

· 当代经济法学研究 ·

中国经济转型中的国家干预界限研究

方小敏

(南京大学 法学院, 南京 210093)

摘要: 中国经济转型期的国家干预具有区别于西方成熟市场国家的显著特点, 就是以市场为导向的适应性干预和以传统的行政命令方式进行的强制性干预同时并存, 往往出现前者干预不足、后者干预过度的局面。这不仅不能解决市场失灵的问题, 反而成为阻碍经济体制深入改革和市场机制正常运行的桎梏。为此, 必须建立市场经济条件下“干预应当服从市场客观需要”的新型干预理念和相应干预模式, 以经济干预为特征的经济法应当以尊重市场竞争机制为基础, 增强市场导向型的反垄断干预的适用力度和能力建设, 审慎适用行政命令式的干预措施。转型经济国家的经济干预除了要承担一般市场经济国家克服市场失灵、维护市场竞争的任务, 还要担负起一系列与经济转型相适应的使命, 通过市场导向型的国家干预, 推动市场化改革, 建设和完善市场经济制度。

关键词: 转型经济; 国家干预; 市场竞争; 市场导向; 反垄断

一、问题的提出

国家干预与市场竞争之间的紧张关系由来已久, 处在计划经济向市场经济转型进程中的国家, 改革的成败也是系于如何分配国家和市场的力量的问题。^①

中国在改革开放前长期实行计划经济, 国家对经济实行全盘控制、全面干预, 市场没有生存的空间。1978年实行改革开放, 1992年确立社会主义市场经济体制, 1993年修正的《宪法》第15条规定“国家实行社会主义市场经济”的基本经济制度, 市场在资源配置中的基础性作用受到《宪法》的确认和保护。该条同时规定, “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”。这是国家对市场经济实行干预的宪法基础。

国家干预经济的路径很多, 在法律层面上, 国家干预经济的基本法律形式集中体现为经济法。^② 国家对经济的干预在我国极其普遍, 促成了我国以国家干预经济为规范对象的经济法的蓬勃发展。2008年实施的《反垄断法》是规范国家力量介入微观经济活动以维护市场竞争秩序的核心法律, 清楚表明了我国对公权力干预市场竞争的必要性和规范性的认识, 充分体现了国家通过干预保障市场竞争、发展市场经济的意愿和能力的加强。在此之前, 对经济秩序和经济环境的法律调整主要是调控法, 包括直接调控法和间接调控法。前者是通过单方面发布行政命令或采取其他行政强制手段直接影响和决定生产的种类、数量和(或)价格以及投资的

^① 参见斯蒂格利茨《发展与发展政策》纪沫等译, 北京: 中国金融出版社, 2009年, 第264页及以下。

^② 参见李昌麒《经济法——国家干预经济的基本法律形式》, 成都: 四川人民出版社, 1995年。

方向、数量和形式等,后者则是通过确定或影响工资、利率、税率、补贴等经济工具影响企业的盈利能力和消费者的收入和消费水平,间接影响企业和消费者的决策。行政命令式干预主要反映行政机关的干预意愿,行政机关有很大的自由裁量权和主观任意性,这样的干预不具有普适性,其适用的正当性需要在个案中予以论证。与之截然不同,反垄断干预是市场经济条件下的新型干预,建立在以维护市场竞争为旨的反垄断法基础上,体现市场经济内在的客观要求,具有法定性、客观性和普适性,区别于行政命令式干预的任意性、主观性和条件性。

经过30多年的改革开放实践,中国在建设市场经济体制方面取得举世公认的成就,社会主义市场经济法律体系已基本建成。但计划经济的影响仍然根深蒂固,政府仍然保持着很大的配置资源的权力,形成目前我国半计划半市场的体制,公权力对整体经济运行的控制和对微观经济活动的干预成为阻碍中国经济继续良性发展和扰乱市场公平竞争秩序的最大威胁。^①

一方面是宪法和法律对国家干预经济的承认,另一方面是公权力对经济的干预延缓了市场化改革,阻碍了中国经济的深入发展,受到了质疑和批评。市场经济到底是否需要以经济法为龙头的国家干预?需要什么样的国家干预?处在从计划经济向市场经济转型的中国,国家对经济干预的界限在哪里?厘清这些问题,对于深化改革、促进市场经济、完善经济法至关重要。

二、市场经济是否需要国家干预?

在亚当·斯密等自由主义大师看来,市场可以自发地实现资源的最优配置和社会利益的最大化,国家干预是与市场竞争相冲突的。^②然而,这一观点早已失去理论和经验支持。市场失灵不可避免,政府干预可以克服市场失灵之弊端,已经成为常识,为此竞争法应运而生。特别是在现代市场中,随着市场的普遍化、深入化、全球化的发展,经济规模异常宏大;而且虚拟经济、网络经济、跨国经济导致现代经济非常复杂。这使个体经济主体掌握信息、了解市场、决策经济的有限性愈发放大。在现代市场中,单靠传统的竞争关系形成的自发秩序,已不可能有效保障市场的效率和秩序。要确保整体经济的有序、持续发展,还应该有一种基于自发秩序之上的有限的设计秩序,^③这只能通过外力的必要干预实现。

中国因为长期受计划经济的负面影响,很多人对公权力干预经济特别敏感甚至忌讳。在经济法领域集中表现在关于经济法的概念之争中。以国家干预来表明经济法内涵的“需要干预经济关系论”受到不少批评,认为经济法定位于干预论未能考虑当代国家职能演变的现状,也不符合中国现代市场经济运行的内在需要。^④不少学者刻意避免使用“干预”一词,而以“调和”、“调控”、“管理”等代替之。我国学界谈干预色变的主要原因,是没有区分国家纯粹基于主权性质而采取的行政命令式干预以及基于克服市场失灵、维护和建设市场竞争的客观需要而产生的市场导向型干预。在目前我国半计划半市场的过渡体制下,这两种干预交织在一起,增加了人们识别它们的难度。所以,承认市场经济条件下政府干预必要性的同时,主流观点坚持认为“监管得越好,越不需要监管”,“最好的监管是审慎监管”,“最好的监管是使监管成为

① 参见吴敬琏《发展转型:成败系于改革的进展》,《读书》2011年第5期。

② 参见哈耶克《自由秩序原理》,邓正来译,北京:三联书店,1997年,第187-189页。

③ 参见应飞虎等《经济法与民法视野中的干预》,《现代法学》2002年第4期。

④ 参见云昌智《干预论的缺陷与经济法的定位》,《中外法学》1999年第3期。

多余的监管”。^① 国外研究成果表明,反规制可以带来每年 GDP0.5% 的潜在增长率。^② 为此我国经济法学界明确提出了“必要干预论”、“需要干预论”、“谨慎干预论”、“适度干预论”等,要求区分不良干预和良性干预,这对于经济转型期的中国尤其重要。其经济学依据根植于规制经济学发展成果,^③而回应性监管理论则构成其法社会学的理论基础。^④

作为新兴的市场经济国家,中国市场机制初建成,竞争文化刚起步。中国的市场及其主体有着一般市场和市场主体共有的追逐私利的本性,却还缺乏成熟市场的约束性机制和成熟市场主体的规范化品格。市场的自我协调、自发运作的的能力差,单纯依靠市场配置资源、组织经济,其成效和作用是有限的。正如斯蒂格利茨所言,欠发达国家市场失灵更为普遍。^⑤ 经济转型中的中国也就更需要国家的适时干预和调整。何况,中国正处在向完善市场经济过渡的经济转型阶段,公权力不仅担负着所有市场经济国家普遍承担的保障已经存在的有效竞争秩序的职责,而且还面临着对抗计划经济残余任意干预、建设市场竞争机制的任务。在经济转型的中国,公权力对经济的干预不仅是市场失灵的补救,也是经济改革的动力。

在经济全球化不断深入的大背景下,本国经济的国际竞争力越来越成为各国经济干预重点保障的对象,甚至各国反垄断法也呈现出“内国控制弱化、国际控制强化”的发展趋势。^⑥ 中国作为后发达国家参与全球竞争,单纯依靠企业在市场上的自发生长,不利于中国企业融入世界市场。在国际法律规则认可的范围内,通过适度干预促进本国企业发展、激励企业提升创新能力和竞争能力、推动中国企业进入世界市场,不仅是合法合理的,而且是促进世界市场良性竞争,协调国内、国际两个市场健康发展的客观需要。

在金融危机席卷全球的特殊经济态势下,严格金融监管,加强国家干预在避免经济崩溃、社会动荡,恢复市场机制正常运行中的作用被充分认识和利用。而由于竞争政策和法律对抑制通货膨胀,促进创新、增长和就业方面的积极作用是中长期缓慢释放的,短时间内抑制通胀、解决危机的效果有限,这使部分人对有效市场竞争的积极作用的信任度下降。值得庆幸的是,基于以往的经验教训,这次经济危机中西方社会对市场竞争的基本观念并没有改变。^⑦ 人们清醒地认识到,政府采用货币政策、财政政策等宏观调控手段扩大需求、干预经济,可以维持短期的经济增长,但要从根本上走出危机,使经济稳定复苏,还是要靠各国政府与市场的合作,^⑧进而达到全球经济供需的再平衡,重建竞争机制发挥作用的良好市场环境。

概言之,现代经济、转型经济、全球经济和危机经济,中国经济所处的这些现实境遇客观上决定了国家干预是维护市场竞争秩序、恢复市场机制正常运作和推进市场体制改革所必要的。

① 参见 Joshua Aizenman, “On Prudent Regulation,” *Harvard International Review*, Winter 2009.

② 参见 M. Boenheim, K. S. Friesenbichler, S. Sieber, “WIFO – Weissbuch: Mehr Beschaeftigung durch Wachstum auf der Basis von Innovation und Qualifikation,” *Wettbewerb und Regulierung* (WIFO, Wien), Teilstudie 19, 2006.

③ 参见斯蒂格利茨、赫特杰《政府为什么干预经济:政府在市场经济中的角色》,郑秉文译,北京:中国物资出版社,1998年。

④ 参见 Ian Ayres, John Braithwaite, *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, New York: Oxford University Press, 1992.

⑤ 参见斯蒂格利茨《发展与发展政策》,第18页。

⑥ 参见肯尼斯·哈姆勒《法律全球化:国际合并控制与美国、欧盟、拉美及中国的竞争法比较研究》,安光吉、刘益灯译,漆多俊主编《经济法论丛》(第14卷),北京:中国方正出版社,2008年。

⑦ 参见 M. Boenheim, “Zur Rolle der Wettbewerbspolitik in der Inflationsbekämpfung — Ein Ueberblick über kurzfristige realisierbare Massnahmen zur Intensivierung des Wettbewerbs,” *WIFO – Monatsberichte* 9, 2008, pp. 693 – 706.

⑧ 参见斯蒂格利茨《发展与发展政策》,第367页及以下。

三、国家干预是否有界限？

中国的现实经济生活中,国家干预无处不在,其中相当一部分是行政机关滥用公权或国有企业利用特权限制或排斥竞争、危害竞争对手和消费者、谋求不法利益的不良干预。不良干预主要归纳为干预过度 and 干预不足两类。干预过度表现为,对应当由、或者可以由市场机制自行解决的问题,国家权力不当介入,违背了市场经济中市场起第一性、基础性作用的基本原则。干预不足则表现为,对市场机制无法自行解决的问题、对市场失灵问题,只能通过国家权力的介入制止反市场行为,维护或恢复市场竞争秩序,政府公权力如果不作为,就违背了其保障市场经济基本经济制度的国家职责。时而干预过度、时而干预不足,国家干预缺乏界限、少有约束,主要原因是国家干预客观能力的欠缺,抑或是国家干预主观愿望的不足;深层次体制因素在于,尚未厘清政府和市场的关系;法律实体规则不明确、程序规则不规范则是导致干预失范的法律因素。

国家干预缺乏界限、少有约束,维护传统体制顽固势力任意干预,阻碍市场导向型干预制度的建设和实施。我国《反垄断法》实施几年来,虽然取得了初步成效,但传统经济观念和体制约束严重阻碍竞争执法,妨碍市场机制发挥作用,集中表现为对行政垄断和国有企业垄断的反垄断干预的不足和低效。反垄断机构包括行政执法机构和司法机构常常没有能力和决心对政府部门和国有垄断企业限制竞争、破坏市场的行为实施有效干预。例如,北京四家防伪企业状告国家质检总局行政垄断案就被法院以难以令人信服的诉讼时效已过为由轻率地驳回诉讼请求。^①而那些凭借国有企业特权阻碍反垄断干预的典型案件更是普遍。如在2008年电信行业重组过程中,国有企业网通和联通的合并、中国铁通与中国移动的合并、中国电信收购中国联通部分资产的行为,依法属于反垄断审查范围,商务部却未能顺利展开反垄断审查。^②2009年中国民航信息网络股份有限公司代表的国内多家航空公司联手抬高票价,明显构成违法的价格卡特尔,国家发改委已着手进行调查,但最终不了了之。^③2011年11月国家发改委披露就宽带接入问题对中国电信和中国联通展开反垄断调查,最后以垄断企业作出承诺匆匆收案,执法机构没有对承诺是否足以弥补垄断损害、恢复市场有效竞争进行论证和说明。^④在这些案件中,垄断行为限制竞争、破坏经济的影响明显,但反垄断执法机构无一例外地采取了“不作为”策略。国家干预不足,导致市场经济法无法落实而降低了法律权威。究其原因,行政权力扩张和国有企业特权是混合经济体制的固有特征。体制性制约不能突破,表现在反垄断干预机制上,难以突破政府机关在计划经济下既得利益的束缚,无法依据市场客观的规制要求设立统一、独立、权威的反垄断执法机构,导致反垄断行政执法权分散化、低层次,不利于反垄断行政机构摆脱其他政府部门和利益集团(如国资委、行业监管机构、大型国有企业)的干扰和影响,作出独立、科学、公正的干预决策。

国家干预经济的界限不明确,重管制、轻市场的传统执法理念和对市场竞争法的陌生及消极执法,就会严重损害国家干预经济的有效性和说服力。例如,2011年3月,联合利华(中国)有限公司、宝洁、立白、纳爱斯四大日化企业“不约而同”地向各大超市发出调价函,通知部分日化产品4月1日起涨价。在国家发改委约谈有关企业要求稳定物价后,联合利华公开宣布暂停调价。5月初上海市物价局认定联合利华(中国)有限公司构成《价格违法行为行政处罚规定》第6条规

① 参见白贵秀《行政垄断的本质及其救济——由“中国反垄断法第一案”所引发的思考》,《政法论丛》2008年第6期。

② 参见王毕强《联通网通合并涉嫌违法》,《经济观察报》2009年4月30日。

③ 参见王毕强、刘伟勋《中航信涉嫌操纵机票涨价遭发改委调查》,《经济观察报》2009年5月16日。

④ 参见《发改委称电信联通承诺降低上网费》,《新京报》2012年3月15日。

定的“散布涨价信息 扰乱市场价格秩序”的价格违法行为 对它作出 200 万元罚款的行政处罚。5 月 24 日联合利华“顶风涨价” 发改委对此保持沉默。^① 至此发改委多次干预希望稳定物价的目的完全落空。200 万元的小额罚单实际上是降低了违法成本 形成逆向选择的强大激励。这一经济干预失效的案例究其原因在于 对不同类型的干预不加区分 任意适用 试图运用行政命令式干预措施强行解决市场竞争问题 以对价格的行政强制限定代替市场价格机制的约束。日化产品竞争市场上商品价格涨落是正常的事 问题不在于价格是否上涨 而在于价格如何上涨。涨价如果有合理的经济原因 政府干预阻止涨价岂不是违背市场经济规律而动? 如果涨价行为确为串通涨价等反竞争行为 则应该依据以维护市场竞争秩序为宗旨的《反垄断法》进行干预 严厉处罚 最高可处年销售额 10% 的罚款, 以坚决维护市场竞争秩序。“散布涨价信息”之所以会“扰乱市场价格秩序” 是因为提前宣布涨价信息利于形成联合涨价态势 可能协力于一项垄断协议的构成 触犯反垄断法。发改委也认识到散布涨价信息的违法性症结在于对市场竞争秩序的破坏。^② 然而或许是反垄断法对垄断协议行为的构成条件及对执法的时间选择、程序安排等法律规定都非常严格 发改委最终还是以行政命令式干预法——价格法为依据处理该案 结果导致干预目的落空。该案充分说明 国家干预是有界限的。市场竞争的问题应由市场自身解决 或者由竞争导向的国家干预运用维护市场竞争秩序的法理逻辑来解决。不能正确把握干预的界限, 包括确定正当的干预目标、选择适当的干预手段 就会在错误的时间作出错误的干预决策和行为。

国家干预的适当性界限最终要以法律形式加以保障。在一些著名宪政经济学家看来 政府的每一项政策都应该是在一定的决策规则约束下作出的 规则本身决定了决策的结果。^③ 因此, 政府干预受制于规则约束是克服行政行为负外部性的根本举措。以法律规则界定政府干预的边界十分必要。适当干预的本质特征之一是其合法性。以反垄断干预为典型的市场导向型干预是在市场经济环境下 尊重市场主体的相关决策、适应市场机制的客观需要而进行的干预 其目的是恢复市场主体可以自由公平交易的市场环境 使市场主体可以实现真正意义上的意思自治。这类干预与市场经济一脉相承 具有天然的合法性 是市场经济首要的、主导的干预方式。行政命令式干预的本质则是以政府决策代替市场竞争和私人自治 干预不以市场需要为据 而可能是为了实现政府追求的其他目标。政府的经济人特性 使不受客观需要约束的行政命令式干预具有很强的主观性、任意性 极易导致政府干预经济的泛滥和失当。这类经济干预由于很可能偏离市场经济的基本要求 其适用必须要在个案中进行正当化的论证。当然即使是以维护市场竞争为宗旨的反垄断干预也只有建立在法治基础上才能确保其适当性 避免干预的滥用而违背干预的初始目的。故以经济法为核心的干预法律规范是否能充分体现市场发展的客观要求 干预的实体要件是否明确 程序规范是否充分 从根本上影响国家干预的有效性及其可预见性 以及当事人的自我规制和约束能力。

四、转型经济需要什么样的国家干预?

处在转型经济阶段的中国,一方面 需要通过国家干预的力量推进改革和发展,另一方面正

① 参见《发改委回应联合利华顶风涨价 称不违法不处罚》,《新京报》2011 年 5 月 27 日。

② 参见《发改委就查处联合利华(中国)有限公司散布涨价信息扰乱市场秩序的有关问题答记者问》http://www.ndrc.gov.cn/xwfb/t20110506_410543.htm。

③ 参见布伦南、布坎南《宪政经济学——规则的理由》,冯克利等译 北京:中国社会科学出版社 2004 年 第 8 页。

是许多不良干预阻碍了改革和发展。在世界范围内,人们越来越清楚地认识到,在不少成功的经济发展案例中,政府发挥了重要的作用,但同时也看到,不恰当的政府干预会产生非常大的破坏影响。^①为此,应当区分国家纯粹基于主权性质而采取的行政命令式干预以及基于克服市场失灵、维护和建设市场竞争的客观需要而产生的市场导向型干预,对它们区别对待。前者缘于传统计划经济,国家主要依据其主权性质和国家机器的强制力,以维护抽象的国家利益和社会公共利益为名,就可对经济进行广泛介入和控制。这类干预是直接命令式的,主要反映行政机关的干预意愿,实体内容上少有合规性合理性论证要求,程序上也缺乏合法性限制和监督,行政机关有很大的自由裁量权。行政命令式干预措施的采用因此有很强的主观性、任意性,常常也不问干预的成本和收益,导致干预效率低,甚至人为破坏经济的健康发展。后一类干预则是在市场经济条件下产生的,是为克服市场失灵、信息不对称和外部性,使市场机制运行回归正常,或者为创建有利于竞争的市场生态环境而进行的必要干预,并以此作为干预的前提和限度。决定干预成效的关键在于严格遵守市场经济条件下政府干预的基本原则。

(一) 主观性服从客观性的原则

以经济法这一国家干预经济的形式为例,很多学者认为,市场失灵需要国家干预,才出现经济法。但也有学者强调,经济法是一种普遍的法律现象,只要国家存在,就存在着国家对经济生活的干预、调控或管理。这两种认识对应了政治理论中关于政府存在的两种观点——“需要论”和“绝对价值说”。依据“需要论”,政府的存在没有绝对的价值,只服从于满足个人和社会发展的需要。所以,市场自己运行良好,能够满足社会供需要求的时候,就不需要政府,只有当市场失灵、出现市场自身无法解决的矛盾和问题,才需要国家介入。“需要论”强调国家干预的条件性、客观性。依据“绝对价值说”,政府天生是国家利益的象征,享有绝对主权,当然包含了对经济生活介入干预的权力,强调国家干预经济的主权性、主观性。在现代民主社会“政府为民”的普世价值观念下,“需要论”受到推崇,支持了国家干预市场受市场客观需要之限制的经济法理论。^②确实,在普通法国家,市场被视为规范的自然状态,与之相对的国家干预则原则上在任何时候都必须对其正当性和合法性进行论证。^③

干预是国家权力基于其权威性对市场经济运行进行判断而作出的主观决定,体现出很强的主观性。相应的,经济法作为一种典型的设计规范,体现了干预者的意志,主观性较强。^④表面上国家基于其主权性质对私权和市场经济关系的干预,实质上却要受到客观市场力量的制衡。实践中,只有当干预符合市场客观的干预要求时,干预才是正当有效的。所以经济法必须明确干预决策主观性服从市场需要客观性的原则。经济法对市场的干预范围应该严格限定在市场失灵的范围内。市场失灵到什么程度,干预权就只能运用到什么程度,否则经济法不仅不能发挥其纠正市场失灵的应有价值,反而可能会产生破坏市场机制、导致市场失灵的效果。超出市场干预需要的干预过度和干预不足都会导致资源配置效率的降低,^⑤应当为法律明确禁止。

① 参见 R. Wade, *Governing Markets: Economic Theory and the Role of Government Intervention in the East Asian Economies*, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2004, pp. 297, 345.

② 参见李昌麒《寻求经济法真谛之路》北京:法律出版社,2003年,第122页及以下。

③ 参见 Masing, “Die US - amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europaeischen Regulierungsverwaltungsrechts - Constructed Markets on Networks vor verschiedenen Rechtstraditionen,” *AöR*, 128, 2003, S. 558 - 607, 562f.

④ 参见应飞虎等《经济法与民法视野中的干预》。

⑤ 参见罗纳德·哈里·科斯《企业、市场与法律》盛洪、陈郁译校,上海:格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社,2009年,第116页。

（二）市场基础性和干预补充性的原则

经济发展的历史经验表明,市场比计划具有更好的资源配置能力和效率。由此发展出了市场经济体制,明确市场竞争在资源配置中的基础性作用,市场之外的力量如国家对经济的干预只能是补充性的。体现在经济法上,无论是宏观调控法还是市场规制法,都应以尊重市场竞争机制为基础。在经济法律实践中,应当增强市场导向型的反垄断干预的适用力度和能力建设,审慎适用行政命令式的干预措施。

补充性的干预对于经济发展不是可有可无的。产生于市场内在缺陷的市场失灵只能通过独立于市场机制的外力干预才能得以克服,市场机制才能恢复健康运行,重新发挥其在资源配置中的基础性作用。然而,外力干预归根到底是建立在尊重市场竞争这一基础关系的前提之上的。干预的目的应当是助益于原本自生自发的市场秩序的型构,使市场在恢复运行的竞争机制下重新获得资源配置的效率,而不是旨在实现其他的特定结果。^①其深层次的意义在于,通过干预使经济运行符合市场经济客观规律的要求。只有遵循市场规律,按照体现规律的法律从事干预,才能更好地推动经济发展。如果偏离了基础性的市场客观需要,也就背离了干预行为服务于市场经济的正确定位。

（三）干预的公共利益道德界限

通过国家干预克服市场失灵,最终目的是要通过促进经济发展来改善社会福利。问题是,政府的经济人特性决定了现实中的政府受到自身利益最大化的驱动,并不总以追求公共利益为目标。相反,如果没有明确的界限和有效的监督,往往导致政府“越位”和政府“短视”,只顾眼前利益而忽略社会长远利益,破坏社会稀缺资源趋向最优配置的过程,造成社会资源的浪费。政府干预追求的目标与社会公众的利益因此可能存在较大差异。何况政府面临信息不足、有限理性、复杂决策等一系列问题,决定了政府干预的有限性。所以,“自由放任市场的不足并非在任何时候都是能够由政府的干预弥补的”^②。如果没有法律约束,特定的利益集团会设定市场障碍、创造租金,促使政府干预违背原则、远离目标。为此,必须坚持“如果政府行动能改善社会福利状况,那么就实行政府干预”。^③明确政府干预服务于公共利益的道德界限。

（四）维护和创设竞争秩序的干预优先的原则

国家拥有一种独特的资源——国家权力,凭借此独特资源国家可以通过发放补贴、对市场新进入者实行进入限制、控制替代产品的竞争状态、强制实行固定价格等,使部分企业获得更多利润,而使其他企业处于不利地位。可见仅基于国家权力进行的干预具有强制性、主观性、片面性和非先定性。与基于国家权力进行的干预不同,市场导向的干预以维护和创设竞争秩序为目标,具有自发性、客观性、普适性和法定性的特征。竞争不是受强制而采取的措施,乃是人们自发的行动。各个主体在竞争中实现目标的机会均等,是竞争秩序自发形成的动力和保障。竞争秩序是自生自发的秩序,不是人设计、发明的结果,而是人的行动的结果,是一种普遍秩序。^④竞争秩序的客观性表现为,竞争通过优胜劣汰的过程,达到不以人的意志为转移的、也是不为人事先可以预知的具体经济安排,这种有序而客观的“发现的过程”^⑤是市场经济生活内在的、固有的客观要求。人们通过认知的过程发现竞争秩序,并用法律的形式表现出来,形成以维护竞争秩序为宗

① 参见应飞虎等《经济法与民法视野中的干预》。

② 查尔斯·沃尔沃《市场或政府》北京:中国发展出版社,1994年,第15页。

③ 参见斯蒂格利茨《发展与发展政策》第369页及以下。

④ 参见哈耶克《法律、立法与自由(第一卷)》邓正来等译,北京:中国大百科全书出版社,2000年,第55页及以下。

⑤ 参见哈耶克《经济、科学与政治》,冯克利译,南京:江苏人民出版社,2000年,第123页。

旨的竞争法和以创设竞争秩序为重要任务的规制法(regulation law)。建立在竞争法和规制法基础上的国家干预体现市场经济内在的、客观的纠偏要求和发展路径,以重建或建设市场自我调节机制为目标和限度,是市场经济健康持续发展的保障。

反垄断干预的抽象性、普适性、否定性、法定性特征,决定了这类干预应当优先适用。反垄断干预的抽象性特征决定了其旨在维护市场竞争秩序这种公益目的,服务于或助益于人们在尽可能大的范围内追求不尽相同的个人目的,却并不旨在推进或实现某个个人的特定目的。反垄断干预的普适性特质决定了只要没有特别情形下的适用除外或豁免的例外规定,反映竞争规则要求的反垄断干预平等适用于所有无法预测的未知的人和事;反垄断干预同样适用于行为人当初可能尚未认识清楚其行为性质的情形;普适性进一步表现为反垄断干预范围随着人们对竞争认识的发展而不断扩大。反垄断干预并不对行为人应当为哪些特定的行为下达具体指令,不会把肯定性的义务强加给任何人,而仅仅是通过否定性规则,确立和维护诸如禁止滥用垄断地位、禁止签订垄断协议等一般性的竞争规则,个人经由自己对一般性竞争规则的判断确定本人行为的边界,才会引发肯定性的义务。^①由此体现反垄断干预维护自由竞争秩序,放手让市场主体自己判断和决定如何作为的基本理念,明显区别于对经济的直接干预,贴近市场经济对竞争自由的内在客观要求。反垄断干预以反垄断法为基础,必须依据反垄断法规定的实体要件和程序规范对经济进行干预,避免了反垄断干预的任意性,确保了干预的透明度和可预测性。

除了竞争导向的反垄断干预以外,通过对市场力量的调整达到促进自然垄断行业开放竞争目的的垄断行业规制也是符合市场经济内在发展要求的干预,应当优先考虑适用。这类干预具体可以表现为通过价格监管突破垄断行业的价格瓶颈,创建价格竞争空间;通过确立统一的资费体系如国内邮资统一,排除垄断利润,确保各类企业拥有公平的回报率;也可以通过减少监管如降低受监管产量,来降低受监管企业通过低价排挤竞争对手进入市场的可能,让更多产量置于市场调控之下。这类干预通常与禁止支配地位滥用以及在自然垄断行业引入竞争联系在一起。

五、结语:如何作出干预决策?

越来越多的人认识到,市场机制和政府干预两种力量合作形成“混合式的经济结构”,代表了现代国家和经济发展的趋势。^②然而实践中的干预与市场客观需要的干预,表现为法律上的实然经济法与应然经济法之间,存在巨大差异。一方面是国家干预决策的主观属性,另一方面是市场经济对国家干预的客观要求;一方面是行政干预权力膨胀和滥用的固有属性,另一方面是公共利益目标对干预的理性约束规范。尤其是在向市场化转型的中国,行政权力和国有企业特权非常强大,市场力量相对弱小。“如何作出干预决策”才能使国家对经济的干预符合市场经济的客观需要,有利于市场化改革,而不是政府权力滥用的工具?哪些决策原则和决策过程,能使最终的干预决策更符合公共利益,而不至成为私人或特定集团利益的附属?中国经济转型中的国家干预要通过建立市场经济条件下“干预应当服从于市场客观需要”的新型干预理念和相应的干预模式,惩处破坏市场秩序的干预滥用,削弱利益集团对政府决策的影响力,对干预决策行为进行法律约束,建设和完善市场经济制度。具体而言,国家干预市场决策的作出至少遵守以下五个

^① 哈耶克说,否定性规则“永远不能完全决定一项特定的行动,而只能限定所允许的行動种类的范围,并且只能将采取特定行动的决定权交由行动者本人根据他的目的而作出”(参见邓正来《哈耶克法律哲学的研究》,北京:法律出版社,2002年,第39页)。

^② 参见斯蒂格利茨《发展与发展政策》,第367页及以下。

方面的要求。^① 这五方面的要求应当充分体现在国家干预市场的经济法的制定和实施中。

首先 坚决反对政府实施限制竞争的干预 积极支持政府实施促进竞争的干预。这是市场经济平等竞争法则的基本要求。政府应该使用市场机制或与市场机理类似的激励机制对市场进行干预 尽可能避免行政命令式的干预。例如作为对指定特定商品服务供应商的替代 政府可以采用招投标方式采购商品和服务 配置公共资源 影响市场活动和结构。

其次 坚决反对政府在干预决策过程中限制信息传播 积极支持政府提高干预决策的开放程度。封闭式的干预决策过程危害性极大 它不仅使监督政府的干预行为和督促政府矫正错误决策变得异常艰难 而且片面传播的扭曲的信息影响公众对干预决策的客观评价 使经济发展决策失去可靠的基础。所以 开放干预决策相关的信息 提高干预决策过程的透明度 有利于干预决策形成中多元利益的竞争和博弈 加强相互监督 降低干预的不正当性和错误发生率。

第三 坚决反对政府在干预决策中实施歧视待遇 积极支持政府通过干预在国有经济领域引入有效竞争。国有经济本身并不当然与市场经济相悖 问题是处于转型阶段的中国 政府和国有大企业的界限尚未划清 国有企业的政府职能和企业职能没有真正分离。国有企业与其他形式的企业特别是民营企业在市场竞争中地位不平等,^② 不仅成为阻碍市场化改革的羁绊 而且是拖累中国经济发展效率的主要因素。^③ 为此国家应当通过有利于促进国有企业市场化改革的良性干预 破除国有企业的特权 激励私人投资 实现市场经济下的公平竞争和由此带来的社会福利增长。

第四 确保干预决策的法治化。干预决策法治化要求决策规则的制定民主化、决策的过程透明化、对决策的监督制度化。决策规则的制定要让更多的利益方参与进来 在兼听各方意见的基础上 由超越部门利益的机构制定决策的法律依据。从内容方面来讲 干预的原则、范围、标准、限度 干预的机构、程序、方法、手段 干预的责任等等都应当由法律明确规定 使干预有法可依。^④ 决策过程透明化则要求决策者依照法定程序和实体法标准作出是否干预、如何干预的决策 并应当公开决策过程 说明决策理由 让更多的人通过对决策的公共监督有效参与到干预决策中 促使政府改善决策能力 提高干预决策的有效性。加强对干预决策的监督 追究不当干预的法律责任 是干预决策过程合法性和有效性的有力保障。

最后 加强干预的成本收益核算 杜绝无效率和低效率的国家干预。干预本身也要符合市场经济规律 “如果预期的净收益(即指潜在利润)超过预期的成本,一项制度安排就会被创新。”^⑤ 政府超越自身能力的干预 政府在巨额成本状态下的干预 都极有可能导致干预非效率 不能带来财富增长 反而阻碍经济进步。何况干预成本远远大于可能收益的情况下仍然实施的无效干预 往往是政府及其成员作为经济人最大化自身利益而进行的干预 是政府被利益集团俘获的结果。

(责任编辑 周亦杨)

① 参见斯蒂格利茨《发展与发展政策》第374页及以下。

② 例如 2007年到2009年 992家国企所得税的平均税负是10%,而民企的平均税负则高达24%(参见北京天则经济研究所课题组《国有企业的性质、表现与改革》<http://www.unirule.org.cn/Secondweb/Article.asp?ArticleID=3094>)。

③ 从账目财务数据中还原企业的真实成本 并对政府补贴和因行政垄断所致的超额利润予以扣除 据此测算国有企业的真实绩效 2001年至2008年 国有及国有控股企业平均的真实净资产收益率为-6.2%(参见北京天则经济研究所课题组《国有企业的性质、表现与改革》)。

④ 参见李昌麒《寻求经济法真谛之路》第126页及以下。

⑤ 诺斯《制度创新的理论:描述、类推与说明》,上海:上海三联书店、上海人民出版社,1994年,第274页。