

经济法形式:基于规范多样性的理论思考*

李激汉^{1,2}

(1. 南京大学法学院, 南京 210093; 2. 湖南科技学院法律系, 湖南 永州 425100)

摘要: 经济法规范的多样性给其形式的定位带来困难。如果认识到不同规范功能的一致性,并从法律分层理论上作适当推动,这一困难将得到克服。从规范功能配合的角度分析,经济法通过规范合力达到立法目的,实现目的规范与手段规范的结合、公法规范和私法规范的结合,因此,形式上不是单纯的经济行政法,而是保护特定经济权益的“应用法”。明确经济法形式既利于将其与行政法区分,也利于深入理解其与众不同的结构性规制方式。

关键词: 经济法; 应用法; 合力论

中图分类号: D922.29

文献标志码: A

文章编号: 1671-0398(2013)02-0049-05

目前,学界一直认为经济法是单一性质的规范,其规制的市场管理关系和宏观调控关系也具有单一性质。这种观点实际上存在重大缺陷。首先,它无法解释经济法上存在的行政性规范,无法将经济法与经济行政法进行区分;其次,性质单一论是对经济法规范的整体误读,导致整个理论孤立,陷入与其他部门“打口水战”、“夺地盘”的窘境。本文正本清源,在揭示经济法规范多样性的基础上,探讨其客观存在的法律形式。

一、规范的多样性及其制度安排

(一) 经济法的多种规范

经济法权益是经济法基于公共利益要求而赋予主体的经济权利或利益,如国家税权,是为了满足公民公共产品需求而赋予国家的经济权益;公平竞争权,是为了维护公平竞争秩序而赋予经营者的经济权益;消费者权,则是为了保障消费者基本人权,维护市场交易公平而赋予消费者的经济权益。经济法权益产生的目的是为了公共利益,而不是仅仅考虑个体利益意思自治要求。换言之,经济法的法益结构主要内容是公共利益而不是个体利益^[1]。因此,该权益的实现难免需要公共力量的参与,即依赖于经济法上的公共执行。公共执行和私人执行的制度共存,表面上会给受害人带来麻烦,使当事人陷入启动公共执行程序还是提起私人民事诉讼的权衡选择,但这种选择不仅有利于经济权益获得尽可能

的保护,也有利于维权成本的节约。

在确认权益与保障公共执行、私人执行的过程中,经济法规范出现了分工。根据功能的不同,它可以区分为目的性规范、程序性规范和辅助性规范3种不同性质的规范^[2]。目的性规范负责经济法权益的确认,而程序性规范和辅助性规范分别规范公共执行和民事执行(含私人执行)行为。例如,我国反垄断法除法律责任及附则外,可以分解为三方面的规范:一是确认经营者竞争权益的规范,如第5条直接规定经营者可以通过公平竞争,自愿联合,依法实施集中,扩大经营规模,提高市场竞争能力。为了满足市场有序竞争的公共利益要求,反垄断法赋予经营者公平竞争权。我们可以将该确认权益的规范称为目的性规范。二是反垄断机构及其执法程序规定。如反垄断机构和调查程序(总则第9、第10条以及第6章)以及垄断违法行为认定标准(总则第3~8条以及第2~5章),这些规定负责规制竞争执法机关的公共执行,我们称之为程序性规范。三是私人实施反垄断法的规定(第50条以及最高人民法院2012年发布的司法解释《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷应用法律若干问题的规定》),这些规范属于私人执行规范。它决定违法人侵害公平竞争权而使经营者遭受损害,受害人提出民事赔偿主张是否在民法上获得支持。

税法作为经济法子部门,其规范是否也可以作类似的分解?答案是肯定的。首先,税权(又称征

收稿日期: 2012-11-10

基金项目: 教育部人文社会科学研究规划基金项目资助(11YJA820083);江苏省社会科学基金重点项目资助(11FXA002)

作者简介: 李激汉(1975—),男,湖南人,南京大学法学院博士生;湖南科技学院法律系讲师。

税权)是为了满足公民公共产品需求(公共利益要求)而赋予国家的经济权益。宪法第56条关于公民税收义务的规定只是为国家税权奠定基础,而真正具体确定税权范围的却是经济法中的税种法。因此,对国家这一经济法主体来说,税种法是一种权益规范,即目的性规范。目前还有人认为税种法本质上是行政法。这种观点显然无视国家税权这种经济法权益的存在,贬低了国家税权的法律地位。应将税种法视为确认税权范围的目的性规范,这样在研究上有利于进一步吸纳税收债务理论,重新找回税种法作为“半壁财产法”的地位^[3]。其次,税收征管法主要是程序性规范,它规定税务机关实现国家税权,保障纳税人主权的征税程序。税收保全中的民事规范则可以被认为属于辅助性规范,它赋予税务机关税收代位权和撤销权。税收保全虽然不属于私人执行的范畴,但税务机关使用了私法手段,显然应受相关民事法律调整。

是否每个经济法子部门法都可以做上述规范的分解?笔者认为:目的性规范有可能单独存在,如税种规范;也有可能与程序性规范、辅助性规范一起存在,如上述反垄断法规定的公平竞争权。但无论何种形式,鉴于经济法权益确认是经济法规制的中心,权益确认规范应成为经济法子部门不可或缺的首要部分。缺乏权益确认规范,所谓的子部门法不会存在;而拥有权益确认规范,是否存在程序性规范和辅助性规范就不得而知。当然,两大法系对辅助性规范的理解可能存在差异。因为大陆法系刑事实施统一立法,除刑法典外,任何其他部门法都不得独立规定犯罪构成和刑事处罚。也就是说,大陆法系国家的辅助性规范中一般不会包含实质性的刑事规范。

(二)多种规范之间的特殊制度安排

1. 规范外部的制度安排

经济法的独立性实际上并不是体现在所谓规范的统一性质,而是3种规范之间存在的独特制度安排。首先,经济法目的规范是引领性规范,它的立法缘由可以追溯到经济宪法。基于公共利益要求,赋予相关主体经济权益,首先应该由经济宪法率先规定,因为其对基本经济制度的确定,是所有“公共利益”界定的根源,在它规定之前,部门法无权作出具体界定。考虑到经济宪法属于最高法,不可能事无巨细地对各种权益的具体内容,或者说不同情势下的不同群体拥有的特定经济权益作出详细具体规定,因此需要经济法目的性规范进行补充和完善。事实上,经济法权益范围也的确首先受制于经济宪

法对国民整体经济秩序的抉择。国家走什么道路,实行什么经济体制,直接决定了这种权益的范围。其次,经济法目的性规范一旦将这种权益在经济宪法规定的范围内具体化,就需要建立具体法律规范来保障相关的实现活动。程序性规范和辅助性规范的存在,正是为了实现这种功能,它们分别规范公共执行和民事执行行为。

司法实践中,程序性规范和辅助性规范的适用时有冲突产生,如行政责任与民事责任的竞合,行政救济程序与民事诉讼程序之间的冲突等。笔者认为:对于责任竞合的处理,一般应采用民事责任优先原则。我国侵权责任法第4条规定,侵权人因同一行为应当承担行政责任或者刑事责任的,不影响依法承担侵权责任。我国公司法第215条也作了类似规定,公司违法承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金的,其财产不足以支付时,先承担民事赔偿责任。对于程序上冲突的解决,据诉讼法学者的研究,应按如下3个层次处理:一是法院原则上在民事诉讼中对案件涉及的事实和法律问题可以独立审查,直接作出认定。行政行为可以作为初步证据,法院原则上享有审查的权力和义务。二是作为例外,法院可以中止诉讼,等待行政争议最终解决,然后据此作出判决。三是行政附带民事诉讼原则上只适用于对行政裁决提起诉讼的案件^[4]。

2. 规范外部的相邻关系

(1)目的性规范为何受制于经济宪法

基于公共利益要求赋予相关主体权益也是经济宪法的基本任务,经济法目的性规范则专门负责内容上的补充和完善,因此,从法律的分工看,可以认为目的性规范在执行经济宪法的规定。比如税种法,宪法第56条关于公民纳税义务的规定是其宪法根源。在德国,也有学者直接将税法纳入经济宪法范畴,将经济宪法理解为广义的经济行政法,即包含税收等经济行政法^[5]。除税种法以外,还可以看到,我国宪法第15条关于实施社会主义市场经济的规定和第11条关于保护非公有制经济权益的规定,实际上也是反垄断法和反不正当竞争法确认经营者竞争权益的立法依据。

值得注意的是:不能将目的规范直接视为经济宪法(尽管有人形象地将反垄断法称为“经济宪法”)。如德国学者所言:“将实质意义上的经济宪法理解为调整经济生活的所有法律规范,而不论其处于哪一法律位阶。那么,将导致如下后果:一方面会产生把经济政策观点提升到宪法高度的危险,而

这些经济政策其实只体现在普通法律中；另一方面给人造成一种错误的印象，使其认为任何生活中的“经济”现象都能在基本法层面找到对应的宪法规定^[6]。目的性规范即使具有一定的法律优位，其实际来源不是与宪法同起同坐，而是其所体现的法益，即在大多数情形下，法律对公共利益实施优先保护。

(2) 程序性规范和辅助性规范为何可以视为行政法和民法的特别法规范

程序性规范和辅助性规范与行政法和民法的关系，可以从三方面进行解释：第一，行政法中的行政行为应当包含不可诉的抽象行政行为和可诉的具体行政行为。经济法中的监管行为大都是具体行政行为，具有可诉性，而宏观调控行为大都可归入不可诉行政行为之列。总体上两种行为都属于经济领域的特殊行政行为。实践中，市场监管行为以及实施宏观调控的具体行政行为均可以提起行政诉讼。如2002年5月31日最高人民法院办公厅关于中国人民银行分支机构就是否具有行政诉讼主体资格问题的复函中就认定：当事人对人民银行分支机构依法授权作出的金融监管的具体行政行为不服的有权提起的行政诉讼，并以人民银行分支机构为被告。作为抽象行政行为的宏观调控行为虽然不可诉，但应接受宪政制度的约束。对违反经济宪政的宏观调控行为，应追究相关责任人的政治责任，如接受人大质询、引咎辞职等。第二，侵害经济法权益也会导致民事侵权，不能因为某些法律（如消法、食品安全法）规定惩罚性赔偿而否定其民事侵权性质。在英美法系国家，侵权法本身就包括惩罚性赔偿制度。我国侵权责任法第47条也规定了产品侵权适用惩罚性赔偿。第三，经济法上的公共执行、民事执行涉及的仍是行政诉讼和民事诉讼。2001年全国各地法院按照刑事审判、民事审判、行政审判三大体系要求，纷纷撤销专业性审判庭，将原经济、知识产权等案件的审理工作纳入民事审判体系，建立大民事审判格局。这一事件说明，我国法院已经意识到很难建立独立于三大诉讼体系之外的经济法诉讼。

二、结构性规制与规范合力的形成

(一) 经济法结构性规制的表现

1. 目的性规范引领

确认经济法权益是公共执行和民事执行的前提。具体由哪一部或者哪一层次的规范性文件负责确认权益，则根据子部门法的具体情况、一国立法权的划分以及各行业和地区的经济特性决定。目的性

规范的分散符合经济法的对策性和应用性要求，但同时可能导致低层次立法（如法令）的增加，使立法之间发生冲突的概率增大，这需要立法者予以精心协调。

当目的性规范增加国家特定经济法权益时，公民的经济义务相应增加，这样很容易使人产生经济法是“义务法”的错误印象。实际上，无论经济法赋予谁权益，权利和义务在法律上仍然是基本平衡的，只不过是平衡的方式不同而已。例如，国家税权与国家公共产品供给责任之间的平衡，在税种法中显然没有规定，但在预算法中却有规定（预算法第3条规定，各级预算应做到收支平衡）。由于国家公共产品的供给不可能只停留在经济领域，因此，如果不从总预算上观察，很难理解两者的平衡。总体而言，经济法权利义务的平衡大都处于宏观层面，属于公共利益与个体利益的平衡，而民法上的个体平衡显然处于微观的层面。

2. 程序性规范和辅助性规范保障

经济法权益的实现离不开公共执行或者私人执行，而公共执行和私人执行活动同样需要经济法予以规范。程序性规范和辅助性规范在经济法内部发挥保障性功能，主要是基于两方面原因：一是法益优先性决定了目的性规范实现的优先性。经济法赋予主体权益的主要根据是公共利益要求，而不是单纯的私益要求，因此，在内部设置行政规范和民事规范保障特定权益的实现活动，完全合情合理，亦具有立法上的正当性。二是经济法作用领域的特殊性决定了其保障性规范的特别性。既然经济法权益是基于公共利益要求赋予的，说明其涉及的经济领域与“公共利益”相关，这种领域的特殊性要求公共执行与民事执行的规范也是特别的，否则很难适应现实要求。换言之，单靠一般行政法和民法来规制公共执行和民事执行并不现实。

(二) 经济法规范合力的形成

1. 目的规范与手段规范的结合

从规范功能分析，目的性规范的实现不仅是公共执行的目的，而且是民事执行的基础。公共执行不仅包括政府执行，还包括被授权的公共组织的执行；民事执行亦不仅包括私人执行，还包括政府以民事主体身份进行的执行，如税务机关的税收保全，金融调控中的市场业务，政府采购中的合同行为等。程序性规范从程序上控制公共权力的运行，实现经济的民主管理；辅助性规范则从“公私合作”的层面鼓励私人实施经济法。三者功能迥异，却形成了事

实上的规范合力,即目的性规范确认经济法权益的具体内容,而程序性规范和辅助性规范为权益的实现活动提供法律保障,形成目的与手段的最佳结合。

实践中,经济法权益的具体内容在立法上很难详尽,这并不阻滞目的性规范的效力。因为在具体执法或者司法者那里,目的性规范可以得到最大限度或者是最贴近经济实际的解释。他们可以预先明晰所适用的规范是基于什么样的公共利益要求,然后结合当地实际或者具体个案去解释具体的经济法权益范围,最后决定违法行为是否构成对经济法权益的侵犯。

2. 公私法结合

公私法结合是指程序性规范与辅助性规范的结合,这在经济法上表现非常突出。首先,公私法结合表明在经济法内部存在制度选择。掺入民事规范与其说是吸收了英美法系的优点,不如说是吸收了英美20世纪60年代兴起的制度经济学的合理内核,即在经济立法中坚持“社会成本原则”。从立法上看,作为兼具行政管理法属性的经济法,应始终坚持谦抑性立法原则,即能用民事调整的地方,应当尽量使用民事立法予以调整。这种谦抑性法则用经济学用语表达,就是“能用市场解决的问题,就不应当由政府去解决”。其次,公私结合又表明经济法与目前的“公法私法化”和“私法公法化”运动有关。前者如我国税法第50条赋予税务机关对税收债务可以行使合同法上的代位权和撤销权;后者如商业银行法第11条和第19条关于准入的规定,第39条关于贷款遵守资产负债管理的强制性规定等。“公法私法化”和“私法公法化”是法律对经济一体化的自我调适性反应,并不影响公私法各自的性质及整体划分。换言之,公法主体以私法主体身份形成的法律关系属于私法关系,而私人商法即使被嵌入规制因素,仍属私法范畴。

三、多种规范结合的法律形式:应用法

(一) 经济法在整个法律体系中的位置

经济法权益往往停留在经济宪法或者经济法目的性规范层面。它仅作为公共执行和民事执行的目标或依据而缺乏自我执行力,只有违宪机制予以保障。这就导致了经济法实践在现实中大都体现为行政和民事法律机制的应用。我们实际看到的诉讼也就不外乎经济法上的行政诉讼和民事诉讼。但是,如果将程序性规范、辅助性规范与目的性规范割裂开来,则根本无法解释两者的来源,更无法解释其与

宪法、行政法、民法等部门法之间的关系。因此,笔者建议,对3种规范进行整体性解释,在根本法和基本法外建立相对独立的法律层次,以解决经济法在整个法律体系中的地位问题。

建立一个什么样的法律层次?鉴于经济法目的性规范负责确认经济法权益,而程序性规范和辅助性规范负责保障这些权益的实现活动,为了准确描述这种内部规范结构以及与相邻部门法的关系,我们可以创立中国法律体系语境下的“应用法”概念,将经济法归入独立于最高法宪法、基本法的应用法层次^[7]。(如图1)

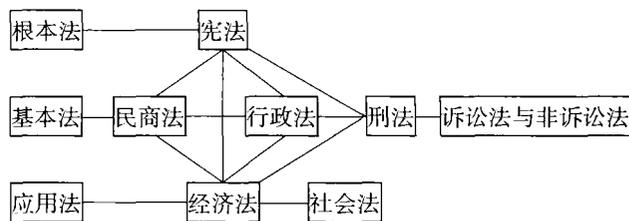


图1 经济法地位示意图

(二) “应用法”的涵义及范围

为了详细描述上述法律层次的划分,需要对“应用法”一词内涵进行界定。所谓“应用法”,就是指其目的性规范基于公共利益确认基本权益,且应用两种以上基本法律部门的特别规范来实现这些权益的法律。或者说,为了目的性规范确认的权益得以实现,存在两种以上其他部门特别法来保障实现活动,并在内部形成一定制度安排的法律。应用法虽然包含不同性质的规范,但其规范内部存在整体协调和功能配合。根据这一理解,社会法部门也可归入这一层次。如劳动法中对劳动权益的确认以及对保护劳动权的公共执行,私人执行活动的规范等,均反映出其存在与经济法极为相似的结构规制方式。并且在劳动法上,对政府公共执行不服仍然提起行政诉讼以及对私人执行提起的劳动争议也属于广义的民事争议。

(三) 明确“应用法”地位的重要意义

我国立法具有大陆法系传统,整个法律体系应当具备明确层次。若将经济法视为“应用法”,并抽象出“应用法”概念,不仅整个国内法会呈现出根本法、基本法、应用法3个层次,而且经济法本身也减少了与三大基本法律部门(民法、行政法、刑法)之间的正面冲突。重视经济法目的规范与经济宪法的内在联系,将程序性规范和辅助性规范与行政法和民事法相衔接,无疑有利于确立经济法在整个法律体系中的独立地位,加快经济法融入传统法律体系

的步伐。

明确“应用法”形式也有利于明确经济法的现实作用,有利于加强对中国特色社会主义法律体系的认识。经济法权益基于公共利益要求而赋予,因此,权益的实现不仅有利于主体私益的增进,而且有利于社会公共利益的维护。这种双重作用,正好可以满足社会主义市场经济的法治要求。

“应用法”形式昭示私人和国家在经济法中既有共同平台(经济法权益),又有各自的舞台(公共执行和私人执行),满足现代经济治理“公私合作”的基本要求。在社会法学家眼里,现代法律本来就应适应社会的变迁,“它通过社会控制的方式而不断扩大对人的需求、需要和欲望进行承认和满足;对社会利益进行日益广泛和有效的保护;更彻底地和更有效地杜绝浪费并防止人们在享受生活时发生冲

突——总而言之,一项日益有效的社会工程。”^[8]

四、结论

经济法规范的多样化是一个客观事实,但它却长期被理论界所忽略。如果采用结构(功能)分析方法对其进行分析,可以发现不同规范之间存在独特制度安排:目的性规范负责经济法权益的确认,而程序性规范和辅助性规范分别规范公共执行和民事执行(含私人执行)行为。进一步分析它们与现有法律部门之间的关系,经济法形式逐渐表现出来:它是一种结构性法律,通过不同规范之合力,发挥维护经济领域公共利益的独特功能。为了具体描述经济法的形式,我们需要引入“应用法”概念,并在此基础上重新划分整个法律体系的层次。只有这样,经济法的形式问题才能得到根本解决。

参考文献:

- [1] 王保树. 论经济法的法益目标[J]. 清华大学学报:哲学社会科学版, 2001(5): 61-66.
- [2] 李激汉. 结构分析:研究经济法调整对象的新方法[J]. 湖南财政经济学院学报, 2012(1): 6-8.
- [3] 刘剑文. 重塑半壁财产法:财税法的新思维[M]. 北京:法律出版社, 2009: 129.
- [4] 何海波. 行政行为对民事审判的拘束力[J]. 中国法学, 2008(2): 109-111.
- [5] JARASS. Wirtschaftsverwaltungsrecht[M]. § 1 Rn. ders DZWIR, 1996: 29.
- [6] 乌茨·施利斯基. 经济公法[M]. 喻文光, 译. 北京:法律出版社, 2006: 82.
- [7] 阿布泰隆. 行政法体系(上册)[M]. 东京:日本有斐阁, 1992: 21.
- [8] ROSCOE P. Social control through law[M]. rev. ed, New Haven, 1954: 47.

The Economic Law Form: Theoretical Thinking Based on the Diversity of Rules

LI Ji-han

(1. School of Law, Nanjing University, Nanjing 210093, China;

2. Department of Law, Hunan University of Science and Engineering, Yongzhou Hunan 425100, China)

Abstract: It is difficult to define the forms of the economic law because of its diversified rules. However, if we recognize the consistency of the different functions of rules, and give appropriate impetus from the theory of layering the law, this difficulty will be overcome. By analyzing the function of the coordinate rules, economic law makes the different rules work together to achieve its legislative purpose, and combines the purpose rules with means rules and the public rules with private rules. So it is “the law for application” rather than the pure administrative law. Studying on the form of the economic law is beneficial not only to the differentiating it from the administrative law, but also to the discovering of the different ways for its structural regulation.

Key words: economic law; the law for application; on the combination

(责任编辑 刘健)