济法学界研究的话语权。本评论前两卷之卷首语分别为“法源民本——弘扬以人为本的法治精神”、“危中有‘机’：反思、休整、从新的高度崛起”，契合着上述两大主线也并非巧合之举。

诚然，金融危机对全世界和中国都造成了重大影响，然则“祸兮福之所倚，福兮祸之所伏”，危机也给中国一次“转危为机”的机遇。从积极方面观察，金融危机是对既有世界经济秩序的一种否定或破坏，同时也为新的利益、观念和行为方式的确立以及新的经济秩序的形成提供了契机，进而会影响到国际与国内政治、社会等领域发生诸多变化，并由此成为社会变革的原因或动力。

考诸由金融危机引发的一系列社会变革对经济法理论与实践的意义，至少包括危机对策和维护社会经济秩序与发展两个层面。首先，各国面对突如其来的金融危机分别或者联合采取的各种政策措施，彰显了政府对经济社会的强大影响力，印证了现代国家从政治国家向经济国、法治国和社会国转变的大势所趋。从美国的情况看，无论是为应对金融危机而出台的大规模经济刺激计划，还是政府对重要企业的救赎，更包括国家（政府）试图对华尔街高管薪酬等传统上认为是极端私领域事务的干预，都契合着“政府成为市场经济内在主导力量”的判断。应对金融危机的实践无需学究式地探讨公和私的领域划分，更不会过度地固守政治国家与市民社会的理想界限，而是更多地表现为国家（政府）与社会在经济事务上的协作配合。在此过程中，一方面国家凭借着强大的人、财、物等实力与优势，在危机应对过程中发挥主导作用；另一方面，国家出手的目的并非是为取代市场，而是要恢复市场功能与秩序。其次，危机之后的各国政府，一方面积极致力于在新的国际政治经济格局中谋求有利位置，另一方

面也积极谋划国内相关制度的完善。以美国为代表的各国政府都在分析金融危机发生的原因、检讨金融监管及制度运行之不足，或选择推倒重来或通过“打补丁”的方式，逐步完善相关法制及其运作机制。

虽然此次危机没有对中国国内金融造成较大冲击，但在中国深度参与国际经济分工与合作的格局下，危机对实体经济的影响是深远的。国内采取的危机对策及维护经济稳定发展的诸种措施，不仅为经济法理论研究提供了鲜活生动的实践案例，更突出了经济法具体制度完善的紧迫性。在科学发展观指导下，经济法更加关注危机应对能否契合民生福利的社会内在需求，研究如何从制度上保障中国利用此次契机在经济社会全面发展的事业上更进一步。可喜的是，中国政府在应对危机的起始，就气势恢宏地出台了庞大的投资计划，利用财政力量在基础设施建设、节能环保行业、改善民生与提供社会保障等领域发挥重要作用。政府致力于拉动内需、增加消费，以抵消对外贸易领域因遭遇金融危机而产生的消极影响。此种刺激政策，在短期内表现为部分地方政府发放购物券、旅游券等临时措施，而为更有效刺激消费并带动产业升级，国家更是启动汽车下乡、家电下乡等项目，利用财政补贴手段实现刺激需求、产业升级、节能环保等多项目标。一时间，通过财政投资计划大力发展促进民生、建立社保、稳定投资、升级产业、节能环保等事业，逐渐在国人中形成“科学发展、和谐社会”的默契与共识，真可谓“塞翁失马，焉知非福”。

当然，从法治角度观察整个政府投资计划的制定实施也并非无可挑剔：首先，面对如此庞大的投资计划和财政决策，同时又高度地关系国计民生，政府能否以“应对危急情况”为由而豁免人大审议程序？该投资计划方案是否应向公众公布以充分商讨？其次，在投资计划实施中，财政监督是否到位、投资计划能

否达到预期效果? 这些问题会在主管部门、学者、民众之间形成不同的看法与评价。事实上, 对投资计划或财政资金运用的绩效评估或绩效考评相对具有主观性, 但作为投资事实的信息公布与情况说明是政府信息公开的最基本要求。政府或投资主管部门应及时准确完整地提供信息, 合理地给予解释说明, 唯此才能避免无端的猜测、误传和对政府行为的不信任, 同时也是提高政府经济法治水平的重要途径。非典之后中国政府在公共应急管理和信息公开制度理念与实践方面取得了长足的进步, 但仍有某些政府及其部门的某些做法不能满足公众的基本需求, 否则也不会有公众或媒体曝光政府人员培训或出国考察费用、质疑成品油定价机制、关注商品房空置率等事件的发生。

在政府主导经济刺激计划的同时, 近两年来我们还见证了中国政府在应急管理和改善民生方面的显著进步。2008年汶川地震固然是一次极大的不幸, 但在抗震救灾过程中凝聚的全国人民的民族认同感和团结心, 更是一份弥足珍贵的民族财富; 政府在救灾过程中发挥的主导作用与高效率运作, 让我们深刻体会到社会主义国家集中力量办大事的优越性。这种应急管理的高效措施通过媒体, 一再地在地震、泥石流、台风等灾害以及矿难、环境污染等事故中, 传达着党和政府对生命的尊重、对民生的关注。当然, 人们在面对天灾人祸时也发出了强烈的质疑: 为何事前不能发现问题, 相应监管形同虚设? 为何面对问题处理不力, 相关机构相互推诿? 在媒体和公众的压力下, 最终有官员或引咎辞职, 或被纪律处分, 甚至被追究刑事责任。更有官员深深感叹: 这年头, 官不好当, 更不能让媒体曝光。

官员的这种感叹, 从法治角度而言是件好事。法治国家中的公务员就应当兢兢业业、克己奉公, 特别是承担领导职责的官员, 更应为履责而殚精竭虑。让中央和地方各级各部门政府官员感受到如此的压力, 应当是一种社会文明和法治事业的进步。当

然，从法律角度观察，因为政府及其部门是科层制的体制，任何官员在层级体系中处于一定地位，发挥与其地位相适应的功能，对事务处理的作用也存在差异。因此，如果在事故发生后不分原因、作用地一律处分，或者仅将官僚系统中的高端免职或引咎辞职，或者干脆仅让官僚层级的低端受责而成为替罪羊，从而平息民愤，这都不是法治状态追求或应有的做法。关键的不仅是要有人承担责任，更重要的是要厘清各个职位的权力（利）与义务，考察在位的官员履行职责的过程，包括履职官员的权力行使、回应说明、避免利益冲突等方面是否符合规范，最终按具体情况定责，即履职官员恰当行使其职权，则不承担政治或法律责任；若其在履职中出现某些问题，应仅对此承担相应责任，而非一概而论地处理了事。

本卷评论继续以政府经济法治为主线，借鉴国外法制，应对中国问题，集中展示了相关研究成果。

论坛中首先收录了冯辉博士的《论“经济国家”：概念、发生及其意义》。该文在梳理资本主义和社会主义国家理论从“守夜国家”、“干预国家”、“计划国家”最终都发展为“混合国家”的脉络后，指出“经济国家”概念在“混合国家”中的重要性。随后，作者从国家职能中经济属性的嵌入以及公私融合的驱动两个角度，以宏大视角、丰富论据、缜密分析，勾勒“经济国家”在现代社会中的产生，论证其对国际经济竞争、国内经济发展以及对国家机构及官员的重大影响，最后证成经济法是适应市场经济、公私融合的现代社会法治需求的产物，也是经济国家此时代背景下所蕴含精神的集中体现。

现代公共行政管理追求民主、透明与高效的目标，破除国家（政府）“全知全能”理论设想。面对市场失灵与政府失灵的双重可能，在次优层面上选择政府管理经济的模式，强化市场型政府成为一种可能的结果。赵忠龙博士的论文《论政府柔性监管

的制度建构——强化市场型政府监管与督导系统责任的植入》从上述前提出发，阐述行政指导在政府柔性监管制度中的意义，同时提出将督导系统责任制度植入行政指导之中，以激励或约束政府管理经济的诸种决策与行为。

宋彪副教授的论文《中国区域经济合作制度研究》从地方分权与自治理论、地方公共事务实践要求角度出发，论证区域经济合作在中国现行体制中的需求与意义。在梳理现有地方区域经济合作类型的基础上，作者发现仅有政府协议规范区域经济合作的效力薄弱。在利益博弈驱动下，缺乏明晰的产权与交易制度、缺少协调机构等都成为区域经济合作纠纷的原因。作者详细分析“北京—廊坊938路公交车”案件后，指明今后中国区域经济合作制度的宏观方向。

李亢博士的论文《特许经营法律关系的经济法研究》针对政府特许经营中的基础设施特许经营事项，首先从行政法和民法角度客观分析各自法律调整的优势与不足，然后从经济法社会本位等基本原则和理念出发，提出经济法调整的适格性，最后系统地梳理了特许经营的法律关系。应当看到，民生、法治政府为适应现代社会需求而提供大量公共产品与服务，政府特许经营、财政补贴等措施会越来越频繁地被采用。在政府权力、财产权利与公共利益交错的混合体中，单纯公法或者私法规则对相应法律关系的适用都显得捉襟见肘，而政府（商事）合同暨经济合同在处理“权力+权利”关系模式中的优越性表明，其应当是一种更优的选择。

专题中首先收录的是史际春教授和宋槿篱副教授的合作成果《论财政法是经济法的“龙头法”》。作者基于对经济法本质的理解，结合金融危机的启示，考察国内外实践的情况，阐述了财政法是经济法“龙头法”的见解，对经济法体系等理论提出了崭新的观点。上述观点在中国法学会经济法学研究会2009年年会上曾作为主旨发

言之予以阐述，并且激发了与会经济法学者们的热烈讨论。本卷评论收录该论文，一方面固然是为此话题的继续理性探讨提供材料；而另一方面，笔者认为也能激发经济法乃至整个法学界的学者，结合新的实践不断重新思考某些我们习以为常的概念与说法，不仅使理论与实践情形更相符合，而且要真正体现理论对实践的指导意义。唯有此，才能实现“理论之树常青”。

贾剑非博士后的论文《论实现科学发展观的财政法路径》阐述了科学发展观指导下的公共财政定位，并且论证了财政法及预算法在公共财政的法制保障中的地位和作用，篇幅不长，但说理明晰到位。姜孟亚博士后的文章《我国地方税权的确立及其运行机制研究》，将研究主题置于中央与地方关系的广阔背景下，阐述地方税权理论，结合目前我国实践提出地方税权法律规制的方法与对策。文章的价值不仅在于理论上对地方税权的探讨，更在于其揭示了进一步深化体制改革的重要问题：在经济体制改革到一定阶段之后，如何安排中央与地方在包括财政等方面的政治体制制度，是关系到中国能否继续协调发展的重大问题。叶姗博士后的论文《预约定价安排的原理与制度构建研究》对国际税法上预约定价安排制度进行了相对全面的分析，论述了该项制度的起源、理念、价值博弈、实体与程序规则、争议解决等内容，对该项专业性较强的制度的剖析显得清晰明了。

讲座栏目中收录的是史际春教授在贵阳市的演讲，一如之前讲座的风格，倡导法治、关注民生、理论联系实际和高度辩证法的运用，都是此篇讲座的特色。演讲中的某些事实或许在史教授的其他文章中有所提及，某些见解也在相关论文中进行过论证，但讲座给予的是另一种感受：在大量信息与事实中抽象经济法治的应然与实然，给人简洁明快和醍醐灌顶的感觉。

书评栏目收录了王旭副教授和冯永明博士的书评《得鱼与得渔：沃尔夫冈·费肯杰〈经济法〉管窥》。德国法学家费肯杰

教授的《经济法》是20世纪经济法学诞生以来德国最负盛名的两部代表性著作之一,本评论第八卷(2007)中刊载的《费肯杰论竞争法》一文中也对此巨著有所提及。张世明、袁剑、梁君诸位将此书翻译介绍给中国读者和法学同仁,固然是学界一大盛事;而两位书评者对此书的着力推荐与主旨的提要,更让读者能够迅速判断此书的学术价值。

他山之石栏目收录了两份来自日本的报告。中川政直教授的论文《理想状态下的公正交易委员会及其行政审理程序》,对日本公正交易委员会在不服裁决的审理程序进行理性设计,在实现公正与高效的目标追求下提出了应然的制度建议。高泽美有纪的《官制串通及其防止对策》,反映了日本招标投标实践中的新近案例和法律规制动向,对完善我国招标投标法律制度和参悟经济法基本原理等方面都起到了积极的参考借鉴作用。

文及于此,笔者仍有些细琐之事,置于文末一并说明:第一,本卷评论的一再耽搁,笔者存有不可推卸的责任。感谢诸多老师、学友及编辑的敦促,也应当感谢诸位读者的耐心与谅解。当然,慢工并不必然是细活,笔者还是诚恳接受诸位的意见和建议。第二,本文主要为读者快速展示本卷评论的内容,因而对各篇文章的介绍纯属笔者个人见解,如有不当并非刻意。第三,继续欢迎学界同仁的稿件。在商业社会的尘嚣与功利主义的压迫中,评论固然不能给作者提供任何高价值的官方评价指标效用,但坚守经济法学阵地、心存学术清新之念,探寻经邦济民之法学真谛,亦应当是一种人生的乐趣与境界。最后提示,鉴于更好的学术规范,来稿烦请按照《中国法学》的注释体例,以便利评论的编辑。

姚海放

2010年8月23日

来稿请发: shjich@sohu.com; yaohaifang@sohu.com

目 录

卷首语

危机对策与民生治理中的政府经济法治 (1)

论 坛

论“经济国家”:概念、发生及其意义 冯 辉(1)

论政府柔性监管的制度建构 赵忠龙(50)

——强化市场型政府监管与督导系统
责任的植入

中国区域经济合作制度研究 宋 彪(67)

特许经营法律关系的经济法研究 李 亢(116)

专 题

论财政法是经济法的“龙头法” 史际春 宋瑾篱(195)

论实现科学发展观的财政法路径 贾剑非(208)

我国地方税权的确立及其运行机制研究 姜孟亚(220)

预约定价安排的原理与制度构建研究 叶 姗(276)

讲 座

拉动内需与法治建设 史际春(308)

书 评

得鱼与得渔:沃尔夫冈·费肯杰《经济

法》管窥…………… 王 旭 冯永明(323)

他山之石

理想状态下的公正交易委员会及其行

政审理程序…………… [日]中川政直(343)

——为实现公正且迅速的裁决和加强

裁判公平性的法制度设计研究

官制串通及其防止对策…………… [日]高泽美有纪(377)

拾 松

论“经济国家”： 概念、发生及其意义

冯 辉*

目 次

- 一、序 言
- 二、关于国家理论及其变迁的基本脉络
- 三、经济属性的嵌入与公私融合的驱动——经济国家如何破茧而出并成为时代主流
- 四、结语——兼谈经济国家对中国经济法和经济法学的意义

一、序 言

改革开放以来，中国经济和社会发展取得重大成就的原因固然有很多，但最根本的应当是“公私融合”这一观念的恰当适用和发挥。从根本上而言，“公私融合”乃是时代大背景使然，比如政府与市场相交织的“混合经济”已经成为现代市场经济的主流，比如民主参与国家决策成为现代政治文明的要义，再比如在法律领域耳熟能详的“公法私法化”和“私法公法化”的

* 法学博士，对外经济贸易大学法学院教师。

兴起。在公私融合的时代背景下,社会化盛行,社会高度分工又高度合作,经济发展高度“社会化”,公共意志与私人意志的融合、国家与企业及个人的融合、公共利益与私人利益的融合、公共经济行为与私人经济行为的融合等现象蔚然成风。

在“公私融合”这一时代背景背后,起着决定性作用的则是“经济国家”。“经济国家”是指由于国家的经济职能空前强化,受经济属性的嵌入与公私融合的驱动,国家在性质、组织、行为方式上开始发生众多不同于传统意义上作为一个政治主权组织而具有的观念特征和行为方式,国家开始深度融入市场机制,成为经济与社会发展中的“内生因素”,在促进经济和社会飞速发展的同时也引发自身的组织和行为变革。

中国经济的飞速发展依赖于政府作为一股理性、敏锐而强有力的市场力量,随着法治的发展和指引,与国民经济的整体结构及局部细节紧密相连。在这种“官民捆绑”携手竞争的背后,隐藏着改革开放以来形成的一种经济和社会大势:即以改革与开放为两条主线,两条主线不断延伸并出现交叉,交叉的结点就是国家从一个包办、集权的计划经济的失败者转变为一个强大、敏锐、理性并且受法治约束的高明的公共经济管理者,国家从全权干预与完全包办日益转向公共管理和竞争维护,最终演化成一种“现代性的协调互动理念”,这既是中国经济改革与发展语境中的“公私融合”,也是中国经济、社会和法治建设的最大成就与根本规律所在。

史际春教授等在2001年曾经提出,随着经济和社会的发展,呈现出一种“从市民社会和民商法向经济国家和经济法的时代跨越”。^①此后陈乃新教授等从全球化的视角出发,强调“经济

^① 史际春、陈岳琴:《论从市民社会和民商法到经济国家和经济法的时代跨越》,载《首都师范大学学报(社会科学版)》2001年第5期,第29-40页。

国家”在经济全球化、国家间竞争激烈的当代具有普遍性，凸显了经济国家这个命题的实践意义。^① 本文拟对经济国家这个时代命题做一番系统讨论，阐述其发生动因，并对其之于中国经济法和经济法学的意义做一评析。

二、关于国家理论及其变迁的基本脉络

国家理论是指关于国家的理论和思想体系，包括国家的起源、概念、本质、职能，以及国家的类型、形式和结构等，国家理论不仅是政治学的核心内容，也是经济学、社会学和法学的重要研究对象。

虽然恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》（1884）中提出国家乃是经济和社会发展到一定阶段的必然产物，是一种“上层建筑”，这一理论基本上为绝大部分学者所公认，但对于国家在现实中的职能、组织、结构以及怎样才能更好地发挥应然的职能，却存在着众多的实践形式和理论争执。

在古典主义理论中，盛行的国家理论是“守夜国家”，比如休谟（1752）和斯密（1776）主张国家的职能应当仅限于提供“国防、军事、外交等公共产品”，而不应当涉足经济发展、干涉市场活动。“守夜国家”理论反映的是正在成长和走向繁荣的自由市场经济，等到资本主义受制于自由市场机制的固有矛盾而危机重重时，“守夜国家”就不可避免地让位于“干预国家”。凯恩斯（1936）主张国家干预，运用国家力量刺激市场需求，进行宏观管理，这一理论帮助以美国为代表的资本主义国家摆脱了20世纪30年代的经济危机，但其引发的路径依赖也使资本主

^① 参见陈乃新等：《略论“经济国家”——我国政府在经济全球化中的角色创新初探》，载《南华大学学报（社会科学版）》2003年第1期，第19-22页。

义赖以根基的自由市场体制受到“伤害”，国家干预带来“滞涨”问题，局势又回到大危机之前的艰难状态，所以也就不难明白哈耶克（1960）、米尔顿·弗里德曼（1962）等新自由主义学者反对“干预国家”、回归“守夜国家”的主张了，而从20世纪70年代开始，里根和撒切尔夫人的私有化运动成为这一理论的忠实实践。

不过经过这么一折腾，资本主义国家的官员、学者和民众开始认识到一个道理——无论国家还是市场，其本身都是不完美的，一个美好、良性、可持续的经济体制需要二者的结合，于是萨缪尔森早年（1948）提出的“混合经济”理论日益受到重视，与此相对应的是“混合国家”，就是国家通过公共经济管理、维护公平竞争和参与市场交易等方式，与市场机制紧密融合，从而促进经济发展和社会进步。“混合国家”在诺思（1981）等新制度经济学派的代表人物中同样得到了阐述。

在社会主义国家，由于历史传统和现实背景存在重大区别，其国家理论的演变与西方国家有很大的差异。具有可比性的是苏联成立之后到解体之前以及中华人民共和国成立之后到改革开放之前这段时间，在计划经济体制下出现的“计划国家”，即国家作为全能的经济组织者和资源分配者，结果证明其理论和实践形式都是错误的，而且贻害无穷。于是社会主义国家通过改革走上市场经济道路，从而也走上了“混合国家”的道路。

“经济国家”的诞生当然受到了上述理论和实践变迁的影响，但更重要的则是经济属性的嵌入与公私融合的驱动。一般认为，国家的经济职能与社会职能、政治职能一样，仅仅是国家职能之一，但实际上，经济职能具有重大的特殊性。这种特殊性的核心表现，就是经济职能促使国家超越传统意义上作为一个政治性的主权组织，而转变为一股经济力量，嵌在经济和社会的发展中成为一种“内生因素”。中国的改革开放就是经济国家的一个