

经济法与社会公共性论纲

王保树¹, 邱 本²

(1. 清华大学, 北京 100084; 2. 中国社会科学院研究生院, 北京 100015)

[摘要] 经济法调整的经济管理关系的本质特征在于社会公共性。社会公共性的凸显所体现的时代精神和反映的社会要求,使经济法应运而生。社会公共性是经济法的核心范畴。社会公共性决定并表现在经济法的产生、经济法的价值、经济法的主体、经济法的权力(利)和义务,经济法的属性等各个方面。

[关键词] 经济法、社会公共性、社会法

Abstract: The essential feature of economical management relationship that regulated in the economic law is its social publicity. The economic law came into being according to the time spirit and social demand of social publicity. The social publicity is the core scope of economic law, it decides the birth, value, subject, duty and right and nature of the economic law.

Key Words: Economic law; Social publicity; Social law

中图分类号: DF4 文献标识码: A 文章编号: 1000-5307 (2000) 03-0062-13

王保树先生在《法学研究》1993年第2期发表过一篇题为《市场经济与经济法学的发展机遇》的论文,在论文第四部分中提出“经济法所调整的经济管理关系的本质特征在于社会公共性”,“经济法是社会整体调节机制的法”。〔1〕这里,我们在已有认识的基础上,进一步作以下探讨。

人不是生活在孤岛上的鲁滨逊,而是一种社会动物,即必须组成社会并生活在社会中,社会由个人所组成但又超越个人私人性而具有社会公共性。

社会公共性是由人的社会本性决定的。自有人类社会以来,就有社会公共性问题,只是在人类社会的不同历史时期,由于受经济、政治和文化差异的影响有所不同而已。但

收稿日期: 2000-1-30

作者简介: 王保树(1941—),男,河北任丘人,清华大学法学院教授。

邱 本(1966—),男,江西宁都人,吉林大学法学院副教授,中国社会科学院研究生院博士生。

• 62 •

社会公共性的凸显，主要还是随个人本位（主义）的发展而发展起来的。

在个人本位时期，社会的基本单位是个人，个人彻底解放、高度自治、完全自由、私利至上，社会依归于个人、统领于个人、服务于个人、让位于个人。个人本位时期，是人类社会发展的一个重大变革时期。个人本位作为一种关于个人与社会的根本的制度安排，是对过去那种把个人囿于群体，束缚于社会的制度安排的重大革命，是对个体的确认和个人的解放，它发展了社会生产力，引起了经济增长。对此，著名经济学家诺贝尔奖金获得者刘易斯明确认为，个人本位（主义）在过去 500 年中对经济增长有有价值的、解放性的影响。他指出：“情况看来是，如果个人主义要是关心自己的利益和较直接的亲属，那么经济增长就会比他们受非常广泛的纯社会义务的束缚时更加容易。经济增长之所以无论是作为原因还是作为结果，总是与大家家庭和联合家庭制度的消灭相联系，与以身份（奴隶、农奴、社会等级、年龄、家庭、种族）为基础的社会制度的解体及其让位于以契约和机会平等为基础的制度相联系，与高度的社会垂流流动相联系；与部落联系的衰落和对社会集团占有权的承认的普遍减少相联系，原因就在于此。”〔2〕（P538）但对单独个人有利的未必对社会整体有利，这种个人主义在逐渐异化，以致于后来表现出一种“贪婪摄取性”〔3〕（P27）蜕变成一种“占有性个体主义”〔4〕，一种“猖獗的个人主义”。〔3〕（P62）“个人主义在过去 500 年中的增长有其罪恶的一面”，〔2〕（P538）个人主义引起经济增长的同时所带来的社会罪恶是全方位的，包括：经济危机、政治动荡、文化衰渎。这已是人所皆知的社会罪恶现象。面对上述个人主义罪恶的一面，许多有识之士开始了对个人主义的反思并开出了诊治的药方。如马克思提出了社会主义，李普曼提出了“公共哲学”，丹尼尔·贝尔提出了“公共家庭”。〔3〕（P276）等等，这些都表明社会从个人本位转向社会本位是人类社会历史发展的必然趋势。在社会本位时期，社会应着眼于社会整体，制度安排应立足于社会整体，国家应维护社会公益。这样，社会公共性问题就凸显了，并迫切地要求人们加以解决。

二

何谓“社会公共性”？目前尚无定论。我们认为，社会公共性应当具有以下内涵：第一，社会性。这是就社会公共性的范围来说的。这里所谓的社会性，指的是一种普遍性而非特殊性，一种全局性而非局部性，一种大众性而非个人性，具体如：社会稳定、制度选择、基础设施、宏观调控、环境保护、资源利用、公共服务，等等。只有具有社会性的东西才是社会公共性的东西。第二，公共性。这是就社会公共性的属性来说的，这里所谓的公共性，指的是一种公有性而非私有性，一种共享性而非排他性，一种共同性而非差异性，具体如：在社会公共性领域内活动的主体不是纯粹的私人主体，还有公共主体；运作的权力（利）不是纯粹的私人权利，还有公共权力；所作的决策不是纯粹的私人自治，还有公共决策；生产的物品不是纯粹的私人物品，还有公共物品。只有具有公共性的东西才是社会公共性的东西。第三，公益性。这是就社会公共性的宗旨来说的。这里的公益性，指的是一种利益所属的公众性而非私人性，一种利益分配的公平性而非独享性，一种利益本位的社会性而非个人性，具体包括：公共财产、国民收入、社会分配、社会福利、社会救济、环境保护、良好秩序、公共信息，等等。只有公益性的东西

才是社会公共性的东西。第四，干预性。这是就社会公共性的实现手段来说的。社会公共性的实现必须依靠一定的干预。这里的干预性，指的是不是纯粹的内在自发性还有外在强制性，不是纯粹的市场机制调节性还有国家权力干预性，不是纯粹的私人自治性还有公共决策性，具体包括：立法干预、司法干预和行政干预，其中行政干预（政府干预）又可包括财政政策干预和货币政策干预，等等。只有借助国家干预才能保证社会公共性的实现。社会公共性就是上述四个方面的有机统一。

三

社会公共性的凸显，标志着社会奏响了新的基调，展示了新的转向。20 世纪以来，社会公共性已经成为时代精神的体现和社会要求的反映。

第一，社会公共性的凸显，标志着社会从个人本位转向社会本位。以前的社会以个人为本位，但个人是千差万别的，这些千差万别的个人被一同推向个人本位所支持的自由竞争中，让他们优胜劣汰，结果只有那些极少数优者才能作为胜者幸存下来，而绝大多数劣者作为败者被淘汰了。因此这种个人本位的社会实际上是极少数人本位的社会，这极少数人垄断经济、左右政治、控制社会，社会已成为极少数人的社会，而绝大多数人却经济困窘、政治无权、依附社会，社会已成为绝大多数人的羁绊。这是对平等自由民主人权的背弃，这是对社会发展文明进步的反动。社会正义的力量必然要求国家出面纠正这种异化了的个人本位，让社会真正以每个人为本位，恢复每个人作为人的社会主体资格，捍卫每个人作为人的平等自由民主人权，这就要求实现社会从个人本位转向社会本位。

第二，社会公共性的凸显，要求保护社会公共利益。市场是一种配置社会资源的机制，促使这一机制有效运转的内驱力是利己主义。亚当·斯密曾断言，一支看不见的手能成功地引导着自私地追求自己利益的个人来促进社会公共利益。〔5〕（P27）但“斯密对此完全没有证明，自 1776 年以来，也没有任何一位经济学家给予证明”。〔6〕（P1138）实践倒是证明追求自己利益的人们并不能自发地促进社会公共利益，反而往往破坏社会公共利益。此外，生活在市场中的是一种“经济人”，他追求自身利益的极大化。为此，他必须节约成本，投机的方法是使成本外在化，成本外在化主要有两种途径，一是转嫁给私人，一是追加给公共利益。第一种途径，由于侵害人们的私利，会遭到有切肤之痛的私人的反对。而第二种途径，由于社会公共利益权属不清，不为人们所关切，对它的侵害常常不为人们所察觉和制止，因此往往成为使个人利益极大化的捷径。结果，公有财产被私人免费盗用，公共资源被私人贪婪攫取，社会环境被私人任意破坏。这种损人利己已经破坏了社会的共同基础，危及到了人类的生存。社会必须向追求自己私利的人们申明：私有财产神圣不可侵犯，公有财产同样神圣不可侵犯；公共资源只能归公众所有不得由私人攫取；人类只有一个地球，一片天空，必须让人们共同拥有一块绿地，一片蓝天。社会公共利益必须确实加以保护。

第三，社会公共性的凸显，表明人们要求国家提供社会福利。随着社会生产力的发展，经济不断增长，与此同时，人们对生活水平提高的习惯性期待也在增长。但社会分配主要是通过市场调节进行的，市场法则是一套竞赛规则，它只会把社会财富奖赏给那

些极少数的市场竞争优胜者，而不会同情和兼济那些绝大多数的市场竞争失败者。因此，“没有理由认为收入分配应该产生于自由放任，达尔文式的竞争会被认为是一个对国民收入这张饼作出公正或平等分割的方式。”〔6〕（P1173—1174）市场分配会导致严重的贫富悬殊和社会不公，这已经危及到绝大多数人的生存。面对一方面社会经济不断增长，一方面社会贫困却日益加剧，人们开始强调自己的“应享”（entitlements），从而导致愈来愈高涨的“应享革命”。〔3〕（P69）人们乞灵于国家，要求国家提供社会福利，提供社会救济以维持人们与社会生产力相当的生活水平，帮助那些社会不幸者过上作为人的体面的生活。

第四，社会公共性的凸显，要求国家对市场经济进行干预。市场调节作为一种经济调节机制，确能使经济有效地运转，并创造许多经济奇迹，但市场不是万能的，市场也会失灵，它无法从根本上解决宏观经济的困境，如通货膨胀、社会失业和分配不公以及垄断现象、外部效果和公共物品，等等。这些都是社会公共性问题，它们的解决要求国家干预（政府干预），国家干预是市场经济健康发展的内在要求和外在保证，对于社会经济发展来说，“市场和政府这两个部分都是必不可少的。没有政府和没有市场的经济都是一个巴掌拍不响的经济。”〔6〕（P87）随着国家干预的加强，社会结构发生了变化，从此社会由自由放任状态进入了国家管理的社会（state managed societies）。〔3〕（P70）国家干预是社会公共性的本质所在和根本要求，无论是实现社会从个人本位转向社会本位、维护社会公共利益还是提供社会福利，都有赖于国家干预，没有国家干预社会公共性要求就不能实现。

四

法律是社会的调整器，法律要有效地调整社会必须适应时代精神和社会要求。那么，上述社会公共性的凸显所体现的时代精神和反映的社会要求，传统法律部门民法和行政法能否适应呢？我们认为，对于上述时代精神和社会要求，传统法律部门民法和行政法当然在力求适应并作出变革，但由于民法和行政法固有的属性使得它们并不能完全做到。

首先民法不能。

第一，民法是个人本位法。民法的主体是私人，这种私人经过民法的抽象而成为一律平等的主体，但这种抽象平等的主体否定不了具体主体之间的差异，民法所维护的自由竞争并不是真正的平等主体之间的自由竞争而是具有千差万别主体之间的自由竞争，在优胜劣汰的“丛林法则”下，结果，只有极少数优胜者才能作为民法主体而存在，而绝大多数失败者将失去民法主体资格。从主体来看，民法是“能人法”，而不是“平民法”，那些劣者弱者败者，根本不配充当民法的主体。民法不足以维持每一个人作为人的主体资格，民法不可能反映社会本位的要求。

第二，民法是私权本位法。民法的权利本质上是一种私权，私权神圣是民法的基本原则，私权享有是民法的根本宗旨。就像市场这只“看不见的手”不能引导人们在追逐私利的同时促进社会公共利益一样，民法作为这种市场法则的记载和表述同样也不能。事实上，对于民法来说，要求的只是消极地不侵害社会公共利益而不是积极地去促进社会公共利益。尤其是民法以私权界定为其作用的基础，但对于社会公共利益来说，把产权

定为私有产权成本很高,“哪里资源测量成本高于收益哪里就会存在公共产权。”〔7〕(P26)在社会公共利益领域通常实行公共产权,因此对于民法来说,在社会公共利益领域内根本上没有发挥作用的基础,遑论促进社会公共利益?

第三,民法是自我救济法。民法要求人们自己为自己谋利,自己对自己负责,自力更生,自我救济,是民法所崇尚的一种人生观。民法作为一种市场竞争法则,实质上只能保证优胜者自力更生,自我救济,而对于失败者它无力更生,无法救济,民法是“商人法”而不是“慈善法”,是“营利法”而不是“救济法”,它不能对社会失败者、社会不幸者提供足够的福利救济。

第四,民法是意思自治法。民法要求人们自己为自己作主,自己为自己立法。但民法主体,只能从自己的见识自己的利益自己的境遇出发为自己作主为自己立法,这就难免其具有狭隘性、盲目性和失控性,民法是私人自治法而不是宏观调控法,民法的意思自治,根本上不能做到宏观调控。

其次,行政法也不能。

第一,社会关系分两类:一类是具有普遍性的社会关系,一类是具有特殊性的社会关系。在一个法治社会前者由法律调整,因为法律的属性在于普遍性;后者由行政管理,因为行政的本质在于特殊性。社会公共性社会关系是一种具有普遍性的社会关系,应由法律调整而不应由行政管理。由于行政管理的是具有特殊性的社会关系,这种社会关系法律要么无从规定要么只以原则规定,因而行政在管理这类社会关系时往往无明确的具体的法律可依,行政权本质上是一种自由裁量权。但在一个自由民主人权法治的社会,又必须依法制约行政的自由裁量权,于是,规范行使行政权主体的行政组织法、规定行政权行使程序的行政程序法以及保障行政受害人权益的行政诉讼法出现了。可见,行政法就是规定行政机关和行政人员在运用行政自由裁量权管理具有特殊性社会关系时所应遵循的法律。这也就说明,社会公共性社会关系也不应由行政法调整。

第二,行政法是政府本位法。为了启动行政管理,必须赋予政府权力和树立政府权威。在行政管理关系中,政府是管理主体,相对方是管理受体,两者是一种命令与服从的关系。在行政管理过程中,政府常常侵吞相对方的主体人格。为了避免这种现象,尽管作为行政法主要构成部分的行政组织法、行政程序法和行政诉讼法从许多方面界定了政府权力、规范了政府行为、明确了政府责任,但由于行政权作用的社会关系总是一种特殊性的社会关系,法律无从具体规定,因而政府可以自由裁量,这种自由裁量不可避免会侵吞有关当事人的主体人格。实践证明,行政法以政府为本位,不足以维护每个人作为人的主体人格,行政法不是社会本位法。

第三,行政法是国家利益法。在市场体制下,利益格局多元化,既有私人利益,也有国家利益,还有社会公共利益,这三者密切相关但也有所区别。私人利益是由私人所享有的利益,国家利益虽然要兼顾全社会的利益,但从根本上说主要是统治阶级的利益,社会公共利益。李普曼的定义是:“当人们能看得清楚,想得合理,行不偏私且乐善好施时,他们所选择的的就是公共利益。”〔8〕很显然国家利益与社会公共利益并不完全一致,这种不一致只有在共产主义社会才会消灭,因为在共产主义社会,人和人的利益不是彼此对立的而是一致的,“利益的共同”才会成为基本原则。〔9〕(P53)而在其它社会所谓

国家利益与社会公共利益的一致，只不过是统治阶级“为了达到自己的目的就不得不把自己的利益说成是社会全体成员的共同利益”〔9〕（P609）而已。行政法通过行政管理实现国家利益，但由于行政管理会受到私人利益压力集团的影响，难免不成为追求私人利益的政治行动，行政法不可能真正实现社会公共利益。要真正实现社会公共利益应当依靠一种反映市场规律同时又克服市场缺陷的法律制度。

第四，行政法是行政管理法。行政法对社会经济的管理主要是依靠行政机关启动行政权力使用的行政手段进行，但国家对社会经济进行干预在许多方面与此不同，首先依靠的机关不仅是行政机关而且还有立法机关、司法机关；其次启动的权力不仅有行政权力而且还有立法权、司法权；再次使用的手段不仅有行政手段而且还有法律手段、经济手段；最后干预程度不是直接的微观的而是间接的宏观的。社会经济的国家干预是一项十分庞杂艰巨的任务，仅有政府根本无法胜任，况且政府也会失灵。

正是因为民法行政法不能完全适应由社会公共性的凸显所体现的时代精神和反映的社会要求，因而必然导致法律变革，即“法律社会化”，并要求产生新的法律部门。这正如丹尼尔·贝尔所指出的：“‘国家与社会’的关系问题，涉及公共利益和私人要求的冲突。很明显，它将是未来政治的潜在问题。资产阶级社会的法律、经济和政治部门一直用来为个人服务并调节人际交换关系——这种倾向表现为：它在思想上把理性和法规当作是初级程序而不是为了解决本质问题。未来法学理论的一个主要任务将是运用‘公共性’原则去优先考虑群体的要求，而不再以个人需要为出发点”。〔3〕（P70—71）这样，适应上述社会公共性的凸显所体现的时代精神和反映的社会要求，调整上述社会公共性社会关系的经济法应运而生了。社会公共性是经济法的核心范畴之一，是经济法的本质特征所在，社会公共性决定着并表现在经济法的各个方面，经济法从本质上说就是一种社会公共性的法。

五

从词源上考察，“经济法”一词最早是1755年法国空想共产主义者摩莱里在其名著《自然法典》中提出的。该书第四篇第二部分为“分配法或经济法”。摩莱里把“分配法或经济法”视为作者所拟制的“合乎自然意图的法制蓝本”的一个重要组成部分。从其所包含的12个条文的内容来看，所谓“分配法或经济法”，是指在作者所构想的未来理想的公有制社会中，用以“调整自然产品或人工产品的分配”的法律。嗣后，1842年法国空想共产主义者德萨米出版其名著《公有法典》，该书第三章亦为“分配法和经济法”，德萨米把“分配法和经济法”视为《公有法典》的一个重要组成部分，其含义与摩莱里的大致相同。当然，在他们那里，经济法还不是一个完全科学的概念，如同他们的整个思想体系一样具有空想性。但令人深思的是：为什么经济法会由空想共产主义者首先提出？为什么经济法会与分配法相提并论？为什么经济法会被视为空想共产主义者所构想的理想社会的重要法律？为什么经济法会被视为合乎自然的法律与公有的法律？只要认真分析一下摩莱里他们的思想理论，就能发现这决非偶然。摩莱里根据自己的共产主义理论，拟就了三条可以从根本上消除社会恶习和不幸的基本的和神圣的法律：“第1条，社会上的任何东西都不得单独地或作为私有财产属于任何一个人，但每个人用来满足生

活需要、用来享乐或用来进行日常劳动的物品除外；第2条，每个公民都将是具有工作和依靠社会供养的公务人员；第3条，每个公民都要根据自己的力量才能和年龄促进公益的增长”。〔10〕（P123）这3条“神圣的法律”，实质上，第1条是废除私有制；第2条是保证公民的“劳动权和生存权”；第3条是促进公益的增长。而摩莱里所谓的“分配法或经济法”是渊源于上述3条“神圣的法律”，并据其管理社会生产和调节产品分配的法律。从这里，我们不难看出，摩莱里对经济法实是冥会暗通，在很大程度上可以说是准确地把握了经济法的本质。

众所周知，真正意义上的经济法，产生于垄断资本主义阶段，根源于国家对社会经济的干预。因为，当资本主义进入垄断阶段以后，一方面垄断企业先入而主宰了一个又一个以至全部经济领域，并已经形成为一些巨大的、不受控制的和不负责任的“国中之国”。社会走向了经济寡头制，极少数人所掌握的极少数的公司控制着国民经济生产，占据着社会主要财富，支配着国民经济生活。另一方面，在垄断阶段，市场固有的自发性、盲目性和狭隘性变本加厉，社会经济秩序混乱、失衡、动荡，偏离社会发展目标，经济危机频频发生，而自由放任的市场机制又无法解决社会经济运行中产生的上述矛盾和困难。这些都充分表明市场的垄断性和盲目性妨碍经济自由，破坏经济民主，扰乱经济秩序，损害社会利益，已经成为了社会公共性的大敌。在这种情况下，代表经济自由经济民主经济秩序和社会公益的社会公共性要求形成了，为了满足社会公共性的要求，国家干预出现了，作为国家干预的法律根据的反垄断法和宏观调控法诞生了，从而经济法也就产生了。可见，社会公共性要求是经济法产生的终极原因。没有社会公共性的要求就没有经济法的产生。

六

社会公共性决定着并表现在经济法的价值上。社会公共性所内含的经济自由、经济民主和经济秩序以及社会公益自经济法产生以来就一直是经济法的价值所在。这里，我们不妨以罗斯福“新政”时期的经济法为例来加以说明。经济自由作为经济法的价值，集中表现在作为经济法核心之一的反垄断法上。垄断是一种经济奴役，它的存在，阻碍了经济自由，“少数人的手里已经几乎全面掌握着别人的财产，别人的金钱，别人的劳动——别人的生命。对我们许多人来说，生活已不再是自由的；自由已不再是现实的。”〔11〕（P126）反垄断法就是要反对这种经济奴役，恢复经济自由并保持之。这一点，1938年罗斯福在“就限制垄断和经济力量的集中向国会提出的建议”中指出：“我们奉行的生活方式要求政治民主和以营利为目的的私人自由经营应该互相服务、互相保护——以保证全体而不是少数人的最大程度的自由。”〔11〕（P188—189）作为经济法价值的经济自由包括企业自由、投资自由、贸易自由、就业自由、竞争自由、消费自由等。经济民主作为经济法的价值，一是表现在反垄断法上。“垄断形式是不民主的，因为它们在冲击着较小的竞争者，冲击着它们所服务的人民。”〔11〕（P121）为此，必须反垄断以恢复经济民主。一是表现在国家宏观政策法上，罗斯福指出：“在我们国家的公共生活和私人生活中，自由政体的本质要求商人、工厂主、农场主有一条自己的防线。我指的不是那些巨头们，而是一些小人物，一般的商人、工厂主和农场主——他们拥有企业的所有权和责任心，从

而保持生活稳定。任何经济方面或政治方面的基本政策,如果倾向于消灭这些民主制度的可靠保卫者,把控制权集中在少数强大的小集团手里,那么,这样的政策就是同政治上的稳定和民主政体本身背道而驰的。”〔11〕(P114—115)作为经济法价值的经济民主包括企业民主,职工民主,决策民主,管理民主等等。经济秩序作为经济法的价值,集中体现在经济法的宏观调控法上。处于市场中的各个主体,都只能从自己的角度而不能从整个社会的立场开展经济活动,纯粹的市场秩序是自发的、脆弱的、分割的和动荡的。罗斯福在“新政”期间,就痛感今不如昔,他说:“一个世纪之前,我国在经济上是被当成一个统一体的,可是,随着时间的推移,情况起了变化。我们这个国家已逐渐被分割得支离破碎。我们越来越多地听到关于某种特殊地区的问题,某些特殊集团的问题。越来越多的人一叶障目,他们所看到的只是他们自己的个人利益,或者只看到他们的企业碰巧所在的那一个别的居民点。”〔11〕(P117)他要求人们从全国出发看待经济问题,并认为“全国性的思考,全国性的计划和全国性的行动是防止未来几代人再经历全国性危机的三大要素。”〔11〕(P115—116)作为经济法价值的经济秩序是一种自由秩序、竞争秩序、民主秩序、公平秩序、公共秩序和调控秩序。社会公共利益作为经济法的价值,是经济法的终极目的所在。追逐私人利益是人的本性,这种本性不应根除但必须有所约束,否则,就会蜕变为洪水猛兽,破坏社会公共利益。罗斯福在探究“到底是什么东西使我们在1929年遭受挫折”时,明确指出,是“十年的放荡不羁,十年的集团的利己主义——所追求的唯一目标表现在这种思想上——‘人不为己,天诛地灭’。其结果是,百分之九十八的美国人口都遭受到‘天诛地灭’”。〔11〕(P219)罗斯福实施新政,他指出“任何一种制度都必须提供有效的方法去分配国家资源和为在这种制度下生活的一切人的幸福康乐去服务。”〔11〕(P144—145)尤其是,“我们千万不要忘记,我们的目标是改善而不是降低现在吃不好、穿不好、住不好的人的生活水准”。〔11〕(P144—145)作为经济法价值的社会公益,是一种整体利益、公众利益、公平利益和社会福利。

七

社会公共性决定着并表现在经济法主体上。经济法主体既有经济主体又有国家机关,但无论是经济主体还是国家机关都必须符合社会公共性要求,不能成为垄断者。不难理解,经济法之所以反垄断,就是因为经济法主体蜕变成垄断者以后违反了社会公共性要求这一经济法主体的本质。反垄断法就是关于防止经济法主体蜕变成垄断者所作的法律规定。需要特别说明的是作为经济法主体的国家机关的性质。我们认为作为经济法主体的国家机关只能是公共机构而不可是私人,必须具有公共性质而不应具有私人性质。社会公共性是作为经济法主体的机关的本质特征。为此,作为经济法主体的国家机关的构成必须满足以下要求:第一,主体设立的合法性。法律是社会公意的表示,作为反映社会公共性要求的国家机关必须在设立上具有合法性。这里的合法性,一是指设立要符合相关法律的规定,一是指设立要符合法定程序;这里的法不是私人成为某些法律主体所依据的法律如某些登记条例,而是国家组织法;设立经济法主体必须实行“审批主义”而不能像设立私人法律主体那样奉行“准则主义”。第二,主体构成的代表性。作为经济法主体的国家机关是一种具有公共性质的公共机构,为了保证这一点,国家机关在成员构

成上就应具有广泛的代表性，应该尽可能地吸纳一切可以吸纳的人，在这里应该有来自各方的代表，听到不同的声音，只有广泛的代表性才具有社会公共性。尤其是像计划机构这样重要的经济法主体更应如此，著名经济学家诺贝尔奖金获得者缪尔达尔之所以把计划称为“民主计划”，就是因为他在他看来，“寻求大众的参与是‘民主计划’的中心原则”。〔12〕（P120）第三，主体成员的公务性。任何机构作为主体从终极意义上来说都是由人构成的，人的工作性质最终决定了机构的性质。国家机关作为一种公共机构，必须要求构成它的成员应是公务员，他们按照国家有关公务员的法律规定加以考核、录用和选拔、任免，他们应当克己奉公、恪尽职守，他们只能从事公务，而不能像私人那样从事私人业务。第四，主体地位的非本位性。前已提及，经济法主体主要有两类，一类是从事经营管理经济主体，一类是从事管理活动的国家机关。在市场体制下，这两类主体不可或缺，但并非等量齐观。尽管国家机关在社会经济生活中的作用与日俱增，甚至达到没有国家机关的积极支持，便没有成功的经济增长，但市场经济发展的根本动力来自经济主体而不是国家机关，因此，两者相比较，是经济主体本位而不是国家机关本位。作为经济法主体的国家机关尽管在社会经济生活中居于管理地位但并不能处于本位地位。国家机关地位的非本位性，要求国家机关在管理社会经济时不得侵犯各经济主体人格，不得侵犯各经济主体的合法权益，只有全心全意为经济主体服务的国家机关才是真正的社会公共性机构，那种以本位地位自居的国家机关必然是官僚机构。第五，主体宗旨的公益性。社会公共性的根本要求之一就是提供和维护社会公共利益，但社会公共利益不可能由任何私人来提供和维护，因而必须设立各种公共机构，其中作为经济法主体的国家机关即是其中的一种。作为经济法主体的国家机关的宗旨应合乎林肯所界定的政府宗旨：“为人民群众去做他们需要、但做不到，或者依靠他们分散的个别的力量所无法自己做好的事，这就是政府的合理的宗旨。”〔11〕（P75）经济法主体的宗旨在于提供和维护社会公共利益，只有这种经济主体才是社会公共性机构。否则只能是一个私人机构。经济法主体的终极目的在于使社会上每一个人都成为主体。

八

社会公共性决定着并表现在经济法的权力（利）上。经济法权力（利）包括国家机关的经济法权力和经济主体的经济法权利。经济主体的经济法权利尽管本质上依然是私权，但这种权利的行使不得违反社会公共性要求，要受到社会公共性的限制，必要时，还得服务于社会公共性要求。国家机关的经济法权力本质上是一种社会公共性权力，应符合社会公共性的要求，具体如下：第一，权力本质的公共性。经济法权力是一种公权力而不是私权利，它体现的是社会公意而不是私人意志，它由公共机关拥有而不由私人享有，它必须依法行使而不能像私权那样放弃或转让，它具有直接的国家强制力。第二，权力行使的程序性。经济法权力作为一种公权力，像任何国家公权力一样对社会经济生活有正负两方面的作用，这正如著名经济学家诺贝尔奖金获得者诺斯所指出的：“国家的存在是经济增长的关键，然而国家又是人为衰退的根源。”〔7〕（P20）为了保证国家机关的经济法权力尽可能从正面促进经济增长而不是从反面导致经济衰退，经济法权力的行使就必须具有程序性，“公共部门从事的任何经济活动以及对私营活动的管理方法只有在下

列条件下才能实行，即在政策内容及其手段清晰的前提下，存在一套论证政策可行性的详细程序与准则。”〔13〕（P39）程序是经济法权力正当行使的标准，没有程序，经济法权力就会滥用，就会蜕变成一种暴力，就是对经济强权的公开认可。第三，权力范围的合理性。经济法权力是国家干预社会经济生活时所享有和行使的权力，因此国家干预的范围直接决定着经济法权力的范围。但国家干预尤其是其中的政府干预的“最佳范围在哪里的”问题永远也不会解决”〔6〕（P82），国家干预的范围不能确定，从而经济法权力的范围也就不能确定。在这种情况下，经济法权力的范围，一方面要实行法定原则，即“凡是法律未允许的都是禁止的”，防止经济法权力滥用；另一方面又必须根据社会具体情况而有一定的灵活性。罗斯福在“新政”期间就曾要求扩大其权力，他说：“我们的宪法是简明扼要的，总是可以根据特殊的需要而在重点和安排上有所改变，而无需动摇其基本形式”。〔11〕（P17—18）“史无前例的要求和迅即行动的需要也可能使我们有必要暂时背离正常分权的公开程序”，〔11〕（P17—18）“我准备根据宪法赋予我的职责提出灾难深重的世界中所需要采取的措施”。〔11〕（P17—18）确定经济法权力的范围应把两者结合起来，寻求最合理的界限。第四，权力地位的非本位性。这是由经济主体的国家机关的地位的非本位性决定的。经济法权力地位的非本位性表明，在配置经济法公权力与经济主体的私权利时应坚持私权利本位而不是公权力本位，公权力应服务私权利、保障私权利，在既可以不予授予公权力的情况下，不授予公权力；在既可以授予私权利又可以不予授予私权利的情况下，授予私权利。公权力本身并没有独立存在的价值，它之所以存在，就是为了保护每个人的私权利。那种以本位自居、藐视私权利的公权力本质上是反社会公共性的。第五，权力宗旨的公益性。人们享有私权利，追求的是自己的私人利益。亚当·斯密认为，人们在追求私人利益的时候受一只“看不见的手”引导去促进公共利益。但这需要人们受互利的自愿性的限制。著名经济学家诺贝尔奖金获得者布坎南认为：“要想像在许多人环境里对行为施加此种自愿性限制，将带来个人灾难性的后果。”〔14〕（P36）因此“在人数众多的复杂的社会里，有必要把成员看作好象他们都不自愿将其行为限制在互利的限度内。”〔14〕（P36）他指出“赋予统治者权力的规模与范围绝对决定于对相互作用模式的结构的分析结果。”〔14〕（P36）这也就是说，只有使追求私利的人们受到互利的强制性的限制才可能促进社会公共利益。作为国家公权力经济法权力的存在和介入就是这种强制性限制之一，它的宗旨就是强制追求私人利益的人们去促进公共利益。经济法权力不是用来谋求私人利益的强权和特权。经济法权利的终极目的在于使社会上每一个人都享有权利。

九

社会公共性决定着并表现在经济法义务上，经济法义务是一种社会公共性义务。第一，经济法义务具有社会性。生活在市场体制下的人们是一种“经济人”，在通常情况下，他们自己为自己服务或者为了为自己服务才为他人服务，而往往不能或不愿提供社会服务，但许多社会服务如维护秩序、举办学校、基础建设、公共卫生、保护环境等等又是一个社会正常生存和发展所必需的。在这种情况下，为了满足社会服务要求经济法义务就产生了。经济法义务关涉社会的每一个人，它不是某个人的义务，而是每个人的义务；

不是对某个人的义务，而是对每个人的义务。经济法义务从根本上不是由某个人来承担而是由每个人即由社会来承担的。第二，经济法义务具有公共性。经济法义务尽管最终要由每个人即社会承担，但也必须借助公共机构行使公共权力通过公共决策生产公共物品提供公共服务来完成。第三，经济法义务具有无偿性。国家机关履行经济法义务是无偿的，如国家机关在履行调控经济生产、保障社会就业、抑制通货膨胀、控制经济波动等经济法义务时即是如此。在这里，不允许讨价还价，待价而沽，投桃报李。经济主体履行经济法义务大都是无偿的，如经济主体履行纳税的经济法义务等。第四，经济法义务具有公益性。履行经济法义务从根本上说是为了社会公共利益，是为了给全社会的每一个人提供他们作为人所必需的各种社会条件。但社会中的人是各不相同的，既有地位有利的，也有地位不利的。那么，在进行制度安排时，如何选择呢？是地位有利的优先还是地位不利的优先？罗斯福指出：“我们进步的检验标准，不是看我们是否锦上添花，而是看我们是否雪里送炭。”〔11〕（P139）因为对于那些地位有利的来说，他们自会照顾自己，自谋生路，立足社会，而对于那些地位不利者来说，他们举步维艰，无力更生，难以自立，而他们又是社会的绝大多数。在任何一个文明进步人道正义的社会，都应该优先考虑地位不利者尽社会的力量同情救济帮助他们。从根本上说，社会公共性问题就是指那些绝大多数的地位不利者的生存和发展的要求，社会公共性要求就是指那些绝大多数的地位不利者的生存和发展的要求。这也正是罗尔斯所提出的正义原则的主旨所在。在罗尔斯看来，正义原则有“两个原则”：第一个是“平等原则”，即人们在基本自由权方面一律平等，“不允许在基本自由权与经济和社会利益之间进行交换”〔15〕（P68—69），禁止金钱对权利的侵蚀；第二个是“差别原则”，即人们在经济和社会利益方面允许存在差别，但这种差别应“符合地位最不利的人的最大利益”，〔15〕（P92）地位最不利的人优先。但无论是“平等原则”还是“差别原则”，都是为了“最大限度地提高地位最不利的人的期望”。经济法作为调整社会公共性问题适应社会公共性要求的法律与罗尔斯的正义原则实是如出一辙。其中，经济法义务是“最大限度地提高地位最不利的人期望”的最根本的方法。经济法义务关系社会上每个人尤其是地位不利者的生存和发展，经济法义务是保证社会上每一个人成为人所必需的，经济法义务是对每个人的终极关怀，经济法义务是崇高的、博爱的、人道的和正义的。

十

社会公共性决定着并表现在经济法的属性上。总括以上论述，不难看出，经济法既不是私法，也不是公法，而是一种社会法。第一，经济法主体既不是纯粹的私人，也不是纯粹的国家机关，而是国家机关与私人。前两者不难理解，后者需要说明。经济法主体既有国家机关，又有私人，但不能根据通常所依据的公私法划分标准，即主体有一方是国家机关的，就认为是公法。经济法主体不能这样简单化，它所具有的自身的特殊性，决定了经济法不是公法。比如在反垄断法中，主体有垄断者和非垄断者，为了规制这两者的关系，介入的国家机关也成为了经济法主体，但垄断者、非垄断者和国家机关三者主体地位是不同的。很显然，垄断者和非垄断者是真正的经济法主体，国家机关是为了规制它们两者而介入的，它只是一个服务于上述两者的一个辅助性主体，所规制的内容

主要是垄断者与非垄断者之间的权利义务，而不是国家机关与垄断者或与非垄断者之间的权利义务，垄断者和非垄断者具有的才是真正的经济法权利义务，而国家机关具有的是因规制它们两者的权利义务而产生的辅助性权利义务。这犹如体育竞赛一样，真正的主体是运动员而不是裁判员。第二，经济法体现的不是私人意志，规范的不是私人与私人间的平等自由意志，因为在经济法中如反垄断法中私人不再是平等的，意志不再是自由的；体现的也不是国家的意志，规律的也不是权力者与服从者的关系，因为在经济法中如宏观调控法中，国家进行宏观调控但国家并不直接控制企业，企业并不隶服从于国家机关。经济法体现的是社会公共意志。第三，经济法保护的并不是私法意义上的私人利益，因为那种私人利益是一种特殊性的、利己性的私人利益，归根到底是极少数人的利益；保护的也不是国家利益，因为国家利益是一种抽象性的、中介性的、再分配的、政治性的、未必公共性的利益，国家利益本质上是统治集团的利益；经济法保护的是社会公共利益，这种利益是普遍性的、终极性的、个人性的、经济性的、公共性的利益，社会公共利益本质上就是普遍的每个人的利益。第四，经济法规范不是私法规范，私法规范比较概括从而有利于私权推定，私法规范的任意性规范有利于保障私人意思自治；也不是公法规范，公法规范比较具体从而有利于权力制约，公法规范的强制性有利于保障国家意志的贯彻。经济法规范介于两者之间，它寻求基本原理与具体法规的最佳结合，经济法规范比较适中从而有利于社会私权利与公权力的合理使用，经济法规范是一种弹性规范，尤其有利于社会公权力根据具体情况审时度势灵活地自由裁量。比如反垄断法即是如此。萨缪尔森在评论美国反垄断法时就曾指出：“反托拉斯法像一个大森林那样，是由几粒种子发展起来的。法律所依据的法规是如此简单，以致于用表 24—2 就可以表示（指谢尔曼法第 1、第 2 条，克莱顿法第 2 条、第 3 条、第 7 条，联邦贸易委员会法第 5 条）；从如此之少的字句能发展出如此之多的法律条文是令人惊讶的。”〔6〕（P902）第五，私法的调节机制是意思自治，私法本质上是一种自主调节的法律，这是市场调节在私法中的反映；公法的调节机制是命令服从，公法本质上是一种他律调节的法律，这是由权力支配的本性决定的。经济法的调节机制是平衡协调，经济法本质上是一种社会整体调节机制的法律，这是由市场调节与国家干预相结合的产物。具体而言，一是经济法调节机制必须着眼于社会整体，体现社会公意，维护社会公意，经济法的根本目的之一就在于促使和保证市场调节机制沿着社会整体要求的方向进行，使市场调节优化成有国家干预的市场调节，那种着眼于个人局部的调节必然是微观的、盲目的、失控的。一是经济法调节机制必须立足于市场，在市场体制下，真正的社会整体只能是市场社会整体，经济法的根本目的之一就在于督促和保证国家干预通过市场调节而进行，使国家干预完善为以市场调节为基础的国家干预，那种僭越市场调节的国家干预必然是具体的、直接的、强制的。比如，宏观调控法的一个核心内容是保证国家经济产业结构优化，但国家并不能直接指令某个企业从事什么产业不从事什么产业，也不能完全放任企业自由从事各种产业，而只能通过税收、信贷等宏观政策法加以引导。总之，经济法的社会整体调节机制是宏观的、间接的调节机制。

〔参 考 文 献〕

- 〔1〕王保树．市场经济与经济法学的发展机遇〔J〕．法学研究，1993，（2）：11—12．

- [2] [美] 刘易斯. 经济增长理论 [M]. 上海: 上海三联书店、上海人民出版社, 1994.
- [3] [美] 丹尼尔·贝尔. 资本主义文化矛盾 [M]. 北京: 三联书店, 1989.
- [4] 弗莱德·多尔迈. 主体性的黄昏 [M]. 上海: 上海人民出版社, 1992.
- [5] [英] 亚当·斯密. 国民财富的性质和原因的研究 (下卷) [M]. 北京: 商务印书馆, 1983.
- [6] [美] 萨缪尔逊、诺德豪斯. 经济学 [M]. 北京: 中国发展出版社, 1992.
- [7] [美] 诺斯. 经济史中的结构与变迁 [M]. 上海: 上海三联书店、上海人民出版社, 1994.
- [8] Lippmann, *The Public Philosophy*, Boston, Little Brown, 1995, P42.
- [9] 马克思恩格斯选集: 第1卷 [M]. 北京: 人民出版社, 1972.
- [10] [美] 摩莱里. 自然法典 [M]. 北京: 商务印书馆, 1996.
- [11] [美] 罗斯福. 罗斯福选集 [M]. 北京: 商务印书馆, 1989.
- [12] [瑞典] 缪尔达尔. 亚洲的戏剧 [M]. 北京: 北京经济学院出版社, 1992.
- [13] [美] 克鲁格. 发展过程中的“政府过失” [J]. 经济社会体制比较, 1991 (3).
- [14] [美] 布坎南. 自由市场和国家 [M]. 北京: 北京经济学院出版社, 1989.
- [15] [美] 罗尔斯. 正义论 [M]. 上海: 上海译文出版社, 1991.

(本文责任编辑 韩 松)