

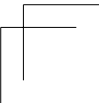
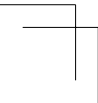
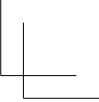
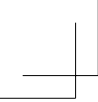


第一篇

经济法总论

本篇章中介绍经济法的基本范畴和基本理论,将从宏观上展示经济法学科的基本学理和制度框架,并试图呈现经济法自成一体科学性与合理性。

本篇回顾了经济法产生的基本社会经济条件,指出经济法的产生是历史选择的必然结果,并着重介绍了经济法的调整对象、经济法的基本原则、经济法律关系以及经济法律责任等经济法基本理论问题。这些问题既是经济法学多年理论研究的成果,也是学术界争议最为集中的领域。同时,根据人们对这些问题的不同回答,可以在不同层次上将经济法学进行更为清晰的划分,使得我们对相关问题进行更为深入的探索和研究。



第一章

经济法基本理论

学习目标

- 了解经济法产生的基础；
- 掌握经济法的概念和特征；
- 理解经济法的调整对象及其种类；
- 了解经济法律关系的内容；
- 理解经济法法律责任的独立性。

引 例

自 2011 年 8 月 1 日起,一批经济领域里的新法规、新政策开始实施,其中包括了公路超限检测站管理办法、航空煤油出厂价调整、固体废物进口新规、集邮市场管理办法、经营乳制品新规及北京市老旧汽车淘汰更新方案等。上述法规是否都属于经济法的范畴?

经济法是现代市场经济国家法律体系中不可或缺的组成部分,是人类社会经济生活与法律制度历史发展的必然产物。经济法的出现代表了人类社会经济法律制度的理性与进步,它一方面动摇了纯粹的以“私权至上”为制度核心的私有制经济法律制度的合理性基础;另一方面又在确认和保护私权的前提下平衡着公权力对私权利的过分干预,调和着公权与私权之间的相互影响,在“社会本位”核心理念的基础上,构建着符合人类社会发



第一节 经济法导论

一、经济法的产生

1. 经济法产生的思想基础

与公法、私法诸部门法（如刑法、物权法、侵权法、合同法、继承法、婚姻法等）大多源于对已有具体人类社会生活现象的归纳和总结不同，经济法产生的思想基础更多地来源于思想者们对未来正义社会的憧憬。

一般认为“经济法”一词最早出现在法国空想社会主义者摩莱里所著的《自然法典》(*The Code of Nature*)一书中，作者在书中将“分配法或经济法(distributive or economic laws)”作为其构想的未来公有制社会的“合乎自然意图的法制蓝本”中的一部分。^①此后，1842年，法国空想社会主义者德萨米(Alexandre Théodore Dézamy, 1803—1850)在其《公有法典》(*Code De La Communauté*)中也将“分配法或经济法”作为专章论述。但在摩莱里和德萨米的著作中，“经济法”只是作为一个标题语汇出现，其内容较为宽泛地涉及了财产制度、分配方式以及社会生产方式等方面，核心则是“人在事实上的平等”。^②1865年，法国小资产阶级思想家蒲鲁东(Pierre Joseph Proudhon, 1809—1865)在《论工人阶级的政治能力》(*De la capacité politique des classes ouvrières*)一书中也使用了“经济法”的概念。不过，人们对蒲鲁东的“经济法”观点有不同的理解，有的学者认为蒲鲁东“经济法是政治法和民法的补充和必然产物”的观点已经接近现代经济法的基本主张，也有学者认为蒲鲁东的经济法观点具有明显的历史局限性。^③1906年，德国学者里特尔(Ritter)在《世界经济年鉴》创刊时首先使用了“经济法(wirtschaftsrecht)”一词，被认为是现代经济法概念和学科的滥觞。^④1916年，德国法学家黑德曼(Hedemann)在《经济学字典》中使用过“经济法”的概念，主张“经济法是经济规律在法律上的反映，从深层次上提示了经济法产生的客观必然性”。^⑤此后的1922—1924年间，随着大量经济法论著的出版，经济法的概念在德国流传开来，并由此传播到诸多深受德国法影响的大陆法系各国，如日本等国。

① 实际上，用法律形式来构建空想社会主义体系并不是摩莱里的创造发明。早在1652年，英国掘土派领袖、空想共产主义者杰拉德·温斯坦莱(Gerrard Winstanley)就出版过一本《自由的法律》(*Law of Freedom*)的小册子，其中较为清晰地勾勒出了一个乌托邦社会的基本轮廓。

② 德萨米：《公有法典》[M]，黄建华，姜亚洲，译，北京：商务印书馆，1982：29-40。

③ 杨紫烜：《国家协调论》[M]，北京：北京大学出版社，2009：92-94。

④ 金泽良雄：《经济法概论》[M]，满达人，译，兰州：甘肃人民出版社，1985：2。

⑤ 顾功耘：《经济法教程》[M]，上海：上海人民出版社，2002：95。



资料卡

摩莱里及其《自然法典》

摩莱里(Morelly, 1717—?), 18世纪法国杰出空想社会主义者, 出生平民家庭。1775年, 他在阿姆斯特丹匿名发表《自然法典或自然规律的真实精神》, 简称《自然法典》, 该书1841年才以作者真名发表。摩莱里在《自然法典》中指出人类几千年来制定和颁布的维护私有制的法律给一切罪恶打开了大门, 必须铲除私有制。书中提出应当建立在公有制基础上的“合乎自然意图”的法律体系, 这是最早建立社会主义法典的空想社会主义学说, 对后世影响很大。

审视“经济法”概念产生的思想基础, 可以发现“经济法”这一概念是被当做社会改良的一个有机构成部分提出来的, 反映了人们对于自由竞争资本主义时代社会不公的怀疑与反思。其着眼点起初集中于对于分配制度公平的渴求, 但后来都无一例外地涉及了对整个社会的经济结构、资源配置以及财富分配的重新建构。可见, 经济法思想的出现从一开始就与人类社会已有法律制度体系具有某种程度上的不相容性, 而后来20世纪中后期资本主义国家市场经济与社会主义国家计划经济背景下两种经济法制具体实践的不同, 也证明了这种结构性冲突的存在。^①

2. 经济法产生的社会基础

一般认为, 魏玛共和国1919年颁布《煤炭经济法》、《碳酸钾经济法》是经济法理论和立法实践的标志性事件。于是自19世纪中叶以来, 西欧资本主义社会矛盾的激化也被自然而然地看做经济法产生的社会基础。不过现在看来, 魏玛共和国时代的经济立法实践更像是一段历史插曲, 而其所揭示的经济法产生的社会基础也仅仅是经济法产生的一个历史断面, 并不是全部。的确, 社会矛盾的激化是促使法律制度产生变革的重要因素, 但催生经济法的根本动力依然在于生产力与生产关系剧烈冲撞所带来的经济基础的根本性变化: 旧有的法律制度已经远远不能全面适应新的社会生活的变化, 必须建构新型法律制度来满足飞速发展的社会带来的巨大制度需求。这种制度需求时刻存在, 而不仅限于某一特定历史时期或者某种社会制度。因此, 经济法在所有现代市场经济国家里都普遍存在, 而相关经济法理论也可以在很大程度上获得普遍的理解和认可。对于经济法的诸多误读, 都源于将经济法概念与某一特定历史条件和社会制度的强制联系。正因如此, 只有超越历史, 才能准确理解经济法产生的社会基础和历史必然。

资料卡

魏玛共和国

魏玛共和国是指1919年至1933年的德国共和政体, 因其宪法是在魏玛召开的国民会议上通过的, 故史称魏玛共和国。魏玛共和国处于德意志帝国在第一次世界大战中崩

^① 尤其是经济法与民商法、行政法等部门法的争拗, 更应放在这一结构框架下加以理解和思考。



溃,以及德国纳粹党执政之间的一个短暂、特殊的历史时期,是德国有史以来第一次建立民主共和政体的尝试。随着 1933 年纳粹党的上台,魏玛共和政体遭到破坏和抛弃,共和国变得名存实亡。

经济法的出现不仅再一次证明了经济基础对上层建筑的决定作用,同时也强有力地证明了作为上层建筑的经济法的巨大的能动作用,表明经济法律制度有着强大的自我生长力量和不断自我完善的能力。只要保有平等、正义的法治理念,客观、真实地对待社会生活,尊重法制建设的基本规律,法律制度本身就不可能僵化地框定人们的生活,阻碍社会进步,这一点对于理解经济法的基本原理尤为重要。

二、经济法的概念和特征

(一) 经济法的概念

经济法是国家干预或调控宏观经济、规范市场竞争秩序、保护各类消费者合法权益的法律规范的总称,主要包括宏观经济调控、市场主体规制、市场交易与竞争秩序维护以及消费者保护等多方面的内容。

作为一门新兴的法学部门,人们对于经济法的定义并不一致。在我国,学术界对经济法的定义有“综合经济法说”、“纵横经济法说”、“经济行政法说”、“学科经济法说”、“管理协作经济法说”、“紧密联系经济法说”、“需要干预经济法说”和“规制调控经济法说”等不同的观点和流派。近年来,学者们在“经济法是市场经济基本法”、“经济法是国家干预经济之法”和“国家干预经济应当依法进行”等几点上取得了较为统一的认识。^①

要准确理解经济法的定义,应当把握经济法以下几个方面的精神内涵:首先,经济法的制度核心基础是平等地对待和尊重国家、集体和个人的各项财产权益,主要是各类私人财产权利;其次,经济法并非无条件地保护私权,而是在维护公共利益的前提下,对私人财产权利加以有效保护,甚至在必要的时候以维护公共利益的理由对私权进行必要的限制;最后,经济法是实现国家、集体和个人财产权益的手段,不是采取强制的行政命令方式,也不是单纯的民事契约或者协商谈判,而是通过对市场经济运行过程的全面调控、对竞争规则与秩序有效维护以及对消费者的特别保护等来实现对上述不同主体的平等保护并彰显社会和谐与正义。

(二) 经济法的特征

区别于其他法律部门,经济法具有以下基本特征:

1. 经济法是社会本位法

经济法是以社会整体利益或者说社会公共利益作为其最终的价值取向,以社会公共利益的最大化作为其规则、制度设计的最终目标。与社会本位相对的概念是个人本位,即以个人的自由与私人利益的满足为最终目标的一种人与社会关系的价值观念。经济法并不否定个人自由与私人利益,但经济法主张当个人利益与社会公共利益产生冲突时,应以公共利益为先,而限制

^① 潘静成,刘文华.经济法[M].2版.北京:中国人民大学出版社,2005:47-56.



私人权利的过度行使。因此,从这个意义上来讲,经济法也就具有了社会法的基本属性,但经济法以其鲜明的经济干预调控色彩区别于一般的社会法律,如劳动与社会保障法律等。

2. 经济法是国家干预法

经济法作用于社会生活的主要手段是通过国家干预经济的方式来实现的,即国家必须根据本国宪法的授权,依照相关专门法律(如中央银行法、预算法、税收法等)的具体规定,按照法定程序采取有关的经济干预措施,只有这样才能使国家获得干预宏观经济行为的合法性。反之,则势必导致对国家干预行为合法性和有效性的质疑。因此,经济法是国家干预法,并不意味着国家具有绝对、超然、无条件地干预本国经济的权力;相反,是要求国家必须在宪法、法律允许的范围内干预经济,这既是确保国家干预宏观经济行为不至于脱离社会公共利益目标的重要保障,也是维护市场经济基本规律的必然要求。

3. 经济法是综合调控法

较之于相对古老的民商、刑事以及行政法律部门而言,经济法摆脱了传统上公私法律部门划分的桎梏,得以运用多种法律措施和手段干预宏观经济运行、市场秩序维护及消费者权益保护。例如,针对不同市场类型和层次,经济法需要设定不同的市场准入条件及程序,以确保市场竞争的公平;同时,经济法也需采取各种措施保护、扶持弱小竞争者,以避免市场过度竞争所带来的垄断及不公平竞争现象的出现。因此,就经济法具体干预措施的多样性而言,经济法乃综合调控之法律部门。

4. 经济法没有统一的法典

在成文法国家,通常部门法都拥有一部与其名称相同或者相近的法典。例如,与民法对应,在意大利有《民法典》,在我国有《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国物权法》、《中华人民共和国侵权责任法》等;与刑法相对应则有《中华人民共和国刑法》;与行政法相对应的则有《中华人民共和国行政复议法》、《中华人民共和国行政诉讼法》等。而与经济法相对应,则鲜见以经济法命名的部门法律。^①虽然人们都将财政法、税收法、中央银行法、反垄断法、反不正当竞争法等都看做经济法的有机组成部分,但就基本法典而言,各国均未制定一部现行有效的经济法典。经济法的这一特点虽不足以否定经济法本身存在的合理性,但反映出现代市场经济各国在经济法的立法上尚存在从理论研究到立法实践的巨大差距。

资料卡

成文法国家

根据各国法律文化传统的不同,那些主要以国会及其他立法机关制定的书面法律条文为法律表现形式的国家就是成文法(statute law)国家,而那些主要以法官的判例为法

^① 在20世纪60年代,捷克斯洛伐克曾颁布《捷克斯洛伐克社会主义共和国经济法典》(1964年)。不过囿于对社会主义经济发展模式的狭隘理解,此后诸多社会主义国家大多制定了各种经济计划法,如匈牙利的《国民经济计划法》(1972年)、罗马尼亚的《经济社会发展计划法》(1979年)、波兰的《社会经济计划法》(1982年)等,随着苏东各国的改制,这些法律已经不复存在了。



律表现形式的国家则相应地称为判例法(case law)国家。又因为欧洲大陆各国通常采用成文法,所以成文法国家又称为大陆法系国家;而英美等国多采用判例法,故而又称为英美法系或者海洋法系国家。

需要说明的是,随着各国法律文化交流的不断增加与融合,两大法系出现了融合的趋势,现在人们对成文法或者判例法国家的分类,更多地是从传统的法律角度来说明和看待问题,而不是一种绝对分类。

三、经济法的渊源和体系

(一) 经济法的渊源

法的渊源是指法的存在或者表现形式。在成文法国家,法的表现形式主要为各种制定法;在判例法国家,法律则表现为各种既有的判例。随着两大法系的融合,单纯采用成文法或者判例法的国家越来越少,法的渊源不仅表现为各种成文法,判例也成为了有些国家的法律渊源。我国传统上长期采用成文法制度,判例尚未正式成为法律的渊源,因此,法的渊源依然表现为成文法的形式。我国经济法的渊源主要包括以下几个:

1. 宪法

宪法是具有最高法律效力和权威的国家根本大法。现行《中华人民共和国宪法》于1982年12月4日由第五届全国人民代表大会第五次会议通过,并公布施行(该法历经1988年、1993年、1999年、2004年以及2018年五次修正,以下简称《宪法》)。《宪法》条文中有多项涉及国家社会基本经济制度的法律条款,其中不乏蕴涵经济法基本价值取向及基本经济制度的条款。例如,《宪法》第6条第2款规定:“国家在社会主义初级阶段,坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度,坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。”其中蕴涵了经济法对国家、集体以及个体所有制经济平等保护、公平对待的基本观点。而《宪法》第15条更是明确规定:“国家实行社会主义市场经济。国家加强经济立法,完善宏观调控。国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序。”这一条更可看做经济法的宪法渊源。

2. 法律

作为经济法渊源的法律是指由全国人民代表大会及其常务委员会通过、颁行的由国家强制力保证执行的规范性文件,如《中华人民共和国反垄断法》、《中华人民共和国反不正当竞争法》、《中华人民共和国价格法》、《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国商业银行法》、《中国人民银行法》等。需要说明的是,由全国人民代表大会及其常务委员会对有关法律作出的立法解释,也应当看做法律的组成部分。

3. 行政法规和地方性法规

行政法规是指由国务院根据宪法和法律的规定,或者根据全国人民代表大会的授权而制定的规范性文件。享有行政立法权,不仅是国家行政机关有效行政的必要保障,更是对行政机关依法行政的重要制约,因此,行政法规的规定不得与宪法和法律相冲突。在国外,更有所谓违宪



审查机制来确保行政法规不与宪法相悖。在我国,政府在市场经济中的主导作用十分明显,国务院颁布了大量行政法规,用以直接干预管理社会经济生活的各个方面,这些行政法规中有相当的内容属于经济法的范畴。

地方性法规是由省、直辖市、自治区和较大的市的人民代表大会及其常务委员会根据本地方的具体情况和实际需要制定通过的规范性文件。地方性法规不得与宪法、法律以及行政法规相抵触,且仅在该地方行政区划范围内实施,并具有法律效力。在经济法领域内,地方性法规主要包括两类:一是由各经济特区制定的涉及特区改革开放以及创新发展的地方性法规,二是由各地方为发展本地经济和深化改革开放局面而制定的地方性法规。较之于经济特区地方性法规的探索性特点而言,其他非特区的地方性经济法规往往具有明显的地方利益性倾向。造成这一问题的根本原因是我国区域经济发展不平衡,而这一问题的制度弊端则在于必将导致国家法制的统一性受到影响。

此外,地方性法规中也应当包括民族自治地方根据当地民族的政治、经济、文化特点制定的自治条例和单行条例。在经济法的渊源中,民族自治地方的自治法规表现得并不明显,这与我民族自治地方经济发展相对落后有一定的关系。

4. 行政规章

行政规章是由国务院所属的有关部委(局)等主管部门根据法律、行政法规的规定,制定发布的规章、命令和指示等规范性文件。行政规章通常是为了具体落实有关法律、行政法规的规定而制定的详细的、具有可操作性的规范性文件,如国家发展和改革委员会(国家发展改革委)、国务院国有资产监督管理委员会(国资委)、中国人民银行、国家税务总局、国家工商行政管理总局、中国证券监督管理委员会(证监会)等行政机关发布的各类规范性文件。行政规章的法律效力低于宪法、法律、行政法规和地方性法规,但因其数量多、涉及范围广,而成为经济法的重要渊源。但在司法审判实践中,行政规章并非人民法院裁判的必然依据,而仅作为法院裁判的参考。

此外,最高人民法院、最高人民检察院的司法解释以及社会经济团体的自治规章、自律规范能否作为经济法的渊源,也是人们关注的问题。上述司法解释和自律规范因其适用范围/对象的个别性和适用条件的限制性,原则上无法成为经济法的正式渊源。但不排除在特别情况下,上述司法解释和自律规范可以称为经济法的渊源之一。例如,上海证券交易所和深圳证券交易所制定、颁布的交易规则即可被看做经济法的渊源之一。

(二) 经济法的体系

经济法的体系形式上是指经济法各组成部分之间的组成关系,本质上则反映出经济法的内在逻辑合理性。根据不同的标准,可以对经济法的体系进行不同的划分。通常采用两种划分方式,一是经济法的立法体系,二是经济法的学理体系。

1. 经济法的立法体系

经济法的立法体系是依据各国经济法立法客观实践对经济法进行的逻辑分类与体系归纳,主要包括宏观经济调控法、市场主体规制法、市场契约法、竞争秩序规制法以及消费者保护法等主要部分。

需要说明的是,由于各国法律传统和立法文化的差异,人们对经济法的立法体系中究竟应



当包含哪些内容并未取得一致理解。例如,在日本经济法学界,更多的学者是将宏观调控法、规制竞争秩序的反垄断法(该国所谓独占禁止法)等看做经济法立法体系的组成部分,而将市场主体法、市场契约法等看做商法的组成部分。在英美等国,由于欠缺经济法学研究,鲜见有关学者对其经济法立法体系的归纳和阐释。

2. 经济法的学理体系

经济法的学理体系是指根据一定的理论基础观点和学术研究规范对经济法进行的分解与归纳。经济法的学理体系通常包括了经济法总论、经济法分论以及经济法附论三个部分。其中经济法总论部分主要研究分析经济法的基本理论问题。而经济法分论则是就构成经济法的具体部分的具体制度进行的分析归纳。例如,在市场主体法律制度部分,分别就公司、合伙企业以及个人独资企业等进行分析阐释。在经济法附论部分,则是就与经济法相关的法律问题进行分析介绍,如经济法律诉讼、涉外经济纠纷仲裁等。

四、经济法的属性

关于经济法属性问题的提出,隐含的前提是所有法律部门都是具有特定的非黑即白的属性分野的。到目前为止,人类社会关于法律制度的属性分类最为成功或者说最为人们所接受的观点是公私法的属性分类,即任何一部法律都可以被归入公法或者私法的范畴。在此前提下,当新兴的经济法出现后,关于经济法属性的辨识也成为一一个再自然不过的问题。如果非要在公私法分野层面对经济法的属性进行归纳的话,很多学者给出的答案是经济法是兼具公私法属性的法律部门,或者经济法既不是公法也不是私法。^①我们认为,公私法的划分固然是区分法律制度属性的重要方式,但不是也不应当是唯一的区分标准。准确理解经济法的属性,应当从经济法与其他法律部门的区别与联系中加以分析领会。

(一) 民法与经济法

民法是调整平等主体之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称,是一种典型的私法。民法与经济法都是市场经济的基本法律部门,只不过民法主要调整微观经济领域平等主体之间的财产关系,而经济法则着重调整宏观经济层面的社会财产关系。具体来讲,经济法与民法有以下不同:

1. 法的调整对象不同

民法的调整对象是平等主体之间的财产关系和人身关系;而经济法的调整对象主要是宏观调控和市场竞争关系,且不调整人身关系。

2. 法律关系主体不同

民事法律关系的主体是具有平等关系的公民和法人;而经济法律关系的主体除一般公民和法人外,还要包括具体实施宏观调控、维护市场竞争秩序以及保护消费者合法权益的政府职能机构和社会公共事务机构。

^① 例如,邱本先生认为:“经济法是具有社会法属性的一个法律部门。”见邱本著《经济法研究(上卷):经济法原理研究》(中国人民大学出版社2008年8月版,第162页)。周林彬先生也认为:“经济法是以公法为主、私法为辅的社会法。”见周林彬主编的《市场经济法》(兰州大学出版社1994年11月版,第40页)。



3. 权利义务特性不同

民法上的权利义务具有对称性,即民事权利和民事义务相对应,享有多大权利必承担多大义务;而经济法上的权利义务设计具有衡平性,并不要求权利义务绝对或形式对等,相反往往通过加重责任或者减轻义务的方法来实现实质意义上的公平与正义,以避免民事权利的滥用、不平等竞争的泛滥以及社会财富的不平等分配。

(二) 行政法与经济法

行政法是调整行政管理关系的法律规范的总称,是典型的公法。行政法与经济法都须借助国家行政权力来实现国家管理国家事务、调整宏观经济、规范市场竞争的目的。但行政法与经济法在以下方面存有差异:

1. 调整对象不同

行政法的调整对象是各类行政关系,主要包括实体法上的行政管理关系、行政处罚关系以及程序法上的行政复议、行政诉讼关系等;而经济法的调整对象则是宏观调控与市场竞争关系。

2. 法律关系主体不同

行政法的一方主体确定地包括行政机关和行政人员;而经济法律关系的主体则具有广泛性的特点,并不确定地包括行政机关或者行政人员。

3. 权利/权力属性不同

行政权力是典型的公权力,是一种具有决定、支配其他行政相对人的绝对性权力,国家行政机关和行政人员依法行政的过程就是自由裁量行使该公权力的过程。而经济法是不以权力为本位构筑的法律制度体系,因此其权利/权力具有相对性的特点,一方面维护市场主体的基本财产权利,并限制权利的滥用;另一方面虽运用行政权力进行宏观调控和市场秩序维护,但强调限制行政权力、约束行政权力对市场规律的破坏和影响,如在反垄断法上对各类行政垄断行为的规制等。

第二节 经济法的调整对象

一、经济法调整对象概述

(一) 经济法调整对象的概念

所谓法的调整对象,是指法律作用和影响的社会关系。鉴于经济法的市场经济背景,经济法的调整对象是指在市场经济条件下,经济法所作用和影响的特定社会经济关系,主要包括宏观经济调控关系、市场主体调控关系、市场竞争秩序调控关系以及消费者保护关系等。

(二) 经济法调整对象的特点

作为经济法调整对象的社会关系,本质上反映的是一种人与人之间的关系。因此,分析经



济法调整对象的特点,实际上也是从另一个角度来分析市场经济体制条件下人与人之间的关系特点。

1. 经济法的调整对象具有客观性

作为经济法调整对象的社会关系,是独立于人们的主观意识的客观存在,是一种物质关系。不论是否有法律,或者以何种法律调整,它都切实地存在于社会经济生活之中。经济法调整对象的客观性是经济法得以存在的基础,是构筑经济法相关法律制度的物质起点。

2. 经济法的调整对象具有公益性

作为经济法调整对象的社会关系是以社会公共利益为纽带和最终归依的社会关系。在人与人之间形成的各类社会关系中,或仅对个人双方产生利益影响,或不仅影响到个人双方的利益实现,更有可能导致其他人的利益受到损益影响,而使得此类社会关系超越相对人之外,从而影响到全体社会成员的利益。显然,作为经济法调整对象的社会关系就是具有这种公益属性的社会关系。而那些仅具私益性质的社会关系,则大多由民商法调整。

3. 经济法的调整对象具有经济性

作为经济法调整对象的社会关系是与相关主体财产分配、损益,或者说利益最大化密切相关的经济利益关系,从而具有经济性。民商法的调整对象包括平等主体之间的财产关系,显然也具有经济性。但经济法调整对象的经济性特点,更多地集中于社会整体资源配置与财富分配的公平与效率,以及宏观经济运行的效率与安全。这与作为民商法调整对象的平等主体之间的财产关系形成了鲜明的对比。

4. 经济法的调整对象具有综合性

经济法调整对象的综合性是指经济法所调整的社会关系,纵向涉及生产、流通、消费各个环节,横向上涵盖各类社会主体,从而具有综合性的特点。以我国外汇汇率形成机制为例,我国目前实行有管理的浮动汇率制度,这一制度的基础是市场化的汇率形成机制,即通过外汇自由买卖形成汇率。显然,完全自由的汇率形成机制并不适合现阶段我国经济发展的条件,因此国家实行有管理的浮动汇率制度以保持外汇收支平衡与外汇市场的稳定。在这一过程中不难发现,作为经济法的汇率管理制度所调整的外汇市场关系以及汇率形成关系就是一种复杂的、综合的社会关系。

二、宏观经济调控关系

宏观经济调控关系简称宏观调控关系,是指在国家对宏观经济实行引导、调整过程中产生的社会关系。它主要包括财政调控关系、预算关系、政府采购关系、财政转移支付关系、国债发行交易关系、产业政策调控关系、国有资产管理关系、货币政策调控关系、政策性金融调控关系、货币金银以及外汇调控关系等。

宏观调控关系是经济法最重要的调整对象之一,然而人们对宏观调控的必要性的认识却经历了漫长、曲折的过程。由于西方国家长期实行资本主义制度,并将自由竞争作为资本主义制度的圭臬,所以西方国家对宏观经济调控始终持怀疑态度,即使是在2008年全球金融危机发生后,以美国为首的西方国家也采取了大量宏观经济干预与调控措施,并对这些国家化解金融危机起到了重要作用的情形下,各国依然对实施长期的宏观调控抱有疑虑。同样,在以苏联为代表的社会主义国家,由于长期实行僵化的计划经济体制,有机的、能动的宏观调控措施在各类固



定的、呆板的计划与任务面前也变得无所作为。因此,发现并认清宏观调控关系作为经济法最重要的调整对象,有赖于人们对于市场经济自身规律性的深入理解和认识,片面地坚持自由竞争的商品经济或者无视市场规律的计划经济都无助于更为有效地实行宏观调控,自然也无助于经济法学科自身的成长和发展。长远来看,以计划、财政、金融、产业政策调整等为主要内容的宏观经济调控立法已经成为各国经济立法的趋势,经济法也必将获得更为广泛的认同与理解。

三、市场主体调控关系

所谓市场主体,就是市场经济的参加者和参与者,他们在参加、参与市场经济活动的过程中依法享有权力/权利并承担相应的法律责任和法律责任。具体来讲,一部分是在市场经济条件下,参加资源配置、市场竞争并获取合法收益的组织和个人,即市场经济的参加者;另一部分是指参与市场交易与市场竞争过程,以确保市场经济机制有效运行、市场竞争公平有序为责任的国家机关和社会团体。

市场主体调控关系是指国家在规范市场主体(参加者和参与者)的市场准入、市场竞争以及市场退出过程中形成的社会关系。市场主体调控关系的内容主要涉及市场主体法律人格获得、资质确认与授予、权限范围与责任等方面。

需要说明的是,由于民商法较经济法有着更为悠久的立法实践经历和法律文化传统,所以现代市场经济法制中关于市场主体规制的有关内容,更多地是以法律条文修订的方式出现在各国民商法律之中。这一方面可以看做民商法自身的不断完善,即所谓私法公法化的典型代表;另一方面也不吝为经济法精神的法制化体现。

资料卡

私法公法化

私法和公法的划分源于古代罗马法。罗马法将调整平等主体之间私权关系的法律规范定性为私法,而将调整具有从属关系的主体之间的公权关系的法律定性为公法。公法与私法划分方法的背后是罗马法时代人们对于公私关系绝对对立的一种判断。然而在现代社会,公、私法的界限越来越模糊。在私法规范中也引入了大量的公法概念和调整方法,这就是所谓私法公法化。

四、市场竞争秩序调控关系

市场竞争秩序调控关系是指在创造市场公平竞争条件、维护公平竞争秩序过程中发生的国家(政府市场秩序主管机关)与市场主体之间的社会关系。国家对市场竞争秩序的规制与纠正措施并不采用类似行政法上的行政命令或者行政处罚措施,而是由国家通过干预影响不同市场要素,如价格形成机制、设置经营等级资格等方式来达成对市场竞争秩序的干预和影响。

市场竞争的基本前提是市场主体法律人格的独立及其财产权利受到充分的尊重。在此前提下,市场主体依循市场经济规律、公平争取交易机会并获取收益的行为模式,称为良性市场竞争秩序;反之,则为不良市场竞争秩序。对于不良市场竞争秩序首先得由竞争双方协商解决,或通过自律规范加以解决。但当上述解决途径均无法使竞争秩序回到良性轨道时,则必须由国



家出面对不良市场竞争秩序加以规制、纠正。可见,经济法对市场竞争关系的调控是在竞争者自力救济、自律调控不果的前提下进行的“第二次调控”,即经济法对市场竞争秩序调控是在市场自我调控失灵的前提下进行的外部干预。

从各国市场经济立法来看,市场竞争秩序调控关系也是较早成为经济法专门立法对象的部分。被公认为“经济法鼻祖”的1890年的美国《谢尔曼法》就是关于市场竞争中垄断问题的立法。而1993年颁布的《中华人民共和国反不正当竞争法》和2007年颁布的《中华人民共和国反垄断法》则是我国专门调整市场竞争秩序的重要立法。

五、消费者保护关系

将消费者保护关系列为经济法的调整对象是近年来消费者保护运动以及消费者保护法律不断发展的必然结果。在现代社会,消费者已经成为一个特定的人群概念,专指因购买产品或者接受服务的不特定自然人的集合体。这一集合体具有较强的松散性,往往由于单个个体无法有效保护其合法权益而处于事实上的不利地位,需要法律对此类自然人的集合体给予特别保护。同时,经济的发展和科技的进步使更多的人都有可能成为各类新型产品和服务的潜在消费者,消费者群体处于日渐扩大的状态中,强调对消费者的保护已经成为各国立法的共识。

消费者保护关系就是指在消费行为全过程中,国家为保护消费者权益而与消费者、经营者之间产生的社会关系,具体包括国家机关和消费者之间在保护消费者合法权益过程中产生的社会关系,以及国家机关在监督经营者涉及消费者利益的有关经营行为过程中与经营者之间产生的社会关系两个方面。

与竞争秩序调控关系类似,经济法将消费者保护关系纳入其调整对象,也是在消费者权益难以通过自力救济(如违约救济、民事诉讼等)途径实现时的一种二次干预措施,是经济法社会本位以及公益价值取向的具体体现。

第三节 经济法的基本原则

一、经济法的基本原则概述

经济法的基本原则是指贯穿于经济法全部实践活动的根本价值取向和基本行为准则。经济法的基本原则是经济法本质属性的抽象归纳,既具有高度的理论抽象性,又具有普遍的实践操作性,是理论与实践的高度统一。

经济法的全部实践活动不仅包括经济法的立法、执法、司法活动,还包括市场经济主体具体适用经济法的其他各类活动。若将经济法基本原则的适用范围仅限于经济法的立法、执法与司法环节,则排除了经济法作为兼具公、私法属性之社会法的基本属性,单方面强调了其公法方面的色彩,而忽略其不同于行政法的柔软的调控特点。从学术研究角度来看,归纳、总结经济法的基本原则,须以本国社会经济长期发展目标和社会整体利益判断为依托,并以本国现行宪法、法律的具体规定为范围和依据,通过规范运用经济法学研究方法方能得出。



二、营业自由原则

营业自由是指社会成员以营利性为目的,自主、长期从事合法经营性活动的基本权利。而营业自由原则是指法律在确认社会成员所享有的营业自由权利的前提下,通过一系列的规则设计以确保社会成员切实享有营业自由的规则体系,主要有营业登记与市场准入规则、营业形式/范围的选择与变更规则、营业组织与内部治理决定规则等。

将营业自由原则列为一项法律原则并非经济法所独有的,在实行民商分立的国家,营业自由原则也是商事法律的基本原则之一。然而,商法上强调营业自由原则的重心在于保障以商主体依法从事商事活动的充分自由,而经济法上的营业自由原则更看重以下几个方面的影响与不同:

(1) 营业自由不仅为社会成员个体谋生、自我实现的固有基本权利,更是市场经济整体有效运转的必备要素和前提,原因在于经济法强调营业自由原则不仅是为了保护市场经济个体的营业权利,更是为了确保市场竞争的有效与充分。

(2) 营业自由原则不仅要求赋予社会成员以自由经营权利,更要求其应接受法律的规制与干预,主要包括防止营业自由原则的滥用措施、设立公共安全许可措施以及对特定营业采用特许经营等限制性措施。

(3) 营业自由原则在商法领域主要体现个体本位的价值取向,而经济法上的营业自由原则更多地强调其社会本位的价值存在,也就是营业自由并非单纯赋予经营者为实现其自身利益最大化而独享经营决断权利,而应考虑并承担其经营行为带来的社会公共利益的损益,也就是企业承担社会责任的情形。

三、公平竞争原则

营业自由必然导致自由竞争的出现,自由竞争又是市场经济产生与发展的原动力;但自由竞争并不能必然达到合理配置市场资源、促进社会经济发展的目的,而存在所谓“市场失灵”的情形。因此,在经济法中强调公平竞争原则,以法律手段克服自由竞争的弊端就显得尤为必要。

公平竞争原则包括两方面的含义。从市场主体角度而言,公平竞争原则是指各市场主体以平等身份参与市场经营和竞争活动,具有法律地位上的平等性;同时,各市场主体在相同的交易规则和交易条件下,享有充分的契约自由,即交易机会的均等。从市场秩序角度来看,公平竞争原则强调的是一种和谐公平的交易秩序,其最终目标在于通过公平竞争实现本质上或者结果上的一种公平,即所谓实质公平。这两个方面的含义,在具体经济法律制度设计上也有十分明显的对应立法,前者更多地体现为反不正当竞争立法,而后者则更多地体现在反垄断立法当中。此外,在市场准入、产品质量、价格规制、税收征管以及消费者保护等经济立法环节,也在不同程度上体现出公平竞争原则的精神内涵。

与“公平”概念密切联系的一个概念是“效率”,人们在很多场合不加区分地将“公平”、“效率”相连使用。但从经济法的角度来看,“公平”是基本的法律判断和法律观念,可以确定地落实于权利义务的具体内容;“效率”是指单位投入与产出之比,是对行为与后果对应关系的分析,是以数理的方法获取的个体判断,并不是一个准确的法律判断或者法律词汇,也难以将其落实于具体的法律制度设计。因此,有学者将“兼顾公平与效率原则^①”列为经济法的基本

^① 黄河,王兴运. 经济法学[M]. 北京:中国政法大学出版社,2008:28-30.



原则,似有不妥。

四、宏观调控原则

如前所述,宏观调控是现代市场经济国家对本国经济发展运行中若干重要宏观经济要素所采取的干预、引导措施。同时,宏观调控关系也是经济法的重要调整对象,是具有客观性的一种社会关系,属于经济基础的范畴,而作为经济法基本原则之一的宏观调控原则则属于上层建筑的范畴。因此,所谓宏观调控原则,是指为各国法律所确认,并赋予国家干预各类宏观经济活动以合法性的施政行为准则。具体来讲,其包括以下几个方面的含义:

1. 宏观调控原则赋予国家以干预宏观经济的合法性

这是社会主义市场经济法制与资本主义市场经济法制的重要区别之一。在我国,将宏观调控原则上升到经济法基本原则的高度,就是要将宏观调控作为一项长期、常态的国家干预经济,主导市场经济发展的重要制度加以贯彻;而不是仅仅作为一项危机管理或者临时应对措施。

2. 宏观调控原则要求政府必须依法实施宏观调控行为

首先,政府实施宏观调控的目的必须合法。通常政府实施宏观调控的目的主要包括保障市场竞争秩序的规范、有效,保障社会公共利益的实现,应对紧急社会事件(如金融危机、粮食短缺、能源供应紧张)等。其次,政府实施宏观调控的范围仅限于宏观经济领域,而非私人经济领域。再次,政府实施宏观调控的手段仅限于政府职能所固有的或者法律授权的方式,不得超越或者滥用调控手段。

3. 宏观调控原则的精神实质是社会本位

政府实施宏观调控的目的在于使社会整体利益最大化,而并非某一地域、某一团体或者某些特定人群的利益最大化,其内涵是一种社会本位观,而非个体本位的价值取向。

从宏观调控实施的主体来看,主要是由政府主导实施宏观调控,因此宏观调控原则似乎更多地强调了政府在实施宏观调控行为过程中应当秉持和遵守的行为规范性。但实际上,作为宏观调控的直接对象和目标,市场主体也在宏观调控中担负着重要责任,主要包括遵守、执行国家宏观调控措施的义务;依据国家宏观调控政策变化,依法享有变更、调整自身经营活动与经营安排的权利;对国家宏观调控措施进行依法监督的权利;等等。

第四节 经济法律关系

一、经济法律关系概述

1. 经济法律关系的概念

所谓法律关系,是指经过法律调整后的社会关系,是法律对社会关系的梳理、确认和保护的过程。经济法律关系就是指经过经济法调整的社会经济关系。经济法律关系通常由经济法律关



系的主体、经济法律关系的客体和经济法律关系的内容三方面要素组成。

2. 经济法律关系的种类

根据调整特定社会关系的经济法律的不同,经济法律关系的种类也有所不同,主要包括宏观调控法律关系、市场主体调控法律关系、市场竞争秩序调控法律关系以及消费者保护法律关系等。

3. 经济法律关系与经济法调整对象的关系

前文(本章第二节)在讨论经济法的调整对象中提到经济法的调整对象包括宏观经济调控关系、市场主体调控关系、市场竞争秩序调控关系以及消费者保护关系等,那么,作为经济法调整对象的社会关系与经济法律关系之间又有何异同呢?

显然,两种关系都是社会关系,具有客观性特点。但二者也存在以下不同。首先,受到法律调整的时间不同。作为经济法调整对象的社会关系是经济法将要调整的目标和方向,而经济法律关系则是已经受到经济法律调整、规范的社会关系。其次,社会关系的比较范围不同。作为经济法调整对象的社会关系,因尚未经过经济法律调整,其包含的社会关系范围要比经济法律关系更为宽泛。再次,社会关系的确定性不同。作为经济法调整对象的社会关系范围较为宽泛,因此其内容不如经济法律关系更为确定、明晰。最后,社会关系的稳定性不同。作为经济法调整对象的社会关系会随着社会经济的发展处于变动之中,而经济法律关系一旦确定则受法律保护,经济法律关系主体各方必须依法行使权力/权利,并遵守义务。简言之,经济法律关系可以看做经济法所调整的社会关系的法律形式。

二、经济法律关系主体

(一) 经济法律关系主体的概念

经济法律关系主体简称经济法主体,是指参加经济法律关系,享有权利并承担义务的人。

(二) 经济法律关系的特征

1. 主体的广泛性

经济法律关系主体既包括国家机关、政府机构,也包括公司企业、社会团体以及自然人等,具有广泛性的特征。这是经济法涉及社会公共利益,具有社会本位属性的特质使然。

2. 主体的双重性

经济法律关系主体往往具有双重身份,在不同法律关系中以不同身份出现。例如,中央银行在实施宏观调控的过程中,首先具有的是货币市场宏观调控者的身份;其次,如果央行在宏观调控中采用公开市场操作的方式来干预市场,就具有了平等的购买者或者售卖者的身份。

3. 主体地位的不平等性

在实施政府调控干预的场合,经济法调控主体与市场主体之间的地位具有实质上的不平等性,或者说隶属性,并由此导致经济法主体之间的权利与义务呈现出一种非均衡状态。

(三) 经济法律关系主体的类型

经济法律关系主体的类型可以根据不同的标准进行多种分类。从人的属性来看,包括自然



人和法人。从人的类型来看,包括政府机构、公司企业、社会团体以及合伙组织等非特定主体。从经济法调整对象的角度来看,则可以分为宏观调控法主体、市场规制法主体。其中,前者可以再分为调控主体和承控或受控主体,后者又可以再分为规制或者管理主体和受制或市场主体等。^①根据经济法律关系主体的角色与行为特点,又可以分为经济决策主体、经济管理主体以及经济实施主体等。^②具体来讲,主要包括以下几种:

1. 国家机关

作为经济法律关系主体的国家机关,主要是指实施宏观调控、规范市场竞争秩序以及保护消费者利益的政府机构。例如,国家发展改革委、中国人民银行、国家工商行政管理总局、国家税务总局、海关总署等,主要是以宏观经济干预者、竞争秩序规制者的身份出现在经济法律关系之中。

2. 社会经济组织

社会经济组织主要包括各类依法设立,具有独立法律人格的公司企业、事业单位和社会团体。其中,公司企业是经济法律关系中最为广泛和普遍的经济法律关系主体,包括股份有限公司、有限责任公司、个人独资企业、合伙企业等。社会经济组织的内部分支机构,如分公司、具有独立核算资格的企业内部机构等,也可以成为经济法律关系的主体。

3. 自然人

在特定情况下,自然人也可以成为经济法律关系的主体。例如,因个人应税收入达到个税起征点而负有依法缴纳个人所得税义务的自然人。此外,城市个体工商户、农村土地承包经营户,是以自然人家庭为单位的自然人的集合体,也可以成为经济法律关系的主体。

三、经济法律关系客体

(一) 经济法律关系客体的概念

经济法律关系客体是指经济法律关系主体双方所享有的权利和所承担的义务共同指向的对象。无论于理论研究还是制度设计层面而言,经济法律关系客体都是构成经济法律关系不可缺少的要素之一。

(二) 经济法律关系客体的特征

1. 客观性

作为经济法律关系主体的权利义务共同指向的对象,经济法律关系的客体是一种现实存在,而非单纯的观念意识。例如,在央行基准利率调整的情况下,基准利率即经济法律关系的客体,央行的权力在于依法提升或者降低基准利率以影响货币市场走势,而商业银行则有义务根据基准利率的调整规定相应调整其存、贷款利率。可见,基准利率本身就是一种资金使用成本的客观反映,是一种不为当事人的主观意志所左右的客观存在。

^① 张守文,于雷.市场经济与新经济法[M].北京:北京大学出版社,1993:118-119.

^② 李昌麒.经济法——国家干预经济的基本法律形式[M].成都:四川人民出版社,1995:441-442.



2. 广泛性

因经济法律关系固有的复杂性使然,经济法律关系的客体也相应地具有广泛性的特点,主要表现在经济法律关系客体范围几乎涉及社会经济生活的方方面面,经济法律关系客体的数量不断增加。

(三) 经济法律关系客体的类型

1. 行为

行为是指经济法主体为达到宏观调控、市场竞争秩序规制以及消费者保护而实施的具体活动,包括积极作为与消极不作为。通常,国家机关作为宏观调控和市场秩序规制者所实施的行为主要是一种积极作为的行为;而作为被调控者或者被规制的市场主体,往往负有消极不作为的义务。因此,作为经济法律关系客体的行为主要包括宏观调控行为、市场经济秩序规制行为以及保护消费者合法权益行为等。

2. 物

作为经济法律关系客体的物,是指可以由经济法主体支配,并具有使用或者交换价值的物质财富,包括有形物与无形物。“它们不仅是动产、不动产等,还表现为生产资料、资本或股本、固定资产、流动资产、无形资产、长期投资、短期投资、递延资产、费用和税赋等。”^①尤其是涉及公共领域的自然资源、公共产品等^②更是经济法律关系客体的重要内容。

人们对于行为作为经济法律关系的客体并无异议,但对于物是否可以成为经济法律关系的客体存有争议。例如,有观点认为:“物不是权利义务指向的对象,不是法律关系的客体。”^③但更多的观点认为,物和行为均可以成为经济法律关系的客体。

四、经济法律关系的内容

1. 经济法律关系的内容的概念

经济法律关系的内容是指经济法律关系的主体所享有的经济法上的权利/权力和负有的经济法上的义务本身,是国家实施宏观调控、市场秩序规制以及保护消费者合法权益等干预行为的具体化。

2. 经济权利

经济权利是指经济法主体享有的为或者不为一定行为的可能性或者资格。根据经济法律关系主体获得这种可能性或者资格的依据不同,又可以分为经济权利和经济权力。经济权利与民事权利相类似,实现权利有赖于义务主体的积极配合,且义务主体并无必须配合的义务。但与民事权利不同的是:首先,经济权利并非完全通过自由协商而设立,如国有土地使用权出让时必须采用招标、拍卖和挂牌等竞争性缔约方式;其次,经济权利的具体内容具有限定性,如政府采购中对合同卖方或者买方的确定、合同标的的限定等。经济权力则更多地体现为一种经济管理行政权利,具有行政强制性特征。

① 史际春. 经济法[M]. 北京:中国人民大学出版社,2005:9.

② 黄河,王兴运. 经济法学[M]. 北京:中国政法大学出版社,2008:72-74.

③ 漆多俊. 经济法基础理论[M]. 3版. 武汉:武汉大学出版社,2000:230.



3. 经济义务

经济义务是指经济法主体在经济活动中依照经济法的规定,必须为或者不为一定行为的必然性或者责任。与民事义务相比较,经济义务的产生、履行也更多地受到经济法宏观调控、市场规制以及保护消费者权益的干预措施的影响和限制。同时,经济权利义务的变更、解除和终止也并非完全由当事人自行确定。

整体来讲,首先,经济权利和义务具有限定性特征,由当事人自主协商来决定的余地不大。其次,经济权利和义务具有不对等性:享有经济权利,并不必然承担经济义务或者支付相应的对价。最后,经济权利和义务的内容具有明显的政府干预色彩。

第五节 经济法律责任

一、经济法律责任的概念和特点

1. 经济法律责任的概念

经济法律责任是指经济法律关系主体不当行使经济法权利或者违反经济法义务时应当承担的否定性法律后果。

2. 经济法律责任的特点

(1) 责任主体限定性。经济法律责任的承担者只能是经济法律关系主体。这是区别责任属性、归责原则以及责任形式的重要法律依据。

(2) 原因行为的违法性。导致承担经济法律责任的原因行为包括不当行使经济权利、违反经济义务等。

(3) 法律后果的否定性。经济法律责任法律后果的否定性是指经济法律关系主体所负担的法律后果是对其不当或者违法行为的一种纠正和否定,是以其非自愿地承担法律责任作为其违法原因行为的对价,甚至惩罚。

二、经济法律责任的综合性与独立性

1. 经济法律责任的综合性

与民商法、行政法以及刑法采用单一责任形式不同,经济法律责任形式包括民事责任、行政责任以及刑事责任三种。形成这一特殊现象的原因在于经济法律关系本身的综合性与复杂性。在经济法律关系主体行使经济权利与承担义务时,经济法律责任主要表现为民事责任;而在经济法律关系主体行使经济权力、实施宏观调控与市场干预时,则更多地涉及经济法律关系主体行政责任的承担;而在触犯刑法中有关破坏宏观调控、市场秩序维护以及保护消费者合法权益的法律规定构成犯罪时,则有可能需要承担刑事责任。同时,承担某一种责任,并不意味着其他责任得到相应的免除。



2. 经济法律责任的独立性

简单地讲,经济法律责任的独立性是指经济法律责任不可为民事责任、行政责任以及刑事责任简单替代。民事责任、行政责任以及刑事责任虽可以经济法律责任的具体责任形式各自存在,但其中的任何一个都无法代表经济法律责任的整体和全部。

三、经济法律责任的形式

1. 民事责任

作为经济法律责任形式之一的民事责任,是指经济法律关系主体不当行使或者滥用经济权利,违反经济义务时承担的法律后果,包括停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产、恢复原状、修理更换、赔偿损失以及支付违约金等。

2. 行政责任

作为经济法律责任形式之一的行政责任,是指经济法律关系主体不当行使或者滥用经济权力,违反经济义务时承担的法律后果,包括行政处分、强制划拨、撤销资质、行政罚款以及行政赔偿等。

3. 刑事责任

作为经济法律责任形式之一的刑事责任,是指经济法律关系主体(包括单位和个人)违反刑法中有关经济法内容的规定,实施破坏宏观调控、市场秩序维护以及保护消费者合法权益的行为,并构成犯罪时所受刑事制裁措施。

引例解析

判断有关法律、法规是否属于经济法的范畴,需根据该法律规范是否具有宏观调控、市场主体规制、市场竞争秩序维护和保护消费者合法权益等内容,以及相关法律纠纷当事人之间是否存在经济法律关系等标准来加以综合判断。

结合本例,《国家发展改革委关于推进航空煤油价格市场化改革有关问题的通知》规定:“航空煤油出厂价格每月调整一次,调价时间为每月1日。”涉及我国航空煤油出厂价格形成机制的调整和完善,属于经济法的范畴。

国家工商行政管理总局决定在食品流通许可证经营项目中增设乳制品(含婴幼儿配方乳粉)和乳制品(不含婴幼儿配方乳粉)两个需要行政审批的项目。从2011年4月1日起,凡申请乳制品经营的,必须到工商部门申领相应的“食品流通许可证”。对已从事乳制品经营的,也应在2011年7月底前主动到工商部门申请变更许可项目和经营范围。此规定属于规范市场秩序和保护消费者权益范畴,也属于经济法的范畴。

交通运输部关于《公路超限检测站管理办法》主要是对公路管理部门行政权限的具体规定,属于行政法规范畴,不是经济法规。

由环境保护部、商务部、国家发展改革委、海关总署、国家质量监督检验检疫总局联合发布的《固体废物进口管理办法》对进口固体废物在国外供货、装运前检验、国内收货、口岸检验、海关监管、进口许可、利用企业监管等环节作出了具体规定,属于行政法规的范畴。

交通运输部修订的《集邮市场管理办法》主要规定集邮市场监督管理、集邮票品经营备案



制、集邮票品的进口业务指定经营等既包含集邮市场的管理内容,也包含行政监管的内容。

北京市环保局发布《关于进一步促进本市老旧机动车淘汰更新方案》,通过对淘汰老旧汽车的车主给予政府补助,同时引导汽车生产企业对淘汰并更换新车的车主给予企业奖励的方法,达到治理城市空气污染与保护环境的目的,因此属于地方性经济法律规范的范畴。

主要术语

经济法 宏观调控 市场主体 公平竞争 营业自由 消费者保护 法律责任

复习思考题

- (1) 什么是经济法的渊源? 经济法的渊源主要有哪些?
- (2) 什么是经济法律关系? 其包括哪些构成要素?
- (3) 经济法上的营业自由原则与商法上的营业自由原则有何不同?
- (4) 如何理解经济法宏观调控原则?
- (5) 如何理解经济法律责任的综合性与独立性?

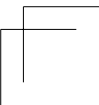
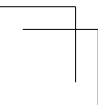
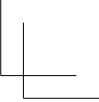
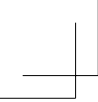


第二篇

宏观经济调控法

宏观经济调控是经济法最重要的内容之一。实施宏观经济调控的经济学上的理由在于现代市场经济条件下存在的市场失灵和政府失灵可能性的存在；而宏观经济调控在法学上的理由则在于对私权的限制、对公权干预市场的规制以及对于宏观经济运行整体健康而有序的追求，其伦理要点则是对社会整体利益的肯定和维护。显然，达到这一目标不能仅靠法律事后的惩戒与救济，而必须在事先有所导引、防范。由此，宏观经济调控法便应运而生，成为现代市场经济各国经济法律制度的重要组成部分。

鉴于经济制度背景和法律传统的不同，以及具体实施宏观调控的目的、方法的差异，各国宏观经济调控法在法的表现形式、法的具体内容以及法的实施等方面都存在着一定差异。但总体来说，宏观经济调控法包括了财政调控法、产业调控法、金融调控法、国有资产调控法、税收调控法以及价格调控法等基本内容。



第二章

财政调控法

学习目标

了解财政的概念及其宏观调控作用；

掌握财政法的基本原则；

了解财政转移支付的特点；

掌握预算权与预算体系；

了解政府采购的法律特征；

掌握国债的性质和法律特征。

引 例

所谓“三公消费”，是指包括公费出国、公车消费和公款吃喝在内的公款消费。根据财政部汇总的数据显示，2010年一年中央单位“三公”经费支出合计94.7亿元，其中公车支出61.69亿元，占“三公”经费的六成以上。国家税务总局2010年“三公”决算总数达21.66亿元，占有所有中央部门“三公”经费总额的两成以上。公务接待费占据国家税务总局2010年“三公”经费的主要部分，达到66 587.15万元。在公费出国方面，商务部2010年因公出国（境）的费用达到5 798.39万元。

面对如此庞大的“三公消费”困境，反映出我国相关财政预算法律制度的哪些不足？



第一节 财政法概述

一、财政的概念和宏观调控作用

1. 财政的概念

财政是指国家为实现社会公共利益、管理国家事务职能的需要,运用公权无偿地参与社会产品的收入与分配,取得、使用和处分公共资源与资产行为的总称。简单地讲,财政就是国家将社会财富“取之于民而用之于民”的过程。

国家依法实施财政行为的目的在于满足社会公共利益的需要和保证政府的正常运转,财政行为的本质是一种实现公权的过程。

2. 财政的宏观调控作用

历史上,财政的主要作用在于维持政府的有效运转,保证国家职能的实现。但在市场经济条件下,财政在宏观调控领域的作用日益突出,主要集中表现在以下几个方面:

(1) 合理配置社会资源。各国政府通过税收、预算、国债、政府采购等财政手段的运用,实现市场经济条件下各类自然资源和社会财富的合理配置,避免因市场失灵所导致的资源和财富的过度集中和浪费。合理配置资源的法律内涵就是保障自然资源和社会财富按照全社会的公共利益进行公平分配。

(2) 公平调节收入分配。财政活动通过收入和分配两个环节实现了社会收入的再分配。在这一过程中,调节收入分配的不是市场竞争规则,而是国家财政活动。财政是一种干预、修正市场分配不足,具有宏观分配调整的作用。

(3) 稳定宏观经济运行。在市场经济条件下,政府为保持宏观经济的稳定健康运行,运用各项财政政策,安排各项社会支出与社会资源分配,进而影响宏观经济的运行,使得财政的宏观调控职能显得尤为突出。

二、财政法与财政关系

财政法是调整财政关系的法律规范的总称。具体来讲,财政法是规定一个国家财政制度的组成结构、确定本国财政运行基本原则的法律规范的总称。

不同于一般民间公司企业以及家庭的财产运作,财政运行具有非常明显的公共色彩和公益属性,各国财政法律都严格规定了财政运行的基本原则和范围。例如,日本《财政法》第4条就规定:“原则上禁止发行公债,但公共事业费用支出以及建设公债的发行不在此列。”同时,为弥补成文法的不足,各国财政法也将财政民主、预算年度独立以及均衡财政等作为财政法的基本原则,以确保财政法的经济法属性。

财政关系是指在财政收支划分、财政收支实施以及财政收支管理和监督过程中形成的社会



关系。具体来讲,首先,财政关系是一种具有经济内容的社会关系,直接体现为社会利益分配关系;其次,财政关系的一方主体必然是政府,这也是财政法具有公法特点的最主要原因;最后,财政关系兼具经济基础与上层建筑双重属性,这一点决定了财政法的调控方法或者实现机制方面的特点。

三、财政法的体系

一般认为,财政法的体系包括以下主要法律部门:

(1) 财政收支划分与转移支付法。财政收支划分与转移支付法是调整中央与地方政府、地方各级国家机关之间在财政收支过程中形成的财政收支管理职权和职责关系,以及财政转移支付过程中形成的权利义务关系的法律规范的总称。

(2) 预算法。预算法是调整预算编制、审批、执行、财政预算的决算以及财政外资金的监管关系的法律规范的总称。

(3) 政府采购法。政府采购法又称为公共采购法,是调整、规范政府进行各类商品和服务采购行为的法律规范的总称。

(4) 国家公债法。国家公债简称国债,是中央政府以国家信用为基础,向社会公众筹集资金而形成的债权债务关系。国家公债法(国债法)是调整国家在国债的发行、流通、转让、使用、偿还和管理等过程中所发生的社会关系的法律规范的总称。

四、财政法的基本原则

1. 财政法定原则

财政法定原则又称为财政法治原则,包括两层含义:首先,国家的财政权(包括财政收入权和财政支出权)的内容、范围等均须由宪法、法律进行规定,即财政权的内容法定;其次,国家独享财政权并依照法律规定的条件、程序行使财政权,从事各项财政活动,即财政权的行使法定,具体表现为财政职权法定、财政收支程序法定、财政收支主体法定以及收支形式法定等。财政法定原则是现代宪政国家文明行宪的前提,也是确保国家财政权与国民财产权有效区别以及平衡二者关系的调节器。

2. 财政分权原则

财政分权原则是指将国家财政权在中央和地方之间以及各部门之间进行有效分散和划分,并在分权的基础上实现对财政权权限的限制,以避免国家财政权对国民财产权的过分干预和影响。财政分权主要包括纵向财政分权和横向财政分权,纵向财政分权主要是指在中央和地方政府之间如何划分财政权,并限定其各自行使的范围;而横向财政分权则是指在同一级国家机关之间对财政权的划分,如财税立法权、预算审批权、国债/地方公债发行权等。^①财政分权原则不仅在单一制国家适用,在实行联邦制的国家也同样适用。

^① 张守文. 财税法疏议[M]. 北京:北京大学出版社,2005:16-17.

资料卡**财政联邦主义**

财政联邦制是源自联邦制国家的一种财政分权制度,是西方学者借用联邦制概念提出的一个经济学概念,是对财政分权理论的一种形象概括。现在,财政联邦制已泛指在不同类型国家(包括单一制、联邦制等)中,各级政府分享财政收入和划分支出的制度体系。财政联邦主义则是一种关于财政联邦制的理论学说,该理论的核心在于强调中央政府与地方政府之间的财政分权,即给予地方政府一定的税收权力和支出责任,并允许地方政府自主决定其预算支出规模与结构。但是传统的财政联邦主义理论并不能完全套用于我国,许多学者认为我国的财政关系属于市场维护型联邦主义。

3. 财政收支平衡原则

财政收支平衡原则不仅仅是一项经济原则,也是一项法律原则。作为法律原则的财政收支平衡原则是指国家通过立法明确在财政年度内国家财政收入与财政支出之间的比率范围,并要求国家在依法从事财政收入和财政支出活动时保持这一比率关系处于法律允许的幅度之内。若财政收支不平衡,则意味着国家财政危机的出现,并将影响政府履行管理国家职责的能力,因此,也有学者将财政收支平衡原则表述为财政安全原则。^①

五、财政法的实现机制

财政对宏观经济的调控并不是一个随意的过程,而是一个有明确目标、方法和程序的能动的法律实践过程。财政法的实现机制就是指如何通过财政法律法规的制定、实施,以达到干预、调控宏观经济目的的具体过程和方法。

1. 财政政策

财政政策是指国家在财政收支和财政管理方面的行动方针以及各类具体措施的总和,是各国实施宏观调控的重要工具。各国确定其财政政策时,主要依据宏观经济指标,通常包括本国就业率(是否充分就业)、物价上涨率(通货膨胀率)、国民经济增长率以及国际收支平衡(外汇储备是否合理)等;此外,确定本国财政政策也需要依据本国民生指标,主要包括社会公平、社会福利、基本人权保障以及社会进步等指标。^②

财政政策可以分为扩张性财政政策、紧缩性财政政策和中性财政政策三种。扩张性财政政策是指通过财政分配活动来增加和刺激社会总需求,从而推动经济增长的政策;紧缩性财政政策是指通过财政分配活动来减少和抑制社会总需求以减缓经济发展的政策;而所谓中性财政政策,则是介于扩张性财政政策和紧缩性财政政策之间的政策。具体的财政政策工具有预算政策、购买支出政策、转移支付政策、税收政策以及国债政策等。

^① 漆多俊. 经济法学[M]. 北京: 高等教育出版社, 2007: 369.

^② 张守文. 经济法学[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 152.



2. 财政立法

财政立法有两方面的含义：一是指各国关于财政方面的法律法规，二是指一国立法机关和授权立法机关依照该国立法程序制定、修改以及废止相关财政法律法规的行为。

通常所说的财政立法，主要是指第一种含义，即各国的财政法律法规。从各国财政立法的内容来看，则包括财政实体法和财政程序法：前者是具体规定财政关系当事人权利和义务的法律规范，后者则是规定如何行使、履行有关权利和义务的具体程序性规范。

财政政策与财政立法之间的关系非常紧密，通常各国均将其长期的、基本的财政政策用立法的形式确定下来，以树立和确保财政政策的权威性和执行效力。因此，财政法可以看做财政政策的法律化，目的是实现作为宏观调控措施的财政政策的法治化。^①

3. 政府财政行为规范

在财政法的实现机制中，仅有财政政策和财政立法并不能确保财政法的宏观经济干预和调控机能的实现，还须有财政政策和财政立法的有效执行机制。鉴于财政政策以及财政立法的执行主要通过该国政府及各级职能部门实现，因此，规范政府的财政行为也就顺理成章地成为有效实施和执行财政政策以及财政立法的关键。例如，2011年8月，美国国会就美国政府提出的提升美国国债上限问题进行讨论。显然，美国国债发行上限的调整涉及美国宏观经济的走势并对国际金融市场产生影响，属于美国政府财政政策的范畴；而参众两院对此问题的争执和妥协，就是根据美国法律对政府财政行为（提高国债上限）的监督和规范。虽然，国际社会对美国国会以及美国政府在国债上限问题的表现非常不满，但仅就美国本国财政法律体系来看，这依然是在合法的范围内实施的一次有效的政府财政行为监管与约束行为。

第二节 财政收支划分与转移支付法

一、财政收支划分

1. 财政收支划分的概念

财政收支划分是指在一个国家内部中央政府和地方政府之间的财政权力分配，是对中央和地方政府财政权力的内容、范围的明确。财政收支划分的主体是中央和地方政府以及政府各级部门；客体是基于税收等途径而依法由国家取得的各类社会财富，直接表现为国家财政收入；财政收支划分的内容就是各项财政权力，主要是指依法确定的中央和地方政府处理国家、地方财政事务时的职能和职权。

2. 财政收支划分的模式

各国财政收支划分基本上呈现以下三种模式：

^① 邱本，经济法研究：宏观调控法研究[M]，下卷，北京：中国人民大学出版社，2008：107。



(1) 集权式。集权式是指由一国中央政府全面集中掌控本国财政收支,地方政府不享有或者较少享有财政权力的财政收支划分模式。集权式模式主要适用于人口较少、地域较小的国家,如新加坡等。此外,在实行高度计划经济的社会主义国家也曾经采用集权式的财政收支划分模式。

(2) 分权式。分权式是指由地方政府享有大部分财政权力,而中央政府仅占有小部分财政权力的财政收支划分模式。分权模式主要适用于实行联邦制的国家。近年来,随着新自由主义理论的盛行,即使是在实行联邦制的国家,也较少见到纯粹的分权模式,而是大多采用复合式。

(3) 复合式。复合式是指国家根据本国社会经济发展实际情况,依据宪法所确立的中央和地方的关系所采用的一种集权与分权相结合的财政收支划分模式。复合式模式一方面限制中央政府财政权力的膨胀(集权式的弊端),另一方面也通过限制地方财政权力来确保全国性的公共事务、事业有稳定的财政保障。目前,采用复合式的国家相对较多,既有采用联邦制的美国、德国等国,也有采用单一制的法国、日本等国。

资料卡

美、德、法、日等国财政收支划分概况

作为典型的联邦制国家,美国财政分为联邦财政、州财政和地方财政三级。其中,联邦财政包括各类关系国民经济和社会发展重大事项,而区域性和地方性社会经济和发展事项主要属于州财政和地方财政。总体来看,目前美国财政属于复合式的财政收支划分模式。

德国也设有联邦、州和地方三级财政。各级财政相对独立,州和地方拥有较为充分的财政权力。不过,随着欧盟经济一体化程度的加大,作为欧盟经济三驾马车之一的德国越来越受到欧洲经济整体的影响,这也在一定程度上加大了德国联邦政府在国内财政收支划分中的分量和压力。

法国采用单一制政体,行政上分为中央、大区、省和市镇四级。财政权力主要由中央和省两级政府享有,整体上属于复合式的财政收支划分模式。在中央和地方财政权力的具体划分上,较为倾向于中央。例如,税源大、收入稳定的税种通常归中央,而零星税种归地方。

日本也是采用单一制的国家,包括中央一级,都(东京都)、道(北海道)、府(大阪府、京都府)和县一级以及市、町、村一级共三级政权形式。日本各级政府的财政权力划分为均衡,各级政府均承担一定的公共事务,尤其是地方政府,整体上属于复合式。

3. 财政收支划分法

财政收支划分法就是关于中央与地方政府以及政府各部门之间财政权力分配的法律规范的总称。在现代立宪国家,财政法的基础便是该国宪法中有关财政的规定,因此,也有学者将财政法纳入宪法和行政法的范畴来进行研究。从目前世界各国财政立法实践来看,各国并未制定专门的财政收支划分法,而是将有关法律规定分别纳入宪法、财政法、预算法等部门法律之中。例如,德国的《财政平衡法》中便规定了纵向的财政平衡与横向的财政平衡,也就是纵向与横向的转移支付制度。在日本,有关财政收支划分的法律则有《宪法》、《财政法》、《地方财政法》、《租



税法》、《会计法》、《预算决算及会计令》以及《国有财产法》等部门法律。

二、我国现行财政收支划分制度

我国施行复合式的财政收支划分制度,1993年12月15日国务院发布《关于实行分税制财政管理体制的决定》(国发〔1993〕85号)决定自1994年起实行分税制改革,并由此确定了我国的财政收支划分制度基础。

1. 按财政级次划分

根据《中华人民共和国预算法》第2条的规定,我国实行一级政府一级预算,一共设五级包括:中央、省、自治区、直辖市,设区的市、自治州,县、自治县、不设区的市、市辖区,乡、民族乡、镇。

2. 按财政收入范围划分

按财政收入范围不同,预算收入分为中央预算收入、地方预算收入以及中央和地方共享收入。

中央预算收入包括中央本级收入和地方上解收入;而地方预算收入包括地方本级收入、中央返还和补助的收入;中央与地方共享收入则是中央和地方按照一定比例共享的收入,如增值税、资源税等。

3. 按财政支出范围划分

按财政支出范围不同,财政支出分为中央预算支出和地方预算支出两部分。

中央预算支出主要包括中央本级支出、中央返还或补助地方支出,其中包括各类有关国家安全、外交、国民经济发展、宏观调控等方面的支出。地方预算支出包括地方本级支出和地方上解支出,其中包括国家地方机关支出、地方基本建设和事业支出等。

三、财政转移支付制度

1. 财政转移支付的含义

财政转移支付又称财政转移支出,是指各级预算主体之间依照法定标准和程序进行的财政资金转移行为,其目的在于均衡各级预算主体间的收支规模。

2. 财政转移支付的类型

根据是否涉外,财政转移支付可以分为国际间的转移支付和国内转移支付两类。前者主要包括对外捐赠、对外提供商品和劳务、向跨国组织交纳会费等。后者,即一般所说的转移支付,则专指一国国内各级预算主体之间的转移支付。国内转移支付主要有中央政府自上而下的纵向财政转移支付,并相应地形成地方收入;同级预算主体之间的横向转移支付;纵向与横向的混合型财政转移支付。

此外,还可以根据转移支付的用途不同,将财政转移支付分为社会保障性转移支付和财政补贴性转移支付等。

3. 财政转移支付的特点

(1) 无偿性。财政转移支付是基于宪法、法律所确立的中央与地方的分权原则,依照中央与地方事权与财权的具体划分,以调整各级预算主体之间财政收入不平衡为目的的资金转移行



为,其本质上是一种强制性的公权行为,具有无偿性的特点。

(2) 计划性。财政转移支付的计划性特征是指长期或者年度财政转移支付须依法提前拟订计划,并根据本国法律规定的财政转移支付审批程序,由有权批准的国家机关依法审批通过,并付诸实施。对于临时性的专项转移支付需要,则可以通过临时授权的方式进行。强调财政转移支付的计划性,实际上是在强调财政转移支付程序上的合法性和规范性,这是因为在财政转移支付的背后,无一例外地都涉及了一国经济发展的均衡性问题,也涉及了该国各地区、各民族、各阶层民众基本生活水准以及收入分配的公平问题。

(3) 公共性。财政转移支付具有鲜明的公共性特点,转移支付的资金主要用于社会保障、区域经济扶持以及市场培育促进等服务于社会公共利益的方面。

4. 财政转移支付立法

我国尚未制定专门的转移支付法,转移支付制度不仅欠缺有效的法律制度保障,更缺乏有效的法律制度约束,呈现出较大的随意性与不确定性。

一般认为,转移支付法律制度应当主要包括以下基本内容:立法宗旨,法律的适用范围,法律的基本原则,转移支付的主体及其权利和义务,转移支付的形式、方式和条件,转移支付数额的确定,转移支付的监督管理,违反法律规定应当承担的法律责任。^①

四、财政收支划分与财政转移支付及其宏观调控机制

1. 财政收支划分与财政转移支付的关系

财政收支划分与财政转移支付都具有公共目的性,也都具有强制性色彩,但二者在资金流向、制度侧重点等方面存在差异。就二者关系而言,一方面,财政收支划分是财政转移支付的前提与基础,没有明确的财政收支划分就难以明晰财政转移支付的主体、条件和范围;另一方面,没有有效的财政转移支付,则难以及时修正财政收支划分的欠缺与不足,二者具有很强的互补性。

2. 财政收支划分与财政转移支付的宏观调控机制

财政收支划分与财政转移支付的宏观调控机制是通过对社会总供给与总需求的调节实现的。以财政收支划分为例,如果增加中央财政收支权利,则意味着地方财政权利的减弱,更多的市场资源与社会收入将集中于中央政府,使得中央政府可以通过控制社会总供给与总需求的方式来干预本国宏观经济运行;相反,如果扩大地方财政收支权利,则有助于地方政府在区域经济发展中充当主导力量。

同理,各级政府也可以通过增加或者减少财政转移支付直接扩大或者减少社会总需求。当宏观经济低迷时,各级政府通过增加、扩大转移支付规模,有效增加社会总需求;而当宏观经济过热时,则通过缩小转移支付的范围和规模来减少社会总需求,从而有效地影响宏观经济的运行。2008年金融海啸爆发后,我国台湾地区、香港特别行政区以及内地部分省市直接向居民派发消费券的做法,实际上就是一种转移支付措施,其目的就是通过扩大需求的方法来实现宏观经济的复苏。

^① 张守文. 经济法学[M]. 北京:中国人民大学出版社,2008:177.



第三节 预 算 法

一、预算与预算法概述

1. 预算

预算又称政府预算、国家预算或者公共预算,主要有两个层面的含义:实质意义上的预算是指一国政府编列、计划、安排每一预算年度内政府财政收支的政府行为,形式意义上的预算是指一国政府编制的每一预算年度内财政收入、支出的估算表格。预算虽然由政府负责编制、执行,但其最终作用在于实现社会公共财富的合理安排,并以服务于社会全体成员为目的,因此,强调预算的公共属性殊为必要。

从经济学角度来看,预算本质上是一种“在两个时期内的支出选择”。从法学角度来看,预算编列、计划、安排等行为属于一种政府行为;而国会或者预算审核批准机关通过、批准政府预算,就是对政府预算行为以及预算内容合法性的确认。就形式而言,凡已通过审批的预算文稿也就成为了具有法律约束力的法律文件。

2. 预算法

预算法是调整预算关系的法律规范的总称。所谓预算关系,就是国家在进行预算资金的筹集、分配、使用和管理过程中所发生的各类社会关系。

1994年3月22日第八届全国人民代表大会第二次会议通过《中华人民共和国预算法》(以下简称《预算法》),2014年8月31日根据第十二届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改〈中华人民共和国预算法〉的决定》第一次修正,2018年12月29日根据第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议《关于修改〈中华人民共和国产品质量法〉等五部法律的决定》第二次修正,1995年11月22日国务院发布了《中华人民共和国预算法实施条例》,这两部法律法规构成了我国预算法律制度的基本制度框架。

二、预算体系

1. 预算体系的概念

预算体系是对应一国政府层级结构而形成的多级预算组织系统。一般而言,各国均实行一级政府一级预算的预算体系构筑原则,由于中央和各级地方政府的存在,也就相应地形成了预算体系问题。预算体系的存在不仅与各预算主体的地位、权责划分以及预算行为的效力等密切相关,而且预算体系也是国家实现宏观调控的主要渠道。

2. 我国的预算体系

我国实行一级政府一级预算,设立了中央,省、自治区、直辖市,设区的市、自治州,县、自治县、不设区的市、市辖区,乡、民族乡、镇五级预算。从而形成了包括中央政府预算(以下简称中



央预算)、地方政府预算(以下简称地方预算)、各部门预算和单位预算在内的预算体系。

其中,中央预算由中央各部门(含直属单位,下同)的预算组成。中央预算包括地方向中央上解的收入数额和中央对地方返还或者给予补助的数额。地方预算由各省、自治区、直辖市总预算组成。地方各级总预算由本级政府预算(以下简称本级预算)和汇总的下一级总预算组成。下一级只有本级预算的,下一级总预算即指下一级的本级预算;没有下一级预算的,总预算即指本级预算。地方各级政府预算由本级各部门(含直属单位,下同)的预算组成。地方各级政府预算包括下级政府向上级政府上解的收入数额和上级政府对下级政府返还或者给予补助的数额。各部门预算由本部门所属各单位预算组成。单位预算是指列入部门预算的国家机关、社会团体和其他单位的收支预算。

三、预算权

(一) 预算权的概念

预算权是预算管理职权的简称,包括预算的编制权、审批权、执行权、调整权等。

预算权是一项宪法性权力,涉及中央与地方行政权力的分配,也涉及国家和地方经济发展的基本面。一般来讲,预算权不能高度集中于中央政府,否则势必导致宏观经济呈现更多的计划经济色彩。反之,预算权的过度分散也会削弱中央政府对宏观经济的干预,为此各国法律都通过预算立法对中央和地方以及各政府部门之间的预算权力进行必要的划分和配置。

(二) 我国预算权的分配

预算权的分配分为横向分配和纵向分配两个方面。预算权的横向分配是指预算权在同级国家机关之间的分配,预算权的纵向分配则是指预算权在不同层级的国家机关之间的分配。

1. 全国人民代表大会及其常委会的预算权

(1) 全国人民代表大会(以下简称全国人大)的预算权包括:预算审查权,全国人大有权审查中央和地方预算草案及中央和地方预算执行情况的报告;预算批准权,全国人大有权批准中央预算和中央预算执行情况的报告;预算变更撤销权,全国人大有权改变或者撤销全国人民代表大会常务委员会(以下简称全国人大常委会)关于预算、决算的不适当的决议。

(2) 全国人大常委会的预算权包括:预算执行监督权,全国人大常委会有权监督中央和地方预算的执行;预算审批权,全国人大常委会有权审查和批准中央预算的调整方案,有权审查和批准中央决算;预算撤销权,全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的关于预算与决算的行政法规、决定和命令,撤销省、自治区、直辖市人民代表大会及其常务委员会制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的关于预算与决算的地方性法规和决议。

2. 地方各级人民代表大会及其常委会的预算权

(1) 在我国,县级以上地方各级人民代表大会(以下简称地方人大)的预算权包括:审查权,地方人大有权审查本级总预算草案及本级总预算执行情况的报告;批准权,地方人大有权批准本级预算和本级预算执行情况的报告;变更撤销权,地方人大有权改变或者撤销本级人民代表大会常务委员会关于预算、决算的不适当的决议,撤销本级政府关于预算、决算的不适当的决定和命令。

(2) 县级以上地方各级人民代表大会常务委员会(以下简称地方人大常委会)享有下列预算权:监督权,地方人大常委会有权监督本级总预算的执行;审批权,地方人大常委会有权审查和批准本级预算的调整方案,审查和批准本级政府决算;撤销权,地方人大常委会有权撤销本



级政府和下一级人民代表大会及其常务委员会关于预算、决算的不适当的决定、命令和决议。

(3) 设立预算的乡、民族乡、镇的人民代表大会的预算权包括：审批权，即审查和批准本级预算和本级预算执行情况的报告，审查和批准本级预算的调整方案，审查和批准本级决算；监督权，监督本级预算的执行；撤销权，即有权撤销本级政府关于预算、决算的不适当的决定和命令。

3. 国务院的预算权

根据《预算法》的规定，国务院享有以下预算权：

(1) 预算编制权。国务院负责编制中央预算、决算草案，编制中央预算调整方案。

(2) 预算报告权。预算报告权既是国务院的一项预算权利，同时也是其预算义务。具体来讲，国务院有权向全国人大作关于中央和地方预算草案的报告，将省、自治区、直辖市政府报送备案的预算汇总后报全国人大常委会备案；同时，国务院须向全国人大、全国人大常委会报告中央和地方预算的执行情况。

(3) 预算执行权。组织中央和地方预算的执行，包括决定中央预算预备费的动用。

(4) 预算执行监督权。监督中央各部门和地方政府的预算执行。

(5) 预算变更撤销权。国务院有权改变或者撤销中央各部门和地方政府关于预算、决算的不适当的决定、命令。

4. 地方各级政府的预算权

(1) 县级以上地方各级政府享有以下预算权：本级预算编制权，即编制本级预算、决算草案，编制本级预算的调整方案；报告权，包括向本级人民代表大会作关于本级总预算草案的报告，将下一级政府报送备案的预算汇总后报本级人民代表大会常务委员会备案，向本级人民代表大会、本级人民代表大会常务委员会报告本级总预算的执行情况；执行权，有权组织本级总预算的执行，以及决定本级预算预备费的动用；监督权，有权监督本级各部门和下级政府的预算执行；变更撤销权，即有权改变或者撤销本级各部门和下级政府关于预算、决算的不适当的决定、命令。

(2) 乡、民族乡、镇政府享有以下预算权：本级预算编制权，即有权编制本级预算、决算草案，编制本级预算的调整方案；报告权，向本级人民代表大会作关于本级预算草案的报告，向本级人民代表大会报告本级预算的执行情况；执行权，即组织本级预算的执行，决定本级预算预备费的动用。

5. 国务院财政部门的预算权

国务院财政部门的预算权包括：编制权，即具体编制中央预算、决算草案，具体编制中央预算的调整方案；执行权，具体组织中央和地方预算的执行；建议报告权，提出中央预算预备费动用方案，定期向国务院报告中央和地方预算的执行情况。

6. 地方各级政府财政部门的预算权

地方各级政府财政部门的预算权包括：编制权，具体编制本级预算、决算草案，具体编制本级预算的调整方案；执行权，具体组织本级总预算的执行；提案报告权，提出本级预算预备费动用方案，定期向本级政府和上一级政府财政部门报告本级总预算的执行情况。

7. 各部门、各单位的预算权

各部门、各单位的预算权包括：编制权，编制本部门预算、决算草案；执行权，组织和监督本部门预算的执行；报告权，定期向本级政府财政部门报告预算的执行情况。



四、预算收入与预算支出

各国预算均由预算收入和预算支出组成。

（一）预算收入

1. 预算收入的概念和种类

预算收入是指由国家在预算年度内依法筹集的货币资金。在我国，预算收入分为中央预算收入、地方预算收入、中央和地方预算共享收入三类。中央预算收入，是指纳入中央预算、地方不参与分享的资金收入，典型的有各类中央税，如消费税、中央企业所得税、关税、海关代征的增值税等；地方预算收入，是指纳入地方预算、中央不参与分享的资金收入，典型的有个人所得税、土地使用税、车船税、房产税、契税以及土地增值税等各种地方税；中央和地方预算共享收入，是指由中央预算和地方预算按照一定标准和比例分享同一税种的收入，主要包括增值税、资源税、证券交易税等。

2. 预算收入的范围

根据《预算法》第 27 条规定：一般公共预算收入包括各项税收收入、行政事业性收费收入、国有资源（资产）有偿使用收入、转移性收入和其他收入。

预算收入应当统筹安排使用；确需设立专用基金项目的，须经国务院批准。

（二）预算支出

1. 预算支出的概念和种类

预算支出是指由国家在预算年度内对预算收入的再分配过程。预算支出划分为中央预算支出和地方预算支出。中央预算与地方预算有关收入和支出项目的划分、地方向中央上解收入、中央对地方返还或者给予补助的具体办法，由国务院规定，报全国人民代表大会常务委员会备案。

2. 预算支出的范围

一般公共预算支出按照其功能分类，包括一般公共服务支出，外交、公共安全、国防支出，农业、环境保护支出，教育、科技、文化、卫生、体育支出，社会保障及就业支出和其他支出。

一般公共预算支出按照其经济性质分类，包括工资福利支出、商品和服务支出、资本性支出和其他支出。

五、预算程序

（一）预算编制及编制原则

1. 预算编制

预算编制是指享有预算编制权的主体依法制订预算收支计划（预算草案）的行为。预算计划或预算草案未经审查批准，不具有法律效力。

2. 预算编制原则

编制预算应当遵循以下原则：

（1）复式预算原则，中央预算和地方各级政府预算按照复式预算编制。所谓复式预算，是指财政公共收支计划（经常性预算和建设性预算）通过两个或者两个以上的收支平衡表加以反映



的预算方式。

(2) 预算平衡原则,即中央政府公共预算不列赤字;同样,地方各级预算也须按照量入为出、收支平衡的原则编制,不列赤字。

(3) 真实合理原则,各级预算收入的编制应当真实反映国民生产总值的增长水平,按照规定必须列入预算的收入,不得隐瞒、少列,也不得将上年的非正常收入作为编制预算收入的依据。同时,各级预算支出的编制应当遵循厉行节约、勤俭建国、统筹兼顾、确保重点的方针,在保证政府公共支出合理需要的前提下,妥善安排其他各类预算支出。

(4) 公益统筹原则,即中央预算和有关地方政府预算中安排必要的资金,用于扶助经济不发达的民族自治地方,革命老根据地,边远、贫困地区发展经济文化建设事业。同时,各级政府预算应当按照本级政府预算支出额的1%~3%设置预备费,用于当年预算执行中的自然灾害救灾开支及其他难以预见的特殊开支。

(二) 预算的审批与备案

1. 预算的审批

预算审批是指预算的审查和批准行为。预算审批的通过,意味着预算草案具备法律效力,并由国家公权力保障实施;同时,经本级人民代表大会批准的预算,非经法定程序不得改变。

其中,中央预算由全国人民代表大会审查和批准,地方各级政府预算由本级人民代表大会审查和批准。

2. 预算的备案

乡、民族乡、镇政府应当及时将经本级人民代表大会批准的本级预算报上一级政府备案。县级以上地方各级政府应当及时将经本级人民代表大会批准的本级预算及下一级政府报送备案的预算汇总,报上一级政府备案。县级以上地方各级政府将下一级政府依照规定报送备案的预算汇总后,报本级人民代表大会常务委员会备案。国务院将省、自治区、直辖市政府依照规定报送备案的预算汇总后,报全国人民代表大会常务委员会备案。

国务院和县级以上地方各级政府对下一级政府报送备案的预算,认为有同法律、行政法规相抵触或者有其他不适当之处,需要撤销批准预算的决议的,应当提请本级人民代表大会常务委员会审议决定。

(三) 预算执行与调整

1. 预算执行

预算执行是指各级政府按照依法通过的各级预算实施的收取预算收入、分配预算支出的具体行政行为。各级预算由本级政府组织执行,具体工作由本级政府财政部门负责。

预算收入征收部门必须依照法律、行政法规的规定,及时、足额征收应征的预算收入,不得违反法律、行政法规规定,擅自减征、免征或者缓征应征的预算收入,不得截留、占用或者挪用预算收入。同时,有预算收入上缴任务的部门和单位必须依照法律、行政法规和国务院财政部门的规定,将应当上缴的预算资金及时、足额地上缴国家金库(以下简称国库),不得截留、占用、挪用或者拖欠。

各级政府财政部门必须依照法律、行政法规和国务院财政部门的规定,及时、足额地拨付预算支出资金,加强对预算支出的管理和监督。各级政府、各部门、各单位的支出必须按照预算执行。



2. 预算执行与国库

国库是办理预算资金收入、划分、支付的专门机构,也是预算执行的中介机构,预算的收入和支付均须通过国库进行。按照《预算法》第 59 条的规定,县级以上各级预算必须设立国库;具备条件的乡、民族乡、镇也应当设立国库。中央国库业务由中国人民银行经理,地方国库业务依照国务院的有关规定办理。

3. 预算调整

预算调整是指经全国人民代表大会批准的中央预算和经地方各级人民代表大会批准的本级预算,在执行中因特殊情况需要增加支出或者减少收入,使原批准的收支平衡的预算的总支出超过总收入,或者使原批准的预算中举借债务的数额增加的部分变更。

各级政府对于必须进行的预算调整,应当编制预算调整方案。中央预算的调整方案必须提请全国人民代表大会常务委员会审查和批准,县级以上地方各级政府预算的调整方案必须提请本级人民代表大会常务委员会审查和批准,乡、民族乡、镇政府预算的调整方案必须提请本级人民代表大会审查和批准。未经批准,不得调整预算。

在预算执行中,因上级政府返还或者给予补助而引起的预算收支变化,不属于预算调整。

(四) 决算

决算是预算主体对本年度预算收支执行情况的会计总结,在形式上通常表现为年度会计报告。决算过程主要包括决算草案的编制、审核与批准三个阶段。

1. 决算草案的编制

决算草案由各级政府、各部门、各单位在每一预算年度终了后按照国务院规定的时间编制。编制决算草案,必须符合法律、行政法规的规定,做到收支数额准确、内容完整、报送及时。

2. 决算草案的审核

决算草案的审核是指各级政府财政部门对本级各部门决算草案的审查复核行为。各部门对所属各单位的决算草案,应当审核并汇总编制本部门的决算草案,在规定的期限内报本级政府财政部门审核。同时,各级政府财政部门对本级各部门决算草案审核后发现有不符合法律、行政法规规定的,有权予以纠正。

3. 决算草案的批准

国家权力机关——各级人民代表大会享有结算批准权。具体来讲,国务院财政部门编制中央决算草案,报国务院审定后,由国务院提请全国人民代表大会常务委员会审查和批准。县级以上地方各级政府财政部门编制本级决算草案,报本级政府审定后,由本级政府提请本级人民代表大会常务委员会审查和批准。乡、民族乡、镇政府编制本级决算草案,提请本级人民代表大会审查和批准。

决算草案获得批准后,即意味着决算草案所列各项资金收支使用状况获得各级国家权力机关的认可,成为一项法律事实;同时,整个预算执行过程符合法律规定,具有法律上的合法性。

六、违反预算法的法律责任

1. 预算法律责任的概念

违反预算法的法律责任是指预算主体因违反预算法的规定所应承担的法律后果。从广义



角度分析,预算违法行为不仅可能造成他人民事财产权利的损害,也可能导致行政侵权后果的发生,相应地预算法律责任也应当包括民事责任、行政责任以及刑事责任等多种形式。但就《预算法》来看,主要规定了违反《预算法》的行政责任。

2. 预算法律责任类型

1) 各级政府及有关部门有下列行为之一的,责令改正,对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员追究行政责任:

(1) 未依照本法规定,编制、报送预算草案、预算调整方案、决算草案和部门预算、决算以及批复预算、决算的。

(2) 违反本法规定,进行预算调整的。

(3) 未依照本法规定对有关预算事项进行公开和说明的。

(4) 违反规定设立政府性基金项目和其他财政收入项目的。

(5) 违反法律、法规规定使用预算预备费、预算周转金、预算稳定调节基金、超收收入的。

(6) 违反本法规定开设财政专户的。

2) 各级政府及有关部门、单位有下列行为之一的,责令改正,对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员依法给予降级、撤职、开除的处分:

(1) 未将所有政府收入和支出列入预算或者虚列收入和支出的。

(2) 违反法律、行政法规的规定,多征、提前征收或者减征、免征、缓征应征预算收入的。

(3) 截留、占用、挪用或者拖欠应当上缴国库的预算收入的。

(4) 违反本法规定,改变预算支出用途的。

(5) 擅自改变上级政府专项转移支付资金用途的。

(6) 违反本法规定拨付预算支出资金,办理预算收入收纳、划分、留解、退付,或者违反本法规定冻结、动用国库库款或者以其他方式支配已入国库库款的。

3) 各级政府、各部门、各单位违反本法规定举借债务或者为他人债务提供担保,或者挪用重点支出资金,或者在预算之外及超预算标准建设楼堂馆所的,责令改正,对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员给予撤职、开除的处分。

4) 各级政府有关部门、单位及其工作人员有下列行为之一的,责令改正,追回骗取、使用的资金,有违法所得的没收违法所得,对单位给予警告或者通报批评;对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分:

(1) 违反法律、法规的规定,改变预算收入上缴方式的。

(2) 以虚报、冒领等手段骗取预算资金的。

(3) 违反规定扩大开支范围、提高开支标准的。

(4) 其他违反财政管理规定的行为。

5) 《预算法》第92条、第93条、第94条、第95条所列违法行为,其他法律对其处理、处罚另有规定的,依照其规定。

违反《预算法》规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

七、预算法的经济法意义

预算法在一国宏观经济调控中的作用不言而喻,作为经济法中宏观调控法的重要组成部分,预算法在以下层面上丰富和深化了经济法的理论和实践意义。



1. 预算法对政府宏观干预行为正当性的肯定

预算法的存在表明无论在市场经济国家还是在计划经济国家,政府对于宏观经济的干预殊为必要。各国虽对政府干预市场的深度和广度理解不一,但都通过预算法的制定和实施明确了政府通过预算编制、预算执行以及结算行为对宏观经济进行的一种全面、系统、有计划地干预行为的正当性,从根本上消除了自由竞争与政府干预在一国宏观经济运行中的二元对立关系,而确立了自由竞争与政府干预几乎同样的基础性制度作用。

2. 预算法对政府宏观干预行为的约束和限制

预算法所规定的预算原则、预算收支范围以及严格的预算程序,在赋予预算主体以各项预算权力的同时,也对其权力的行使有着明确而严格的限制性规定。这不仅是因为预算权在微观层面多呈现为各类具有公权性质的行政权力,必须加以限制以防行政权力的滥用;还因为预算权的分配更是表现在各级政府之间、政府机关之间的公权配置,若不对其加以限制约束,势必造成中央与地方之间以及政府各部门之间的权力争夺,进而从整体上削弱了预算法的宏观干预功能。

3. 预算法对宏观经济的事先导引和基础规范

显然,经济法的宏观干预渠道并不仅限于预算编制、预算执行以及结算等这一唯一渠道,但预算法在宏观经济干预诸法中具有明显的事先导引和基础规范的作用也是不争的事实。首先,预算都是按照预算年度提前编制,反映了政府对宏观经济走势的基本判断和预期;其次,预算收支所涵盖的范围大多属于宏观经济的基础性领域,对宏观经济的发展有着基础性的规范作用。因此,将预算法看做宏观经济调控法中的基本法律并不为过。

第四节 政府采购法

一、政府采购及其法律特征

(一) 政府采购的概念及其立法

政府采购是指政府为了公共目的,按照法定程序和方式购入物资商品、工程服务的行为,具体包括购买、租赁、委托、雇用等。根据《中华人民共和国政府采购法》第2条第2款的规定:“本法所称政府采购,是指各级国家机关、事业单位和团体组织,使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。”

政府采购行为形式上是以平等市场主体身份实施的市场交易行为,但其采购行为的目的、形式以及程序等,都受到各国政府采购法律制度的严格限制。简单来讲,政府采购法是规范在政府采购过程中发生的各种社会关系的法律规范的总称。我国现行的政府采购法律是由中华人民共和国第九届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议于2002年6月29日通过,并根据2014年8月31日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改〈中华人民共和国保险法〉等五部法律的决定》修正的《中华人民共和国政府采购法》(以下简称《政府采购法》)。



（二）政府采购的法律特征

1. 政府采购目的的公益性

政府采购目的的公益性是指政府采购应当有助于实现国家的经济和社会发展政策目标,包括保护环境、扶持不发达地区和少数民族地区、促进中小企业发展等。

政府采购不同于私人采购,私人采购的目的大多用于满足个人的直接消费或者投资,而政府采购的物资商品虽同样用于消费或投资,但这种消费或者投资的目的在于实现某种公共利益的需要。例如,政府采购帐篷、医疗用品用于救灾应急等救援行动。决定政府采购目的的公益性特点的根本原因在于政府采购系运用国家公帑,即动用财政性资金的采购行为,自然应将采购的目的限定于公益目的之内。

2. 政府采购主体的确定性

政府采购主体又称政府采购当事人,是指在政府采购活动中享有权利和承担义务的各类主体,包括采购人、供应商和采购代理机构等。其中,采购人是指依法进行政府采购的国家机关、事业单位、团体组织;供应商是指向采购人提供货物、工程或者服务的法人、其他组织或者自然人;采购代理机构是指集中采购机构,集中采购机构是非营利事业法人根据采购人的委托办理采购事宜。在我国,设区的市、自治州以上人民政府根据本级政府采购项目组织集中采购的需要设立集中采购机构。

在政府采购活动中,法律对什么单位、符合哪些条件才能成为政府采购主体都有着明确的限制性规定,从而使得政府采购主体具有确定性特征。

3. 政府采购范围的限定性

笼统地看,政府采购标的物的范围包括货物、工程和服务三大类。其中,“货物”是指各种形态和种类的有形物品,包括原材料、燃料、设备、产品等;“工程”是指建设工程,包括建筑物和构筑物的新建、改建、扩建、装修、拆除、修缮等;而“服务”是指除货物和工程以外的其他政府采购对象,如各类劳务等。

政府采购范围的限定性是指政府采购标的物的范围应以国家依法制定的集中采购目录以内,或者采购限额标准以上的货物、工程和服务为限。显然,若仅以货物、工程和服务来概括政府采购的范围,则无从体现政府采购范围的限定性特征。因此,通过制定政府集中采购目录的方法,将政府采购的范围加以必要限定便成为一种必然。具体政府集中采购目录和采购限额标准的制定,应依照《政府采购法》所赋予的权限而定。

4. 政府采购方式、程序的规范性

就政府采购方式而言,《政府采购法》明确规定了政府采购应采用公开招标、邀请招标、竞争性谈判、单一来源采购、询价以及国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式之一。其中,应以公开招标作为政府采购的主要采购方式。

就政府采购程序而言,凡政府采购,都应当依法订立书面政府采购合同,并按照《政府采购法》、《中华人民共和国招标投标法》、《合同法》所规定的合同订立程序完成合同的订立过程。



二、政府采购当事人

（一）采购人

1. 采购人的含义

采购人是指依法进行政府采购的国家机关、事业单位、团体组织。

2. 采购人的采购方式

（1）委托集中采购机构代理采购。采购人采购纳入集中采购目录的政府采购项目，必须委托集中采购机构代理采购；采购未纳入集中采购目录的政府采购项目，可以委托集中采购机构在委托的范围内代理采购。此外，纳入集中采购目录属于通用的政府采购项目的，应当委托集中采购机构代理采购。

（2）自行采购。采购未纳入集中采购目录的政府采购项目可以自行采购。此外，纳入集中采购目录属于本单位有特殊要求的项目，经省级以上人民政府批准，可以自行采购。

（3）部门集中采购。纳入集中采购目录属于本部门、本系统有特殊要求的项目，应当实行部门集中采购。

3. 采购人的权利

（1）选择权。采购人可以委托经国务院有关部门或者省级人民政府有关部门认定资格的采购代理机构，在委托的范围内办理政府采购事宜。采购人有权自行选择采购代理机构，任何单位和个人不得以任何方式为采购人指定采购代理机构。

（2）审查权。采购人可以要求参加政府采购的供应商提供有关资质证明文件和业绩情况，并根据法律规定的供应商条件和采购项目对供应商的特定要求，对供应商的资格进行审查。但采购人不得以不合理的条件对供应商实行差别待遇或者歧视待遇。

（3）缔约权。采购人依法委托采购代理机构办理采购事宜的，应当由采购人与采购代理机构签订委托代理协议，依法确定委托代理的事项，约定双方的权利义务。

（二）集中采购机构

集中采购机构是以非营利为目的的事业法人，根据采购人的委托办理采购事宜，其法律性质为采购代理机构。在我国，设区的市、自治州以上人民政府根据本级政府采购项目组织集中采购的需要设立集中采购机构。

集中采购机构的非营利性特点决定了其进行政府采购活动应当按照采购价格低于市场平均价格、采购效率更高、采购质量优良和服务良好的要求，购入货物、工程和服务。

（三）供应商

1. 供应商的含义

供应商是指向采购人提供货物、工程或者服务的法人，其他组织或者自然人。

2. 供应商的资格

供应商参加政府采购活动应当具备下列条件：

- （1）具有独立承担民事责任的能力。
- （2）具有良好的商业信誉和健全的财务会计制度。
- （3）具有履行合同所必需的设备和专业技术能力。



- (4) 有依法缴纳税收和社会保障资金的良好记录。
- (5) 参加政府采购活动前三年内,在经营活动中没有重大违法记录。
- (6) 法律、行政法规规定的其他条件。

3. 联合供应商

所谓联合供应商,是指两个以上的自然人、法人或者其他组织可以组成一个联合体,以一个供应商的身份共同参加政府采购。

以联合体形式进行政府采购的,参加联合体的供应商均应当具备法律规定的供应商条件,并应当向采购人提交联合协议,载明联合体各方承担的工作和义务。联合体各方应当共同与采购人签订采购合同,就采购合同约定的事项对采购人承担连带责任。

三、政府采购合同

1. 政府采购合同的概念

政府采购合同是约定采购人与供应商之间在政府采购过程中各自权利义务关系的书面协议。

采购人和供应商缔结政府采购合同应当遵循平等、自愿的缔约原则。采购人可以委托采购代理机构代表其与供应商签订政府采购合同,但应当同时提交采购人的授权委托书,作为合同附件。

2. 政府采购合同的签订和备案

采购人与中标、成交供应商应当在中标、成交通知书发出之日起 30 日内,按照采购文件确定的事项签订政府采购合同。

中标、成交通知书对采购人和中标、成交供应商均具有法律效力。中标、成交通知书发出后,采购人改变中标、成交结果的,或者中标、成交供应商放弃中标、成交项目的,应当依法承担法律责任。

政府采购项目的采购合同自签订之日起 7 个工作日内,采购人应当将合同副本报同级政府采购监督管理部门和有关部门备案。

3. 政府采购合同的履行

(1) 分包履行。经采购人同意,中标、成交供应商可以依法采取分包方式履行合同。政府采购合同分包履行的,中标、成交供应商就采购项目和分包项目向采购人负责,分包供应商就分包项目承担责任。

(2) 补充合同。政府采购合同履行中,采购人需追加与合同标的相同的货物、工程或者服务的,在不改变合同其他条款的前提下,可以与供应商协商签订补充合同,但所有补充合同的采购金额不得超过原合同采购金额的 10%。

(3) 政府采购合同的变更、中止和终止。政府采购合同的双方当事人不得擅自变更、中止或者终止合同。政府采购合同继续履行将损害国家利益和社会公共利益的,双方当事人应当变更、中止或者终止合同。有过错的一方应当承担赔偿责任,双方都有过错的,各自承担相应的责任。

四、政府采购程序

(一) 编制政府采购项目及资金预算

负有编制部门预算职责的部门在编制下一财政年度部门预算时,应当将该财政年度政府采购的项目及资金预算列出,报本级财政部门汇总。部门预算的审批,按预算管理权限和程序进行。



（二）确定政府采购方式

1. 邀请招标方式采购

货物或者服务项目采取邀请招标方式采购的，采购人应当从符合相应资格条件的供应商中，通过随机方式选择三家以上的供应商，并向其发出投标邀请书。

2. 招标方式采购

货物和服务项目实行招标方式采购的，自招标文件发出之日起至投标人提交投标文件截止之日止，不得少于 20 日。

在招标采购中，出现下列情形之一的，应予废标：符合专业条件的供应商或者对招标文件作实质响应的供应商不足三家的；出现影响采购公正的违法、违规行为的；投标人的报价均超过了采购预算，采购人不能支付的；因重大变故，采购任务取消的。

废标后，采购人应当将废标理由通知所有投标人。废标后，除采购任务取消情形外，应当重新组织招标；需要采取其他方式采购的，应当在采购活动开始前获得设区的市、自治州以上人民政府采购监督管理部门或者政府有关部门批准。

3. 竞争性谈判方式采购

采用竞争性谈判方式采购的，应当遵循下列程序：

（1）成立谈判小组。谈判小组由采购人的代表和有关专家共三人以上的单数组成，其中专家的人数不得少于成员总数的三分之二。

（2）制定谈判文件。谈判文件应当明确谈判程序、谈判内容、合同草案的条款以及评定成交的标准等事项。

（3）确定邀请参加谈判的供应商名单。谈判小组从符合相应资格条件的供应商名单中确定不少于三家的供应商参加谈判，并向其提供谈判文件。

（4）谈判。谈判小组所有成员集中与单一供应商分别进行谈判。在谈判中，谈判的任何一方不得透露与谈判有关的其他供应商的技术资料、价格和其他信息。谈判文件有实质性变动的，谈判小组应当以书面形式通知所有参加谈判的供应商。

（5）确定成交供应商。谈判结束后，谈判小组应当要求所有参加谈判的供应商在规定时间内进行最后报价，采购人从谈判小组提出的成交候选人中根据符合采购需求、质量和服务相等且报价最低的原则确定成交供应商，并将结果通知所有参加谈判的未成交的供应商。

4. 单一来源方式采购

采取单一来源方式采购的，采购人与供应商应当在保证采购项目质量和双方商定合理价格的基础上进行采购。

5. 询价方式采购

采取询价方式采购的，应当遵循下列程序：

（1）成立询价小组。询价小组由采购人的代表和有关专家共三人以上的单数组成，其中专家的人数不得少于成员总数的三分之二。询价小组应当对采购项目的价格构成和评定成交的标准等事项作出规定。

（2）确定被询价的供应商名单。询价小组根据采购需求，从符合相应资格条件的供应商名单中确定不少于三家的供应商，并向其发出询价通知书让其报价。



(3) 询价。询价小组要求被询价的供应商一次报出不得更改的价格。

(4) 确定成交供应商。采购人根据符合采购需求、质量和服务相等且报价最低的原则确定成交供应商,并将结果通知所有被询价的未成交的供应商。

(三) 履约验收

采购人或者其委托的采购代理机构应当组织对供应商履约的验收。大型或者复杂的政府采购项目,应当邀请国家认可的质量检测机构参加验收工作。验收方成员应当在验收书上签字,并承担相应的法律责任。

(四) 保存采购文件

采购人、采购代理机构对政府采购项目每项采购活动的采购文件应当妥善保存,不得伪造、变造、隐匿或者销毁。采购文件的保存期限为从采购结束之日起至少保存十五年。采购文件包括采购活动记录^①、采购预算、招标文件、投标文件、评标标准、评估报告、定标文件、合同文本、验收证明、质疑答复、投诉处理决定及其他有关文件、资料。

五、政府采购法律制度与政府宏观调控职能的实现

从微观角度审视,政府采购法律制度存在的目的在于解决和规范财政支出行为的规范性问题,以具体约束和避免各级政府采购人滥用政府采购权的可能。

从宏观角度来看,政府采购法律制度实际上也构成对政府宏观调控职能的保护与制约。一方面,政府采购法律赋予政府运用庞大的资金,采购本国产品和服务,从而形成对本国供应商和相关产业的扶持的权力。例如,《政府采购法》第10条第1款明确规定:“政府采购应当采购本国货物、工程和服务。”同时,各国通过政府采购目录范围的限制,集中扶持符合国家宏观经济发展目标以及涉及本国社会公共利益的产业。另一方面,政府采购法制的存在也在某种程度上对于市场的自由竞争产生了影响,尤其是对外国产品、外国企业在本国的发展产生阻碍,也容易成为实施贸易保护主义的工具。

第五节 国 债 法

一、国债概述

(一) 国债的概念和性质

1. 国债的概念

国家公债简称国债,是指以国家信用为基础、由中央政府发行的,到期偿还本金及利息的政

^① 采购活动记录至少应当包括下列内容:采购项目类别、名称;采购项目预算、资金构成和合同价格;采购方式,采用公开招标以外的采购方式的,应当载明原因;邀请和选择供应商的条件及原因;评标标准及确定中标人的原因;废标的原因;采用招标以外采购方式的相应记载。



府债券。通俗地讲,就是国家向本国民众或者外国政府、国际金融机构借钱。

同其他债券相同,国债在发行后可以在市场上买卖,其价格也随着国债行情的变化而有所不同。通常来看,国债的价格及其利率往往能够反映出国债发行国的社会、政治、经济现状和基本走势,具有很强的市场指示作用,因此,发行国债可以有效地配置社会资源、完善金融市场机制;可以弥补中央政府财政赤字、调剂国库资金周转、平衡政府财政收支,为一国重要的财政政策工具;同时,发行国债还可以调节社会需求、调控宏观经济健康稳定的运行,国债已经成为主要的宏观经济调控手段。

2. 国债的性质

国债的性质是指国债在法律上的本质属性,即从法律权利义务角度所看到的国债的基本权利义务属性。就法律本质属性而言,国债是以国家为债务人的特殊的金钱债权债务。在这一债权债务法律关系中,法律关系的主体包括债务人、债权人,其中债务人为国家及其代表机构,如财政部,债权人则是国债的投资者或者称购买者;国债法律关系的客体是特定的金钱债权债务。

由于国债具有连接财政政策与货币政策的功能,同时债务人为一国中央政府,围绕着国债发行交易以及偿付之外,还存在大量的国债管理、调控行为,所以很难仅仅以债权债务关系来看待国债的法律本质。因此,除国债在法律上的本质属性外,还必须看到国债在法律上的衍生属性——财政调控手段属性。一方面,国债体现了一种平等的债权债务关系,另一方面,国债又可以成为政府实施财政调控的手段,这两个方面的属性共同构成了国债的双重法律属性。

资料卡

公债的历史

公债源于大航海时代(15世纪中叶到17世纪中叶),当时西方各国君主宣称发行各类公债的目的是筹集战争经费等其他政府开支,但实际上这些公债往往难以与其私人债务有效区分。债务到期时,君主们利用王权以各种理由拒绝偿还债务,引发持有人的不满。于是,当君主们再次发行公债时,便只能通过缩短偿还期限、许以更高的利息率的方法来推销公债。然而,这一做法却更加剧了公债的偿还风险,形成了一种恶性循环。因此,建立议会制度,剥夺封建君主的特权,将其私人财产与国家财政完全分离,并导入持久稳定的国家税收制度,才是建立起现代国债制度的前提。

(二) 国债的分类

1. 按债务表现形式分类

按债务表现形式的不同,国债可分为国家债券和国家借款。

(1) 所谓国家债券,即国家以发行政府债券的形式来募集资金,形成债权债务关系。国家债券通常向本国资金提供者发行,从而成为内债的主要形式。我国发行的国家债券主要有国库券、财政债券、国家经济建设债券、国家重点建设债券等。

(2) 所谓国家借款,则是指国家与特定资金提供者以订立书面借款合同方式所形成的债权债务关系。国家借款协议通常是由本国政府与外国政府、国际金融组织订立,因而成为外债的主要形式,如外国政府贷款、国际金融组织贷款和国际商业组织贷款等。



新中国成立后,我国曾先后发行过“人民胜利折实公债”、“国家经济建设公债”、“特种国债”以及“国库券”等。1992年3月,国务院发布《中华人民共和国国库券条例》将国库券与特种国债合并为一个券种。因此,目前我国国债的主要形式是国库券。

2. 按偿还期限确定与否分类

按偿还期限确定与否,国债可分为定期国债和不定期国债。

(1) 所谓定期国债,是指发行时即明确规定了确定的还本付息期限的国债。定期国债又可分为短期国债(发行期限在1年以内)、中期国债(发行期限在1年以上、10年以下)和长期国债(发行期限在10年以上)。

(2) 所谓不定期国债,是指发行时并不明确规定还本付息期限的国债。最为典型的是英国曾经发行的永久性国债。由于永久性国债的持有人可按期获得利息,但无权要求债务人清偿债务,投资此类国债,实际上与投资股票无异,国债持有人定期获得利息也非常类似于公司的定期分红。

3. 按国债资金来源地分类

按国债资金来源地的不同,国债可分为国家内债和国家外债,简称内债和外债。

(1) 所谓内债,是指向本国国内投资者发行的国债,其债权人为本国公民、法人或其他组织,还本付息均以本国货币支付。

(2) 所谓外债,是指本国政府向国外投资者举债,包括在国际市场上发行的国债和向外国政府、国际组织及其他非政府组织的借款等。外债通常以约定的币种还本付息。

4. 按国债筹集资金使用目的分类

按国债筹集资金使用目的的不同,国债可分为赤字国债、建设国债、战争国债和特种国债。

所谓赤字国债,是指用于弥补政府财政赤字的国债。所谓建设国债,是指用于特定建设项目的国债。所谓战争国债,是指用于筹集战争经费而发行的国债。所谓特种国债,是指为实施某种特殊政策而发行的国债。例如,2007年6月29日第十届全国人民代表大会常务委员会第28次会议通过的《关于批准财政部发行特别国债购买外汇及调整2007年末国债余额限额的决议》批准发行的用于购买约2000亿美元的外汇,作为筹建中的国家外汇投资公司的资本金,而由财政部发行15500亿元的特别国债。

此外,根据发行后是否可以在证券交易场所自由买卖流通,国债分为上市国债和不上市国债;根据国债记载凭证的不同,国债分为有纸国债和记账式国债;还可以根据是否由投资人自愿决定购买,将其分为自由国债和强制国债等。依据不同标准对国债进行分类的法律意义在于,使人们更为清晰地区别不同国债背后特定债权债务关系的特殊性,以及由此而生的不同的权利和义务。

(三) 国债的法律特征

国债的法律特征是国债法律属性的外化和具体体现,具体包括以下几点:

1. 国债的平等性

国债的平等性特征是指在国债的发行、持有、交易以及偿付的过程中,作为债务人的国家和作为债权人的国债持有人之间的法律地位平等。例如,在国债发行时,国家应公布国债发行的相关条件,由投资者自主决定是否投资购买相应国债以及购买的数量等;在国债持有、交易以及偿付环节,如果持有人购买的是可自由流通的国债,则可以通过上市交易让渡国债给他人;如果持有人购买的是非自由流通国债,则国家承诺到期时,按照发行条件还本付息。这些环节



基本上都体现出国债的平等性法律特征。

2. 国债的国家信用性

国债的发行、偿付均系以国家信用为支持,具有很高的偿付能力和信用保障,因而被誉为“金边债券”。从法律角度来看,国债以国家信用和政府财政收支为担保,从而保障了国债持有人在国债到期时能够得到国家的足额还本付息。当然,在特定时期国债的偿付也可能会拖延,甚至出现拒付的情形。例如,在 2000 年的拉美债务危机中,阿根廷政府曾明确宣称不履行其国债的偿付义务。

资料卡

国家信用危机与国债信用危机

第二次世界大战期间,日本军国主义政府曾大量发行“战时国债”,并强制民众购买,以支撑巨大的战争消耗。战后,这些“战时国债”却因为通货膨胀的原因而变得一文不值。

实际上,在战争、经济危机等特殊情况下,国家信用必然受到相应的冲击,此时政府强制发行国债,实际上就是在分摊国家信用危机,此时国债的平等性、国家信用性等特征便无法体现。

自 2009 年开始,冰岛、希腊、西班牙、葡萄牙等国相继出现的主权信用危机就是典型的例子,上述各国纷纷求诸其他国家对其进行金融救助,就是一种挽回国家信用的手段。而其国债信用,也随着国家信用危机的出现而变得十分脆弱。

3. 国债的规范性

在国债的发行、交易、偿付和管理过程中,投资人均须依照有关法律法规的规定享有权利、履行义务,因而国债具有规范性的特征。例如,国债发行时,对于国债发行条件,投资人仅享有自主决定是否购买的权利,而无权与发债当局就发行条件展开协商、谈判,并更改发行条件,非常类似于《合同法》上所规定的格式合同的订立。同样,在国债的上市交易场合,也必须在法律规定的场合(如证券交易所)进行,并遵守相关交易管理规则等。总之,国债与公司债券以及其他民间债券不同,具有很强的格式化、规范性特征。

二、国债立法

国债法是指调整国债在发行、持有、流通、偿还和管理过程中发生的社会关系的法律规范的总称。

世界上最早的国债立法主要出现在 20 世纪初期。1906 年,日本颁布了《国债相关法》(明治 39 年法律第 34 号)。1917 年,美国制定了《自由公债法》,1942 年颁布了《公共债法》,在 1986 年制定了《政府债券法》等成文法律。^①

我国现行的国债法律规范只有 1992 年 3 月 18 日中华人民共和国国务院令第 95 号发布,并根据 2011 年 1 月 8 日国务院令第 588 号《国务院关于废止和修改部分行政法规的决定》修

^① 邱本. 经济法研究:宏观调控法研究[M]. 下卷. 北京:中国人民大学出版社,2008:169.



订的《中华人民共和国国库券条例》(以下简称《国库券条例》),该条例属于行政法规层级,仅14条。就其内容、法律效力层级以及立法技术而言,均过于简单。

资料卡

美国国债简介

美国国债正式称谓为美国财政部证券(United States Treasury security),是由美国财政部发行的政府公债。有赖于世界第一经济大国的地位,美国国债成为世界各国外汇储备的主要投资品种,也是各类机构投资者和普通民众的重要投资选择。美国国债利息也被看做世界长期货币市场走势的风向标。美国国债根据偿还期限的不同,可以分为短期国债(treasury bills:2,3日~52周)、中期国债(treasury notes:2,3,5,7,10年还本付息)以及长期国债(treasury bonds:30年还本付息)三种;根据利息支付方式不同,则分为付息国债(到期还本付息)和扣息国债(购买时扣息,到期偿还票面金额)两种。

我国是美国国债的最大持有国,观察美国国债变化趋势及其对我国经济的影响已经成为不可避免的重要经济和法律问题。

三、我国国库券基本制度

1. 国库券发行制度

(1) 国库券发行对象。根据《国库券条例》的规定,我国国库券的发行对象包括居民个人、个体工商户、企业、事业单位、机关、社会团体和其他组织。

(2) 国库券发行的数额及利率。在我国,每年国库券的发行数额、利率、偿还期等经国务院确定后,由财政部予以公告。按年度具体规定当期国库券的发行数额和利率,反映出国库券发行的宏观调控色彩,其实质在于实现社会财富在不同时间领域和社会成员之间的重新配置。

(3) 国库券的发行方式。我国国库券发行采取承购包销、认购等方式。采用这样的发行方式,有助于按期完成国家下达的国库券发行计划,实现发行目的。

资料卡

我国国库券发行简况

在改革开放之初(1981—1990),由于人们对国债等金融工具较为生疏,国库券曾经一度是以行政摊派的方式进行发行的。对于单位购买者,通常是以各单位按预算外资金和税后留成的一定比例等办法分配各单位相应的认购任务,基本上属于国债的强制发行;对于城乡个人购买者,则按其收入的一定比例分配认购任务,由个人自愿认购,实则也具有强制发行的意味。1992年新的《国库券条例》发布后,明确规定国库券以承购包销、自行认购的方式发行,从而回到了国库券市场化发行的世界通例。

2. 国库券的持有、交易制度

(1) 国库券持有人的权利。国库券是以人民币元为计算单位的有价证券,国库券持有人即



为该证券所宣示的财产权利的所有者,财产权利的范围包括本金和利息。此外,《国库券条例》规定国库券的利息收入享受免税待遇。

(2) 国库券交易规则。《国库券条例》对于国库券的交易有较为严格的规定。即作为一种特殊的有价证券,国库券可以转让,但应在国家批准的交易场所办理,通常是在证券公司进行,国家禁止倒卖国库券的各类不法交易行为。除用于转让交易外,鉴于国库券的有价证券属性,法律也允许将国库券用于抵押^①;个人购买的国库券也可以在银行进行贴现。但国库券不得作为货币流通,任何人不得伪造国库券;对伪造国库券的,依法追究刑事责任。

3. 国库券的偿付制度

(1) 偿付方法。《国库券条例》规定,国库券按期偿还本金。国库券利息在偿还本金时一次付给,不计复利。

(2) 偿付机构。《国库券条例》规定,国库券的发行和还本付息事宜,在各级人民政府统一领导下,由财政部门 and 中国人民银行组织有关部门多渠道办理。

4. 国库券筹得资金的管理

通过发行国库券取得的资金,必须上缴国库,由国务院、财政部统一安排使用。

四、国债结构

1. 国债结构的概念

发行国债的作用一方面在于弥补政府财政赤字,实现财政收支平衡;另一方面在于国债发行本身也是一个重要的宏观调控措施。国债的宏观调控作用主要是通过调整国债结构实现的。所谓国债结构,是指国家发行的国债类型及其偿付期限的组合方式。合理的国债结构有助于实现发行国债的目的,而不合理的国债结构则会加剧国债危机的程度。

这方面的一个典型事例是日本 2008 年问题。事件的起因是日本小渊惠三内阁在 1998 年发行 40 万亿日元的国债,但由于国债结构不合理,导致巨额国债集中于 2008 年到期,从而引起日本国债偿债危机的发生。为此日本政府付出巨大的努力,通过各种借换对策,最终避免了国债集中偿还可能带来的社会经济风险。

因此,国债结构的合理性,从法律角度解读,实际上就是国家对于未来国债偿付期限与偿付能力以及偿付风险之间的对应关系,简单地讲就是国家信用能力是否能够保证在国债到期时确定地偿付国债持有人的债权。

2. 国债结构对宏观经济的调控作用

首先,可以通过调整国债期限结构,适当分配短期、中期和长期国债的比例,实现国债在时间上的合理分配。其次,可以通过调整国债品种结构,合理设计发行财政债券、建设债券、可转换债券、储蓄债券和本息可分离债券的品种类型,实现国债品种多样化,有助于提高国债交易流通性,增强国债在债券市场上的投资吸引力(尤其是对各类机构投资者的吸引力)。再次,通过调整国债持有者结构,增加机构持有者比重,有助于减少市场投机行为,促进债券市场的整体稳

^① 《国库券条例》实施时,我国《担保法》、《物权法》等法律尚未颁布,因此现在看来《国库券条例》所使用的“抵押”一词并不严谨。严格意义上,将国库券用以担保,属于物的担保的一种,更准确地说是以有价证券所标明的财产权利进行的权利质押。



定。最后,通过调整国债的运用结构,可以将发行国债募集的资金运用于扩大生产性内需,充分发挥国债对经济的调控促进作用。

引例解析

面对庞大的“三公消费”现象,集中反映出我国相关财政预算法律制度的以下不足:

(1) 相关公务经费使用制度不健全,缺乏规范性。以公车使用为例,从公车采购、配发以及使用、维修等各个环节存在制度不健全的问题。在工商、公安、海关、税务机构配备大量执法执勤用车,因此公车费用相对较高,但也存在着超标准、超范围使用甚至公车私用的现象。

(2) 公务经费使用不透明,缺乏有效的监督制约机制。多年来,我国公务经费采用逐级拨付的方式,大量的“三公消费”难以避免上下级之间的利益纠葛,因此缺乏有效的经费使用监督动力,除审计机构之外,难以形成有效的外部监督体系。

(3) 缺乏有效的“三公消费”纠正机制。自2010年起虽然开始公布各级政府机构预算和经费使用情况,但对于其中公务经费不合理使用的现象缺乏有效的追究机制,难以对不必要的“三公消费”加以有效遏制。既缺乏行政责任的追究,也缺乏社会公众的有效监督追究渠道。

主要术语

财政关系 财政收支划分 财政转移支付 预算 预算体系 预算权 预算收入 预算支出 预算执行 决算 政府采购 国债 国债结构

复习思考题

- (1) 财政法有哪些基本原则?
- (2) 各国财政收支划分模式有哪些?
- (3) 我国财政级次划分为几级?
- (4) 财政转移支付有哪些特点?
- (5) 如何理解财政收支划分、财政转移支付的宏观调控机制?
- (6) 如何理解预算法的经济法意义?
- (7) 政府采购的法律特征有哪些?
- (8) 政府采购当事人包括哪些?
- (9) 国债的法律特征是什么?
- (10) 如何理解国债结构对宏观经济的调控作用?

第三章

产业调控法律制度

学习目标

理解产业政策与产业调控法的内在关系；

掌握产业结构调整的法律特点；

掌握产业技术调控法的法律特征；

了解我国产业技术调控法的内容；

理解产业布局的法制蕴涵；

理解区域经济发展与国家整体经济发展之间的调控权力配置与博弈关系；

比较分析国外区域经济发展促进立法对我国区域经济发展立法的影响。

引 例

2007年上半年,浙江水泥行业开始将新型干法窑运用于水泥生产,落后产能迅速被淘汰出市场,然而新技术的推广并未带来行业经营效益的增加,反而因新技术的运用而导致浙江水泥行业出现全行业亏损。同时,企业大量拖欠银行贷款、地方财政因税收锐减而陷入困境等现象相伴而生。这一因调整水泥产业技术结构而导致全行业亏损的尴尬现象被称为“浙江水泥问题/现象”。



第一节 产业调控法概述

一、产业与产业分类

1. 产业

产业是指以社会分工为基础的在商品生产、服务提供以及社会分配方式具有某些相同特征的主体及其活动的集合,包括各类国营/ 公营与民营产业、营利性与非营利性产业,涵盖了包括教育、宗教、公共事务在内的更为广阔的范围。

从法律角度,可以将上述概念看做产业的广义概念。这一概念可以作两个层面的解读:首先,若将“产业”的概念理解为某一类具有相同特征的营业活动的集合,那么这种经营行为上的同一性必然涉及法律适用的统一问题,即针对同类经营行为必须采用同一法律规则来规范约束之;其次,若将“产业”的概念理解为具有相同或者类似特征的经营主体,则同一产业在市场准入、市场竞争以及市场退出方面,法律规则应平等对待。从狭义角度来看,产业的概念则主要是指作为市场主体意义上的产业。

2. 产业分类

为确保各种统计数据的可比性及准确性,人们根据调查统计对象的不同确定了统一的产业划分标准。1948年,联合国统计委员会颁布了《国际标准产业分类》(ISIC)。此后,各国纷纷以ISIC为基础制定本国的产业分类标准。以人类社会经济发展阶段的不同为划分标准的“三次产业”分类法是当前各国普遍采用的最为重要的产业分类标准之一。

资料卡

三次产业分类法

与人类社会经济发展阶段相对应,人类的经济活动可以分为第一次产业、第二次产业和第三次产业。其中,第一次产业包括农业、林业、水产业、狩猎、采集业,第二次产业则包括制造业、建设业、工业生产、加工业、电力、煤气、自来水供应等,第三产业则包括信息业、金融业、运输业、零售业、服务业、非物质性生产业以及物流业等。

根据国家统计局颁行的《国民经济行业分类》(GB/T 4754—2017),目前我国产业分类主要包括:① 农、林、牧、渔业;② 采矿业;③ 制造业;④ 电力、热力、燃气及水生产和供应业;⑤ 建筑业;⑥ 批发和零售业;⑦ 交通运输、仓储和邮政业;⑧ 住宿和餐饮业;⑨ 信息传输、软件和信息技术



术服务业；⑩ 金融业；⑪ 房地产业；⑫ 租赁和商务服务业；⑬ 科学研究和技术服务业；⑭ 水利、环境和公共设施管理业；⑮ 居民服务、修理和其他服务业；⑯ 教育；⑰ 卫生和社会工作；⑱ 文化、体育和娱乐业；⑲ 公共管理、社会保障和社会组织；⑳ 国际组织。

了解产业的概念有助于我们从微观与宏观两个角度理解法律上各类市场经济主体，尤其是各类公司企业在整个市场经济法律体系中的地位与作用；同时，产业标准的确定，也有助于我们从法律角度深刻认识从产业政策—法律制度—企业自治的干预、约束能动机制，并理解产业调控法的经济法属性。

二、产业政策与产业调控法

1. 产业政策

产业政策是指一国政府为维护社会共同利益，保护、促进本国特定产业发展，而采取的包括产业构造调整、产业投资引导等措施在内的经济政策。产业政策本质上是一国政府对本国各产业间资源配置的一种外部干预和影响措施。需要注意的是，“在产业政策的制定与实施过程中，政府代表的是社会共同利益，而不是某种政府利益。”^①另外，从国别角度分析，产业政策则体现出不同国家之间的经济竞争关系，反映产业政策的对内以及对外的双向影响力。甚至有学者指出：“产业政策是经济民族主义的反映。”^②这也可以用来解释有的国家采用损人不利己的涉外产业政策来打击竞争对手的原因。

产业政策表现形式多种多样，既包括最为常见的政策宣誓和示范性文件，也包括政府通过市场向符合其产业政策方向的产业提供物质财富支持或者提供各种优惠服务。例如，为推进 IT 产业、中小企业的发展，政府就会向该产业提供各种创业条件，甚至税收优惠措施；但对于没落产业则采取相反的产业政策，以促使其尽快转型。

2. 产业调控法

产业调控法是调整一国产业结构关系、产业组织关系、产业技术关系以及产业布局关系的法律规范的总称。

产业调控法不是产业政策的简单法律化。政策的制定主要体现执政团体对社会经济的基本判断和基于该团体自身利益的策略选择，同时政策具有较强的灵活性和短期性特点，得随时随地因势利导，以图政策目标的迅速、全面实现。然而，作为产业调控法则不仅应当而且必须代表社会公共利益，更应为社会经济发展提供确定、长期可供参照执行的产业发展制度规范。就此而言，产业调控法首先是规定一国基本产业政策的法律制度，而不是对产业政策内容的全盘拷贝；其次，产业调控法是规范、约束产业政策的法律制度，这是因为“产业政策一旦上升为法，就不再是政府意志，而是国家意志、全民意志。”^③政府各项产业政策亦须符合产业调控法律的规定。

一般认为，产业调控法的体系包括产业调控法总论与分论两个部分，其中，总论部分是关于产业调控法基本概念与基本原则的概括总结，而分论部分则包括产业结构调控法、产业组织调

① 陈淮．日本产业政策研究[M]．北京：中国人民大学出版社，1991：3．

② 詹鹗．推动日本奇迹的手——通产省[M]．台北：经济与生活出版公司，1985：32．

③ 陈淮．日本产业政策研究[M]．北京：中国人民大学出版社，1991：23．



控法、产业技术调控法和产业布局调控法在内的四大部分,它们共同构成了产业调控法有机整体。

3. 产业调控法的目的和定位

产业调控法的目的在于通过维护与促进本国特定产业的发展以实现社会公共利益的最大化。因此,产业调控法势必与其他法律部门之间存在某种对立,尤其是与竞争法之间存在着一定程度上的冲突。例如,基于产业调控法对特定垄断企业、中小企业、高新技术产业在生产资源占有、社会服务供给、产品价格优惠、超额利润享有等方面的扶持与优惠,往往形成对其他企业的竞争优势,这种优势到底在是否符合市场规律和是否公平合理方面有多少正当性与合理性常常会受到来自理论和实践方面的种种质疑。为此,将产业调控法限定于竞争法的特别法的范围之内,不失为一个明智的选择。

为避免内容不必要的重复与行文便利,本书将其中产业组织调控法的内容置于第六章公司法律制度、第七章合伙企业法律制度、第八章个人独资企业法律制度中加以介绍。

三、产业调控机构

产业调控不是市场自发的调控,而是由作为公共利益和社会整体利益代表者的国家机构来行使本国的产业政策制定与实施活动。所谓产业调控机构,是指各国政府中承担本国产业政策制定与实施的国家机构,包括产业政策的制定机构和产业政策的实施机构。

1. 产业政策的制定机构

由于各国政体不同,产业政策制定机构与产业调控政策具体实施机构也不尽相同。通常,各级议会为国家及地方产业调控政策的制定或决策机构,执政团体的产业政策意见须经各级议会批准后方能作为国家和地方的具有法律拘束力的产业政策加以实施。而负责具体实施已生效的产业政策的机构则往往是各级政府机构,包括中央和地方政府机构,以及专门政府机构等。

在我国,全国性、长期性的产业调控政策的制定机构是全国人民代表大会。例如,2016年3月16日发布的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十三个五年规划纲要》(以下简称《“十三五”规划纲要》)就是由第十二届全国人民代表大会第四次会议批准的。

2. 我国产业的实施机构

产业调控主管机关是具体负责产业政策实施的国家机关。2008年3月,第十一届全国人大第一次会议批准《国务院机构改革方案》,根据该方案国务院同年发布《国务院关于机构设置的通知》(国发〔2008〕11号)在国务院下设国家发展改革委。国家发展改革委是我国产业调控的主管机关,其主要职责是推进经济结构战略性调整,具体包括以下几方面:

(1) 组织拟订综合性产业政策,负责协调三大产业发展的重大问题并衔接平衡相关发展规划和重大政策,做好与国民经济和社会发展规划、计划的衔接平衡。

(2) 协调农业和农村经济社会发展的重大问题。

(3) 会同有关部门拟订服务业发展战略和重大政策,拟订现代物流业发展战略、规划,组织拟订高技术产业发展及产业技术进步的战略、规划和重大政策,协调解决重大技术装备推广应用等方面的重大问题。



第二节 产业结构调控法

一、产业结构与产业结构调控

1. 产业结构

有的学者认为：“产业结构是指各产业生产能力的配置构成方式。”^①也有学者认为：“产业结构，是指产业间的经济技术联系。”^②还有学者认为：“产业结构是指国民经济各种产业部门之间及各部门内部不同层次之间的结合与量的比例。”^③

产业结构是在一般分工和特殊分工的基础上产生和发展起来的，主要反映农业、轻工业、重工业、建筑业、商业服务业等部门之间的关系，以及各产业部门的内部关系，包括产业结构本身，以及技术结构、产业布局、产业组织、产业链五个要素。一般认为，产业结构包含以下基本含义：第一，产业结构须以各类产业的客观现实存在为前提；第二，各产业之间存在确定的相互影响；第三，各产业之间的相互影响表现为各产业之间的比例关系。同时，产业结构是一个始终处于发展变化之中的客观存在。在市场经济条件下，一方面，可以将产业结构看做市场经济规律作用的结果；另一方面，也须认识到适时调整和优化产业结构也将有助于市场经济的稳定发展。

就产业结构理论的演进来看，英国古典经济学创始人威廉·配第（William Petty，1623—1687）最先提出了产业结构理论。英国经济学家科林·克拉克（Colin Clark，1905—1989）揭示了以第一次产业为主向以第二次产业为主、继而向以第三次产业为主转变，人均收入变化引起劳动力流动，进而导致产业结构演进的规律。而美国经济学家西蒙·库兹涅茨（Simon Kuznets，1901—1985）则对产业结构的演进规律作了进一步研究，阐明了劳动力和国民收入在产业间分布变化的一般规律。上述有益的探索已经成为今天人们认识、分析产业结构发展规律，并利用这些规律以干预调控产业结构的理论基础。

2. 产业结构调控

产业结构调控是指一国政府运用公权力对属于宏观经济领域内的国内产业结构关系的一种外部干预措施，本质上是政府对市场经济的一种能动的干预，其目的在于实现本国经济的健康与可持续发展。政府的产业结构调控具有以下法律特点：

（1）产业结构调控是政府以公权力为支撑干预市场经济的措施，具有强制性的特点。

（2）产业结构调控是政府根据国际、国内经济形势变化，审时度势所采取的一种市场干预措施，具有变动性的特点。

① 黄河，王兴运．经济法学[M]．北京：中国政法大学出版社，2008：302．

② 邱本．经济法研究：宏观调控法研究[M]．下卷．北京：中国人民大学出版社，2008：268．

③ 卢炯星．宏观经济法[M]．厦门：厦门大学出版社，2000：412．



(3) 产业结构调整是政府针对市场经济基础结构部分的干预,具有基础性的特点。

(4) 产业结构调整是政府以本国经济长期利益为目的而采取的干预措施,因而具有公益性的特点。

正是上述特点,决定了产业结构调整法的宏观经济调控法的经济法属性,也确定了产业结构调整法在整个经济法体系中的位置。

二、产业结构调整立法

1. 产业结构调整法的概念

产业结构调整法是指调控一国产业结构部门之间比例关系和有机联系的法律规范的总称。由于各产业间的相互联系和影响都是建立在共同的市场经济基础之上的,产业结构的现状不仅反映了市场经济的发展程度,也从一定程度上显示出该经济体产业结构中存在的问题。

通过立法的形式对产业结构调整加以规制的理由在于:在宏观层面,产业结构的调整涉及公权力的如何操作运用,如何区分政府产业结构调整权力的正当性、必要性与合理性;在微观层面,则具体涉及各市场经济主体之间的权利博弈以及既得权益的重新分配,关乎各种相关权利关系的产生、变更与终止。为此,必须借助产业结构调整法来保障产业结构调整过程的公平与正义。

一国实施产业结构调整的目的,在于根据本国国情和经济发展目标,及时调整本国产业结构关系,以维护和促进本国经济的健康成长。相应地,产业结构调整法就是要将经过实践检验的符合本国国情和产业结构发展方向的长期性产业政策以法律的形式固定下来,为实现本国产业结构的优化提供明确、稳定的法律制度支持。从这个意义上讲,产业结构调整法也就是产业结构优化法。

产业结构调整法的内容主要由以下几个部分构成:一是产业组成,即一个国家或者地区社会资源在本国境内的分布配置状态;二是产业发展水平或者状态,即各产业在本国国民经济中所占比例和份额;三是本国各产业之间的相互依存度与相互影响的关系如何。

2. 产业结构调整法的立法模式

由于产业结构调整法的内容十分广泛,往往难以用一部法律加以全面规范,所以世界各国大多采用专门立法的方式实现对本国产业结构的法律调控。例如,日本在第二次世界大战后经济高速增长过程中曾经先后颁布实施过《煤炭国家管理法》、《钢铁工业和煤炭工业的合理化实施纲要》、《机械工业振兴临时措施法》、《电子工业振兴临时措施法》、《特定机械产业振兴法》等产业结构调整法。而韩国也曾颁行过《出口振兴和综合对策法》、《重化工宣言》、《电子工业振兴法》和《技术发展促进法》等产业结构政策法^①。

我国的产业结构调整立法采用多层立法结构:

(1) 第一层次是由全国人大通过、颁行我国国民经济和社会发展的基本纲要,整体宣示在一定时间段内(通常是五年)我国产业发展、产业结构调整的基本方向和目标。

(2) 第二层次是通过专门立法的方式针对不同产业制定相应的产业发展及产业结构调整法

^① 邱本,《经济法研究:宏观调控法研究[M]》,下卷,北京:中国人民大学出版社,2008:273-274.



律。例如,2002年6月29日第九届全国人大常委会第二十八次会议通过的《中华人民共和国中小企业促进法》(2003年1月1日起施行,并于2017年9月1日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议修订,自2018年1月1日起施行),2004年6月25日第十届全国人大常委会第十次会议通过的《中华人民共和国农业机械化促进法》(2004年11月1日起施行,并根据2018年10月26日第十三届全国人民代表大会常务委员会第六次会议《关于修改〈中华人民共和国野生动物保护法〉等15部法律的决定》修正),1993年7月2日第八届全国人大常委会第二次会议通过、2007年12月29日第十届全国人大常委会第三十一次会议修订的《中华人民共和国科学技术进步法》(2008年7月1日起施行),以及2008年8月29日第十一届全国人大常委会第四次会议通过的《中华人民共和国循环经济促进法》(2009年1月1日起施行,并根据2018年10月26日第十三届全国人民代表大会常务委员会第六次会议《关于修改〈中华人民共和国野生动物保护法〉等十五部法律的决定》修正)等。

(3)第三层次则是由国务院颁布的关于产业结构调整的行政法规和产业结构调整指导目录以及地方性法规组成,如2005年12月2日国务院发布的《促进产业结构调整暂行规定》,国家发展改革委会同有关部门对《产业结构调整指导目录(2011年本)(修正)》进行了修订,形成了《产业结构调整指导目录(2019年本,征求意见稿)》,并于2019年4月8日至2019年5月7日向社会公开征求意见。

三、我国产业结构调控法的立法原则、方向、重点和目标

1. 产业结构调控法的立法原则

根据2005年国务院颁布的《促进产业结构调整暂行规定》的规定,我国产业结构调整要坚持以下四项原则:一是坚持市场调节和政府引导相结合,二是以自主创新提升产业技术水平,三是坚持走新型工业化道路,四是促进产业协调健康发展。

2. 产业结构调控法的立法方向和重点

产业结构调控法的立法方向和重点有以下几个方面:巩固和加强农业基础地位,加快传统农业向现代农业转变;加强能源、交通、水利和信息等基础设施建设,增强对经济社会发展的保障能力;以振兴装备制造业为重点发展先进制造业,发挥其对经济发展的重要支撑作用;加快发展高新技术产业,进一步增强高新技术产业对经济增长的带动作用;提高服务业比重,优化服务业结构,促进服务业全面快速发展;大力发展循环经济,建设资源节约和环境友好型社会,实现经济增长与人口资源环境相协调;优化产业组织结构,调整区域产业布局;实施互利共赢的开放战略,提高对外开放水平,促进国内产业结构升级。

3. 产业结构调控法的立法目标

推进产业结构优化升级,促进三大产业健康协调发展,逐步形成以农业为基础、高新技术产业为先导、基础产业和制造业为支撑、服务业全面发展的产业格局,坚持节约发展、清洁发展、安全发展,实现可持续发展。

上述原则、方向、重点和目标所确立的理念和方法,贯穿于我国产业结构调控立法、执法和司法的全部过程。但鉴于具体操作性的欠缺,上述规则在产业结构调控法律实践中并未得到更好的运用。



第三节 产业技术调控法

一、产业技术调控法概述

1. 产业技术调控法的概念

产业技术调控法又称产业技术调节法,是规定与产业结构转换相适应的产业技术发展目标、途径、措施的法律规范的总称,其范围包括产业技术选择和技术发展法、促进技术引进和开发法、基础技术研究资助法等。^①这一定义为学界通说,但目前来看这一定义存在以下几个问题需要进一步厘清:

(1) 各国产业技术调控法是否仅限于在该国产业结构转化或者优化的特定历史时期所订立的特别法律?若是,则意味着产业技术调控法本身具有临时性的特点,且与法律本身应当具有的长期稳定性有一定的抵触和冲突。

(2) 将产业技术调控法的范围圈定为包括产业技术发展目标、途径、措施的法律规范的总称是否合理?作为产业调控法律制度的有机组成部分,产业技术调控法是否有必要重述产业调控法的相关内容?实际上,有关产业技术发展目标、途径部分的内容往往在上位法律中多有述及,似不必再于部门法中加以重述,以免相应立法与理论出现多处的交叉重复。

(3) 产业技术调控法的核心价值何在?我们认为,产业技术调控法的立法宗旨和目的在于:在尊重市场经济基本规律的前提下,鼓励和提倡符合经济效益、环境效益和社会效益共同提高的科学技术成果在本国产业中的推广应用,产业技术调控法虽具有一定的强制性,但首先应当强调其引导性的作用,否则便为有关行政机关的滥权提供了可能。

因此,产业技术调控法可定义为:产业技术调控法是调整一国在产业技术推广更新过程中,发生在政府(产业技术调控者)与相应产业(产业技术调控对象)之间社会关系的法律规范的总称。

2. 产业技术调控法的法律特征

产业技术调控法本质上是一种产业技术进步促导法。其具有以下法律特征:

(1) 调控对象具有广泛性。国民经济各行业的发展都离不开技术进步,因此产业技术调控法的调控对象便包含了国民经济各行业。

(2) 调控目标具有阶段性。任何新兴技术和产业的发展都具有一定的阶段性特征,相应地产业技术调控法的调控目标也往往随着相应产业发展阶段的不同而出现阶段性的调整。这一特点在IT产业、互联网网络商务产业的发展中尤为突出。

(3) 调控手段主要以引导为主,以强制为辅。这是由市场经济基本规律所决定的:在市场经济条件下,产业技术的更新、发展都涉及各个产业生产成本、生存环境的巨大变化,而产业更新或者说产业调控的社会成本若仅由各市场主体承担,则有悖公平原则,因此产业技术调控法

^① 李昌麒. 经济法学[M]. 北京:法律出版社,2008:507.



不应突出其强制性调控手段,而应以市场引导、优惠补偿等调控措施作为其主要调控手段。

(4) 调控目的具有公益性。产业技术调控法的目的是在尊重市场经济基本规律的前提下,鼓励和提倡符合经济效益、环境效益和社会效益共同提高的科学技术成果在本国产业中的推广应用,并以此提升本国产业发展水平,优化产业结构,实现全社会整体利益的提升。

二、产业技术调控法的内容和体系

1. 产业技术调控法的内容

通说认为,产业技术调控法主要包括以下三个方面的内容:一是产业技术结构的选择和技术发展方面的法律制度,主要是由国家通过制定合理的推动技术进步的政策,促进技术进步;二是促进资源向技术开发领域投入的制度,即国家为了促进企业的科技进步,通过立法引导资源向技术开发领域流动,并使投资者得到因投资技术开发而应获得的利益,以逐步实现以技术进步带动产业升级、促进产业结构优化的目的;三是基础性研究的资助与组织制度,即国家从整体发展的高度担当起组织和资助基础性研究的职责,从而提升本国在世界科技领域里的领先地位。^①

本书认为,上述三方面内容并不全是产业技术调控法的主要内容。应当明确,产业技术调控法是在市场经济背景下,规范本国政府实施产业技术宏观调控措施的专门性法律规范,因此,产业技术调控法的主要内容可以包括以下几个方面:

(1) 政府如何动用公共资源鼓励、引导符合本国经济发展目标的产业技术的开发、推广和应用。例如,美国1980年制定的《史蒂文森-威德勒技术创新法》(1996年修订为《1996年美国联邦技术转让法》)共15章62条,旨在促进美国的技术创新,支持国内技术转移,加强和扩大各科研机构与产业界之间在技术转让、人员交流等方面的合作,同时它对于提高各部门的劳动生产率、创造新的就业机会、稳定物价、提高产品在国内外市场上的竞争力等都起着积极的作用。^②

(2) 政府如何运用公权力保护先进产业技术在本国的运用,并防止他人、他国对本国先进产业技术的侵害。例如,韩国制定了《防止产业技术外流及保护产业技术法》、《尖端技术产业技术保护法》等法律来强化对本国产业技术的保护。

(3) 政府如何对不符合产业技术发展趋势的落后产业采取公平合理的限制措施,并将限制措施所带来的负面影响(如失业问题、行业衰落、传统文化保护等),通过合理的补偿机制降低到最小。例如,各国制定和颁布的有关落后技术淘汰的法律法规等。

2. 产业技术调控法的体系

一般认为,产业技术调控法应该包括科学技术进步法、产业技术创新法、落后技术淘汰法、技术成果转化制度、技术引进法等。还有的观点认为,产业技术法的体系还应该包括产业技术保护法、信息技术促进法和技术设备更新与改造制度。^①

三、我国产业技术调控立法

自20世纪90年代开始,我国制定了多部有关产业技术调控的法律法规,初步形成了我国

^① 李昌麒. 经济法学[M]. 北京:法律出版社,2008:508.

^② 霍福广,陈建新. 中美创新机制比较研究:兼论粤港澳地区完善创新机制的对策[M]. 北京:人民出版社,2004:209.



产业技术调控法律制度体系。

（一）科技进步法

1993年7月2日第八届全国人大常委会第二次会议通过、2007年12月29日第十届全国人大常委会第三十一次会议修订的《中华人民共和国科学技术进步法》（以下简称《科技进步法》）是我国产业技术调控的综合性部门法，该法共8章75条，内容涉及科学研究、技术开发与科学技术应用、企业技术进步、科学技术研究开发机构、科学技术人员、保障措施以及法律责任等。该法主要涉及以下具体制度：

1. 科技进步鼓励制度

《科技进步法》第17条规定：从事下列活动的，按照国家有关规定享受税收优惠：①从事技术开发、技术转让、技术咨询、技术服务；②进口国内不能生产或者性能不能满足需要的科学研究或者技术开发用品；③为实施国家重大科学技术专项、国家科学技术计划重大项目，进口国内不能生产的关键设备、原材料或者零部件；④法律、国家有关规定^②规定的其他科学研究、技术开发与科学技术应用活动。

2. 科技进步金融扶持与政府采购扶持制度

《科技进步法》第18条规定：“国家鼓励金融机构开展知识产权质押业务，鼓励和引导金融机构在信贷等方面支持科学技术应用和高新技术产业发展，鼓励保险机构根据高新技术产业发展的需要开发保险品种。政策性金融机构应当在其业务范围内，为科学技术应用和高新技术产业发展优先提供金融服务。”该法第21条同时规定：国家鼓励利用财政性资金设立的科学技术基金项目或者科学技术计划项目所形成的知识产权首先在境内使用。知识产权向境外的组织或者个人转让或者许可境外的组织或者个人独占实施的，应当经项目管理机构批准；法律、行政法规对批准机构另有规定的，遵守其规定。

此外，该法第25条规定：“对境内公民、法人或者其他组织自主创新的产品、服务或者国家需要重点扶持的产品、服务，在性能、技术等指标能够满足政府采购需求的条件下，政府采购应当购买；首次投放市场的，政府采购应当率先购买。政府采购的产品尚待研究开发的，采购人应当运用招标方式确定科学技术研究开发机构、高等学校或者企业进行研究开发，并予以订购。”

对于企业技术进步，该法第34条、第35条规定：“国家利用财政性资金设立基金，为企业自主创新与成果产业化贷款提供贴息、担保。政策性金融机构应当在其业务范围内对国家鼓励的企业自主创新项目给予重点支持。国家完善资本市场，建立健全促进自主创新的机制，支持符合条件的高新技术企业利用资本市场推动自身发展。国家鼓励设立创业投资引导基金，引导社会资金流向创业投资企业，对企业的创业发展给予支持。”

3. 农业科技鼓励制度

《科技进步法》第23条规定：“国家鼓励和支持农业科学技术的基础研究和应用研究，传播和普及农业科学技术知识，加快农业科学技术成果转化和产业化，促进农业科学技术进步。县

① 杨紫烜. 经济法学[M]. 2版. 北京: 北京大学出版社, 2006: 409.

② 这里的“国家有关规定”表达较为笼统，应明确将其范围限定于“法律、行政法规、地方性法规和行政规章”的范围之内。



级以上人民政府应当采取措施,支持公益性农业科学技术研究开发机构和农业技术推广机构进行农业新品种、新技术的研究开发和应用。地方各级人民政府应当鼓励和引导农村群众性科学技术组织为种植业、林业、畜牧业、渔业等的发展提供科学技术服务,对农民进行科学技术培训。”

4. 企业技术进步鼓励制度

《科技进步法》第32条规定国家鼓励企业开展下列活动:①设立内部科学技术研究开发机构;②同其他企业或者科学技术研究开发机构、高等学校联合建立科学技术研究开发机构,或者以委托等方式开展科学技术研究开发;③培养、吸引和使用科学技术人员;④同科学技术研究开发机构、高等学校、职业院校或者培训机构联合培养专业技术人才和高技能人才,吸引高等学校毕业生到企业工作;⑤依法设立博士后工作站;⑥结合技术创新和职工技能培训,开展科学技术普及活动,设立向公众开放的普及科学技术的场馆或者设施。

同时,国家鼓励企业增加研究开发和技术创新的投入,自主确立研究开发课题,开展技术创新活动。国家鼓励企业对引进技术进行消化、吸收和再创新。企业开发新技术、新产品、新工艺发生的研究开发费用可以按照国家有关规定,税前列支并加计扣除,企业科学技术研究开发仪器、设备可以加速折旧。

下列企业按照国家有关规定享受税收优惠:①从事高新技术产品研究开发、生产的企业;②投资于中小型高新技术企业的创业投资企业;③法律、行政法规规定的与科学技术进步有关的其他企业。

5. 科技进步保障措施制度

《科技进步法》第60条规定:财政性科学技术资金应当主要用于下列事项的投入:①科学技术基础条件与设施建设;②基础研究;③对经济建设和社会发展具有战略性、基础性、前瞻性作用的前沿技术研究、社会公益性技术研究和重大共性关键技术研究;④重大共性关键技术应用和高新技术产业化示范;⑤农业新品种、新技术的研究开发和农业科学技术成果的应用、推广;⑥科学技术普及。对利用财政性资金设立的科学技术研究开发机构,国家在经费、实验手段等方面给予支持。

(二) 产业技术成果转化法

1996年5月15日第八届全国人大常委会第十九次会议通过、1996年10月1日起施行,并根据2015年8月29日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议《关于修改〈中华人民共和国促进科技成果转化法〉的决定》修正的《中华人民共和国促进科技成果转化法》(以下简称《科技成果转化法》)是我国为促进科技成果转化为现实生产力,规范科技成果转化活动,加速科学技术进步,推动经济建设和社会发展,而制定的专门性法律。

所谓科技成果转化,是指为提高生产力水平而对科学研究与技术开发所产生的具有实用价值的科技成果所进行的后续试验、开发、应用、推广直至形成新产品、新工艺、新材料,发展新产业等活动。科技成果转化活动的目的在于提高经济效益、社会效益和保护环境与资源,并有利于促进经济建设、社会发展和国防建设。同时,科技成果转化行为是行为人的自愿行为,具有平等性的特点。因此,在科技成果转化过程中应当遵循自愿、互利、公平、诚实信用的原则,依法或者依照合同的约定,享受利益,承担风险。当然,科技成果转化活动也必须遵守法律,维护国家利益,不得损害社会公共利益。具体来讲,我国《科技成果转化法》的主要内容包



括以下几方面：

1. 科技成果转化的组织实施制度

1) 国务院和地方各级人民政府应当将科技成果的转化纳入国民经济和社会发展规划，并组织协调实施有关科技成果的转化。

2) 对下列科技成果转化项目，国家通过政府采购、研究开发资助、发布产业技术指导目录、示范推广等方式予以支持：

(1) 能够显著提高产业技术水平、经济效益或者能够形成促进社会经济健康发展的新产业的。

(2) 能够显著提高国家安全能力和公共安全水平的。

(3) 能够合理开发和利用资源、节约能源、降低消耗以及防治环境污染、保护生态、提高应对气候变化和防灾减灾能力的。

(4) 能够改善民生和提高公共健康水平的。

(5) 能够促进现代农业或者农村经济发展的。

(6) 能够加快民族地区、边远地区、贫困地区社会经济发展的。

3) 科技成果持有者可以采用下列方式进行科技成果转化：

(1) 自行投资实施转化。

(2) 向他人转让该科技成果。

(3) 许可他人使用该科技成果。

(4) 以该科技成果作为合作条件，与他人共同实施转化。

(5) 以该科技成果作价投资，折算股份或者出资比例。

(6) 其他协商确定的方式。

4) 国家鼓励和支持研究开发机构、高等院校、科技企业及其他组织进行或参与以下活动、提供以下服务：

(1) 国家鼓励研究开发机构、高等院校与企业相结合，联合实施科技成果转化。研究开发机构、高等院校可以参与政府有关部门或者企业实施科技成果转化的招标投标活动。

(2) 国家鼓励企业与研究开发机构、高等院校及其他组织采取联合建立研究开发平台、技术转移机构或者技术创新联盟等产学研合作方式，共同开展研究开发、成果应用与推广、标准研究与制定等活动。合作各方应当签订协议，依法约定合作的组织形式、任务分工、资金投入、知识产权归属、权益分配、风险分担和违约责任等事项。

(3) 国家鼓励研究开发机构、高等院校与企业及其他组织开展科技人员交流，根据专业特点、行业领域技术发展需要，聘请企业及其他组织的科技人员兼职从事教学和科研工作，支持本单位的科技人员到企业及其他组织从事科技成果转化活动。

(4) 国家支持企业与研究开发机构、高等院校、职业院校及培训机构联合建立学生实习实践培训基地和研究生科研实践工作机构，共同培养专业技术人才和高技能人才。

(5) 国家鼓励农业科研机构、农业试验示范单位独立或者与其他单位合作实施农业科技成果转化。

(6) 国家培育和发展技术市场，鼓励创办科技中介服务机构，为技术交易提供交易场所、信息平台以及信息检索、加工与分析、评估、经纪等服务。科技中介服务机构提供服务，应当遵循公正、客观的原则，不得提供虚假的信息和证明，对其在服务过程中知悉的国家秘密和当事人的



商业秘密负有保密义务。

(7) 国家支持根据产业和区域发展需要建设公共研究开发平台,为科技成果转化提供技术集成、共性技术研究开发、中间试验和工业性试验、科技成果系统化和工程化开发、技术推广与示范等服务。

(8) 国家支持科技企业孵化器、大学科技园等科技企业孵化机构发展,为初创期科技型中小企业提供孵化场地、创业辅导、研究开发与管理咨询等服务。

2. 科技成果转化的保障措施

(1) 科技成果转化财政经费,主要用于科技成果转化的引导资金、贷款贴息、补助资金和风险投资以及其他促进科技成果转化的资金用途。

(2) 国家依照有关税收法律、行政法规规定对科技成果转化活动实行税收优惠。国家鼓励银行业金融机构在组织形式、管理机制、金融产品和服务等方面进行创新,鼓励开展知识产权质押贷款、股权质押贷款等贷款业务,为科技成果转化提供金融支持。国家鼓励政策性金融机构采取措施,加大对科技成果转化的金融支持。

(3) 国家鼓励保险机构开发符合科技成果转化特点的保险品种,为科技成果转化提供保险服务。

(4) 国家完善多层次资本市场,支持企业通过股权交易、依法发行股票和债券等直接融资方式为科技成果转化项目进行融资。

(5) 国家鼓励创业投资机构投资科技成果转化项目。国家设立的创业投资引导基金,应当引导和支持创业投资机构投资初创期科技型中小企业。

(6) 国家鼓励设立科技成果转化基金或者风险基金,其资金来源由国家、地方、企业、事业单位以及其他组织或者个人提供,用于支持高投入、高风险、高产出的科技成果的转化,加速重大科技成果的产业化。

3. 科技成果权益归属制度

科技成果完成单位与其他单位合作进行科技成果转化的,应当依法由合同约定该科技成果有关权益的归属,合同未作约定的,按照下列原则办理:① 在合作转化中无新的发明创造的,该科技成果的权益归该科技成果完成单位;② 在合作转化中产生新的发明创造的,该新发明创造的权益归合作各方共有;③ 对合作转化中产生的科技成果,各方都有实施该项科技成果的权利,转让该科技成果应经合作各方同意。

4. 科技成果转化中的保密责任

科技成果完成单位与其他单位合作进行科技成果转化的,合作各方应当就保守技术秘密达成协议;当事人不得违反协议或者违反权利人有关保守技术秘密的要求,披露、允许他人使用该技术。技术交易场所或者中介机构对其在从事代理或者居间服务中知悉的有关当事人的技术秘密,负有保密义务。同时,企业、事业单位应当建立健全技术秘密保护制度,保护本单位的技术秘密。职工应当遵守本单位的技术秘密保护制度。企业、事业单位可以与参加科技成果转化的有关人员签订在职期间或者离职、离休、退休后一定期限内保守本单位技术秘密的协议;有关人员不得违反协议约定,泄露本单位的技术秘密和从事与原单位相同的科技成果转化活动。



5. 职务成果转让制度

1) 职工不得将职务科技成果擅自转让或者变相转让。

2) 科技成果完成单位未按规定、也未与科技人员约定奖励和报酬的方式和数额的,按照下列标准对完成、转化职务科技成果做出重要贡献的人员给予奖励和报酬:

(1) 将该项职务科技成果转让、许可给他人实施的,从该项科技成果转让净收入或者许可净收入中提取不低于 50% 的比例。

(2) 利用该项职务科技成果作价投资的,从该项科技成果形成的股份或者出资比例中提取不低于 50% 的比例。

(3) 将该项职务科技成果自行实施或者与他人合作实施的,应当在实施转化成功投产后连续 3—5 年,每年从实施该项科技成果的营业利润中提取不低于 5% 的比例。

国家设立的研究开发机构、高等院校规定或者与科技人员约定奖励和报酬的方式和数额应当符合前款第 1 项至第 3 项规定的标准。国有企业、事业单位依照本法规定对完成、转化职务科技成果做出重要贡献的人员给予奖励和报酬的支出计入当年本单位工资总额,但不受当年本单位工资总额限制、不纳入本单位工资总额基数。

(三) 产业技术引进法

我国虽未制定专门的产业技术引进法,但自改革开放以来,相继制定了《科学技术进步法》、《中华人民共和国对外贸易法》、《中华人民共和国技术进出口管理条例》、《禁止进口限制进口技术管理办法》以及《技术进出口合同登记管理办法》等一系列与技术引进有关的法律、法规,形成了我国产业技术引进法的基本框架。尤其是 2001 年 10 月 31 日国务院常务会议通过的《中华人民共和国技术进出口管理条例》(2002 年 1 月 1 日施行,并根据 2011 年 1 月 8 日国务院令 588 号《国务院关于废止和修改部分行政法规的决定》修订,以下简称《技术进出口管理条例》)对我国技术进出口的目标、原则、范围、操作程序以及法律责任等都作了详细的规定。

我国鼓励国外先进、适用技术的引进,《科技进步法》第 22 条规定:“国家鼓励根据国家的产业政策和技术政策引进国外先进技术、装备。利用财政性资金和国有资本引进重大技术、装备的,应当进行技术消化、吸收和再创新。”具体的技术引进方式包括专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、技术秘密转让、技术服务和其他方式的技术转移等。

1. 限制进口技术的许可证管理制度

对于限制进口技术,我国施行许可证管理制度,具体包括以下几个方面的内容:

(1) 取得技术进口许可意向书。在我国,技术进口申请经批准的,由国务院对外经济贸易(简称“外经贸”)主管部门颁发技术进口许可意向书。进口经营者取得技术进口许可意向书后,可以对外签订技术进口合同。

(2) 申请技术进口许可证。进口经营者签订技术进口合同后,应当向国务院外经贸主管部门提交技术进口合同副本及有关文件,申请技术进口许可证。国务院外经贸主管部门对技术进口合同的真实性进行审查,并自收到规定的文件之日起 10 个工作日内,对技术进口作出许可或者不许可的决定。

(3) 颁发技术进口许可证。技术进口经许可的,由国务院外经贸主管部门颁发技术进口许可证。技术进口合同自技术进口许可证颁发之日起生效。



2. 自由进口技术的合同登记管理制度

进口属于自由进口的技术,合同自依法成立时生效,不以登记为合同生效的条件。进口属于自由进口的技术,应当向国务院外经贸主管部门办理登记,并提交技术进口合同登记申请书、技术进口合同副本以及签约双方法律地位的证明文件。国务院外经贸主管部门应当自收到上述文件之日起3个工作日内,对技术进口合同进行登记,颁发技术进口合同登记证。申请人凭技术进口许可证或者技术进口合同登记证,办理外汇、银行、税务、海关等相关手续。经许可或者登记的技术进口合同,若合同的主要内容发生变更的,应当重新办理许可或者登记手续。经许可或者登记的技术进口合同终止的,应当及时向国务院外经贸主管部门备案。设立外商投资企业,外方以技术作为投资的,该技术的进口应当按照外商投资企业设立审批的程序进行审查或者办理登记。

3. 技术进口合同特别规定

(1) 技术进口合同当事人的责任。技术进口合同的让与人应当保证自己是所提供技术的合法拥有者或者有权转让、许可者。技术进口合同的让与人应当保证所提供的技术完整、无误、有效,能够达到约定的技术目标。

技术进口合同的受让人按照合同约定使用让与人提供的技术,被第三方指控侵权的,受让人应当立即通知让与人;让与人接到通知后,应当协助受让人排除妨碍。

技术进口合同的受让人、让与人应当在合同约定的保密范围和保密期限内,对让与人提供的技术中尚未公开的秘密部分承担保密义务。在保密期限内,承担保密义务的一方在保密技术非因自己的原因被公开后,其承担的保密义务即予终止。

(2) 合同期满后的处置。技术进口合同期满后,技术让与人和受让人可以依照公平合理的原则,就技术的继续使用进行协商。

第四节 产业布局调控法

一、产业布局与区域产业布局

1. 产业布局

产业布局是指国民经济各产业在一国或者一个地区范围内的空间分布与组合。全国各地产业布局的形成是由其经济发展类型、地理环境以及社会历史传统等因素综合作用的结果;是一项受多层次、多目标、多部门、多因素影响,具有全局性的经济战略部署。合理的产业布局有利于发挥地区优势,充分利用资源,进而有利于取得良好的经济、社会和生态效益;不合理的产业布局则有可能阻碍发展,甚至可能付出巨大的代价。^①

从法律角度来看,产业布局具有以下几个方面的法制蕴涵:

^① 李孟刚,产业经济学[M].北京:高等教育出版社,2008:183.



(1) 产业布局形成最初是社会公共与区位优势共同作用的结果,是对它们所共同依赖的市场经济法律制度背景的一种反映和肯定,包括产权制度、市场经济主体制度等。

(2) 产业布局的形成早期主要是市场经济配置社会资源的一种自发调节的结果,但在现代市场经济条件下,各国都已广泛采用法律措施对本国产业布局的形成加以干预和影响,产业布局调控已经成为各国市场经济宏观调控法律制度的重要组成部分。例如,自18世纪末起,美国在对其西部、南部地区的开发中就通过土地立法、区域开发立法的方式强化国家对这些地区产业布局的影响,并从整体上促进相关地区经济的发展。尤其是在对田纳西河流域进行开发与治理的过程中,美国国会专门制定通过了《田纳西河流域管理局法案》,建立了田纳西河流域管理局(TVA),专门对田纳西流域进行专项开发治理。^①

(3) 产业布局调控法的核心是政府对不同产业在不同空间区域分布进行的一种有机的干预行为。产业布局调控的前提必须是以实现本国、本地区宏观经济整体增长和社会公益为前提,并预防政府在产业布局调控中的滥权与决策失误。为此,各国对于涉及国计民生的重要产业结构调整问题,都交由议会甚至以全民公决的方法来解决。

(4) 产业布局调整是国内产业区域之间社会资源、利益重新分配的过程。在解决了产业布局合理性的技术问题之后,是否将有关产业布局调整规划付诸实施实际上还涉及一个国内各区域之间社会资源、利益重新分配的问题,即是否能够在尊重区域内各产业平等、公平发展的基础上进行资源、利益的重新分配。这一问题在计划经济体制下是不存在的,但在市场经济体制下,重新进行产业区域的外部调整必须具有一个法律上的合理性,否则势必形成社会资源的分配不公,以及社会整体利益分配的不均衡。改革开放以来,我国形成了严重的城乡差别、东西差别以及居民收入分配差别,不能不说与忽视了对产业布局调控中的公平性问题、适法性问题有关。

2. 区域产业布局

通常来看,产业布局是以区域资源差异与分工协作为基础的,而区域产业布局就是指区域产业运行在空间上的实现。区域产业布局理论主要研究在区域经济发展的不同阶段,区域内部各产业空间组合的最佳形式和一般规律,以求合理地利用本地资源,求得最大的区域效益。^②从这个意义上讲,区域产业布局及其调整是在一国、一地区整体产业布局框架范围内的局部性分布与调整。

较之于一国整体产业布局而言,区域产业布局凸现或者强调了区域利益和区域特点。从法律制度的层面来看,就是肯定了区域性产业利益和产业布局的正当性,并通过专门立法的方式赋予区域利益以合法性。这不是对产业布局应符合社会公益的否定,而应当看做对片面理解社会公共利益的一种修正;同时,这也不是对一国实施宏观产业调控措施的否定,而应当看做对宏观调控领域内特殊情形的灵活应对。当然,在不同政体下这一问题的反映并不一致。例如,在实行地方自治或者联邦制的国家,中央政府对产业布局调控的影响力受到地方政府和议会的制约而显得较为软弱,更多关于区域产业布局调整的权力被集中在地方议会或者政府,而中央政府仅能通过政策宣誓和引导来影响各地区域产业布局的调整。但在实行单一制的国家,中央政府拥有更多、更为强大的全国性产业布局调控的权力,即意味着中央政府能够在更为广泛的层面上平衡国内各产业布局的关系。当然,中央政府干预调控产业布局权力和能力的增加,即

^① 赵宏.环渤海经济圈产业发展研究[M].北京:中国经济出版社,2008:3.

^② 赵宏.环渤海经济圈产业发展研究[M].北京:中国经济出版社,2008:3.



意味着地方利益、区域利益将受到更多的限制,中央与地方权力博弈变得不可避免。

从我国社会经济发展现状来看,城乡差距、东西差距、行业差距、收入分配差距巨大,已经成为关系到国家未来发展的重要社会问题。从法律制度上肯定和保护地方利益、分散区域产业布局调控权力已成为大势所趋。就具体法律制度设计而言,首先,应重新划分区域产业调控权限,宜将涉及区域产业布局调控权力交由地方人民代表大会以及地方政府行使;其次,应统筹规划城乡产业布局调控目标,将包括农业、工业、服务业在内的各产业进行统一产业布局调控,尽量避免同一空间范围内因产业类型的不同而存在的调控冲突和摩擦。

二、区域经济发展促进立法

我国尚未制定专门的区域经济发展促进法律,有关区域经济发展的相关规则制度散见于相关部门法律、法规甚至政策方针之中。针对我国区域经济发展促进基本法缺失的状况,有学者提出:“全国人大常委会应当制定在区域经济发展中处于基础地位的区域经济基本法,以特定的程序和实体法律明确规范我国区域经济的总体规划、总目标、总原则以及区域经济发展中所涉及的相关经济主体的基本权利、义务与责任,并以基本法律的形式表现出来。”^①制定专门的区域经济发展促进立法必须考虑以下问题:

1. 区域经济与国家整体经济发展之间的调控权力配置

正如前文所述,区域经济与国家整体经济发展的关系既存在相互协调、相互促进的一面,也存在相互制约、相互矛盾和冲突的一面,甚至后者表现得更为明显和突出。这一冲突在法律制度层面主要表现为中央政府和地方政府在产业布局调控方面的权力分配与利益冲突。在实行联邦制或者地方政府独立性相对较强的西方国家,这一矛盾表现得并不突出;而在中央权力相对较强而地方权力相对较弱的国家,制定颁布区域经济发展促进法则带有相当明显的分权意味。

就我国而言,我国区域经济发展经历了三个阶段:第一阶段是从1949年至1978年间以计划经济为特点的区域经济发展模式,区域经济发展完全服务于国家战略,区域经济发展处于一种非平衡发展的状态;第二阶段是自1979年至1990年间的改革开放初期阶段,在此阶段商品经济被引入我国经济发展体制,根据邓小平所确定的“一部分地区、一部分人先富起来”的经济发展战略,国家经济发展重心向东部沿海地区倾斜,形成了以商品经济为背景的非均衡发展状态;第三阶段自1991年至今,总体而言这一阶段是在社会主义市场经济背景下,国民经济从非均衡发展转向协调发展,重点推出了“西部大开发战略”和“东北老工业基地振兴计划”。纵观我国区域经济发展的这三个阶段,产业布局调控的原因、措施和意义均有所差异。这些差异性的存在,一方面反映出我国区域经济发展的不均衡性对区域经济发展促进法制完善的强烈需求,另一方面也反映出我国区域经济发展促进立法自身存在的老化和不足。

2. 经济欠发达地区的经济发展促进立法

制定区域经济发展促进立法的一个重要理由即在于国内经济发展水平的不均衡,且这种不均衡性在一定程度上影响到国民经济整体结构以及发展水平的提升,为此需要制定专门的经济欠发达地区经济发展促进法以解决国内经济发展中的不平衡问题。从法律制度设计角度而言,就是通过制定针对经济欠发达地区的专门立法,放松法律制度上的各类限制,鼓励对经济欠发达地区的投融资活动,提供优惠的税收措施和放宽待遇,等等。20世纪早期,日本在对北海道

^① 董玉明. 与改革同行:经济法学理论与实践问题研究[M]. 北京:知识产权出版社,2007:433.



的开发以及第二次世界大战后对冲绳地区的开发中都采用了制定区域经济发展促进法的方式,从法律上对开发活动给予必要的辅助与保障。当然,随着北海道以及冲绳地区经济的不断发展,这种专门针对经济欠发达地区的区域经济发展促进法律也渐渐引退。典型的证据是2008年日本重新调整了其政策性银行体系,除保留对冲绳地区的政策性金融机构外,对北海道地区的政策性金融机构基本取消,而将相应的金融扶助问题交由商业银行提供金融服务。换言之,日本针对北海道、冲绳等边远地区的区域经济发展促进法律制度是以相应地区具备与全国其他地区进行平等市场竞争能力为存在前提的,具有历史阶段性的特点。

我国区域经济发展促进立法所面临的立法背景与日本等国存在较大差异:①我国奉行社会主义市场经济,这一经济体制在肯定市场经济的基础作用前提下,依然保留了强大的国家干预或者宏观调控能力,区域经济发展促进法不宜也不可能成为经济欠发达地区地方人大或者地方政府能够自主制定的地方立法范围;②我国经济区域差别极大,存在着东西差异、城乡差异等典型区域发展不均衡的问题,中西部经济欠发达地区地域范围广、涉及人口众多(主要是农业人口),必须统筹规划,集中立法;③我国经济欠发达地区大多存在民族生存、民族发展、民族传统文化保留与现代文明的关系问题等突出矛盾,不宜通过地方立法的方式加以规定处置。因此,较之于国外区域经济发展促进法的阶段性特征,我国区域经济发展促进法应为一部由全国人大制定的综合性区域经济发展促进法。

3. 经济与高新技术产业开发区制度

在我国,大大小小分布着各类经济(技术)开发区、高新技术(产业)开发区、高科技工业园(区)等地区性产业区域。其中,经过国务院批准设立的开发区一般被冠以“国家级开发区”的称谓。开发区是中央政府或者地方政府为引进外资、扶持区域经济发展、推动科学研究、调整产业结构等目的而设立的,提供优惠资源供给(如土地价格)、实行关税/税收减免、放松进出口管制等经济政策措施的区域。因此,入驻开发区范围内的企业往往能够获得更多的扶持和优惠待遇,从而有效地控制生产成本,更好地发挥竞争优势,并进一步从整体上带动区域经济发展。各类经济开发区的设立和发展,无疑在我国改革开放的经济发展进程里作出了重大的贡献。但同样需要看到的是,近年来各地开发区建设过多、过滥,各种以开发区建设为名目的圈地活动、规避国家法律的行为屡见不鲜,开发区的存在某种程度上造成了市场竞争的不平等问题。为此,必须回归建设开发区的初衷,避免滥设开发区现象的蔓延。

(1) 开发区设立目的的唯一性。设立各类经济与产业技术开发区的目的应限于实现产业布局结构调整、促进区域经济发展。

(2) 开发区设立程序的法定性。开发区必须依照国家有关法律法规,按照法定程序进行审核批准后方能设立,各地方不得随意设立各类开发区。

(3) 开发区存续期限的有限性。各类开发区的存在必须有一定的时间限制,如20年、30年等,不宜过短也不宜过长。过短不利于开发区设立目的的实现,过长则有可能导致优惠措施和政策的偏置。

(4) 开发区类型的规定性。目前,我国对于开发区类型的法律规定并不明晰,应明确各类开发区的具体类型和享有的优惠措施的类型,以确保实现设立该开发区的目的。例如,《科技进步法》第24条规定:“国务院可以根据需要批准建立国家高新技术产业开发区,并对国家高新技术产业开发区的建设、发展给予引导和扶持,使其形成特色和优势,发挥集聚效应。”即建立高新技术产业开发区,必须将高新技术的引进、运用作为辨别类型以及存在理由的基本标准。



三、国外区域经济发展促进法比较

国内资料分析对比国外区域经济发展促进法,主要是援引美国和日本如何通过区域经济立法的方式来促进落后地区的经济发展的。

例如,相关资料提到,19世纪美国为鼓励西部移民,陆续出台了《宅地法》、《鼓励西部植树法》、《沙漠土地法》等法律来鼓励开发美国西部地区。1933年,美国又通过了《麻梭浅滩与田纳西河流域开发法》,并成立了田纳西河流域管理局,负责领导、组织和管理田纳西和密西西比河中下游一带的水利综合开发和利用。20世纪60年代至80年代,美国又先后颁布了《地区再开发法》、《公共工程与经济发展法》、《阿巴拉契亚区域发展法》等多部法案,进一步加强对贫困地区的经济援助。随后美国政府又颁布了《人力训练与发展法》、《经济机会均等法》、《农村发展法》和《联邦受援区和受援社区法案》等立法,有力地保障和促进了美国区域开发的成功。^①另一个被常常援引的例子是日本。自20世纪50年代开始,为了应对区域问题,日本特别重视地区发展立法。除了1950年制定的《国土综合开发法》外,日本还制定了一系列关于地区发展的法律,如《山村振兴法》、《孤岛振兴法》、《过疏地区振兴特别措施法》、《新产业城市建设促进法》、《筑波研究学园都市建设法》、《水资源地区对策特别措施法》、《北海道开发法》等法律,有效保证了落后地区开发的顺利进行。^②

然而,美国和日本区域经济发展促进立法的成功经验,并不一定具备可以成为我国所借鉴采纳的前提和条件。第一,国家政权组织结构的差异。实行联邦制的美国自不必多言,日本在第二次世界大战结束后国家政体发生了巨大的变化,以地方自治为特点的国家政权组织形式以及典型的三权分立法制模式极大地削弱了政府尤其是中央政府的行政权力,就此而言,美日等国采用专门制定区域经济发展立法促进法的形式,推行其产业调整政策实为迫不得已的无奈之举。第二,美日等国的区域经济促进立法都带有明显的历史阶段性特征。资料中提及的美日区域经济发展促进立法大多颁布于20世纪早期的经济危机以及第二次世界大战结束后的世界经济重振时期,其共同背景中固然有着对市场经济负外部性问题的纠正,但更多的是对当时各国所面临的经济基础结构调整与重建为目的的经济发展问题的具体应对,而不一定带有普遍性特征。第三,美日区域经济发展促进法的法律制度环境都是建立在市场经济体系基本法律制度相对完备的前提之下,即区域经济发展促进法是建立在相关物权、债权、契约、银行金融、公司企业、证券投资等市场经济基础性法律制度相对完备的基础之上的,法律与法律制度之间的匹配与磨合相对平顺,区域经济发展促进法不必对相关基础性制度安排加以规定。第四,应当注意到近年来美日经济转型对于区域经济发展促进立法的影响。试图通过区域产业发展促进立法促进区域经济发展的思路,反映的是市场经济初级阶段人们对制造业等传统产业在经济增长过程中所扮演的角色的过分看重和迷恋,随着经济增长方式和环境保护观念的不断发展,区域经济发展是否必须走产业优先发展之路已引起人们的质疑。

引例解析

造成“浙江水泥现象/问题”的原因,从外表上看是当时浙江地区水泥产业因新型制造工艺

① 朱容.法治建设与区域经济发展研究[M].成都:西南财经大学出版社,2007:56.

② 蔚玲.区域发展法治化的国外经验及对我国的启示[J].沧桑.2009(4):75.



的运用而出现产能过剩、产能集中而造成的区域性行业危机。然而,从产业调控法律的角度分析,以下问题不容忽视:

第一,地方政府、行业政府主管部门或者行业协会等自律组织在产业结构调整中是否可以强制推行新技术、新工艺?该问题的核心是在何种程度上应当尊重市场规律的作用,或者政府、自律组织在何种条件下有干预市场的权力?

第二,以行政权力保驾护航的产业技术调整,必然伴随着税收优惠、非理性融资等次生现象,一旦产业技术更新出现问题,相应的税收、融资风险便随之出现;但此风险责任到底应当由谁来承担?是积极推广甚至强行推广新型技术工艺的政府机构,还是具体应用产业技术的企业公司本身?

第三,政府产业调控的限制有哪些?包括政府是否可以对国民经济所有领域内的产业进行产业调控;是否有必要根据产业类型的不同而加以区别对待,使政府仅对涉及国计民生的重要产业进行必要的调控;政府产业调控的力度应当如何控制;是否为了产业整体发展水平的提升就可以采用强制关停等措施关闭落后产业或者企业部门;采取这些强制性措施的法律依据何在;是否进行了必要的补偿;等等。

这些问题在目前我国的相关立法中的规定较为模糊,往往难以操作。

实际上,“浙江水泥现象/问题”后来通过市场化的方式得到了解决。2008年,由中国建材发起并组织多家水泥企业,采用联合经营与资产重组方式,吸收合并了多家浙江水泥企业,共同组建了南方水泥集团,并最终走出经营困境,达到1.38亿吨产能规模,成为同行业的佼佼者。简言之,政府产业调控的失策最终由市场买单,这样的教训不可谓不深刻。

主要术语

产业 产业政策 产业调控 产业技术调控 科技进步 技术成果转化 产业布局 区域经济 区域经济发展促进法

复习思考题

- (1) 如何从法律角度理解产业的概念?
- (2) 对比分析产业政策与产业调控法的关系。
- (3) 产业调控法的体系包括哪些部分?
- (4) 简述我国产业调控主管机关及其主要职责。
- (5) 政府产业结构调整有哪些法律特点?
- (6) 简述产业结构调整法的概念及其立法模式。
- (7) 简述产业技术调控法的法律特征。
- (8) 我国科技进步法规定了哪些主要制度?
- (9) 我国产业技术成果转化法的主要内容有哪些?
- (10) 我国产业技术引进有哪些具体制度?
- (11) 产业布局的法制蕴涵有哪些?
- (12) 如何理解区域经济与国家整体经济发展之间的调控权力配置博弈?
- (13) 如何看待国外区域经济发展促进立法对我国相关立法活动的影响?