

中国法学会经济法学研究会 2024 年年会
暨第三十二届全国经济法学理论研讨会

论文集

(经济法基础理论篇)

主 办：中国法学会经济法学研究会

承 办：扬州大学法学院

协 办：扬州大学广陵学院

扬州大学产业政策法研究中心

江苏盛望律师事务所

江苏·扬州

2024 年 10 月 26-27 日

目 录

全面深化改革的经济法保障.....	张守文/1
以法律突破“硅幕”——兼论数字经济治理体系法治现代化的国别性、区域性与世界性.....	袁达松、苏航/9
新质生产力推动人形机器人创新发展的经济法促进.....	陈兵/18
新时代经济法理论现代性发展的若干思考——兼谈区域经济法命题的提出.....	陈婉玲/26
中国式现代化背景下经济法基础理论完善的思考.....	董玉明、王盟博/29
分配法律制度赋能共同富裕实现的理论逻辑和实践路径.....	孟庆瑜、郭嘉琪/40
数字经济时代的法律挑战与学术使命.....	宋亚辉/51
经济法概念的厘清和重构.....	董成惠/59
数字守门人：超级平台的第三方责任.....	付大学/69
中国式现代化与经济法立法改革.....	李玉虎/84
“需要国家干预说”在数智时代的承继与跃升——基于市场与政府关系的考察视角.....	胡元聪、佐曦朗/95
法学视角下“弘扬企业家精神”探析.....	姚海放/110
合作现象的经济法表达及其实现机理.....	张玮/118
共同富裕下经济法理论的补充解析与完善.....	王中庆、孔子丹/135
论我国宪法上“宏观调控”的规范内涵.....	朱一飞/146
公共性视角下平台协议的法律规制研究.....	马辉/147
新质生产力赋能数据要素市场治理的实现路径.....	毕文轩/148
高水平共建西部陆海新通道的法治保障问题研究.....	陈一准、张 驰/163
法典化背景下经济法子部门法的规范整合.....	邓伟、刘修齐/176
数据权益按贡献分配的宪法阐释.....	高建成/186
论中国式现代化背景下经济法的完善：以立法为视角.....	郭慧民、陈鹏鹏/187
反垄断法在加快形成新质生产力中的作用：逻辑与建构.....	黄彦钦/197
论经济法责任形式的现代化——以个人信息保护为例.....	蒋博涵/212
合作经济组织法人的规范解释、发展境况与法律续造.....	黎桦、徐洪斌、吴航帆/220
正向激励性经济法后果的规范实现.....	李建欢/232
习近平法治思想指导下经济法的发展与创新.....	李晓辉/233
论我国经济法学近二十年来研究方法之流变、评价与展望.....	林清升/247
论我国行业自律规则与国家实定法的双向互动.....	林慰曾/248
建构中国自主经济法学知识体系的主题词.....	刘博涵/263
促进型经济法的文本考察、逻辑范式与体系优化——基于经济法律文本的实证分析.....	刘建初/278

受托人忠实义务的法理逻辑与规则展开.....	刘杰勇/293
数字经济时代经济法规制问题研究.....	柳正南、支冲/308
论作为政府干预市场手段的经济性约谈.....	罗亚飞/319
经济法基本原则新论.....	吕志祥/329
如何回应数字经济对经济法基础理论的影响和挑战.....	马廉颇/341
经济法视角下平台经济高质量发展的保障机制.....	齐俣/350
中国式现代化视域下多元化 ESG 信息披露规制模式研究.....	王亚萍/351
数据资产对经济法规范秩序的影响研究——基于法律环境的调节效应.....	王紫玉/352
中国式现代化的新质生产力法治规制研究.....	文国云、代军/353
经济安全法治保障体系建构.....	谢汶磊/362
发展权视角下地方政府举债权的配置原理及中国化展开.....	许恋天/363
中国式现代化视阈下巩固文明新形态的逻辑进路.....	姚梦莹/378
中国式现代化与经济法基础理论的现代化.....	姚焱峰/389
中国式法治现代化下经济法治发展思考.....	姚争鸣/399
促进区域协调发展的宏观调控法律制度优化.....	姚子健/400
经济法责任配置：个体与公共场景中的规范与层次.....	余德飞/415
新质生产力助推中国式现代化进程下的经济法回应.....	张金艳/430
新质生产力视域下数字经济财产概念新解与刑事犯罪规制的探颐.....	张尧/445
新质生产力推动农业发展之法律探索.....	曾晓昀/459
全国统一大市场视域下要素市场化配置改革的法治保障体系研究.....	周雪霞/467

全面深化改革的经济法保障

张守文

内容提要：实现中国式现代化，必须进一步全面深化改革。依循“关系—体制—制度”的分析框架，可分别从重要关系协调、经济体制改革、具体制度完善三个层面，探讨全面深化改革的经济法保障问题，并揭示两者之间的紧密关联，以及其中贯穿的改革、法治与发展三者关系的逻辑主线。为有效协调政府与市场、中央与地方等重要关系，应深化财税、金融、市场竞争等重要领域的经济体制改革，并将改革成果上升为法律，从而推进经济法制度的完善和经济法治的现代化。在上述三个层面加强经济法保障，有助于在法治轨道上全面深化改革，实现国家现代化的发展目标；同时，基于改革与法治的内在联系以及经济法保障的具体实践，可进一步提炼“改革—法治理论”，由此有助于丰富和完善法治理论，深化经济法学、发展法学乃至整体法学的研究。

关键词：改革 经济法 经济体制 现代化 法治理论

一、背景与问题

实现国家现代化，是我国长期以来不懈追求的发展目标。1860年开启的自强运动（即洋务运动），旨在实现器物或技术层面的现代化；其后的维新运动（1895—1898年）和立宪运动（1905—1911年），则试图通过“变法”实现制度层面的现代化，但上述努力均以失败告终。¹新中国成立后，我国在1954年的第一届全国人大会议上首次提出“四个现代化”，并在其后结合经济社会发展多次调整相关表述，²逐步确立了新时期的中国式现代化目标。

实现中国式现代化，必须进一步全面深化改革。事实上，“中国式现代化是在改革开放中不断推进的”。³自改革开放以来，我国一直着力通过改革，持续推动多个领域的现代化实践；在新的历史时期，更要全面落实新发展理念，深化相关体制改革，切实完善各类制度，从而有效构建现代化经济体系和国家治理体系，促进高质量发展，实现国家的全面现代化。

对于上述改革与现代化的相关问题，可以从“历史—系统”的维度加以解析。从历史维度看，我国一直将改革作为实现现代化的重要路径，并将经济体制改革作为重中之重。从1978年开启农村改革，到1984年展开城市改革，实行有计划的商品经济，再到1992年实行市场经济体制，始终贯穿着经济体制改革的主线；而从2013年提出全面深化改革，到2024年启动进一步全面深化改革，更是一直强调经济体制改革的牵引作用。因此，对经济体制改革在全面深化改革中的重要地位应特别关注。

此外，从系统维度看，对于全面深化改革的相关问题，应置于“四个全面”的整体战略布局中加以审视，并关注其与全面依法治国的紧密关联，从而强化对改革的法治保障。鉴于全面深化改革是极其复杂的系统工程，涉及各领域诸多方面的突出问题，需要协调多种重要关系，因而应增进改革的系统性、整体性和协

作者为北京大学法学院教授。

¹ 参见罗荣渠：《现代化新论——世界与中国的现代化进程》，商务印书馆2004年版，第287-288页；张琢：《中国现代化的历程及前瞻》，社会科学文献出版社2017年版，第10、51页

² 参见孙健：《20世纪的中国——走向现代化的历程》（经济卷1949—2000），人民出版社2010年版，前言，第2-4页。

³ 参见《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》，本文后面加引号的句子亦引自该《决定》。

调性，并从优化结构和提升功能的角度，推进各类具体制度的完善。

基于上述“历史—系统”维度的分析，全面深化改革应针对各领域存在的突出问题，处理好一系列重要关系，为此，应以经济体制改革为牵引，推进各重要领域的体制改革，并将改革成果及时上升为法律制度，这也是以制度建设为主线、在法治轨道上推进改革的原则要求。结合上述重要关系、体制改革、制度建设三者之间的逻辑关联，可以构建“关系—体制—制度”的分析框架，并由此研讨“重要关系协调——经济体制改革——具体制度完善”的相关问题。其中，经济体制改革作为连接其他两个方面的中介，是承前启后的重要纽带。

从改革与法治的关系看，经济体制改革是与经济法相伴生的。没有经济体制改革就没有经济法，同时，经济体制改革尤其需要经济法的保障。在新的历史时期，只有推进多个重要领域的经济体制改革，并相应完善各类具体制度，才能有效协调各类重要关系，解决现实存在的诸多重大问题。因此，在推进中国式现代化的时代背景下，如何基于“关系—体制—制度”的内在联系，加强全面深化改革的经济法保障，从而推动有效的制度变迁，⁴实现经济法治现代化，已成为需要深入研究的重大现实问题。

有鉴于此，本文将先梳理全面深化改革与经济法保障的内在关联，并依循上述“关系—体制—制度”的分析框架，⁵分别从“重要关系协调——经济体制改革——具体制度完善”三个层面，探讨全面深化改革的经济法保障问题。鉴于上述三个层面集中体现了改革、法治与发展的三者关系，后面的研讨也将贯穿“改革—法治—发展”的逻辑主线，并强调应有效处理改革与法治、经济体制改革与经济法的关系，推进“改革—法治理论”的提炼，从而进一步丰富和完善法治理论，深化经济法学乃至整体法学研究。

二、全面深化改革与经济法保障的内在关联

全面深化改革有助于推动经济法发展，同时，也需要经济法的有力保障。⁶通过研讨全面深化改革为什么需要加强经济法保障，应在哪些重点领域加强保障，如何体现经济法保障的问题导向等，有助于揭示全面深化改革与经济法保障的内在关联，发现经济法保障存在的不足，从而进一步完善经济法制度，推进经济法治的现代化。

（一）全面深化改革需要加强经济法保障

“世易时移，变法宜矣”⁷。面对百年未有之大变局带来的诸多问题，只有在经济、社会、政治、文化、生态文明等领域全面深化改革，推动相关制度优化，才能不断完善国家治理，推进中国式现代化。鉴于我国从最初启动的经济改革到今天的全面深化改革，都是以经济体制改革为中心，并由此带动其他领域改革，因此，应重视对各领域改革的法治保障，⁸尤其应加强对经济体制改革的经济法保障。

经济法在国家的经济治理方面发挥着重要作用，它是典型的“治国之法”。

⁴ 制度变迁是“制度创立、变更及随着时间变化而被打破的方式”。参见[美]诺思：《经济史中的结构与变迁》，陈郁等译，上海三联书店、上海人民出版社2002年版，第225页。

⁵ 该分析框架有助于揭示“改革决定”与相关经济法制度的内在关联。参见张守文：《改革决定”与经济法共识》，载《法学评论》2014年第2期，第13-24页。

⁶ 经济体制改革旨在开创现代化建设的新局面，其成果需要经济法加以体现。参见潘念之：《从经济体制改革谈经济法》，载《政治与法律》1985年第4期。

⁷ 参见《吕氏春秋·察今》。

⁸ 体制改革越深入，法律的促进和保障就越重要。参见蔡昉：《依法推进经济体制改革》，载《经济研究》2015年第1期，第6页。

无论是历次三中全会作出的重要“改革决定”，还是历年的政府工作报告，都包含与经济法密切相关的大量内容。基于现代国家的宏观调控和市场规制职能，经济法要着重调整宏观调控关系和市场规制关系，其中贯穿着政府与市场、中央与地方等诸多重要关系。对上述重要关系的协调，应以经济宪法和经济法为主要依据。⁹经济法具有的特殊规范结构和制度功能，更能为全面深化改革特别是经济体制改革提供重要保障。

经济法作为“治国之法”和典型的“现代法”，有助于解决现代国家面临的诸多现代经济问题，它能够在现代市场经济的发展过程中，促进分配问题、风险问题的解决，从而保障经济的稳定发展。因此，经济法既是“分配法”、“风险防控法”或“安全保障法”，也是“发展促进法”。经济法的上述重要功能，有助于推动现代化经济体系的构建，促进多个领域的高质量发展，从而推进中国式现代化，因此，全面深化改革尤其需要加强经济法保障。

（二）加强经济法保障的重点

全面深化改革涉及经济、社会、政治、文化、生态文明等多个领域，是一个高度复杂的系统工程。从我国的改革历程看，无论是1978年提出以经济建设为中心，还是2013年将经济体制改革作为全面深化改革的重点，抑或2024年强调以经济体制改革为牵引进一步全面深化改革，经济体制改革的重要地位和作用一直受到高度重视。由于深化经济体制改革的主要目标是协调相关重要关系，这不仅影响现代化经济体系的构建，也会影响其他领域的改革，因此，有必要将协调相关重要关系和深化经济体制改革作为经济法保障的重点。

此外，无论是协调相关重要关系，还是深化经济体制改革，都需要完善具体法律制度，并将经济体制改革的相关成果转化为经济法制度，从而为改革提供法律依据，这也是经济法保障的重点和体现。事实上，自改革开放以来，我国的经济体制改革直接推动了经济法的产生和发展，同时，历次改革都有大量成果被上升为法律，成为经济法的重要内容，并被作为相关改革的主要法律依据。¹⁰将经济体制改革的成果转化为经济法制度，既有必要性，也有可行性，体现了改革与法治的紧密关联。

基于上述讨论，可将“经济法保障”主要概括为两个方面：一方面是通过既有的经济法制度，为相关改革提供法律支撑和保障；另一方面是通过将相关改革成果上升为法律，在经济法中加以确认，为当前和今后的改革提供法律依据，保障相关改革的合法性。¹¹据此，研究全面深化改革的经济法保障问题，需要厘清经济法的现有制度可以提供哪些保障，还存在哪些保障的缺失或不足，哪些方面需要将改革成果上升为法律，等等，这不仅有助于保障相关改革的顺利进行，也有助于通过经济法的制度完善，推进经济法治的现代化。¹²

（三）加强经济法保障应体现问题导向

全面深化改革及其经济法保障，都应充分体现问题导向。为此，要基于现实存在的突出问题，明确全面深化改革应协调哪些重要关系，推进哪些重要领域的经济体制改革，以及需完善哪些具体制度，并加强相应的经济法保障。而基于上述问题导向提出的“关系一制度”的分析框架，则更有助于揭示改革与法

⁹ 参见[德]施托贝尔：《经济宪法与经济行政法》，谢立斌译，商务印书馆2008年版，第32页。

¹⁰ 参见张守文：《改革开放与中国经济法的制度变迁》，载《法学》2018年第8期，第19-31页。

¹¹ 参见甘藏春：《怎样保证改革的合法性——从依靠政策改革到依法改革》，载《法学研究》1991年第6期，第1-6页。

¹² 参见顾功耘：《论重启改革背景下的经济法治战略》，载《法学》2014年第3期，第3-15页。

治的紧密关联，以及需要解决的突出问题。¹³

上述分析框架的三个层面是密切相关的：首先，为解决现实存在的突出问题，需要对相关重要关系加以协调；其次，上述重要关系的不协调，是相关体制存在缺失的外在表现，因而需要深化体制改革；最后，各类体制改革既要依托既有法律制度，又要将其改革成果在法律上加以确认，从而得到相应的法律保障。基于上述三个层面的内在关联所构成的统一分析框架，更有助于系统分析经济法保障的相关问题。

此外，上述三个层面也贯穿着改革、法治与发展的三者关系：要深化经济体制改革，就需要完善相关法律制度，从而为改革提供法治保障，由此才能有效协调多种重要关系，解决相关重大问题，进而实现国家现代化的发展目标。基于“改革—法治—发展”的逻辑主线，有助于厘清新时期全面深化改革涉及的主要问题，揭示经济法保障改革的重要功用，以及现行制度存在的缺失，由此有助于通过构建现代的财税、金融、竞争等制度，推进经济法治的现代化。

基于上述全面深化改革与经济法保障的关联，以及加强经济法保障的重点或需要解决的主要问题，下面将依循“关系—体制—制度”的分析框架，分别从三个层面探讨全面深化改革的经济法保障问题，并揭示其中贯穿的改革、法治与发展的三者关系，这更有助于理解经济法治现代化对全面实现国家现代化的重要意义。¹⁴

三、协调重要关系的经济法保障

经济、社会、政治等各类系统的长期运行，会日渐累积诸多突出问题，导致熵值或无序度的增加，为此，应通过全面深化改革，有效协调重要利益关系、重要手段关系和重要价值关系。对上述重要关系的协调，不仅影响各类重大问题的有效解决，也关系到改革的方向和国家现代化目标的实现，因而需大力加强经济法保障。

（一）协调重要利益关系的维度

全面深化改革涉及多元主体的利益调整，需要处理好政府与市场、中央与地方等重要关系。鉴于协调上述重要关系，事关各类主体的核心利益，必须切实加强经济法保障。例如：

首先，在协调政府与市场关系方面，全面深化改革需“聚焦构建高水平社会主义市场经济体制”，为此，应继续发挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用。市场和政府作为两大资源配置系统，其资源配置效率的高低，会直接影响相关主体的重要利益。只有依循市场与政府的“双手并用”原理，保障私人物品和公共物品的有效供给，才能更好解决市场失灵和政府失灵问题，兼顾各类主体利益，实现社会整体利益的最大化。因此，应推动有效市场与有为政府的协同，努力避免经济萧条或经济衰退，¹⁵实现对各类主体利益的均衡保护。

协调上述政府与市场关系，尤其需要加强经济法保障。事实上，在经济法调整的宏观调控关系和市场规制关系中，都贯穿着政府与市场的关系。如何平衡政府的干预度与市场的自由度，¹⁶既是市场经济体制的核心问题，也是经济法调整

¹³ 法治可以增进改革预期，降低改革成本，是决定改革能否持续、成功的关键。参见姜伟：《全面深化改革与全面推进依法治国关系论纲》，载《中国法学》2014年第6期，第25-39页。

¹⁴ 参见张文显：《论中国式法治现代化新道路》，载《中国法学》2022年第1期，第5-31页。

¹⁵ 如果不能有效解决两个失灵问题，就可能引发经济萧条或经济衰退。参见[美]波斯纳：《资本主义的失败：〇八危机与经济萧条的降临》，沈明译，北京大学出版社2009年版，序言。

¹⁶ 政策制定者需要在两个极端之间确定政府的最优干预度。参见[美]坦茨：《政府与市场：变革中的政府职能》，王宁等译，商务印书馆2023年版，第1-2页。

需要解决的基本问题。因此，应基于“司马迁定理”的内在要求，在经济法制度建设充分体现“双手并用”等原理，并依法确认经济体制改革的成果，通过有效协调政府与市场的关系来解决“两个失灵”问题。¹⁷

其次，在协调中央与地方关系方面，我国作为发展中的大国，国家治理结构复杂，需要通过全面深化改革，在多个领域处理好中央与地方关系，发挥好“两个积极性”，兼顾各类主体的利益。例如，在财政领域，应完善中央与地方的分税制，有效解决地方财力不足的问题；¹⁸在金融领域，应完善中央银行制度，有效解决地方金融稳定发展问题；¹⁹在市场监管领域，应推进全国统一大市场建设，有效解决地区封锁、市场分割等地方保护主义、妨碍公平竞争问题。²⁰

为有效协调上述中央与地方关系，需要进行财政、税收、金融、发展规划、市场竞争等多个领域的体制改革，并将改革成果体现于经济法立法。事实上，中央与地方关系是上述政府与市场关系的一个侧面，它着重从政府端来展现中央与地方的权力配置状态，体现体制改革的成果或存在的问题。由于经济法中的“体制法”是经济体制改革成果的法律化，是实施宏观调控和市场规制的法律基础，因而协调中央与地方关系尤其需要加强经济法保障。

总之，协调上述政府与市场、中央与地方等重要利益关系，不仅需要遵循经济法上的“双手并用”、“两个失灵”、“利益主体”等重要原理，还要结合各类主体为自身利益而从事的博弈行为，通过经济法的有效调整，来降低与博弈行为相关的交易成本，这对于经济体制改革及相应的经济法制度完善都甚为重要。²¹

（二）协调重要手段关系的维度

有效协调上述各类重要关系，要运用多种重要手段，需处理好各类手段之间的关系。例如，为推进中国式现代化，需要全面深化改革和全面依法治国，应处理好改革、法治两类手段及其与现代化发展目标的关系。因此，“在法治轨道上深化改革、推进中国式现代化”，不仅是全面深化改革应遵循的原则，也体现了改革、法治与现代化之间的密切关联。²²

对于如何协调改革与法治两类重要手段的关系，尚存在不同认识。²³尽管如此，要“做到改革和法治相统一，重大改革于法有据、及时把改革成果上升为法律制度”，已经成为基本共识，这也是提炼“改革—法治理论”的重要前提。

具体到经济法领域，尤其需要处理好改革、法治与发展的三者关系。经济法既是“改革保障法”，也是“发展促进法”，它是保障改革和促进发展的重要手段，是连接改革与发展的重要纽带。尽管改革是为了发展，但改革也不能随意，只有在法治轨道上深化改革，才能更好地推进现代化发展目标的实现。因此，必须强调“依法改革”，保障改革的秩序，维护各类主体的合法权益，这应当是“改革—法治理论”与一般的“改革理论”的重要不同。

¹⁷ 参见张守文：《政府与市场关系的法律调整》，载《中国法学》2017年第6期，第187-202页。

¹⁸ 参见杨志勇：《分税制改革中的中央和地方事权划分研究》，载《经济社会体制比较》2015年第2期，第21-31页。

¹⁹ 参见冯辉：《地方金融的央地协同治理及其法治路径》，载《法学家》2021年第5期，第84-99页。

²⁰ 参见李剑：《中国行政垄断的治理逻辑与现实——从法律治理到行政性治理》，载《华东政法大学学报》2020年第6期，第106-122页。

²¹ 参见何显明：《政府转型与现代国家治理体系的建构——60年来政府体制演变的内在逻辑》，载《浙江社会科学》2013年第6期，第4-13页。

²² 参见姜明安：《改革、法治与国家治理现代化》，载《中共中央党校学报》2014年第4期，第47-54页。

²³ 参见陈金钊：《“法治改革观”及其意义——十八大以来法治思维的重大变化》，载《法学评论》2014年第6期，第1-11页。

依据上述原则和要求，在经济法领域，尤其要处理好经济体制改革与经济法的关系。既要在经济法治轨道上深化经济体制改革，又要将改革成果及时转化为经济法制度，从而保障改革的顺利进行。²⁴基于经济体制的重要性，许多国家都在宪法中对其加以规定。我国宪法对财税体制、金融体制等并未做具体规定，需要在经济法立法中对其加以明确，由此形成的经济法的“体制法”，是相关经济体制改革的重要制度保障。²⁵

（三）协调重要价值关系的维度

协调上述重要利益关系、重要手段关系，都需要体现相应的重要价值，处理好“效率和公平、活力和秩序、发展和安全等重大关系”。只有兼顾其中涉及的多种重要价值，加强对整体改革和法治建设的价值引领，才能保障改革与法治的正确方向。

首先，在效率与公平的关系方面，推进改革应有助于提升效率和保障公平，而有效兼顾效率与公平，正是经济法的重要调整目标。事实上，经济法具体立法的宗旨和基本原则，已普遍将效率与公平的价值融入其中，并由此引领经济法的相关制度设计。因此，能够兼顾效率与公平两类价值的经济法，更能为经济体制改革提供有力的保障。

其次，在活力与秩序的关系方面，推进改革应有助于减少对市场主体行为的不当干预，使其有更多的经济自由，从而增进市场活力，同时也要“维护市场秩序，弥补市场失灵”，做到既“放得活”又“管得住”。为此，经济法的制度建设应兼顾自由与秩序两类价值，²⁶解决相关的市场失灵和政府失灵问题，从而保障经济体制改革目标的实现。

最后，在发展与安全的关系方面，推进改革应有助于促进发展，没有高质量的发展，就不可能实现中国式现代化，因此，应当在法治框架下推动发展，并在发展中不断解决发展中的问题。同时，在发展过程中会面临多种风险，必须保障各类主体的基本安全，并在该前提下勇于推动发展。由于经济法是“发展促进法”，其具体制度中的大量促进型规范是促进发展的制度基础；同时，经济法又是“安全保障法”，其具体制度中的大量防控风险的规范有助于保障国家、企业和消费者的相关安全，维护财政、金融、产业等方面的安全，因此，能够兼顾发展与安全两类价值的经济法制度，更能为经济体制改革提供重要保障。²⁷

上述三类重要价值关系贯穿的三对重要价值，即效率与公平、自由与秩序、发展与安全，是全面深化改革的重要价值引领；同时，经济法的价值体系也包含上述三对价值，由此使经济法与经济体制改革在价值取向上具有共通性或一致性，²⁸从而使经济法更能为改革提供有效的保障。

此外，上述三对重要价值亦存在紧密关联。例如，效率、自由与发展具有内在一致性：只有微观主体有经济自由，市场经济才会有活力，从而可发挥市场机制在资源配置方面的决定性作用，持续提高经济效率，促进经济社会发展；同时，公平、秩序与安全也具有内在一致性：只有促进公平竞争，有效维护市场秩序，

²⁴ 参见陈甦：《构建法治引领和规范改革的新常态》，载《法学研究》2014年第6期，第35-41页。

²⁵ 参见张守文：《体制改革与经济法的关联性考察》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2018年第5期，第27-35页。

²⁶ 参见刘伟：《市场经济秩序与法律制度和法治精神》，载《经济研究》2015年第1期，第14-16页。

²⁷ 参见高培勇：《构建新发展格局：在统筹发展和安全中前行》，载《经济研究》2021年第3期，第4-13页。

²⁸ 自由、平等（或公平）、效率等价值都要体现在基本经济目标中。参见[英]米德：《自由、公平和效率》，王文玉、崔之元译，东方出版社2012年版，第1页。

保障财政安全、金融安全、产业安全乃至整体经济安全，²⁹才能避免出现严重的市场失灵和经济失衡，实现经济的稳定增长和良性运行。可见，上述三类关系贯穿的三对重要价值密切相关，互联互通，³⁰这对于加强经济体制改革的经济法治保障尤为重要。

总之，上述需要协调的重要利益关系、重要手段关系和重要价值关系，分别对应全面深化改革需解决的重大问题、解决问题需运用的重要手段，以及运用手段应体现的重要价值。上述三类关系的内在关联和有效协调，更有助于增进改革的系统性、整体性、协同性和实效性。此外，上述重要关系与经济法的调整对象、调整目标、调整手段、价值体系等均存在紧密关联，从经济法的本体论、价值论和规范论的视角，更有助于理解协调上述重要关系的必要性，明确经济法保障的重点，从而保障改革目标的实现。

四、经济体制改革的经济法保障（限于篇幅，以下部分从略）。

（一）宏观调控领域的经济体制改革

（二）市场竞争领域的经济体制改革

（三）对上述经济体制改革的经济法保障

五、完善具体制度的经济法保障

六、结论

实现中国式现代化，需要进一步全面深化改革，尤其应有效协调各类重要关系，深化重要领域的经济体制改革，并完善相关重要制度。为此，本文结合全面深化改革与经济法保障的紧密关联，依循“关系—体制—制度”的分析框架，分别从重要关系协调、经济体制改革、具体制度完善三个层面，探讨全面深化改革的经济法保障问题。本文力图说明，为有效协调政府与市场、中央与地方等重要关系，应深化财税、金融、市场竞争等领域的经济体制改革，并将改革成果上升为法律制度，从而通过完善各类具体制度，推进经济法治的现代化；同时，在上述三个层面加强经济法保障，更有助于在法治轨道上全面深化改革，推动国家现代化发展目标的实现。

上述探讨贯穿着“改革—法治—发展”三者关系的逻辑主线，其中，“改革与法治”或更为具体的“经济体制改革与经济法”的关系尤为重要。基于上述关系，应强调在经济法治的轨道上深化经济体制改革，并将经济体制改革的成果予以法律化，从而实现经济体制与法律制度的“破旧”和“立新”。只有针对现实问题持续完善相关制度，才能为改革提供有力的法律保障，这是提炼“改革—法治理论”的重要基础。

此外，从“改革—法治—发展”三者关系看，改革是促进发展的动力，改革所带来的权益调整，需要法治的切实保障。上述的改革促进与法治保障，都是实现国家现代化发展目标的重要路径。为加强改革的法治保障，需要兼顾效率与公平、自由与秩序、发展与安全等多种价值，对相关主体的权利义务进行适当配置，这是提炼“改革—法治理论”应考虑的重要内容。

鉴于改革会引发制度变迁，如其脱离法治轨道，就会增加不确定性，影响可预见性，并对经济社会发展产生重要影响，因此，应强调改革不能随意，重大改革必须“于法有据”。只有坚持在法治轨道上推进改革，才能形成稳定的制度预

²⁹ 参见戴凤岐：《经济安全与经济法》，《法学杂志》2004年第1期，第13-15页。

³⁰ 相关重要价值会直接影响经济法学基本范畴的提炼。参见程信和：《发展、公平、安全三位一体——经济法学的范畴问题探析》，载《华东政法学院学报》1999年第1期，第24-29页。

期，³¹才更有助于保障和促进发展。这是提炼“改革—法治理论”需关注的重要问题。

总之，经济法作为现代国家的治国之法，对于促进经济社会发展，防控相关经济风险，保障经济安全，具有特殊的重要作用，因此，加强全面深化改革的经济法保障至为重要。对于其中贯穿的改革、法治与发展的紧密关联，应历史地、系统地认识。在此基础上提炼“改革—法治理论”，不仅有助于丰富和完善法治理论，也有助于深化经济法学、发展法学乃至整体法学的研究。

³¹ 规则能够提前将确定性、连续性和可预测性给予私主体，并提高司法的经济性。参见[美]帕雷西等：《立法的经济学》，赵一单译，商务印书馆2022年版，第23页。

以法律突破“硅幕”

——兼论数字经济治理体系法治现代化的国别性、区域性与世界性

袁达松* 苏航**

摘要：“硅幕”对数字经济治理体系构成的法律挑战，可从技术封锁、数字权力过度膨胀两个维度解读。美国及其盟友对华发起的不正当技术封锁是数字经济竞争和国家安全泛化的产物，不具有合法性、合理性。而数字时代具有数字经济先发优势和数字技术垄断地位的国家、巨型数字企业的数字权力显著扩张冲击了原有的国际治理秩序，也引发了对世界范围内用户的人格权、自由权等基本权利的挑战。对此，数字经济治理体系法治现代化应基于国别性、区域性、世界性作梯度展开，推动国内数字经济包容性立法，以区域合作为契机构建系统有效的区域数字经济治理规则，以人类命运共同体理念推动开放包容的全球数字经济治理法治现代化。

关键词：硅幕 数字法治 国别性 区域性 世界性

一、问题的提出

作为承袭冷战时期“铁幕”(Iron Curtain)的概念，数字时代的“硅幕”(Silicon Curtain)被赋予了更为深刻的解读涵义。早在2010年，时任美国国务卿希拉里就以 Information Curtain 来概括她的外交观和国际贸易观，随之国内媒体将其翻译为“信息幕”或“硅幕”。^①而随着中美科技“脱钩”事态愈演愈烈，美国政府持续加码对我国的芯片产业打压，“硅幕”一词愈加频繁的应用于国内外媒体讨论美国及其盟友对华实施的芯片技术封锁的讨论场景中。于此之外，“硅幕”也成为描述人工智能快速迭代发展中人与人、国与国、区域与区域乃至世界之间巨大信息壁垒的代名词。尤瓦尔·赫拉利更是对此作出警示：硅幕所分隔的或许不是彼此敌对的人类，而是一边为所有人类，另一边为我们新的人工智能霸主。^②毫无疑问，这个问题需要运用全体人类的智慧在世界主义的视角下审思。

总体而言，“硅幕”可从两个维度理解，一是美国处心积虑对华实施的芯片技术封锁，以遏制我国在人工智能等数字领域的发展；二是人工智能及算法、大

*袁达松，北京师范大学法学院教授，博士生导师。

**苏航，北京师范大学法学院博士研究生。

本文系国家社科基金重大项目“数字经济治理体系法治化研究”(批准号：23&ZD156)的阶段性成果。

^① 参见曹悦平：《“硅幕”落下 中国信息产业应正视挑战》，《新京报》2010年1月26日头条评论。

^② [以]尤瓦尔·赫拉利著，林俊宏译：《智人之上：从石器时代到 AI 时代的信息网络简史》，中信出版集团2024年版，第13页。

模型等技术的应用将使“数字权力”急剧膨胀，信息更易被伪造、操纵，技术所潜藏的不平等问题将渗透入各个社会领域。正如美国未来学家阿尔文·托夫勒于上世纪所言：“计算机网络的建立与普及将彻底改变人类生存及生活的模式，而控制与掌握网络的人就是人类未来命运的主宰。谁掌握了信息、控制了网络，谁就将拥有整个世界。”

从国际范围内的既有实践而言，诸多突破“硅幕”的尝试未竟全功，已有的国际治理秩序既没有有效遏制部分国家在数字领域对他国的限制技术出口等歧视性措施，也没有彻底限制数字权力的过度膨胀，更未真正的填补南北国家数字经济发展隔阂。如何推动国内、国际数字经济治理体系法治现代化从而突破“硅幕”，是值得研究的重要问题。

二、“硅幕”对数字经济治理体系的法律挑战

（一）技术封锁的合法性问题

技术封锁通常以国家安全、外交政策等理由为依据，但这与国际法规定的自由贸易原则相悖。由于中国的快速崛起挑战了美国的霸主地位，美国将原本属于正常经贸往来领域中的部分问题泛化为国家安全问题。以“国家安全”为由干预限制我国对于高科技原材料、技术的进出口，从而实现维持自身数字经济优势地位的目的。在这个过程中，美国以利用盟伴体系重构排除中国的供应链作为对华科技竞争的基础。^③国际法通常强调国家之间的平等与合作，WTO将自由贸易原则和公平竞争原则作为基本原则。不合理的技术封锁是对其他国家合法权益的侵犯。但是，现有国际法对于技术封锁的具体标准和限制并不明确，导致各国在实施技术封锁或反制技术封锁时缺乏国际法行动依据和约束。由于各国对“国家安全”的定义不同，这种模糊性导致了技术封锁的泛滥。

世界范围内的国家安全泛化现象以美国为代表，各国根据其外交关系、产业特点等有各自表征。技术封锁不仅影响被封锁国家的经济发展，也会对实施封锁国的经济造成反向影响。封锁措施可能进一步加剧贸易争端，甚至引发大规模的经济制裁。在面对技术封锁的争议时，现有的WTO等国际组织并没有足够的权威和手段来快速有效地平息争端。同时，技术封锁带来的经济损失往往难以量化，

^③ 参见夏立平：《国家安全战略视域下的美国对华制度制衡及影响》，载《亚太安全与海洋研究》2024年第2期。

使得受影响的国家在寻求救济时面临冗长的争论。

美国基于泛化的国家安全而发起的技术封锁与其一贯宣扬的价值观、理念呈现尖锐的矛盾，从而在合法性、合理性上存在巨大瑕疵。虽然国家利益和个人利益的平衡是世界范围内的共性问题。但是美国一向自我标榜“尊重人权”，并频繁以“侵犯人权”为由对他国发动制裁。但是，技术封锁可能影响到他国民众在数字时代的基本生活和发展，而发展权是人权的一部分，美国限制他国的发展权毫无疑问涉及到对他国民众人权的限缩，但以“美国优先”“国家安全”等借口刻意忽视了该问题。这种歧视性的价值判断及举措使得数字技术交流、发展受阻，长远而言不利于全人类的科技进步。关于“硅幕”的讨论往往略过了技术封锁对人权的影响，未能将人权因素纳入基于公平、正义等原则的合法性的考量之中。

技术封锁促使他国通过科技发展创新重新塑造供应链，从长远而言是一国自主创新发展的必经之路。但是，这一结果并非是世界经贸秩序的期待，违背了传统经济理论希望实现的以国际分工降低边际成本而实现各国互利共赢。换言之，从世界主义的视角看来，数字时代的人类应当更为高效的协作以提高全人类福祉，但是美国为已国之利发起不正当技术封锁的结果迫使他国可能针对已有技术重新研发重复投入，相关科研、物质资源本可以分工投入到新兴技术领域的开垦拓展之中，从而损害了人类整体利益。长期的技术封锁可能导致技术链条的断裂，影响全球创新生态系统的健康发展。技术合作与共享的国际合作机制由此受到了影响，被“小院高墙”、“小圈子”所阻碍。因此，美国施行的不当技术封锁既与其国内法律原则相悖，也不符合世界贸易组织的基准总则。

（二）数字权力的国际治理问题

在数字时代，具有数字经济先发优势和数字技术垄断地位的国家、巨型数字企业的数字权力显著扩张，这一趋势不仅冲击了原有的国际治理秩序，也引发了对世界范围内用户的人格权、自由权等权利的挑战。例如，美国将东南亚作为对华数字竞争的重要地区，在 5G 接口、网络治理和跨境数据流动等方面强力推广美国的数字治理规范和标准，意图打造由其主导的区域数字治理规范体系，以限制中国与东盟的合作，巩固其数字技术霸权。^④数字技术的发展使得数据收集、存储和分析变得前所未有的便捷，掌握数据入口的数字平台因此能够获取大量数

^④ 参见赵祺、李维昌：《数字权力视角下美国在东南亚的数字合作探析》，载《当代世界与社会主义》2024 年第 4 期。

据，并利用这些数据作为养料训练大模型，从而对用户行为作出精准预测乃至操纵。由于传统法律理论对相关数字权力的界定、限定仍有争议，这一“跨国权力”的快速膨胀缺乏有效的法律限制，给国际治理带来了诸多潜在风险。

随着大数据和人工智能技术的迅猛发展，处于强势地位的国家和企业能够掌握数字资源的分配权力。以直播平台和带货主播之间的关系为例，虽然头部主播粉丝众多，在直播中收益巨大，但是直播平台可以轻易通过降低搜索权重、限制流量乃至封禁账号来决定带货主播的“生死”，上述行为的依据往往是平台制定的规则，且平台掌握着最大化的裁量权。再如，面部识别技术、社交媒体监测以及网络行为分析等手段，使得一些国家在维护公共安全的名义下，能够实时跟踪和分析公民的行为。美国于 2007 年即实施了世界范围内的“棱镜计划”，虽然这些措施理论上提高了“安全性”，但它们也极大地侵蚀了他国的信息安全和个人的隐私权。许多国家并未建立起充分的法律框架来限制政府在数据收集和监控方面的权力，这使得滥用权力的风险加大。

与此同时，大型科技公司如谷歌、Facebook 和亚马逊等，在数字经济中占据主导地位，它们不仅拥有海量用户数据，还通过复杂的算法分析这些数据，从中获取商业利益。这种数据集中化的趋势导致了一种新的“数据霸权”，这些企业的决策过程往往缺乏透明度，用户对数据的控制权也随之减弱。有学者认为，人工智能的全球治理正在形成，主要由行业进行主导和控制，并服务于其商业利益，所形成的人工智能治理规则具有工具化的倾向。^⑤尽管一些国家开始立法以限制数字权力，例如欧盟的《通用数据保护条例》（GDPR），但全球范围内仍缺乏统一的法律标准，导致企业的数字权力难以监管。

应用到社会场景的数字技术在性质上不再只是一种技术性工具，还是一种社会化的权力。数字法治应以数字权力为切入点，审视以私欲为基础的数字私权力之风险和以“公欲”为基础的数字公权力之风险。^⑥当前，关于数字权力的法律限制仍显不足。许多国家在立法方面滞后于技术的发展，现有的法律往往无法涵盖新兴的数字技术应用场景。此外，由于执法的时效和实效也存在难点，导致企业的数字权力上缺乏足够的约束，普通民众与坐拥数据的大型科技公司之间的

^⑤ Michael Veale, Kira Matus, Robert Gorwa, *AI and Global Governance: Modalities, Rationales, Tensions*, *Annual Review of Law and Social Science*, 19, p255–275(2023).

^⑥ 孙笑侠：《数字权力如何塑造法治？——关于数字法治的逻辑与使命》载《法制与社会发展》2024 年第 2 期。

“硅幕”愈发厚实。

随着数字时代权力的不断扩张，传统治理框架与新兴数字权力之间的紧张关系日益凸显。部分国家常常以维护国家安全的名义应用数字技术以提高行政能力。与此同时，企业通过用户的习惯性勾选同意以及提供定制化服务来收集数据，在这一过程中，用户隐私权往往被边缘化。部分国家和一些大型科技公司的数字权力过度膨胀激发了公众的关切，亟待一个更加健全的国内、国际法律治理框架来进一步限制相应数字权力。

三、以法律突破“硅幕”的法理分析

由上论述可知，“硅幕”形成的症结在于虽然数字技术能够产生信息、收集信息、传播信息、处理信息，但也进一步的使权力集中到掌握数字技术的主体中。具体便体现为美国及其盟友为了维系在人工智能的竞争优势而实施的芯片技术封锁，以及数字巨头们攫取到难以受限的巨大数字权力。无论前者还是后者，法律都处于缺位状态，特别是在全球治理视角中的国际法、世界法中。数字经济治理体系法治现代化是内生于国家治理法治化、现代化的概念，可以从空间维度考量其国别性、区域性与世界性，从而明确以法律突破“硅幕”的法理基础。

国别性、区域性与世界性由于国家主权概念、区域协作概念与世界治理概念而客观存在。作为统治国家的形式，关于法律的讨论分析原本集中于主权国家之内，奥斯汀认为法律即主权者的命令。随着工业革命的发展，国与国之间、区域之间以至世界间的交互增多，由此产生了区域法、国际法，统治演化为治理。从统治走向治理，是人类政治发展的普遍趋势。面对全球化和不确定性日益增加的大变革时代，各个发达国家和发展中国家都在寻找一种更好地适应环境的新的治理形式，以便在经济的竞争中赢得优势并让社会获得有质量的持续增长。^⑤在数字时代、AI时代，国际法在全球数字治理中已经力有不逮，基于数字经济治理世界性而展开的世界法研究恰逢其时。

世界各国关于数字经济的治理问题既有共性，也有个性。在国别层面，由于各国发展水平不一，其经济基础所决定的上层建筑千差万别，先发国家与后发国家之间的数字发展差距正在进一步拉大，价值倾斜产生了积极、消极两种立法模式。在区域层面，北美、欧洲、东亚、东南亚、非洲等区域的数字技术、数字产

^⑤ 俞可平：《治理和善治：一种新的政治分析框架》，载《南京社会科学》2001年第9期。

业有着巨大的不同，地缘层面的治理向区域利益倾斜，区域间的法律制度并不协调。在世界层面，数字经济业已形成中美欧三方博弈的格局，欧美推行的全球数字治理带有明显的维护发达国家利益的色彩，而中国作为“全球南方”的一员，通过全球发展倡议等主张着力维护发展中国家的利益，戮力促进全球共同繁荣和发展。

全球数字经济呼唤包容性发展。从学理层面来说，这就需要把握数字经济治理体系法治现代化的国别性、区域性与世界性，融合人类命运共同体理论的世界主义法治或为可行的法律出路。当前的国际法律制度从其制定到运行都由美国、欧洲等西方发达国家主导，本质上维护的是发达国家的先发利益，唯有构建包容性的世界发展模式，才能实现发展成果由人类共享、促进“人类命运共同体”理念向现实推进。^②从国际范围内的既有实践而言，诸多突破“硅幕”的举措趋近无效，已有的国际治理秩序并未真正的填补南北国家数字经济发展隔阂、消除部分国家在数字领域对他国的技术封锁、限制进口等歧视性措施，数字经济争端领域演变为遵从弱肉强食法则的角力场。法治是最有效的治理方式，^③“硅幕”有且仅有法律、法治能够突破。法治的功能在于按照一套公开、明确、普遍适用的规则来为社会主体设定行为规矩，确保各个主体能够预见各自行为的后果并在此基础上开展交往与合作。^④正如联合国贸发会（UNCTAD）于2019年《数字经济报告》中所分析的国际数字经济治理法律协作问题，认为当前国际数字经济治理面临的主要挑战是各国法律体系的差异。因此，建立包容性的国家法治、区域法治、世界法治推而行之，是突破“硅幕”乃至消弭“硅幕”的根本之道。

四、数字经济治理体系法治现代化的中国方案

（一）推动国内数字经济包容性立法

数字经济作为新兴经济形态，深刻地改变了社会组织形态、主体行为关系。新兴技术和商业模式的出现也引发了诸多治理挑战。一方面，通过立法厘定责、权、利关系，维持良性市场秩序，避免蓝海变成“蛮荒之地”极为必要；另一方面，也要警惕过于超前的立法以及因噎废食的过度保护。数字经济包容性立法需

^② 袁达松、黎昭权：《构建包容性的世界经济发展与环境保护法治框架——以“人类命运共同体”理念为基础》，载《南京师大学报（社会科学版）》2019年第2期。

^③ 胡玉鸿：《论法治是国家核心竞争力的重要内容》，载《东方法学》2024年第4期。

^④ 马怀德：《在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家》，载《社会科学文摘》2023年第1期。

要锚定数字经济的普遍性，尊重数字发展客观规律，既契合本国发展诉求，又与世界趋势接轨。数字经济包容性立法还需要充分认识到各国数字经济治理背景的差异性，欧盟虽然进行了规则严密的数字立法，但却陷入了“立法完美、产业糟糕”的悖论。^①他国经验可供借鉴，但未必是完全正确的选择。

没有对制度的需求就不会有制度的发展和改革。^②经济法是市场经济法治化的支柱之一，奉行社会利益本位。^③数字立法应审慎考量市场、社会对于法律制度建构的真实需求，而非“想象中的风险”，对数字技术、数字产业留足包容的发展空间，在防范风险的前提下动态实现社会利益最大化。数字经济领域的过度立法并非数字经济治理体系法治现代化的理念和追求。数字经济立法应基于包容性原则，理顺法治化的阶段和进路，以多元主体参与的方式形成普遍性的共识，通过科学立法、严格执法、公正司法、全民守法统筹处理数字经济新兴法律问题。

（二）以区域合作为契机构建系统有效的区域数字经济治理规则

随着人类命运共同体的理论挖掘和实践推进，中国在多边与双边合作中从不同层面、多个领域推动构建命运共同体，中阿、中拉、中国—太平洋岛国、中国—东盟、上海合作组织、中国—中亚等命运共同体建设带动了法治交流与合作。数字经济治理体系法治现代化也应基于国别性、区域性、世界性作梯度展开。区域治理是全球治理的基础，足够多的区域叠加即是世界。以区域一体化为基础的全球化，或将成为世界格局发展的趋势。^④因此，区域数字经济治理规则的构建与融通将形成数字法治从区域性到世界性的跨越。

区域数字经济治理规则需要兼顾区域内成员国的普遍性和差异性，以实现包容性。既要充分体现及尊重各成员国之间数字经济发展的差异性，也要能够实现数字经济规则在区域范围内的普遍适用；既能够符合大多数成员国的经济利益，也能够兼顾落后于区域发展的成员国的经济利益，从而推动区域数字经济秩序与治理体系的包容性发展与完善。^⑤虽然“硅幕”一词大多存在于中美话题的讨论中，但其影响深远，关于每个国家、每个公民的切身利益，毫无疑问这会是所有国家、所有公民现在或将来共同面临的问题。以法律突破乃至消弭“硅幕”是缩

^① 参见高艳东：《数字法治中的立法消极与司法能动》，载《南京社会科学》2024年第2期。

^② [美]弗朗西斯·福山：《国家构建：21世纪的国家治理与世界秩序》，黄胜强、许铭原译，中国社会科学出版社2007版，第32页。

^③ 程信和、曾晓昀：《经济法典“总则”论》，载《法治社会》2021年第2期。

^④ 杨立华：《世界格局变化与中非合作》，载《当代世界》2013年第8期。

^⑤ 袁达松：《RCEP中数字经济实体法与程序法的包容性构建》，载《广西社会科学》2023年第9期。

小区域差异、世界分歧的关键，因此，我国以区域合作为契机构建系统有效的区域数字经济治理规则，进而推动区域数字经济治理的法治化、现代化。

（三）以人类命运共同体理念推动开放包容的全球数字经济治理法治现代化

推动构建人类命运共同体是中国式现代化的本质要求之一。与以资本为中心“对内剥削，对外掠夺”的近代西方现代化模式不同，中国式现代化注重对话协商、共建共享、合作共赢、交流互鉴，以中国方案破解世界现代化难题，为其他发展中国家的现代化探索提供了宝贵的参考借鉴。人类命运共同体构建了新的世界文明观，拒绝了自威斯特伐利亚体系以来的零和博弈，强调了国际治理的包容性。^⑤联合国贸易和发展会议在《2024年数字经济报告》关注了全球数字经济的发展均衡问题，对发展中国家承担过重环境和资源成本而享受过低数字收益的现状表示担忧，呼吁更为包容性的研究、对话和政策调整。^⑥全球数字经济的发展推动着国际秩序的重构，数字经济治理法治化的视野既需扎根于国家治理现代化，也需回应世界范围的数字经济治理关切，这体现了中国的责任担当，是人类命运共同体理念的重要实践。

我国参与全球数字经济治理议程有着自身的独特优势，作为数字经济规模第二大的国家，我国对于现代化道路、数字化经验、法治化建设有着深厚的积累和广泛的世界影响力。推动全球数字经济法治的形成既是大国使命担当所在，又能回馈于高水平对外开放体制机制的完善，营造中国式现代化建设的良好外部环境。

全球数字治理面临制度碎片化、集体行动困境和权力分配不均等风险，数据的“流动性”、数字经济市场空间的“共通性”和数字经济发展机会的“共享性”决定了数字经济规则和治理体系的包容性构建。^⑦诸如数据有序流动、知识产权保护、数字技术保护等复杂问题亟待多边方案，人类命运共同体理念以公平正义的根本原则、合作共赢的实践要义和开放包容的价值理念，为构建全球数字治理新秩序提供价值遵循。^⑧数字技术推动了跨国界的合作与共享，各国应在数字经

^⑤ 王鑫：《另一种现代化：西方现代性自我想象中的中国》，载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2024年第1期。

^⑥ See UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT: 《Digital Economy Report: Shaping an environmentally sustainable and inclusive digital future》，p 242-246.

^⑦ 袁达松：《数字经济规则和治理体系的包容性构建》，载《人民论坛》2022年第4期。

^⑧ 罗理章：《人类命运共同体视域下全球数字治理风险及其应对》，载《当代世界社会主义问题》2023年第4期。

济治理中采取开放包容的态度，通过凝聚的共识推动国际数字法治的形成。

全球数字经济治理法治化应建立在公平竞争、数据隐私保护和消除数字鸿沟的基础上，促进全球经济的可持续发展和数字技术造福于人类。人类命运共同体的共同利益观和全球治理观可以促进全球数字经济的良性发展，确保发展中国家和发达国家在数字化转型中的平等参与和受益。

目前，《“一带一路”数字经济国际合作倡议》《全球人工智能治理倡议》《数字经济伙伴关系协定》等数字经济国际合作既有成果颇丰，但仍有诸多共识有待凝聚、诸多主体尚未加入、诸多国际机制尚未形成。我国持续推动的全球数字治理变革将进一步彰显我国的决策和制度优势，进一步优化全球数字发展环境和提高国际整体安全水平。^⑩在人类命运共同体构建的背景下建立多边主义下的数字经济对话协商机制是推动法治化进程的关键步骤，有助于形成广泛的数字治理共识和法治协作，以把握数字经济带来的全球性机遇和挑战。

^⑩ 参见程乐：《在统筹发展和安全中推进数字化改革》，载《国家治理》2024年第8期。

新质生产力推动人形机器人创新发展的经济法治促进

陈兵*

内容摘要：作为通用人工智能技术应用的理想载体，人形机器人技术及产品不仅需要新质生产力为支撑，而且随着相关基础技术集成创新的跃升，其有望成为我国新质生产力发展的重要引擎。从发展新质生产力的视角看，人形机器人产业虽然在我国得到了一定重视，但是仍面临有效市场与有为政府间价值与功能需进一步适配、技术发展和应用中安全风险与漏洞需解决、经济创新发展目标与市场公平竞争秩序待协调等经济问题。为此，聚焦发展新质生产力的经济法治时代内涵，重视经济法治推动新质生产力对人形机器人创新发展的促进作用，坚持以创新发展为目标、以安全可控为底线、以公平竞争为支撑、以包容开放为保障，推动负责人形机器人技术及应用的高质量发展。建议以统筹好高质量发展与高水平安全的动态平衡为前提，构建多元共商共建共赢的治理体系，全面准确理解系统观念，以激励创新为导向，以市场公平竞争为支撑，建立和完善容错机制，有效促进人形机器人在包容开放的全球合作生态中创新发展。

关键词：人形机器人 新质生产力 经济法治 安全发展 动态平衡

一、背景与问题

人形机器人（Humanoid robot）也被称为类人机器人，是指具有类似于人类的身体结构和运动方式的半自动或全自动的机器人。^[1]作为最具代表性的具身智能（Embodied intelligence），人形机器人被认为是通用人工智能技术的理想载体，其所具有的类人特性使其能够在更复杂的场景胜任更多的工作，有望成为继计算机、智能手机、新能源汽车后的颠覆性产品，已成为全球科技竞争的新高地和未来产业的新赛道。

为了更好地推动人形机器人实现高质量的发展，需要以发展新质生产力作为促进其创新发展的强劲推动力和支撑力。“新质生产力”在 2024 年《政府工作报告》中被重点提及，列为十大工作任务首位。^[2]党的二十届三中全会则提出“健全因地制宜发展新质生产力体制机制”，释放了进一步强化发展新质生产力制度保障的信号。^[3]新质生产力是指创新起主导作用，摆脱传统经济增长

*南开大学法学院教授、博士生导师。

本文系 2023 年度最高人民法院司法研究重大课题“数据权益知识产权司法保护问题研究”（ZGFYZDK T202317-03）和教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“全球数据竞争中人权基准的考量与促进研究”（19JJD820009）的阶段性成果。

^[1] See Bogue Robert, *Humanoid Robots From the Past to the Present*, 47 *Industrial Robot* 46 2(2020).

^[2] 参见《政府工作报告》，载中国政府网，https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202403/content_6939153.htm。

^[3] 参见《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》，载中国政府网，https://www.gov.cn/jiefangjun/2024-07/30/content_7017577.htm。

方式、生产力发展路径，具有高科技、高效能、高质量特征，符合新发展理念先进生产力质态。实现人形机器人的创新发展之所以要以新质生产力为重要支撑，是因为新质生产力所独具的高科技、高效能、高质量等特征与人形机器人产业的发展需求紧密契合。在培育新质生产力的过程中，通过发挥创新的主导作用，激发原创性、颠覆性的科技创新，将科技创新成果更及时地应用到人形机器人发展中，为人形机器人的科技创新和产业创新提供更加科学的布局。

为更好推动新质生产力成为人形机器人创新发展的支撑，需正确认识具身智能与离身智能（Disembodied intelligence）之间的关系，虽然二者都具有很强的通用性，但是具身智能最大特点在于具有支持感觉和运动的物理身体，可以进行主动式感知，也可以执行物理任务，打破了离身智能的诸多局限性。这就意味着人形机器人产业发展不仅离不开人工智能技术的创新，也需要高端制造、新材料等高精尖技术的大力支持。可以说，人形机器人的创新发展是人工智能、智能制造、自动驾驶等产业形成提供新质生产力的“创新联合体”，其中，人工智能技术是引领人形机器人取得技术突破的关键动力，尤其是以 ChatGPT 为代表的大模型，有望为人形机器人提供更智能的“大脑”。

目前，世界各国政府虽然尚未出台与人形机器人直接相关的经济政策和措施，但针对人工智能、机器人等产业提供了较为充足的政策支持。美国于 2021 年 2 月宣布《国家机器人计划（NRI）》，支持对集成机器人系统的研究，并向其提供 1400 万美元的支持，鼓励各相关机构和组织进行合作研发。^[4]2023 年 5 月 23 日，白宫公布《国家人工智能研发战略计划》，致力于使美国在人工智能领域保持世界领先地位，开发功能更强大、更可靠的机器人等。^[5]德国 2021 年颁布《2025 高科技战略（HTS）》，计划到 2026 年德国政府每年将提供约 6900 万美元的资金以支持高科技发展，包括研发特定领域的人形机器人。^[6]韩国政府 2022 年发起《智能机器人基本计划》，并为此提供 1.722 亿美元的支持，以推动机器人技术发展。^[7]日本的“新机器人战略”旨在使日本成为世界上第一个机器人创新中心，日本政府在 2022 年提供了超过 9.3 亿美元的支持。^[8]

www.gov.cn/zhengce/202407/content_6963770.htm?sid_for_share=80113_2.

^[4] See NSF 21-559, *National Robotics Initiative 3.0: Innovations in Integration of Robotics (NRI-3.0)*, USF (Feb. 2, 2021), <https://new.nsf.gov/funding/opportunities/national-robotics-initiative-30-innovations/503641/nsf21-559/solicitation>.

^[5] See Select Committee on Artificial Intelligence of the National Science and Technology Council, *National Artificial Intelligence Research and Development Strategic Plan 2023 Update*, The White House (May, 2023), <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2023/05/National-Artificial-Intelligence-Research-and-Development-Strategic-Plan-2023-Update.pdf>.

^[6] See Die Bundesregierung, *Fortschrittsbericht zur Hightech-Strategie 2025*, Bundesministerium für Bildung und Forschung (September, 2019), https://www.bmbf.de/SharedDocs/Publikation/en/de/bmbf/1/31522_Fortschrittsbericht_zur_Hightech_Strategie_2025.pdf?__blob=publicationFile&v=6#:~:text=Mit%20der%20Hightech%2DStrategie%202025,weltweit%20an%20der%20Spitze%20bleibt.

^[7] See Jun-Gyo Seo, *Korea Moves Fast to Advance into a Global Powerhouse in the Robotics Industry*, Invest Korea (December 8, 2021), https://www.investkorea.org/ik-en/bbs/i-308/detail.do?ntt_sn=490763.

^[8] See *National Robot Development Plans*, BORUNTE (Feb 2, 2023), <https://www.borunte.net/ne>

与域外相比，我国在支持人形机器人创新发展的政策支持上更具有前瞻性。2023年1月，工业和信息化部等十七部门联合印发《“机器人+”应用行动实施方案》（以下简称《实施方案》），提出要“构建机器人产用协同创新体系”“带动机器人企业协同攻关和成果转化”，这充分迎合了人形机器人创新发展在技术和产业方面的需求。^[9]2023年10月，工业和信息化部关于印发《人形机器人创新发展指导意见》（以下简称《指导意见》），明确指出要推动人形机器人产业高质量发展，培育形成新质生产力，高水平赋能新型工业化。^[10]总体而言，目前我国政策聚焦于建立人形机器人创新体系，提升人形机器人技术创新能力，拓宽人形机器人具体应用场景，在统筹发展和安全的基础上，开拓一批新业务、新模式、新业态，助力推动新质生产力成为人形机器人实现创新发展的重要引擎。

虽然人形机器人的创新发展已经受到了各国政府的重视，但当前仍存在诸如不安全、不可靠、技术门槛高、竞争活力不足等制约新质生产力发展的问题。经济法作为在经济社会高质量发展中依法保护市场主体的合法权益，规范市场经济秩序，以法律手段来管理和调整经济行为的原则和制度，确保经济、社会等协调发展，发展成果兼顾多数人利益的一种法治运行样态，^[11]在本质上契合了发展新质生产力的基本要求，除发展要求外，涵摄安全、竞争、创新等，为人形机器人创新发展提供充分保障。

在具体治理路径构建上，可以主要从人工智能的核心要素治理与整体治理两个视角出发：对于数据要素，聚焦于数据要素流通问题，重视对数据产权制度的探讨，^[12]关注依反垄断法强制开放必需数据有现实可行性、^[13]数据爬取行为的正当性等问题；^[14]对于算法要素，则聚焦于算法歧视、^[15]算法共谋等不正当竞争和垄断行为；^[16]对于整体治理，则有学者提出了分场景治理、^[17]分层治理、^[18]风险分级管控等路径。^[19]

ws/national-robot-development-plans-64615966.html.

^[9] 参见《工业和信息化部等十七部门关于印发“机器人+”应用行动实施方案的通知》（工信部联通装〔2022〕187号），载中国政府网，https://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/2023-01/19/content_5738112.htm。

^[10] 参见《工业和信息化部关于印发〈人形机器人创新发展指导意见〉的通知》，载中国政府网，https://www.gov.cn/zhengce/zhengceku/202311/content_6913398.htm。

^[11] 参见郭飞飞：《包容性发展及其经济法保障》，载《理论界》2013年第9期。

^[12] 参见陈兵、林思宇：《数据产权结构性分置的运行逻辑与实践机制——以统筹数据保护和利用为目标》，载《南开学报（哲学社会科学版）》2024年第1期。

^[13] 参见袁波：《必需数据反垄断法强制开放的理据与进路》，载《东方法学》2023年第3期。

^[14] 参见许可：《数据爬取的正当性及其边界》，载《中国法学》2021年第2期。

^[15] 参见梅傲：《积极伦理观下算法歧视治理模式的革新》，载《政治与法律》2024年第2期。

^[16] 参见殷继国：《人工智能时代算法垄断行为的反垄断法规制》，载《比较法研究》2022年第5期。

^[17] 参见丁道勤：《产业链视角下生成式人工智能的竞争法规制研究》，载《西北工业大学学报（社会科学版）》2024年第1期。

^[18] 参见张凌寒：《深度合成治理的逻辑更新与体系迭代——ChatGPT等生成式人工智能治理的中国路径》，载《法律科学（西北政法大学学报）》，2023年第3期。

^[19] 参见刘金瑞：《生成式人工智能大模型的新型风险与规制框架》，载《行政法学研究》2024年第

2024年7月发布的《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》（以下简称《决定》）则提出“完善推动新一代信息技术、人工智能、航空航天、新能源、新材料、高端装备、生物医药、量子科技等战略性新兴产业发展政策和治理体系”，旨在推动体制机制创新，遵循因地制宜的特色发展导向。^[20]为了加快发展新质生产力，进一步推动各类先进生产要素向人形机器人产业集聚，亟需从经济法治具体内涵出发，结合人形机器人行为集成的技术特征，找准人形机器人发展面临的经济法治困境，构建促进人形机器人创新发展的经济法治实现机制，健全相关规则和政策，进一步适配有效市场与有为政府间价值与功能、解决技术发展和应用中安全风险与漏洞、协调经济创新发展目标与市场公平竞争秩序，建立健全人形机器人发展目标与路线，探寻实现新质生产力推动人形机器人创新发展的基本方案。

二、以新质生产力促进人形机器人创新发展的经济法治构造

经济法治是指通过经济法律制度调整使经济体制改革和社会经济发展步入法治轨道，实现经济改革和发展法治化的治理过程。^[21]在人形机器人发展的经济法治模态构建中，牵涉到复杂的价值平衡，需要从理论上依据人形机器人产业发展的现状与特征引入综合性多维度分析，价值判断也需要从消费者福利、经济效率等经济性价值取向迈向多元利益平衡，特别是注重对消费者隐私安全、劳动者权益、环境保护、可持续发展等非经济性价值的关注。^[22]因此，人形机器人创新发展的经济法治构建要充分考量各种价值的复杂性，通过明确主要维度、建立有机联系，形成有助于导向合理结果的规制框架，协助规制者全面考虑各种因素，制定出合理的法治安排，推动人形机器人的发展和变革。^[23]

促进人形机器人创新发展的经济法治工作是一项系统工程，关键在于要素的优化配置和全要素生产率的提升，促进人形机器人发展的经济法治内涵主要包含以下几点：其一，确立创新发展为人形机器人发展的首要目标，将新质生产力作为主要推动力，鼓励科技创新和关键性技术突破，让各类质优生产要素向有助于人形机器人发展的方向汇集。其二，以安全可控为底线，制定明确的法规和标准，形成制度约束，保证人形机器人在设计、制造和运用过程中安全可控。其三，以公平竞争为支撑，防止垄断和不正当竞争行为，以良性竞争促进人形机器人技术创新，推动行业规范健康可持续发展。其四，以包容开放为保障，推动人形机器人技术的普及和利益共享，通过政策扶持、技术交流和国

2期。

^[20] 参见《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》，载中国政府网，https://www.gov.cn/zhengce/202407/content_6963770.htm?sid_for_share=80113_2。

^[21] 参见史际春：《新发展观与经济法治新发展》，载《法学家》2004年第1期。

^[22] 参见陈兵：《互联网时代需要什么样的经济法治》，载《中国价格监管与反垄断》2020年第10期。

^[23] 参见苏宇：《算法规制的谱系》，载《中国法学》2020年第3期。

际合作，为发展新质生产力营造良好国内和国际环境，促使技术成果更广泛地惠及社会各层面。

（一）以创新发展为目标

（二）以安全可控为底线

（三）以公平竞争为支撑

（四）以包容开放为保障

三、新质生产力推动人形机器人创新发展的经济法治困境

科技的迅速发展使得人形机器人的能力日益增强，但公众对其认知还较为有限，科技缺陷的风险如何承担等问题随之而来。当前，在发展新质生产力的需求下，人形机器人创新发展的实现，不仅要解决技术创新问题，还要解决关于创新与竞争、安全与发展等经济问题，对当前我国人形机器人创新发展、具体规则设计以及科技伦理皆提出挑战。

（一）激励创新与公平竞争亟待平衡

激励创新是推动人形机器人技术进步和产业繁荣的核心动力，也是发展新质生产力的重要途径。人形机器人发展涵盖多个领域科技的集成，包括机械工程、计算机科学等，在这个高度集成创新的过程中，企业和研究机构对其研发的新技术、新算法和新工艺进行技术开放，有助于实现研发效能提升。不过为激励相关主体加大创新投入，防止其他竞争者“搭便车”“食人而肥”，亟需防范和规制在创新发展特别是在集成创新中不当获取或使用技术成果、拒绝合理开放相关技术、歧视性授权使用相关技术等不公平竞争的行为发生。技术创新的快速应用对整个产业的发展至关重要，合理的技术保护反哺技术发展，但如果对知识产权保护过度甚至滥用知识产权，则容易导致技术壁垒的形成，可能使得企业间的技术合作受限，创新成果不能合理共享，提高行业准入门槛，导致少数大型企业垄断先进技术，从而影响了整个行业的创新速度和效率，扭曲市场竞争，阻碍新质生产力的发展。

保障公平竞争是市场经济的应有之义，也是人形机器人产业可持续发展的前提。在激励创新保护创新成果的同时，也需要提防可能出现的反竞争行为，譬如，警惕少数大型企业通过资本优势和市场份额，获得更多创新资源和人才，快速积累技术，形成竞争优势乃至垄断，凭借规模效应压制竞争对手，使得初创型企业难以生存和发展。通过公平竞争，市场才能更好地发挥资源配置的作用，为各规模人形机器人企业在公平条件下自由参与竞争创造条件，发挥优胜劣汰的筛选机制，从而推动行业不断进步，满足不同层次需求。此外，由于人形机器人产业投资大、周期长、风险高，过度追求公平竞争的目标时，可能使创新企业无法获得应有的回报，降低了投资者对于人形机器人技术持续投入

的信心，进而影响产业的长期创新能力，阻碍人形机器人技术的迭代更新和产业的可持续发展。

当前，我国虽然已进入全球人工智能发展的第一梯队，但是在与美国的人工智能领域竞争中仍存在差距。目前，诸如 OpenAI、Anthropic 和 Inflection 在内的世界顶流人工智能大模型厂商大多位于美国，不仅吸引了大量的资金涌入，在技术积累、人才吸引方面也都处于领先地位。尤其是 OpenAI 公司于 2024 年 2 月发布 AI 视频生成工具产品 Sora，再一次加速通用人工智能产业的发展。而我国人工智能领域投融资则不如预期，在人形机器人技术领域也较日本、美国、欧盟等国家与地区起步更晚、积累不足，对于政策、资金、技术、人才的需求更为强烈。在我国加快发展新质生产力的背景下，人形机器人发展中如何平衡激励创新与保障公平竞争的关系仍待探讨。

（二）人形机器人治理规则系统性不足

目前，我国在发展人工智能、智能制造、自动驾驶等产业中，仍存在制约高质量发展的问题，譬如算法歧视、窃取数据、技术封锁等问题亟待解决，这些问题直接涉及人工智能安全和公正使用、技术的开放性和合作性，可能影响技术创新和生产要素的流通配置，抑制企业创新活力，也可能会成为制约新质生产力发展的要素。为了确保人形机器人技术的安全、可持续发展，确保人形机器人的设计、制造和使用符合道德和法律要求，必须进一步健全相关治理规则。

然而，我国尚未形成相对系统的人形机器人治理体系，对人工智能立法采用了较为多元的方式，如制定专门的人工智能部门法规，或在相关法律中加入人工智能相关规定，抑或在相关领域的管理规定中加入人工智能相关内容等。譬如近年来，我国围绕人工智能的数据、算法等核心要素以及人工智能的整体应用，我国在法律层面进行了网络安全法、个人信息保护法、数据安全法等立法，以及多部细分领域的管理政策如《互联网信息服务算法推荐管理规定》《互联网信息服务深度合成管理规定》《生成式人工智能服务管理办法》相继出台。同时，传统部门法也将人工智能相关要素及其应用纳入规制范围内，民法典第 127 条对数据权益的民法保护进行了宣示性的规定，^[24]最高人民法院、最高人民检察院也于 2019 年颁布《关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》。

即便如此，面对涉及人工智能多要素、技术成本高昂且应用于线下多种场景的人形机器人而言，现有治理规则尚未形成系统体系，缺乏高效的协同效能。一方面，当前对于人工智能的相关立法与政策分散于多领域、多产业、多环节中，尚未有立法层级高、具有统辖性的立法。首先，面对具有复杂技术层和产业链的人形机器人，监管者与开发者之间存在较大的信息不对称；其次，人形机器人产业链涉及核心零部件、本体设计制造以及工业、商业、家庭、医疗、物流等多场景应用，其跨领域、多行业、多环节的特点加大了监管协同难度。

^[24] 参见王利明：《数据的民法保护》，载《数字法治》2023 年第 1 期。

故当前较为分散且法律位阶较低的人工智能的制度规则不利于相关机构开展监管活动，也不利于企业进行自我合规。

另一方面，对于人形机器人所依赖的数据、算法、算力、零部件等关键要素的规定仍需要进一步细化，为人形机器人创新发展提供高质量供给。以人形机器人创新发展所需要的数据要素为例，我国正处于从数据保护迈向数据赋能的关键过渡期，但还面临数据产权界定不清、流通交易规则缺失、无法采用统一化规则等挑战，数据要素流通仍存在阻滞，^[25]无法应对人形机器人创新发展对大规模、高质量数据的需求，在数据价值释放和数据流转利用规则体系方面仍有较大完善空间。同时，在数字经济领域，部分平台利用其用户优势、技术优势、基础设施优势等，收集了大量的数据，实现了数据量的垄断和基于数据的垄断，不利于人形机器人发展所需的大规模高质量数据供给，更容易产生“市场失灵”的现象，严重阻碍人形机器人产业发展成果由全社会共享。

（三）人形机器人伦理与安全困境突出

近年来人工智能技术的高速发展，为人形机器人加速创新发展提供了重要推动力。人工智能技术，尤其是通用大模型的出现，使得人形机器人更具通用性、智能性，使人类与之进行更自然的交互成为可能。人工智能作为人形机器人的“大脑”，将使人形机器人在表现形式、作用逻辑及应用场景等方面对传统人工智能进行了全方位革新，^[26]随着人形机器人在外观上拟人外，在人工智能的赋能下逐渐实现思维和行动上拟人，从而在现实的多场景应用中将会使人形机器人面临更为复杂的伦理挑战。

从人形机器人的开发层面而言，人形机器人需要大规模的高质量数据供给。人形机器人模拟人类的外观与行为，在执行任务时面临的环境和交互内容、产生的数据模态更多、更复杂，在单位时间内能够产生的数据要远超语言几个数量级，远非现有的 ChatGPT 等语言大模型可以比拟，具有更高的数据丰富度。其一旦发生数据泄露事件，将带来难以挽回的灾难性后果，可能会对个人隐私、商业秘密和国家信息安全等产生严重威胁。^[27]此外，不同于 ChatGPT 等离身智能形式，人形机器人具备了物理形状，不论是与人的交互方式还是交互场景都大大增加，这意味着其可以通过设备的增设自行收集、存储、处理、使用更多相关数据用于深度学习，对个人数据的保护提出更大的挑战。

当前，人工智能大模型的数据量呈现爆炸式增长，2018 年推出的 GPT-1 的参数量为 1.17 亿，2023 年推出的 GPT-4 的参数已达 1.8 万亿。大模型参数规模的增长为提高模型自主学习与生成内容的准确性、丰富性提供训练基础，但也使得算法自主学习的频次不断增加，算法不断迭代，导致技术隐层愈发复杂，

^[25] 参见辛勇飞：《中国数据治理规则体系构建：现状、挑战与展望》，载《人民论坛·学术前沿》2023 年第 6 期。

^[26] 参见宋保振、秦瑞标：《论生成式人工智能应用风险的法律规制》，载《上海政法学院学报(法治论丛)》2023 年第 6 期。

^[27] 参见赵梓羽：《生成式人工智能数据安全风险及其应对》，载《情报资料工作》2024 年第 2 期。

生成的认知结果超越了一般大众所能理解的范围。因此，算法运行过程也被称为“算法黑箱”，这种信息上的不对称加深了算法的不透明度与不可理解性。

同时，人形机器人集成了大量不同的传感器，通过算法把软硬件有机整合，从而协同好各部分的速度、力度、准确性，确保硬件系统各司其职完成任务，这一运行过程的难度是巨大的，故算法的复杂程度也可以想象，所能带来的安全问题未可预知，可信程度也随之降低。譬如，已经出现或大量潜在的算法偏见、歧视、霸凌等算法滥用问题，导致人形机器人的行为不符合人类的期望和利益。

从人形机器人的应用层面而言，同样面临着一些伦理和安全问题。在功能设计方面，如果人形机器人的设计者没有遵循一定的价值观和道德准则，可能会造成人形机器人的功能缺陷、故障或滥用，从而危害人类的生命、财产和尊严；缺乏合适的伦理标准和设计准则可能导致人形机器人在执行任务时出现不当行为，如侵犯隐私、进行歧视性行为，或者被用于不当用途，如恶意攻击或监视。在外观设计方面，人形机器人面临着“恐惧谷”效应，即机器人外形如果过于逼真，会使人的认知产生偏差，引发不适、恐惧、厌恶等负面情绪，影响人形机器人的社会接受度和人机交互的效果。

四、新质生产力推动人形机器人创新发展的经济法治进路

当前，人形机器人产业激励创新与公平竞争存在张力、人形机器人治理规则协同性不足、人形机器人伦理和安全困境突出等经济问题，将成为制约发展新质生产力的因素，凸显了通过新质生产力推进人形机器人创新发展的必要性、现实性及迫切性。为此，需以统筹好高质量发展与高水平安全的动态平衡为前提，构建多元共商共建共赢的治理体系、建立兼顾创新与市场公平竞争的容错机制、促进人形机器人产业形成包容开放的全球合作生态系统，为发展新质生产力营造良好国内和国际环境，从而更好地推动人形机器人创新发展。

（一）统筹高质量发展与高水平安全之间的动态平衡

（二）构建多元共商共建共赢治理体系

（三）建立兼顾创新与市场公平竞争的容错机制

（四）促进人形机器人产业形成包容开放的全球合作生态系统

新时代经济法理论现代性发展的若干思考

——兼谈区域经济法命题的提出

(提要版)

陈婉玲¹

一、经济法的现代性问题

纵观经济法部门的发展，其调整社会关系的使命、触角与思维有别于传统法，是现代法已经达成共识，也是立命之本。在整个法律体系中，经济法作为现代法其主要功能在于解决具有现代性的经济问题。四十几年来，我国经济法的成长与我国经济体制改革和社会主义市场经济体制的建立息息相关，其一直演绎着作为现代法的角色和使命，经济体制改革前进的每一个步伐，都在经济法制度的备忘录中印刻下足迹。现代性经济问题在不同历史阶段有着不同的指向，基于不同的时代特质，经济法调整的经济关系侧重点不同。在改革开放之初，要解决的时代性问题是培育市场、塑造竞争秩序；而新时代我国全面深化改革的目标与改革开放初期不同，经济法面临的现代性经济问题则是围绕“高质量发展”这一价值目标展开，改革更加注重系统性、整体性、协同性。即我国已进入全面建成社会主义现代化强国、实现第二个百年奋斗目标，以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴的新征程，“高质量发展”是新时代的核心特质。习近平总书记在党的二十大报告中指出：“高质量发展是全面建设社会主义现代化国家的首要任务，是‘十四五’乃至更长时期我国经济社会发展的主题，关系我国社会主义现代化建设全局。”其中，建设现代化经济体系是推动我国经济高质量发展的应有之义，是推进中国式现代化的战略目标、首要基础和有力支撑；创新、协调、绿色、开放、共享“新发展理念”贯穿于我国经济高质量发展全过程与各领域，发展新质生产力是推动高质量发展的重要着力点，其表明在我国当前乃至今后一段时期，无论是经济政策制定，还是实施宏观调控，抑或是确定经济发展思路，其题中之义即高质量发展。

党的二十届三中全会对构建高水平社会主义市场经济体制，健全推动高质量发展的体制机制和宏观经济治理体系提出了系统要求，指出法治是中国式现代化的重要保障，必须在法治轨道上深化改革、推进中国式现代化，做到改革与法治相统一，重大改革于法有据、及时将改革成果上升为法律制度。人类在不同阶段面临的课题不同，产生不同的法律需求。中国式现代化核心是发展问题，如何高质量发展、如何解决发展不平衡不充分问题是制度建设的当务之急。经济法作为现代法，其制度建设和理论研究必须及时反映社会变迁、满足新的社会需求，并作出相应的理念调整和制度跟进，这种应变能力是作为现代法的一个基本特征或

¹ 陈婉玲，华东政法大学“经天学者”特聘教授，博士生导师，产业与区域经济法研究中心主任。

特质。经济法应结合时代特质，重视内部理论与制度研究的转型。如何立足于时代，回应时代需求，及时更新理论体系和观念思维，赋予经济法新的生命力，是经济法学人应有的使命与担当。

二、结构主义方法论与经济结构利益调整

经济结构即国民经济的构成、比例和关系，其包括横向的空间结构和纵向的以产业结构为核心的生产价值链循环结构两个维度，前者表现为地区结构、国际结构、城乡结构等区域经济结构，后者主要是投资消费结构、产业结构、金融结构乃至所有制结构、分配结构等社会经济领域。从目前国际国内经济环境和国家经济政策看，转变经济发展方式，促进重大经济结构协调和生产布局优化，即调整经济结构仍是目前经济体制改革的重点，经济法面临的现代性经济问题是结构调整问题，其突出表现为国民经济发展过程中的二元结构利益冲突问题，如深化供给侧结构性改革、优化各类增量资源配置和存量结构调整、解决区域经济结构不平衡、城乡二元结构发展不协调等问题。经济结构的演进过程存在异化可能性（结构自我调整性失灵），即出现经济结构失衡现象，它带来结构利益冲突，并产生社会不公平的经济现象。因此，以经济系统中的结构问题为研究对象，探讨经济发展中经济结构的变化规律、各领域、各部门、各地区相互配合与协调规律及其对资源配置的影响，是解决国民经济结构矛盾，化解经济失衡危机的现实需要，经济法制度设计具有调整经济结构利益关系的特质和使命。但相较于“涌现式”的整体主义方法，结构主义把世界万物看成是各种关系的总和，其中各部分关系都以特定的方式相互联系和作用，任何一项关系的变化都会引起其他关系项的变化。结构主义首先也是整体主义的，但是，除了整体性之外，转换性和自调性也是结构主义的基本观念。

三、将空间经济现象纳入经济法研究的视野

目前，经济法的理论工具和学科视野，主要是对传统经济学基本范畴及方法论的直接移植，如宏观与微观经济二元视角下的市场、效率和失灵理论，但宏观与微观均衡理论不仅忽视了中观经济与经济发展的联系，它们也无法解释经济活动在横向空间上的发展逻辑。这根源于社会科学传统偏见，传统社会科学思维认为，社会的基础结构主要由时间和历史构成，时间是富有生命力的，而空间是僵化静止的，因此，在考虑时间、历史与空间、地理问题时，总是优先考虑前者，认为后者是无关紧要的，视空间和地理为不变的语境或历史行为发生的地点，空间关系和地理布局在大多数情况下往往不引人注目，这直接导致传统社会科学研究对空间生产和空间关系问题的忽视，传统经济法依循生产、流通、分配、消费等经济活动环节与规律，也未能将空间与社会经济的组织联系在一起，更没有以“空间”维度探讨经济发展和经济现象的理论传统。随着社会化大生产的不断深化，空间作为生产与生活资料的功能在经济系统被进一步彰显，“空间”已经成为有目的的劳动应用，是一种被人类具体化和工具化了的、包含各种社会关系的场域，其政治性与战略性地位彰显。而要素空间配置差异引发的区域经济发展不平衡问题正日益成为掣肘一国国民经济高质量发展的重要因素，

和谐的空间秩序和空间正义成为人类追求平等权益和幸福生活的新时代价值追求。探究“空间发展正义”，解决区域问题、进行区域重构已被摆到当代政治与理论的议事日程上，“空间生产”成为一种可阐释性的社会经济现象，这应该引起包括经济法在内的法学各学科的重视。从法学内部而言，目前法学界已出现理论研究的“空间转换”，经济法必须加强对空间要素和空间经济现象的关注，尽快形成分析经济现象的“空间”视角。

四、强化经济政策法律化转换原理的研究

经济法具有典型的政策性，经济法是经济政策的法律化，这是经济法学界对经济法属性的基本认知。但在理论研究中如何处理好经济法话语体系与政策话语体系的关系，经济政策如何向经济立法转化？经济法研究如何避免陷入政策研究的桎梏？政策语境通过何种“通道”转化为经济法语境，实现政策思维到法律思维、从政策之治到法律之治的转变，是迄今为止经济法学界未决的问题，例如，宏观调控与微观规制、宏观调控法与市场规制法，前者是政策话语，后者才是经济法的法律语言，二者概念混用是经济法教学与研究的普遍现象。如何明晰二者关系，以“法源”思维提炼经济政策可法律化的要素和判断标准，形成经济政策法律化的转换原理，这需要以法的思维和经济法思维研究予以回答。

中国式现代化背景下经济法基础理论完善的思考

董玉明 王盟博*

内容提要 本文结合中国式现代化时代背景，认为目前流行的经济法基础理论及其教学科研，未能全面反映中国特色社会主义经济法的实践。主要存在的问题，一是未能阐述清楚资本主义市场经济与社会主义市场经济的本质区别；二是未能突出中国共产党党中央及其相关主体在经济法主体中的地位；三是未能符合实际地定位宏观调控法体系的核心内容；四是与实务部门经济法的定位不一致。针对这些问题和中国式现代化实现进程对经济法立法及教学科研的需求，提出四点完善建议：一是完善经济法的主体理论；二是在解读中国式现代化经济法的经济基础时要论证有组织的市场经济；三是积极促进关键领域的经济立法；四是与国家立法实务部门有关经济法的定位保持一致，充实经济法的相关内容。

关键词 中国式现代化 经济法基础理论 经济法教学科研

目次

- 一、经济法基础理论面临危机
- 二、经济法基础理论存在的突出问题
- 三、中国式现代化推进中经济法基础理论及教学研究的完善

* 董玉明，山西大学法学院教授。王盟博，山西大学法学院 2022 级经济法学硕士研究生。基金项目：2022 年度国家社科基金一般项目“宏观调控法视角下促进共同富裕的经济法保障研究”（项目批准号：22BFX104）。

中国式现代化的建设无疑是当前及今后中国社会主义事业建设的重大现实命题与改革实践。为此，作为与该现代化进程最为密切联系的经济法学，^①如何通过改进经济法的教学科研对中国式现代化予以适应，是中国经济法学界学人的光荣使命。但本文认为，我国现行的经济法基础理论及学科制度构建存在明显不足，导致既有的教学科研难以全面解释经济法在中国式现代化建设中的地位和作用，甚至有被边缘化的可能，因而需要完善。为此，本文思考以下三个方面的问题，以求教于与会同仁。

一、经济法基础理论面临危机

众所周知，中国的经济法及其经济法学诞生于改革开放时期。起初借鉴过前苏联和东欧社会主义国家经济改革的法治成果，其中，最为典型的是《捷克斯洛伐克共和国社会主义经济法典》。之后，又对德、日、美等国的资本主义经济法进行了研究考察。在理论上，形成了德国为经济法的“母国”、日本在产业调节领域有成效以及美国的金融调控及其反垄断法、经济危机对策法有重要参考意义等结论。在此基础上，根据党和国家经济体制改革的若干政策及全国人大及其常委会的经济立法形成了经济法基础理论的雏形，并纳入到财经类专业和法学专业的大学教学体系之中，形成了经济法学研究初期以经济组织法、经济管理法、经济协作法为核心内容的一系列经济法教材，使之得以传播。

到1986年《民法通则》颁布，^②1993年的市场经济体制确立发展，^③特别是2001年中国加入世界贸易组织开启全方位对外开放之后，基于与国际经济贸易规则及其法治接轨的需求，以保护私权为核心价值的“大民法观点”得以畅行，^④经济法则被缩减为作为民商法“补充法”地位的宏观调控法和市场规制法及相关经济监督法法域。随之，在经济法基础理论方面，也越来越多地依据西方经济学的“国家干预说”和“双失灵理论”来解读市场经济条件下的经济法。其中，目前流行的“调制说”即是典型的代表。应当说，如果从以美国为代表的西方资本主义市场经济或传统的市场经济视角分析，目前流行的经济法基础理论尚能说得通，但如果对照中国特色社会主义经济法治的伟大实践，特别是党的十八大以

^① 中国式现代化概念、特征的提出及实践，对于法学教学科研的影响是全方位的。经济法的实践与教学科研涉及对宏观调控顶层设计和市场行为的规范和规制，故而最为密切。

^② 1986年《中华人民共和国民法通则》颁布施行，中国经济法学界曾经提出出台《中华人民共和国经济法纲要》，其立法建议虽然未被国家立法机关采纳。但全国人大发言人王汉斌有关民法调整横向的经济关系，经济法调整纵向经济关系的解读，基本上从立法层面结束了民法学界和经济法学界有关调整对象的争议。至2001年全国人大常委会有关社会主义法律体系构建中，明确经济法为我国七大法律部门之一。

^③ 1992年邓小平南巡讲话后，1993年中共中央召开会议确立发展社会主义市场经济。

^④ 2001年中国入世，与美西方倡导的经济全球化相适应，中国全方位地与世界接轨。从2001年至2012年中国经济迅猛发展，一跃成为世界第二大经济体和贸易国。但2008年由美国爆发“金融海啸”引发的世界经济危机，使中国看清了美西方主导下市场经济的明显弊端，同时坚定了走社会主义市场经济道路的决心。2012年，党的十八大明确，中国“既不走封闭僵化的老路，也不走改旗易帜的邪路”。党的十八大以来，以习近平为核心的党中央坚定地贯彻了这一发展方针和政策。

来的经济法治实践，目前的经济法基础理论则明显回应不足，理论不能全面反映实践。由此导致的严重后果，一是可能会误导学生对于中国经济法的理解；^⑤二是使经济法越来越在国家法治建设中被边缘化。^⑥甚至，随着“领域法学”的畅行，财税法脱离经济法、金融法脱离经济法，导致宏观调控法可能被解体，经济法可能只剩下市场规制法的阵地，甚至有出局的风险。为此，中国的部门经济法教学科研面临危机，经济法今后路在何方？必须引起每一个经济法学人的高度重视。

二、经济法基础理论存在的突出问题

本文认为，对照中国特色社会主义经济法治建设的基本理论和实践，目前流行的经济法基础理论存在以下主要问题：

（一）未能阐述清楚资本主义市场经济与社会主义市场经济的本质区别

毫无疑问的是，当代经济法，无论是中国经济法，还是国外经济法，均是以市场经济为基础的。然而，中国的市场经济是社会主义市场经济。中国特色社会主义市场经济体制的确立和发展，是中国共产党领导中国人民进行社会主义建设的一大创举。在中国特色社会主义市场经济的建设中，既要借鉴西方发达国家市场经济的一些有益经验和世界普遍推行的经济评判标准及法治规则，又要坚持社会主义的方向，以本土资源为底色。其与资本主义市场经济有着本质的不同。一是中国的社会主义市场经济既不是“自由市场经济”，也不是“社会资本垄断下的市场经济”，而是在中国共产党领导下的“有组织的市场经济”。并且在“有组织的市场经济体制”下，通过主动改革，大力培育市场主体发展，同时预防和克服市场失灵和经济危机，而不是被动地国家干预；二是中国的社会主义市场经济要服务于不同时期国家社会主义事业发展战略目标的实现；三是无论是以往曾经施行过的计划经济或现在施行的市场经济，其均是一种国家管理和调节经济的手段，均不能脱离社会主义“满足人民群众日益增长的物质和文化需要”以及走“共同富裕”道路的目的。也就是说，不能忘记人民当家做主和为人民服务的初心。对此，目前的经济法基础理论未能阐述清楚资本主义市场经济与社会主义市场经济的这些本质区别。因此，也就无法解读社会主义市场经济条件下中国经济法的实践。

（二）未能突出中国共产党党中央及其相关主体在经济法主体中的地位

^⑤ 所谓对学生的误导，主要是指以西方的经济学基础和法治理念解读经济法，可能使学生误以为中国经济法的未来之路，就是西方经济法之路。

^⑥ 所谓边缘化，集中表现为：一是在国家行政、立法及司法层面越来越听不到经济法的声音，甚至有政府官员和法官质疑，现在还有经济法吗？二是在许多学校经济法专业研究生，在撰写学位论文时，丝毫不提经济法的理念和理论。

如上所述，中国特色社会主义市场经济是在中国共产党领导下的“有组织的市场经济”。因而，中国共产党的领导，特别是党中央的民主协商基础上的集中统一领导，是中国社会主义市场经济发展的政策法治渊源，因而，在中国经济法的主体结构中，应当占有首要的地位。其基本的理论依据，就是在社会主义条件下，党和国家具有组织管理国民经济建设和社会发展的职责。然而，目前流行的经济法基础理论却很少对此方面进行阐述。在经济法的管理或调控主体论述中，多囿于西方经济学或经济法的观点，主要阐述政府的地位，将政府视为国家。国家对经济的干预即是指政府对经济的干预。如此认识，好像没有什么问题。这是因为，无论是我国还是国外，政府，特别是中央政府，均是履行国家经济管理与调控职责的主管机关。但是，不能否认的事实是，政府管理经济和社会的职责来源于国家最高决策机关的授权和决定。这在西方国家集中表现为执政党的意志，或执政党与在野党的共同意志，以及议会通过的立法或政策议案。而在我国，则集中表现为中国共产党党中央民主协商基础上的集中领导和全国人大及其常委会的立法决策。与此同时，按照我国宪法规定的基本政治与经济制度，监察委员会、全国政协、各民主党派以及相关全国性社会团体，在经济法中的主体地位也是不容忽视的。由此，目前经济法基础理论中仅仅将政府作为经济法的主要管理与调控主体是不全面的。所谓正确处理“政府与市场的关系”，实际上涉及到一切公权力机关、机构与市场的关系。关键是要处理好党政机关与市场的关系。

在这里，有人可能认为，按照社会主义法律体系的分工和法学学科分类，在法学基础理论、宪法及相关法等教学研究中，已经就党的领导、全国人大及其常委会、国家监察机关、全国政协、各民主党派的法律地位和职责进行了阐述，在经济法的基础理论方面，就没有必要论述之。然而，本文认为，在经济法基础理论的构造中仍然有必要进一步予以强调。其基本理由：一是，任何法律部门的构造，均会与其他法律部门有交叉、重叠部分，如果不理顺相关关系，就不能完整地呈现本部门法的逻辑起点和法渊基础。况且，在宪法中寻找根源是部门经济法成立的基本依据。典型的如，经济法的基本宪法依据，就是现行《宪法》第十五条有关“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”的明文规定。由此，才使中国部门经济法的形成与发展具有了“宪治”基础。这才是中国部门经济法成立的逻辑起点。为此，在中国经济法基础理论阐述中，必须首先阐述清楚经济法的宪法依据及各国家机关在经济法中的主体定位。二是，中国共产党中央或中共中央和国务院根据国内外经济社会形势的变化，在民主协商参政基础上，集中全国人民的智慧，确定国家发展战略，出台相应的政策指导意见，由全国人大及其常委会、国务院和国务院相关职能机关，出台有关的经济法律、经济法规、全国性经济规

章及其规范性文件，构成了经济法立法的基本体系。然后，在具体执行过程中，通过相应的国家发展规划与计划、地方性法规规章的制定和实施、纪检监察机关与审计的监察监督、业绩审计考核与问责以及相关政策措施予以落实，形成了具有中国特色的社会主义经济法治的实现路径。该经济法治路径被实践证明是符合中国改革国情的。按照现有的经济法理论阐述，就是经济法的构造通过“政策法律化和法律政策化”予以实现，并且在经济法治中，为了适应经济的不确定性、动态性以及不断改革试验实践的需求，采取法律保留措施，保持经济法律的谦抑性，将更多的调节空间预留给政府职能机关的“相机抉择”和党和国家的政策调整。这样的经济法管理与调控主体行为的定位符合市场经济一般规律，但在由谁主导和参与的问题上则是不全面的，需要完善。

（三）未能符合实际地定位宏观调控法体系的核心内容

目前流行的经济法基础理论，一改以往经济法研究中把国家计划调节当做经济法和宏观调控法的首要内容加以教学和研究的立场和观点，按照西方资本主义市场经济条件下的国家干预理论和实践，就宏观调控及其法治的主要内容，集中聚焦于财税调控、金融货币调控和价格调控与监督三大领域。对于有关发展规划与计划的调控及其法治则置于财税调控和金融货币调控之后，这是严重不符合中国社会主义宏观调控及其法治实践的。这是因为，按照现行《宪法》的规定，虽然国家推行社会主义市场经济体制，但是，为实现宏观经济和社会发展目标，制定国民经济和社会发展规划纲要及其年度计划，以及各项区域发展规划、专项规划，仍然是我国体现国家发展战略、发展政策，组织各方力量实现经济建设和社会发展目标的基本政治、经济和社会制度。并且，截至目前，已经执行了十三个五年计划（规划），目前正在执行“第十四个五年规划”，并着手编制“第十五个五年规划”。在此基本制度下，一切产业、投资、财税调控、金融货币调控、价格调控、自然资源与环境调控、对外经济调控等，均要围绕着实现国民经济和社会发展规划确定的目标展开。并形成“国家调节市场，市场引导企业发展”的格局。由此，现有的经济法基础理论和经济法教材编写将计划调控（调节）置于财税调控和金融货币调控之后是与我国的基本经济制度不符的。

为什么会出此现象？有人可能认为，坚持国民经济和社会发展规划与计划的基本制度，与市场经济发展存在矛盾，而且西方资本主义国家均没有类似我国这样的制度，因此，应当取消之。但本文要回答的是，坚持国民经济和社会发展规划与计划的基本制度在经济和社会发展中的统领地位恰恰是我国社会主义市场经济与资本主义市场经济的重要区别。与此同时，改革开放以来的发展规划与计划，与改革开放之前计划经济时期的计划有着很大的不同，其以市场经济的发展为基础，以国际通行的宏观调控目标（指标）的实现为导向，重点阐述经

济和社会发展各领域的政策指引，并不存在与市场经济发展的冲突，恰恰相反的是，其是保障我国社会主义市场经济发展方向的重要的和首要的工具。

还要指出的是，有关计划立法问题一直是中国经济法学家努力的方向。截止2014年，中共中央十八届四中全会已经将其列为重点领域的立法。虽然时至今日，该项立法尚未出台，但是宪法及其相关组织法、国务院的有关指导意见以及长期以来形成的惯例，已经构成了发展规划与计划调控、调节的基本法治模式。不能因为目前发展规划法尚未出台，经济法基础理论及其经济法分论的阐述，就将其降格为类似西方资本主义国家的计划来排序和阐述。

值得强调的是，刚刚出台的中共二十届三中全会决定，在健全宏观经济治理体系一节中，专门将完善战略规划治理、财税调控治理、金融货币调控治理以及区域调控治理四个方面列为今后宏观调控及其治理体系建设的核心内容。为此，经济法基础理论的完善应当予以积极地跟进和回应。

（四）与实务部门经济法的定位不一致

截至目前，关于哪些生效法律属于经济法的范畴，经济法学界与实务部门的归纳总结并不一致。以全国人大常委会网站法律法规库的最新数据为例，截至目前，属于经济法的法律共有85部。具体情况如下：

类别	名称	制定机关	制定修改日期
经济核算与监督法（8）	统计法	全国人大常委会	2024-09-13
	会计法	全国人大常委会	2024-06-28
	审计法	全国人大常委会	2021-10-23
	计量法	全国人大常委会	2018-10-26
	标准化法	全国人大常委会	2017-11-04
	资产评估法	全国人大常委会	2016-07-02
	企业国有资产法	全国人大常委会	2008-10-28
	价格法	全国人大常委会	1997-12-29
行业法（15）	农业技术推广法	全国人大常委会	2024-04-26
	畜牧法	全国人大常委会	2022-10-30
	种子法	全国人大常委会	2021-12-24
	民用航空法	全国人大常委会	2021-04-29
	建筑法	全国人大常委会	2019-04-23
	旅游法	全国人大常委会	2018-10-26
	农业机械化促进法	全国人大常委会	2018-10-26
	电子商务法	全国人大常委会	2018-08-31
	公路法	全国人大常委会	2017-12-27
	铁路法	全国人大常委会	2015-04-24
	烟草专卖法	全国人大常委会	2015-04-24

	邮政法	全国人大常委会	2015-04-24
	注册会计师法	全国人大常委会	2014-08-31
	渔业法	全国人大常委会	2013-12-28
	农业法	全国人大常委会	2012-12-28
财税法（17）	关税法	全国人大常委会	2024-04-26
	印花税法	全国人大常委会	2021-06-10
	城市维护建设税法	全国人大常委会	2020-08-11
	契税法	全国人大常委会	2020-08-11
	资源税法	全国人大常委会	2019-08-26
	车船税法	全国人大常委会	2019-04-23
	预算法	全国人民代表大会	2018-12-29
	耕地占用税法	全国人大常委会	2018-12-29
	车辆购置税法	全国人大常委会	2018-12-29
	企业所得税法	全国人民代表大会	2018-12-29
	环境保护税法	全国人大常委会	2018-10-26
	船舶吨税法	全国人大常委会	2018-10-26
	个人所得税法	全国人大常委会	2018-08-31
	烟叶税法	全国人大常委会	2017-12-27
	税收征收管理法	全国人大常委会	2015-04-24
	政府采购法	全国人大常委会	2014-08-31
	全国人民代表大会常务委员会关于外商投资企业和外国企业适用增值税、消费税、营业税等税收暂行条例的决定	全国人大常委会	1993-12-29
经济安全法（9）	粮食安全保障法	全国人大常委会	2023-12-29
	农产品质量安全法	全国人大常委会	2022-09-02
	个人信息保护法	全国人大常委会	2021-08-20
	数据安全法	全国人大常委会	2021-06-10
	动物防疫法	全国人大常委会	2021-01-22
	网络安全法	全国人大常委会	2016-11-07
	防洪法	全国人大常委会	2016-07-02
	航道法	全国人大常委会	2016-07-02
	石油天然气管道保护法	全国人大常委会	2010-06-25
涉外经济法（4）	对外贸易法	全国人大常委会	2022-12-30
	进出口商品检验	全国人大常委会	2021-04-29

	法		
	出口管制法	全国人大常委会	2020-10-17
	进出境动植物检疫法	全国人大常委会	2009-08-27
区域经济法（9）	黄河保护法	全国人大常委会	2022-10-30
	黑土地保护法	全国人大常委会	2022-06-24
	海南自由贸易港法	全国人大常委会	2021-06-10
	乡村振兴促进法	全国人大常委会	2021-04-29
	长江保护法	全国人大常委会	2020-12-26
	港口法	全国人大常委会	2018-12-29
	深海海底区域资源勘探开发法	全国人大常委会	2016-02-26
	海域使用管理法	全国人大常委会	2001-10-27
	第五届全国人民代表大会常务委员会关于批准《广东省经济特区条例》的决议	全国人大常委会	1980-08-26
市场规制法（4）	反垄断法	全国人大常委会	2022-06-24
	广告法	全国人大常委会	2021-04-29
	反不正当竞争法	全国人大常委会	2019-04-23
	产品质量法	全国人大常委会	2018-12-29
自然资源保护法（7）	湿地保护法	全国人大常委会	2021-12-24
	草原法	全国人大常委会	2021-04-29
	森林法	全国人大常委会	2019-12-28
	煤炭法	全国人大常委会	2016-11-07
	水法	全国人大常委会	2016-07-02
	水土保持法	全国人大常委会	2010-12-25
	矿产资源法	全国人大常委会	2009-08-27
能源法（5）	电力法	全国人大常委会	2018-12-29
	循环经济促进法	全国人大常委会	2018-10-26
	节约能源法	全国人大常委会	2018-10-26
	清洁生产法	全国人大常委会	2012-02-29
	可再生能源法	全国人大常委会	2009-12-26
产业与投资法（4）	台湾同胞投资保护法	全国人大常委会	2019-12-18
	外商投资法	全国人民代表大会	2019-03-15
	中小企业促进法	全国人大常委会	2017-09-11
	乡镇企业法	全国人大常委会	1996-10-29
金融调控法（3）	银行业监督管理	全国人大常委会	2006-10-31

	法		
	反洗钱法	全国人大常委会	2006-10-31
	中国人民银行法	全国人民代表大会	2003-12-27

上述 85 部经济法的进一步分类系本文之分类，不一定准确。其中，属于财税法的 17 部；属于行业法的 15 部；属于经济安全法和区域经济法的各 9 部；属于能源法的 5 部；属于经济核算和监督法的 8 部；属于涉外经济法、市场规制法和产业与投资法的各 4 部；属于金融货币调控法的 3 部。由此，对照目前经济法基础理论指导下的经济法教学科研体系之构造，其市场规制法和宏观调控法以及特别监督法所涵盖的基本法律明显不足。应当增加行业法、经济安全法、自然资源保护法、能源法、产业投资法和区域经济法之章节，才能全面反映我国经济法的实际运行状况。另外，在市场规制法法律的构造中，目前经济法学的教学研究普遍地将消费者权益保护法列为重点内容，但在全国人大权威法律法规数据库中，则将其列为民商法的基本范畴，两者存在明显的不一致。而对于经济法基础而言，需要论证阐述上述法律为什么被国家法律数据库列为经济法？为什么有些法律可以从不同部门法视角探讨其部门法归属？其对于经济法治的行政与司法实践有何影响？只有这样，才能全面、合理、科学地界定经济法。

三、中国式现代化推进中经济法基础理论及教学研究的完善

截止 2020 年中国顺利完成“十三五规划”目标进入小康社会。下一步怎样发展？2022 年 10 月，中共二十大报告明确“从现在起，中国共产党的中心任务就是团结带领全国各族人民全面建成社会主义现代化强国、实现第二个百年奋斗目标，以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴。”由此，中国式现代化的建设成为今后相当时期中国发展战略的时代主题，并将影响到世界发展的格局。报告指出，中国式现代化，是中国共产党领导的社会主义现代化，既有各国现代化的共同特征，更有基于自己国情的中国特色。一是中国式现代化人口规模巨大的现代化；二是中国式现代化是全体人民共同富裕的现代化；三是中国式现代化是物质文明和精神文明向协调的现代化；四是中国式现代化是人与自然和谐共生的现代化；五是中国式现代化是走和平发展道路的现代化。鉴于中国政治体制下，中国共产党的绝对领导地位，二十大报告向世界宣告的中国新阶段发展战略实际上体现了中国国家的意志，反映了人民的期盼。为此，未来中国的法治建设，也必然围绕着中国式现代化目标的实现，提供有力的法治保障，经济法也不例外。也为此，经济法基础理论的完善，也应当顺应历史潮流，摆脱以往西方经济学观点的桎梏，旗帜鲜明地亮明自己的基本立场和观点。

（一）完善经济法的主体理论

完善经济法的主体理论，必须旗帜鲜明地将中国共产党，特别是中共中央确定为经济法的首要主体，强调经济法的运行必须坚持党的统一协调领导。在此方面，近几年的经济立法中，已经有所体现，^⑦经济法基础理论及其相关教学科研应当予以积极地回应。这也是经济法教学科研贯彻思政内容的具体体现。

与此同时，在重点阐述政府在经济法中的职责的同时，对于我国相关的立法主体、监督主体、参政主体也应当有所阐述。

（二）在解读中国式现代化经济法的经济基础时要论证有组织的市场经济

按照二十大报告及最新出台的二十届三中全会决定，中国式现代化的目标实现，不仅仅是一个政治口号，而是有着具体的时间表和路线图。即到2035年要实现基本目标。而要在这个时间段内实现预定目标，单靠自由市场机制是难以完成的，并且，自由市场机制会进一步加剧贫富差距和地区的不平衡。为此，必须在国家统一市场的基础上，对市场力量和资源统一协调、配置才能达到目的。在此情况下，国家对于市场资源配置的有效组织和强有力的宏观调控应当是经济法的运行基础。其战略性、组织性、全局协调性及其绩效性，远远超过既有经济法基础理论中“国家干预”和“双失灵”的经济法运行基础。

值得强调的是，从十四五规划执行开始，国家即开始在宏观调控领域强调宏观经济治理。在新出台的二十届三中全会决定中又将宏观经济治理作为一个单独问题予以阐述。对此，有论文成果认为，由宏观调控到宏观经济治理是一个重大的变革，其必然对宏观调控法乃至经济法产生重大影响。^⑧但在本文看来，国家强调宏观经济治理并未否定以间接性计划、产业、价格、财税和金融调控政策工具调节国民经济和社会的功能和作用，而是在中国式现代化实现路径上，更需要宏观调控运行模式中，更多地应用“控制模式”或“以控为主，以调为辅”的调控模式或工具来实现宏观调控及其法治，以便使宏观调控及其法治能够体现出“两个维护”“四个意识”“四个自信”，以及在“党政同责”和“中央统筹、省负总责、市县落实”体制下，保障中央的决策能够在地方得以贯彻执行。而对于市场竞争主体而言，则仍然保持“市场决定”的基本方针，并且在“市场不能”领域，或者在市场运行出现问题时，由政府出面予以救市、兜底。由此，相应地经济法基础理论也应当予以完善。

（三）积极促进关键领域的经济立法

^⑦ 典型的如，2021年4月29日第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过的《中华人民共和国乡村振兴促进法》即明确规定，“全面实施乡村振兴战略，应当坚持中国共产党的领导，贯彻创新、协调、绿色、开放、共享的新发展理念，走中国特色社会主义乡村振兴道路，促进共同富裕”。

^⑧ 参见王思琛，任保平：《新发展阶段我国宏观经济治理体系的构建》，载《学术界》2021年第8期；参见黄烜予，周人杰：《论宏观经济治理的法理基础》，载《政治经济学评论》2022年第4期；参见刘红臻：《宏观经济治理的经济法之道》，载《当代法学》2021年第2期等文。

从目前情况来看，市场规制领域的立法近几年刚刚修订完善，其主要是对执行与司法问题的研究。而在宏观调控法领域有诸多缺项。典型的如，发展规划法律的制定、产业指导领域法律的制定、财税法的完善、金融调控法的完善均离不开经济法学界的努力。同时要看到，新时期经济立法的促进，应当结合中国式现代化的实现目标展开，才具有新的意义。尤其是应当围绕共同富裕目标的实现，提出经济法的解决方案及其基础理论依据。同时要继续推进《经济法典》的编撰与立法推进工作，并处理好与已经出台的《民法典》，以及预期可能出台的《环境法典》《税法典》及其他法典编撰的关系。

（四）与国家立法实务部门有关经济法的定位保持一致，充实经济法的相关内容

针对本文分析的问题，结合全国人大法律库对经济法的定位，在经济法基础完善方面，应充实经济法实际制度构建的基础理论。在经济法制度的概述与回应方面，无论是教学还是科研，其回应的范畴应全面反映国家经济法立法的现状，使经济法的教学科研能够做到理论联系实际，即理论来源于实践，并能指导实践。只有这样，才能使中国经济法事业更进一步地繁荣发展。

分配法律制度赋能共同富裕实现的理论逻辑和实践路径

孟庆瑜* 郭嘉琪**

目 次

- 一、背景与问题
- 二、分配法律制度赋能共同富裕实现的理论基础
- 三、分配法律制度赋能共同富裕实现的现实功能
- 四、共同富裕目标下分配法律制度面临的时代要求
- 五、迈向共同富裕的分配法律制度的路径优化
- 六、结语

摘 要：共同富裕是中国式现代化的本质要求和应有之义。为早日实现共同富裕，亟需解决分配失衡与发展失衡两大基本问题。分配法律制度以李昌麒教授的“需要国家干预论”为理论基石，与共同富裕的科学内涵、价值追求、法治要求在理论上联系密切，与初次分配效率、再分配公平和第三次分配作用的发挥在制度上相互契合，是有效解决分配失衡、赋能共同富裕实现的法治利器。党的二十大提出完善分配制度，这为分配法律制度提出了新的时代要求。分配法律制度需进一步优化以提高初次分配公平性、增进再分配调节有效性、加强第三次分配补充性，进而构建协调配套的三次分配制度体系，为共同富裕的实现奠定坚实的制度基础与法治保障。

关键词：共同富裕；分配法律制度；初次分配；再分配；第三次分配

一、背景与问题

党的二十大报告指出，中国式现代化是全体人民共同富裕的现代化。共同富裕是中国式现代化的本质要求和应有之义。我国作为一个拥有超大国土空间和人口规模的大国存在非均衡性的治理难题，意味着实现共同富裕是一项长期、复杂且艰巨的任务。市场失灵和政府失灵是实现共同富裕需要解决的基本问题，“两个失灵”导致的“两类失衡”即分配失衡和发展失衡，是实现共同富裕迫切需要重点解决的基本问题。^①

在李昌麒教授的“需要国家干预论”话语体系下，现代经济法是基于市场失灵和政府失灵引发的干预需求产生的干预供给的法律形式，^②对解决“两个失灵”有重要意义。在这一体系中，社会分配法作为经济法的一个子系统始终具有重要地位。^③分配法律制

* 孟庆瑜（1973-），男，河北阜平人，河北省高等学校人文社会科学重点研究基地——河北大学国家治理法治化研究中心主任，河北大学法学院教授，博士生导师，研究方向为经济法、环境与资源保护法。

** 郭嘉琪（1999-），女，黑龙江大连池人，河北大学法学院2023级硕士研究生。

① 参见张守文：《中国式现代化、共同富裕及其经济法理论解析》，载《当代法学》2024年第1期。

② 参见李昌麒：《论经济法语境中的国家干预》，载《重庆大学学报(社会科学版)》2008年第4期。

③ 李昌麒教授将我国现代化的经济法体系构建为市场主体规制法律制度、市场秩序规制法律制度、宏观经济调控和可持续发展战略保障法律制度以及社会分配法律制度四部分。参见李昌麒：《中国经济法现代化的若干思考》，载《法学研究》1999年第3期。

度作为社会分配法的法律制度体系，统合分配关系的法律规则，为分配关系的法律调整提供相对系统、全面的制度保障，有助于解决分配失衡，缓解发展失衡，推动共同富裕早日实现。

目前，学界对共同富裕中分配问题的研究已有大量成果，但从法学角度展开的研究尚待丰富和深入。其中经济法的研究更多集中于财税法领域或聚焦于三次分配制度中的某次分配，具有孤立、分散、不全面的特点。而分配问题的解决依托初次分配、再分配和第三次分配三个环节，关乎国家、企业和居民个人三方主体，涉及市场、政府和社会三个层面，有必要整合调整分配关系的法律规则并贯通三次分配，系统而全面地探寻共同富裕中分配失衡问题的解决之道。

党的二十届三中全会强调，“当前和今后一个时期是以中国式现代化全面推进强国建设、民族复兴伟业的关键时期”。^①本文拟在此背景下，着重分析分配法律制度与共同富裕在理论上的密切联系、在实践中的互动机制，明确分配法律制度具有赋能共同富裕实现的理论与现实条件。基于此，面对共同富裕目标提出的新的时代要求，探寻分配法律制度在三次分配中的完善路径，以更好地解决“两类失衡”“两个失灵”，促进共同富裕早日实现。

二、分配法律制度赋能共同富裕实现的理论基础

共同富裕理论在中国共产党领导中国人民开展社会主义建设的过程中诞生，后经百余年的不懈探索，其内涵不断丰富、理论体系也愈加完善，是马克思主义中国化的重要理论成果，在引导分配上的公平正义与促进基本公共服务的均等化提供等方面具有重要意义。分配法律制度整合各项具体分配法律规则，以发生在政府与国家机关、企事业单位（社会组织）和居民个人之间及各自内部的，即干预主体和干预受体之间及各自内部的分配关系为调整对象，^②与共同富裕在基本内涵、价值目标、内在要求等方面联系密切，是推进共同富裕的重要法治工具。准确把握共同富裕与分配法律制度在理论上的连接点，是运用分配法律制度推进共同富裕实现的前提和基础。

（一）共同富裕的科学内涵与分配法律制度的价值取向内在一致

共同富裕作为马克思主义的基本目标和社会主义的本质要求，具备科学内涵。习近平总书记指出：“我们说的共同富裕是全体人民共同富裕，是人民群众物质生活和精神生活都富裕，不是少数人的富裕，也不是整齐划一的平均主义。”^③具言之，一方面，共同富裕具有普遍性，是涵盖全体人民的富裕，尤其关注贫困及弱势群体的生存与发展状况；另一方面，共同富裕具有全面性，其要求物质生活与精神生活的深度融合与均衡发展，^④既要关注人民群众在经济收入等方面的物质生活领域，又要关注人民群众的获得感、幸福感等精神生活要素；此外，还应注意共同富裕是有相对差别的富裕，而非均等富裕。

^① 《中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议公报》，载新华网：<http://www.news.cn/politics/leaders/20240718/a41ada3016874e358d5064bba05eba98/c.html>，最后访问日期：2024年8月13日。

^② 参见孟庆瑜：《分配关系的法律调整——基于经济法的研究视野》，法律出版社2005年版，第13-14页。

^③ 习近平：《扎实推动共同富裕》，载《求是》2021年第20期。

^④ 罗健：《习近平关于共同富裕重要论述探析》，载《马克思主义研究》2022年第3期。

法律价值内含多种要素，具备多元形态。^①价值目标是法律根据自身调整的社会关系性质确定对法律价值的选择和追求。^②分配法律制度具有部门经济法的地位和社会法的法域属性，^③兼顾市场经济发展与弱势群体保护，以社会利益为价值本位，以促进和保障社会分配实质正义为最高价值目标。分配法律制度以价值目标的实现为建设导向，具体体现在如下几方面：其一，分配法律制度通过强制性规定，合理分配社会物质财富和资源，矫正社会成员在经济上的不平等，缩小社会收入差距，进而保障市场机制的资源配置效率和社会成员创造物质财富的积极性，促进市场经济发展。其二，分配法律制度促进社会保障体系健全、提高财政转移支付效率，使得养老、失业、工伤、医疗、生育等社会保险制度能够赋予社会弱势群体或处于弱势地位的公民个人充分的风险应对能力，保障其依法享有生存权与发展权。分配法律制度也能促使政府提供基本公共服务，改善贫困群体基本生活水平。其三，分配法律制度抑制社会中“强者愈强、弱者愈弱”的马太效应，能够弱化自工业社会以来形成且被奉为圭臬的形式正义理念导致的实质不公现象，建立权利与机会平等、规则与救济公正的和谐社会，促进实质正义价值目标的实现。由此可见，分配法律制度的价值目标与共同富裕的科学内涵具有内在一致性，为实现共同富裕提供了重要的法治指南。

（二）共同富裕的价值追求与分配法律制度的基本原则协调统一

效率与公平、自由与秩序、安全与发展，是实现共同富裕过程中应充分体现的三类价值。^④具言之，效率与公平具有相互促进的作用。效率的提升夯实共同富裕的经济基础，适度的公平保障合理分配，平衡个体营利性与社会公益性，进而实现效率的持续提升；自由与秩序价值是指唯有充分赋予市场主体经济自主权或经营自主权，才能真正发挥市场机制效能，创造与积累丰厚的社会物质财富，奠定共同富裕坚实的经济基础。与此同时，要在经济法治的框架下公平维护市场交易与竞争秩序，才能有效保障市场主体的自由；安全与发展价值则体现在应通过确立相关法律规则，建立经济法治体系，使国家的财政安全、税收安全、金融安全、产业安全以及市场私主体的财产安全、财富安全切实得到有效保障。如此方能有良好的环境和动力创造财富，从而实现发展价值。

法律原则是法律规则的基础或本源，亦是法律价值的具体体现，在法律结构中居于核心地位。^⑤分配法律制度的基本原则可概括为平等原则、效率原则、公平原则和秩序原则，^⑥它们指导、协调着分配法律关系。分配法律制度的规则设计与制度实践皆应受其基本原则的指引。平等原则表明分配法律制度力求对维持人们生存所需的必需品按需分配，赋予所有人通过公平竞争获取稀缺资源的机会，^⑦保障所有分配关系的主体以平

① 张文显：《法哲学范畴研究》（修订版），中国政法大学出版社2001年版，第189页。

② 参见章礼强，沙国华：《法价值与民法取向》，载《南京社会科学》2010年第4期。

③ 参见孟庆瑜：《分配关系的法律调整——基于经济法的研究视野》，法律出版社2005年版，第7页。

④ 参见张守文：《中国式现代化、共同富裕及其经济法理论解析》，载《当代法学》2024年第1期。

⑤ 参见庞凌：《法律原则的识别和适用》，载《法学》2004年第10期。

⑥ 参见孟庆瑜：《分配关系的法律调整——基于经济法的研究视野》，法律出版社2005年版，第89-94页。

⑦ 参见李石：《共同富裕的具体目标和制度选择——基于分配公正原则的研究》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2024年第1期。

等的法律地位参与分配规则的制定和分配过程；效率原则要求分配法律制度确定合理分配体制，科学界定不同分配主体间的分配界限，以保护市场主体创造财富的积极性，满足其对效率目标的追求，同时确保公权力主体有效配置财富和资源，尽量降低强制性分配对效率的损害；公平原则体现在分配法律制度对国家、社会、企业和个人间权利、义务合理配置的高度关注与有效实现，体现在分配法律制度力求对社会物质财富在相对贫困地区与富裕地区、政府与社会、企业与劳动者、高收入群体与低收入群体间的平衡分配；秩序原则强调分配法律制度应当具有统一性、贯穿全部分配过程、使得一切分配活动和行为都能纳入其调整范围之内，确保分配结果的可预测性。由此可见，分配法律制度的基本原则紧扣共同富裕的价值追求，在“价值——规范”的二元结构下，分配法律制度能够成为推进共同富裕实现的重要抓手。

（三）共同富裕的法治要求与分配法律制度的调整机制高度契合

党的二十大报告特别强调要在坚持全面依法治国的前提下规范收入分配秩序和财富积累机制，要在高质量发展和法治化进程中以系统观念推进共同富裕。^①中共二十届三中全会也提出“法治是中国式现代化的重要保障”。^②一方面，社会主义市场经济是法治经济，要运用法治手段克服市场失灵，让市场这只“无形的手”在资源配置中发挥决定性作用，才能创造更加公平、更有活力的市场环境，实现资源配置效率最优化和效益最大化。另一方面，市场经济体制不仅要“放的活”还得“管得住”，这离不开科学的宏观调控和有效的政府治理。必须在坚持全面依法治国的前提下，扎实推进依法行政，真正发挥政府在规范收入分配秩序、财富积累机制上的关键作用，让政府这只“有形之手”成为真正的“有为之手”而非“攫取之手”。

“法以权利和义务为机制调整人的行为和社会关系”，^③法律以国家强制力为背书，确定权利、义务的界限。分配法律制度通过规定分配关系主体间分配权的特定配置结构和运行方式，^④实现对分配关系的调整。如在企业和居民个人间的分配权配置上，居民个人作为劳动者、消费者相较于企业，形式上为地位平等的法律主体，但实质上常处于弱势地位。分配法律制度如劳动法、消费者权益保护法中的具体规定对两主体间自由约定的分配权配置机制给予适当规制，在不过度干预市场机制作用的同时，对分配结果失衡的状况加以矫正；企业作为社会经济生活中的主要市场主体，在汇聚社会财富进行物质创造的同时，存在不同利益主体在利益目标上的冲突和对立，在企业内部的分配权配置上，分配法律制度如公司法、其他各类企业法中的具体规定起到划分各方主体权利内容、规范分配权利行使秩序、保障各方主体分配利益的作用，有助于高效发挥企业价值创造机制的作用；在国家与企业和居民个人间的分配权配置上，分配法律制度如预算法、税法、价格法中的具体规定对国家分配权进行干预，避免其过度扩张侵犯私主体分配权。

① 参见马珺：《关于完善分配制度、扎实推动共同富裕的思考》，载《税务研究》2023年第7期。

② 《中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议公报》，载新华网：<http://www.news.cn/politics/leaders/20240718/a41ada3016874e358d5064bba05eba98/c.html>，最后访问日期：2024年8月13日。

③ 张文显主编：《法理学》，高等教育出版社1999年版，第86页。

④ 所谓“分配权”，是指包括国家、企业和个人等在内的特定主体按照一定的原则、制度和方法对可供分配的财产和利益在不同社会主体之间进行划分和配给的权力和权利的总和。参见孟庆瑜：《分配关系的法律调整论纲》，载《法律科学》2004年第2期。

尤其是税法不仅能够通过调整国家和企业间的分配权，影响企业的价值创造，还通过调整国家和居民个人间的分配权，缩小收入差距、规范财富积累。由此可见，分配法律制度对分配关系的调整机制与共同富裕的法治要求高度契合，为共同富裕的实现提供法治路径。

三、分配法律制度赋能共同富裕实现的现实功能

分配法律制度与共同富裕不仅具有精神上的内在联系，还在制度上相互契合。在实践中，分配法律制度通过科学配置国家、社会、个人之间的分配权利（权力）义务，多层次、全方位地调整三次分配中的分配关系，调整社会财富资源配置，为实现共同富裕奠定坚实的现实基础。

（一）分配法律制度为初次分配效率提供制度支撑

在三次分配制度中，初次分配是基础性分配，是收入分配的主要形式。在市场机制作用下，在不同所有制企业内部，不同形式的国民收入被分配给国家、企业、个人等不同主体，从而形成收入分配的基本格局。^①初次分配遵循效率原则，关注生产力发展和社会物质财富创造的效率。共同富裕以初次分配效率下的“富裕”——社会生产力的极大发展、物质财富的极大增加为前提，初次分配是实现共同富裕的重要基础。分配法律制度为初次分配效率提供制度支撑，进而为共同富裕实现奠定物质条件。

1. 分配法律制度保障企业利润合理分配

现代企业制度是市场经济体制的微观基础，在我国社会主义市场经济体制下，企业分配机制合理与否关乎物质财富创造和市场经济秩序。然而，企业的利润分配面临着不同主体间复杂的利益冲突，面临着不同企业形态的特性引起的分配问题。正如现代市场经济不能“自我维持”而需要法治作为其制度基础，^②企业的利润分配亦需要通过良好的法律制度加以指导和约束。

分配法律制度为不同企业法律形态的利润分配提供了制度保障。面对股份有限公司和有限责任公司中不同利益主体间的利益冲突，分配法律制度做出了一系列强制性规定，如《中华人民共和国公司法》第210条明确规定了公司利润分配的条件和次序，内含公司利润分配必须遵守的原则，如应确保公司税收的优先实现原则、非有盈余不得分配原则、股东间的利润分配贯彻股权平等原则等，起到维护公司资本充实、保障公司利润合理分配、维护市场经济秩序的作用；^③合伙企业相较于公司制企业更具人合性、更为灵活，其利润分配也更具自由性和任意性，但这也增加了合伙企业、合伙人与债权人合法权益受损的可能性。分配法律制度一方面引导合伙企业形成良好的利润分配机制，另一方面对极易损害合伙企业、合伙人以及债权人合法权益的行为作出禁止性规定。如《中

^① 参见杨灿明：《社会主义收入分配理论》，载《经济研究》2022年第3期。

^② 参见李建伟：《公司制度、公司治理与公司管理——法律在公司管理中的地位与作用》，人民法院出版社2005年版，第334页。

^③ 这样的强制性规定散见于《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）中。如《公司法》第89条规定了异议股东回购请求权，为受到大股东在利润分配决策上欺压的小股东提供救济。又如《公司法》对董事、高级管理人员规定了较为完善的忠实义务，以防其侵蚀公司利润，影响公司利润的合理分配。一系列制度设计为避免和解决新老股东之间、大小股东之间、股东与债权人之间、股东与管理层之间、股东与普通雇员之间、股东与国家之间的利益分配冲突提供保障。

《中华人民共和国合伙企业法》规定了合伙企业利润分配的依据和方式，并强制规定普通合伙企业不得将全部利润分配给部分合伙人；个人独资企业不存在多元化的投资主体间在利润分配上的利益冲突，但存在聘用或委托他人管理企业事务的情况。被聘用人员或受托人一旦违反诚实、勤勉义务，会损害个人独资企业投资人和债权人的合法权益。为此，《中华人民共和国个人独资企业法》第20条规定了被聘用人员或受托人的禁止性义务，以保障个人独资企业的正常经营和利润的合理分配。

2. 分配法律制度保障个人收益分配

我国初次分配以人们的劳动和提供生产要素的贡献为分配依据，以按劳分配为主体，辅以其他多种分配方式。个人在初次分配环节涉及的收益分配主要包括劳动报酬分配、财产收益分配以及经营收益分配。其中，劳动报酬所得构成了劳动者收入的主体部分，关乎劳动者的生计及劳动关系的和谐稳固。但在市场经济框架下，劳动报酬水平的提升常陷入动力不足的困境，一方面雇主倾向于压缩薪资支出以降低人力成本，追求利润最大化，而劳动者缺乏充分的议价能力常处于弱势地位；另一方面，市场机制的局限性可能导致劳动力市场的供需与结构失衡，进而加剧不同类别或行业间劳动者收入水平的差距，扩大收入分配的不公。效率工资理论表明实际工资的高低关乎劳动者生产的积极性，进而极大地影响生产效率和企业的价值创造。为了促进生产力发展和社会物质财富的创造，需要通过国家干预调节劳动关系双方的利益。

国家以分配法律制度为干预手段，弱化市场调节中的非均衡条件，进而保障个人的劳动报酬分配。如《中华人民共和国劳动法》明确规定了最低工资保障机制，保障劳动报酬能够满足劳动者个人及其家庭日常生活的基本需求，同时为用人单位设定严格准则以规范劳动报酬支付行为，确保劳动者能够持续、稳定地获得劳动报酬。同时，分配法律制度不断提高工资的市场化程度，并通过工资指导线制度，为企业自主分配和集体谈判协商决定工资水平提供客观依据，从而对市场经济体制下分散化的工资微观决策进行宏观调控，引导形成合理的工资分配制度。

（二）分配法律制度为再分配公平提供制度支撑

再分配由政府主导，更加注重公平。再分配以包括税收、转移支付、社会保障等在内的财政政策为调节手段，旨在解决初次分配过程中存在的收入差距、覆盖范围有限等问题，促进健全社会保障体系，尽力确保国民收入的均衡配置，形成公正合理的分配格局。^①共同富裕是更加注重“共同”的“富裕”，^②再分配为实现共同富裕提供坚实保障，分配法律制度中与再分配有关的一系列制度设计，能够在一定程度上发挥再分配政策作用，为共同富裕的实现建立公平的分配格局，全面提高公共服务水平。

1. 税收法律制度促进收入分配公平

在市场经济中，税收法律制度是调节国民收入再分配的主要法律手段，对于缩小收入分配差距、规范收入分配秩序、完善收入分配格局具有重要作用。我国采取复合税制，

^① 参见卢洪友，杜亦譔：《中国财政再分配与减贫效应的数量测度》，载《经济研究》2019年第2期。

^② 共同富裕中的“共同”一方面要求“全面共享”，即人民对国家经济、政治、文化、生态、社会建设成果的共享；一方面要求“公平共享”，即体现公平的价值追求。参见《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社2017年版，第215页。

现行税种 18 个，广阔的征税范围使得税负在社会各阶层中的分布符合税负公平原则。按税负是否能够转嫁来看，我国税制结构由直接税和间接税构成。其中，直接税体系下的个人所得税和财产税因直接作用于纳税人收入，且纳税人很难将税负转嫁给他人而能有效调节收入分配。^①

我国《个人所得税法》自 1980 年制定后历经 7 次修正，调整应税所得范围、适用税率和减除费用，使现行税制更加系统完善。2018 年修订的《个人所得税法》确立了我国个人所得税采取分类综合所得税制。综合所得汇总计税确保同等收入者税负相同，遵循横向公平原则。个税超额累进税率对高收入者增税、低收入者减税，体现纵向公平原则。有研究表明这一税制有效地增强了收入的再分配效应。^②初次分配形成的分配差距一方面体现在流量分配上，即居民收入分配的差距，另一方面体现在存量分配上，即在流量分配基础上形成居民个人财富差距，这一差距将对下一轮的流量分配产生直接决定作用，会进一步放大社会分配的不公平性。^③财产税以纳税人所拥有或支配的某些财产为征税对象，^④有利于调节社会财富分布，对于缓解因居民个人财富差距导致的社会分配的不公有重要意义。我国形成了以房产税、车船税等静态财产税和契税、车辆购置税等动态财产税为主要组成部分的财产税法体系，具体的财税法律制度以某一财产税征纳关系为调整对象，为财产税的征收提供制度保障。

2. 转移支付法律制度缩小公共服务差距

我国坚持以按劳分配为主体并不断完善按要素分配政策，意味着参与共建是共享的前提。但若将没有参与共建的人排除在共享范围之外，则会与全体人民共同富裕的目标相背离。我国并未将“共建共享”作为分配的唯一原则，共享的主体还包含了没有共建能力的群体以及有共建能力却无共建机会的群体，^⑤具体而言就体现在各地方政府为辖区居民提供同等的就业、医疗、教育、交通服务、居住环境等方面的机会和服务。但是由于经济发展的起点、机会均不相同，不同地域间存在客观差距，必然会存在“财政失衡”的问题，这会导致不同级或同级地方政府能够提供的公共服务的质与量有所不同。^⑥正如共同富裕所追求的是平等而非平均、同等富裕一样，一定程度内的失衡是客观的也是必须的，但过度的财政失衡是有害的。为此，必须通过调整财政支出以解决财政失衡问题，使各级政府在经济结构和经济发展程度等诸多差异存在的情况下，能够依其级次提供相应的、差别不大的公共服务，实现一种有限度的社会财富再分配。

财政支出行为可以类型化为财政采购、财政投资、财政贷款、财政转移支付和财政拨款五种行为，其中财政转移支付对实现上述目标具有最直接的效果。财政转移支付是

① 刘剑文：《财政税收法》（第八版），法律出版社 2019 年版，第 237 页。

② 参见胡显莉，王安喜，陈立：《我国现行个人所得税的收入再分配效应研究》，载《重庆社会科学》2020 年第 11 期。

③ 参见陈燕：《初次分配改革促进共同富裕：内在逻辑、现实难点及优化路径》，载《江汉论坛》2023 年第 1 期。

④ 刘剑文：《财政税收法》（第八版），法律出版社 2019 年版，第 302 页。

⑤ 没有共建能力的群体，如低龄儿童、高龄人群和残障人士；有共建能力而没有共建机会的群体，如落后地区的贫困人群。

⑥ 张守文：《财税法学》（第五版），中国人民大学出版社 2016 年版，第 89-90 页。

实现公共服务“均等化”和协调地区发展的重要政策工具，其本质就是无偿地将以税收征管形式集中起来的财政收入从高收入地区转移到低收入地区。目前我国尚无专门的财政转移支付法，《中华人民共和国预算法》第十六条是我国关于财政转移支付的最高法律效力规定。这一法律规则确认国家实行财政转移支付制度，并对转移支付的原则、目标和结构作出要求，特别是对专项转移支付做出了明确的限制，为提升转移支付的规范性、透明性、公正性，提高资金利用效率以促进不同地区的居民对基本公共服务的均等享有提供制度保障。

3. 社会保障法律制度促进社会保障多元

我国学界普遍将“社会保障”视为一个综合性概念，它涵盖社会救助、社会保险、社会福利、社会优抚以及社会互助等多个维度，以预防社会风险、在确保公民个人及其家庭的基本生活需求得到满足的基础上增强民众福祉、推动社会公平与进步的实现为核心目标。^①社会保障制度的运行遵循“高收入群体与发达地区贡献更多，低收入群体与相对贫困地区负担较少”的原则。这使得社会保障制度能够保证社会物质财富在特定地区乃至全国范围内的均衡分配，有效调和不同人群及地区间的收入差距，促进社会的整体和谐与发展。^②

社会保障法律制度以社会保障关系为调整对象，社会保障关系类型丰富使得社会保障法律制度的构成呈现多样性与系统性，内部各项子制度间作用互补以充分满足社会成员在再分配过程中的多样化需求。其中，社会救助制度的宗旨和原则在《社会救助暂行办法》中得以体现，为保障社会成员的基本生存权，该制度为陷入生存困境的公民提供救济；社会优抚制度旨在对负有特殊社会使命的或为社会做出杰出贡献的公民提供工作安排、物质支持与精神慰藉，^③提升此类公民及其家庭的生活水平，补偿其因捍卫国家利益与公共福祉所遭受的损失；社会保险制度由国家建立，以《中华人民共和国社会保险法》为法治保障。该制度利用保险的风险分摊原理，在社会范围内形成广泛的风险共同体并以法律手段加以规范，进而在整个社会层面分散风险，增强社会弱势群体的风险应对能力；社会福利制度旨在通过各种类型的福利政策，在保证全体社会成员一定生活水平的前提下，尽可能提升不同人群的生活质量，增进全民福祉，构建美好生活。

（三）分配法律制度为第三次分配提供制度支撑

第三次分配是由公益、利他和非营利等社会机制主导的基于道德信念而进行的资源配置活动，^④这种新型社会分配机制以公益组织和慈善部门为分配主体，能有效弥补初次分配中市场机制和再分配中政府调控的不足，是缓解社会收入分配不平等的重要辅助性手段，对共同富裕实现有推动作用。有效发挥第三次分配的实际作用不仅需要丰厚的物质基础和完全自愿的道德基础，更需要完善、稳定、有序的法律环境和以法律制度推进第三次分配制度化这一法律基础。法律制度应致力于形成第三次分配所需的实现机制，包括为参与第三次分配的主体带来回报的激励机制、以政府为主体的外部约束性机制以

① 参见林嘉、杨飞：《劳动法和社会保障法》，中国人民大学出版社2016年版，第276-277页。

② 参见何文炯、潘旭华：《基于共同富裕的社会保障制度改革》，载《江淮论坛》2021年第3期。

③ 参见方乐华：《社会保障法论》，世界图书出版公司1999年版，第9页。

④ 参见厉以宁：《股份制与现代市场经济》，江苏人民出版社1994年版，第77、79页。

及培养社会主体的长期认同和自发参与的信念机制。^①

我国的分配法律制度在第三次分配制度化建设中对于激励机制、约束机制的形成作用尤为明显。在我国分配法律制度中形成的公益性捐赠税前扣除规则是与基准税制相偏离的诱导性税法规范，^②具有“促进型法”的性质。^③针对企业慈善捐赠行为和个人慈善公益捐赠行为确立税前扣除的激励机制，^④能有效促进社会财富第三次分配。我国《慈善法》于2016年正式实施，这是我国慈善事业发展过程中具有基础性地位的法律依据，以此为契机，《慈善组织认定办法》《慈善组织信息公开办法》《慈善组织公开募捐管理办法》等的相继出台、慈善组织日常活动、异常活动的监督管理机制、非法行为的投诉与举报机制以及失信惩戒机制的建立，都使我国公益慈善领域的制度化水平显著提高，一系列配套的制度设计为我国慈善事业的发展提供了有力的制度保障。慈善法律体系的完善清晰界定了作为第三次分配核心力量的慈善组织在慈善活动中的职责与法定义务，推动我国慈善组织在公开募捐、服务提供、内部治理架构优化及信息公开透明度等方面逐步实现制度化、规范化的深度发展。

四、共同富裕目标下分配法律制度面临的时代要求

党的二十大报告中提出完善分配制度，着重强调“分配制度是促进共同富裕的基础性制度”。^⑤构建协调配套的三次分配制度体系是我国分配制度的核心内容。目前我国的三次分配制度相对完善，在分配法律制度提供的保障之下，初次分配、再分配和第三次分配能够发挥在国民收入分配中的基础作用、保障作用与补充作用。但分配失衡的问题依然突出，三次分配环节仍有不足亟待完善。因此必须进一步优化三次分配制度体系，这已成为推动共同富裕实现的阶段性目标，也为我国的分配法律制度提出新的时代要求。

（一）注重初次分配公平，推动公平效率相互促进

初次分配以在生产和交易环节投入要素、获得利润为主要驱动力，市场主体基于获利需要极为重视生产要素配置的效率。这一方面会促使社会财富迅速积累，进而奠定实现共同富裕的物质基础。另一方面也会忽视社会财富分配的公平性，容易导致初次分配极化，居民收入差距扩大，贫富分化加剧。现阶段我国初次分配存在诸多问题：一方面，劳动者工资性收入不高等问题表明按劳分配在初次分配中的主体地位并不明显，且不同行业的劳动者工资差异较大。数据表明，2022年国有企业员工平均工资为114029元，其中金融业员工的平均工资为174341元，不仅远超平均水平还是农林牧渔业员工平均

① 参见王杨，邓国胜：《第三次分配的制度化：实现机制与建构路径——基于制度理论视角的分析》，载《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2022年第4期。

② 如《企业所得税法》扩大了企业公益性捐赠支出的税收优惠范围；2018年修订的《个人所得税法》，规定个人对教育事业和其他公益事业捐赠的部分，可以按规定从应纳税所得额中扣除；随后出台的《个人所得税法实施条例》进一步明确了对个人慈善公益捐赠税前扣除30%的优惠政策。

③ 参见叶姗：《社会财富第三次分配的法律促进——基于公益性捐赠税前扣除限额的分析》，载《当代法学》2012年第6期。

④ 参见宫蒲光：《社会治理现代化大格局下推进慈善事业高质量发展》，载《中国行政管理》2021年第2期。

⑤ 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告（2022年10月16日）》，载中华人民共和国中央人民政府网：http://www.gov.cn/xinwen/2022-10/25/content_5721685.htm，最后访问日期：2024年8月12日。

工资的近四倍多；^①另一方面，我国 2022 年城乡居民人均可支配收入比达 2.45、城镇居民人均财产净收入是农村居民的 10 倍多（详见图 1）。^②城乡居民可支配收入的区域差距伴随东西部地区间经济发展水平的横向差距在持续扩大。



图 1 2022 年我国城乡居民人均可支配收入及人均财产净收入

上述问题表明我国初次分配呈现出“高效率，低公平”的失衡状态。^③这种失衡会引发一系列“连锁”反应，严重影响经济运行，阻碍社会发展生产。在初次分配领域内，初次分配的“低公平”损害大部分人民的利益，挫伤其工作热情与积极性，破坏提高效率的根基；在初次分配领域外，初次分配失衡造成的“低公平”问题将额外的收入压力移至再分配环节，导致再分配调节乏力，进一步降低社会整体公平程度。我国已进入经济高质量发展阶段，随着社会经济发展水平提升，公平和效率之间的互补性和互促性会不断增强。^④综上，共同富裕目标更加强调初次分配的公平性，要在做大“蛋糕”、在我国分配法律制度为初次分配效率提供制度保障的基础上，在初次分配的制度设计与完善中着力贯彻公平理念，真正做到兼顾效率与公平，实现二者相互促进。

（二）提升再分配效能，缩小初次分配差距

如下图所示，^⑤相比于图中其他国家，我国再分配制度降低基尼系数的效果不明显，这也是目前再分配面临的重大问题——再分配政策力度不足，对分配格局的调整有限。具体主要体现在以下方面：

^① 数据来源于国家统计局网站：<https://www.stats.gov.cn/sj/ndsjsj/2023/indexch.htm>，最后访问日期：2024 年 8 月 12 日。

^② 同上。

^③ 参见李晓宁，刘静：《初次分配效率与公平失衡的“连锁效应”分析》，载《经济学家》2011 年第 6 期。

^④ 参见朱富强：《共同富裕的理论基础——效率与公平的互促性分析》，载《学术研究》2022 年第 1 期。

^⑤ 数据来源 OECD statistics：<https://stats.oecd.org/Index.aspx?QueryId=66670>，最后访问日期：2024 年 8 月 12 日。由于并未找到中国 2020 年初次分配基尼系数的官方数据，本图表中采用的是 2011 年中国初次分配基尼系数。通常情况下，2011 年至 2020 年这近十年间，通过政策的优化调整，初次分配的基尼系数应有所下降，但这将更能体现我国再分配调节效能不足的问题。



图2 2020年主要国家初次分配和再分配后的收入不平等

一方面，税收调节功能弱。个人所得税的收入再分配效应一直是国内外学术界关注的焦点，许多学者经研究认为我国个人所得税的再分配效应水平有限，^①甚至起逆向作用。^②我国个人所得税面临覆盖范围窄、总体规模小以及对高收入人群调节不足的问题；在个税综合所得方面，当前部分财产性收入尚未并入综合所得，既未体现累进性，还会因税率差异诱使高收入群体隐匿劳动报酬，造成税收流失；适用累进税率的情况也存在问题。我国当前过高的累进性使得最高边际税率水平偏高，进一步降低了本就因收入来源复杂而难以监管的高收入群体的纳税遵从度，不仅会加剧税收流失，还会加剧不同收入阶层税负的本质不公。^③

另一方面，虽然我国分配法律制度为转移支付提供了基本的法律依据，但目前政府间转移支付制度不够规范，导致其偏离公平价值。在我国政府间财政转移支付中，专项转移支付项目相较于一般性转移支付项目占比大、项目杂，主体多，部分专项转移支付项目设置交叉冗余，资金投向严重缺乏精准性，从长远来看，不利于公共服务的均等化；专门的转移支付法在我国法律体系中的缺失以及《预算法》规制中的漏洞，使得财政转移支付缺乏严格的申报审批、拨付、监督、救济程序，接受转移支付方的侵蚀效应明显。

此外，我国社会保障制度的再分配调节作用也很有限。^④在我国社会保障体系中，部分保障项目如基本养老金制度和基本医疗保险采取分类保障的方式，甚至扩大了不同群体的收入差距，不同保障项目的具体政策在地区间存在差距，还有部分保障项目的制度设计落后于社会需求，难以落实社会保障权益，对再分配有负面作用。

再分配的主驱动力是解决初次分配不公等造成的社会问题，对共同富裕一起保障作用。面对上述问题，共同富裕的目标要求充分发挥再分配的调节功能，政府应在再分配领域更加积极有为，完善分配法律制度，以更加充分地发挥税收、转移支付、社会保障在收入分配格局中的调节作用，为持续优化社会收入与财富分配格局贡献更多力量。

① 参见杨斌：《论中国政府特性和非对称型分税制加分益制财政体制》，载《税务研究》2014年第1期。

② 参见李宇，刘穷志：《收入不平等与最优个人所得税-转移支付再分配系统》，载《财经论丛》2012年第3期；徐建炜，马荣光，李实：《个人所得税改善中国收入分配了吗——基于对1997—2011年微观数据的动态评估》，载《中国社会科学》2013年第6期。

③ 参见胡显莉，王安喜，陈立：《我国现行个人所得税的收入再分配效应研究》，载《重庆社会科学》2020年第11期。

④ 相比欧盟国家社会保障政策使其基尼系数均值下降40%，中国仅下降了12.3%。参见宋晓梧：《深化收入分配改革，促进国内经济循环》，载《经济与管理研究》2021年第2期。

（三）扩大第三次分配规模，充分发挥补充作用

第三次分配的主驱动力是促进人类在互帮互助中实现生命价值、建设美好生活和友善社会。第三次分配的社会自发性使其能够更精准、迅速地发现分配问题并有效配置社会资源和财富，从而缩小收入分配差距。充分发挥第三次分配在共同富裕进程中的补充作用需以我国慈善组织的壮大、社会成员对公益慈善事业的广泛参与为依托。当前，我国公益慈善制度供给落后于社会实践发展、公益慈善组织的管理服务能力亟待提升、公益慈善活动缺乏完善有力的激励机制等问题，使得我国第三次分配的相关制度效能发挥受阻。数据表明，2020年我国共接受境内外慈善捐赠2253.13亿元人民币，^①仅占GDP的0.22%，对比2016年美国慈善捐赠总额占GDP的2.1%，^②慈善捐赠在我国经济社会中的作用还有待充分发挥。

鉴于此，共同富裕目标的实现需要国家建设高水平的公益慈善制度体系，积极探索公益慈善组织的管理方法与其他慈善主体的培育手段，进一步优化公益慈善的支持政策和激励机制，激发社会资源自觉流向第三次分配，鼓励一切有意愿有能力的企业、社会组织和个人积极参与公益慈善事业，通过社会参与和社会共治实现社会财富合理分配。

五、迈向共同富裕的分配法律制度的路径优化

现阶段我国分配法律制度建设仍存在诸多不足之处。面对共同富裕目标提出的新的时代要求，充分发挥分配制度促进共同富裕实现的作用，分配法律制度要更加注重系统集成、内容完备、突出重点、富有实效，亟需从以下几方面着力完善以强化三次分配功能。

（一）提高初次分配公平性的分配法律制度

1. 整合工资基准规范、健全劳动基准法，提高劳动报酬比重

为解决按劳分配在我国初次分配中处于次要地位的问题，应结合现阶段我国用工实际，整合工资基准规范、健全劳动基准法，提高劳动报酬比重，为劳动者工资权益提供切实保障。

首先，要推动工资待遇水平整体提升。应扩大最低工资标准的覆盖范围，并根据实际情况适时调整工资基准线，不断提升基本工资在劳动者收入中的比重，还应创新工资分配形式提升劳动者收入并注意向低收入者倾斜。其次，亟需健全工资支付保障制度。存在企业因自然灾害、不可抗力等原因陷入生产经营困境的情形，应完善该情形下工资支付标准的相关法律法规；针对拖欠工资这一顽疾，对以农民工为代表的低收入群体的工资支付行为需重点关注并加以规范；此外，需健全并充分落实工资优先权制度，优先保障用人单位资不抵债时低收入劳动者工资债权的实现。最后，要强化对工资基准的劳动监督并规范工资争议的处理。针对用人单位大量拖欠工资、不当扣减工资的行为，应通过完善的欠薪支付投诉程序与机制加以严惩。^③

^① 《2020年度中国慈善捐赠报告》，载中国慈善联合会网站：<http://www.charityalliance.org.cn/givingchina/14901.jhtml>，2024年8月12日访问。

^② 《2016年度中国慈善捐赠报告（精要版）》，载中国慈善联合会网站：<http://www.charityalliance.org.cn/givingchina/12746.jhtml>，2024年8月12日访问。

^③ 参见聂生奎、刘军胜：《以深化企业工资分配改革推进共同富裕》，载《中国党政干部论坛》2022年

2. 完善要素分配法律制度，缩小城乡分配差距，规范居民财富积累

完善按要素分配政策制度，一方面，有助于增加中低收入群众要素收入，缩小城乡收入分配差距；另一方面，有助于形成规范的财富积累机制，促进市场整体有效。目前与要素分配有关的法律制度散见于我国分配法律制度体系中，可从以下几个方面进行完善：

首先，分配法律制度应尽可能为分配主体提供依不同权利基础而享有分配权的机会，促进各种要素都能进入市场。农村可转移劳动力的主要收入来源是工资性收入，基于此，应完善劳动法律制度，尽可能消除性别歧视、身份歧视，促进城乡劳动力的自由流动，增加农村居民工资性收入。其次，农村居民占有的生产要素主要体现为集体资产，种类十分有限，有必要通过分配法律制度的设计与实施，促进城乡要素平等交换、双向流动，鼓励农村居民发展多种形式的财产性收入。如推动农村宅基地的合法入市，并积极探索运用市场交易机制盘活农村宅基地及农村居民自有住房，实现缩小城乡居民房产收入差距的目标。还可以借助农村金融市场、以金融法中的具体规则为法律手段，为农村居民提供多元化的投资理财产品，拓宽农村居民获得相应财产性收入的渠道。最后，要素分配法律制度应着力避免初次分配中要素配置极化，限制资本要素的强势地位。通过政策规定，引导资本激发创新、鼓励创业，从而使居民获得更多的收入来源。数字经济以数字化信息为关键生产要素，在这一新兴经济形态下，依托于互联网平台的超大规模企业能够以更隐蔽的方式实施对其他市场主体的恶性竞争、一家资本独大的垄断格局更易形成。为此，反垄断法、反不正当竞争法应与时俱进，增强对数字经济要素与商品市场的规制能力，并力求将数字经济的发展红利广泛惠及公众，为投身于新行业、新业态的劳动者谋求更多收入报酬。

（二）增进再分配调节有效性的分配法律制度

1. 优化税制结构，增强税收法律制度调节作用

税收制度是政府对社会资源进行再分配的重要手段，合理的税制结构是充分发挥税收调节作用的关键，健全的税收法律制度是充分实现税收调节功能的保障。面对我国税收制度调节乏力的现状，应通过完善税收法律制度促进税制结构合理，充分发挥其再分配功能。

首先，应完善个人所得税制度。深化综合税制改革，拓宽综合所得税收覆盖范围，将经营所得整合至综合所得体系内，既能增加高收入群体税负，使其缴纳应缴税款，又能实现收入来源不同但总量相当的纳税人之间的税负公平；形成更为合理的个税税率，既要尽早对目前尚未体现累进性的财产性所得适用累进税率，又要限制个人所得税累进水平，以防过高的边际税率加剧高收入人群的避税行为。其次，要优化税制结构，形成完备的财产税法律体系。征收房地产税对调节收入分配具有积极意义，应积极推广并加快征收进程。对拥有高额遗产的个人进行征税的遗产赠与税能够调节居民的收入和财产状况、缩减收入分配差距、抑制私人资本过度集中，有必要研究开征遗产赠与税，从而缩小收入分配差距。最后，税务机关的有效征管也能促进税收法律制度发挥调节作用。基于财产登记和收入报告的透明度不足、个人信息系统不完善等信息偏在导致的税务机

关征管漏洞，应充分运用 AI、大数据、移动互联等技术构建智慧税务体系，促进税收征管的信息对称。

2. 健全转移支付法律机制，促进均等化效果实现

分税制改革后，我国财政转移支付制度由于受多种因素的制约和影响，尚未充分实现科学化、规范化和程序化，部分转移支付项目用途界定过于宽泛，面临着资金被挤占、挪用的风险，面临着资金使用效率不高、分配办法不尽完善的问题。这也限制了其促进基本公共服务均等化、实现分配公平正义价值作用的发挥。为改善现状，应增强转移支付法律时效性和控制力。

一方面，制定我国《财政转移支付法》作为转移支付的基本法，将转移支付活动纳入法律规制范围，充实并强化程序性规定，以实现转移支付过程的分配正义。财政转移支付涉及多方利益主体对国家财政资金再分配的博弈与冲突，为此，应在转移支付程序法中明确参与原则，为国家机关和社会公众设计和提供必要参与和选择性参与的机会。

①另一方面，应在《预算法》范畴内促进预算充分公开，加强转移支付的透明度。完善《财政监督法》中对财政资金筹集、分配和使用过程中的监督、检查规定，在此基础上进一步加强人大立法权监督、财政部门监督的程序设计。②还应在我国《预算法》《转移支付法》《财政监督法》中，通过增加相应的处理、处罚条款保证监督责任落实。

3. 完善社会保障法律制度，建设完备保障体系

党的二十届三中全会提出“在发展中保障和改善民生是中国式现代化的重大任务”。③社会保障制度是社会的调节器和稳定器。现阶段社会保障法已取得一定成果，在此背景下，以共同富裕为目标导向，还需在转移支付法律制度更为健全的基础上，加强社会保障制度的普惠性、基础性、兜底性，解决好人民最关心最直接最现实的利益问题，进一步完善社会保障法律体系，全面提升社会保障制度的立法层次与法治化水平。

一方面，加快制定《中华人民共和国社会救助法》，建立层次分明、分配合理的社会救助体系。明确社会救助体系涵盖基础救助、专项救助及临时救助三大部分，④明确为低保户、受灾人群等特殊困难人员提供社会救助的标准，构建并持续优化相应动态调整机制，以确保社会救助工作合理开展、精准实施。另一方面，应建设更具普惠性的社会保险制度。应深入推进全民参保计划贯彻落实，还应针对新业态从业人员的特点，科学测算该群体的多种社会保险缴费标准与保障水平，与时俱进，在不断完善的过程中确保社会保险制度的可实施性。面对当前存在的社会保险待遇行业差异，应积极推动城乡、企事业单位以及国家公务人员在养老保险、医疗保险等方面的制度并轨，以期在最大程度上实现社会公平。

（三）加强第三次分配补充性的分配法律制度

① 参见张婉苏：《我国财税法中转移支付的公平正义——以运行逻辑与实现机制为核心》，载《政治与法律》2018年第9期。

② 参见蒋悟真：《中国预算法实施的现实路径》，载《中国社会科学》2014年第9期。

③ 《中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议公报》，载新华网，<http://www.news.cn/politics/leaders/20240718/a41ada3016874e358d5064bba05eba98/c.html>，2024年8月12日访问。

④ 基础救助涉及基本生活，专项救助涉及教育、医疗、住房救助等，临时救助主要指对突发性紧急困难的救助。参见谢增毅：《中国社会救助制度：问题、趋势与立法完善》，载《社会科学》2014年第12期。

党的二十大报告指出“引导、支持有意愿有能力的企业、社会组织和个人积极参与公益慈善事业”。^①公益慈善制度能够激励社会主体积极参与公益慈善活动，促进社会善意释放，在调节第三次分配中发挥基础性作用。公益慈善法律制度应在《慈善法》修订的过程中进一步完善，以强化第三次分配对于调节收入分配的补充性作用。^②

首先，应加快制定《中华人民共和国社会组织法》以完善慈善组织制度。通过立法明确各类慈善组织的权义分配和功能划分，满足不同的社会需求。为规范慈善组织行为、充分实现慈善目的，应在立法中进一步健全慈善组织监管与信息公开机制。其次，应建构并完善慈善法实施所需的配套机制，为慈善活动的有效开展提供制度支撑。如通过立法规范网络慈善平台运行，利用数字技术助力公益慈善精准满足社会慈善需求，细化法律法规为慈善组织提供税费减免及金融支持等政策优惠。最后，志愿服务活动也是第三次分配发挥其补充作用不可忽视的方式。为此，应不断完善相应制度，如志愿者权益保障机制、便利顺畅的志愿活动参与机制和志愿者回馈、激励机制等，以规范并发展志愿服务活动。

六、结语

共同富裕的实现关乎人民的福祉、社会的公平正义与和谐稳定、经济的可持续发展以及国家治理体系与治理能力现代化等多个方面。实现这一综合性目标迫切需要重点解决“两类失衡”“两个失灵”问题，为此要建立科学合理的分配制度体系。分配法律制度以需要国家干预论为理论基石，与共同富裕在理论上的密切联系和制度上的相互契合，使其在纠正三次分配中的“分配失衡”问题上、在完善分配制度体系过程中彰显重要作用。应以共同富裕提出的时代要求为目标，持续完善我国分配法律制度，进而构建协调配套的三次分配制度体系，为共同富裕的实现奠定坚实的制度基础与法治保障。

① 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告（2022年10月16日）》，载中华人民共和国中央人民政府网：https://www.gov.cn/xinwen/2022-10/25/content_5721685.htm，2024年8月12日访问。

② 参见林嘉，马进：《共同富裕背景下社会法优化分配制度的原理与路径》，载《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2023年第6期。

数字经济时代的法律挑战与学术使命

宋亚辉*

创新对于人类文明进步的意义重大，中共十九届五中全会描绘了我国在创新驱动发展方面的远景目标，要求到2035年“进入创新型国家前列”。中国二十大报告进一步要求“加快实施创新驱动发展战略，加快实现高水平科技自立自强”。在数字经济领域，创新已成为推动数字经济发展的源动力之一。但创新也是一把“双刃剑”，大多数商业创新都携带着“副产品”。正如人类进入工业化时代后不得不承受相伴而来的事故风险那样，人类在数字经济时代同样难以拒绝生产生活数字化所隐含的风险。由此引发的问题是，在享受数字经济创新带来的社会福利的同时，如何应对数字经济创新的“副产品”？

一、法律如何回应数字经济的“副产品”？

数字经济领域的创新往往比工业时代的创新速度更快，转眼之间已成生活必需品的电子支付、即时通讯、网约车、网络点餐等数字技术创新，几乎是以猝不及防之势将社会公众裹挟进入数字经济的算法系统和技术架构。在约束机制上，数字技术架构对人类行为的束缚作用往往比法律的约束更为强大，因为“个人可决定不遵守立法，但通常不得不遵守技术强加于人的规范。”在法律治理问题上，一切困难的根源均在于，我们既期待创新，又不得不警惕创新的意外后果。既有研究认为，“试图控制一项技术是困难的，而且几乎是不可能的。因为早期当它可控时，对其有害后果的认知尚不足以确保控制它的发展；但当这些后果出现时，管控已变得昂贵且缓慢。”这是当今数字经济领域面临的核心难题。

首先，在法的价值判断上，面对具有“双面性”的数字经济创新，法律究竟应侧重于鼓励创新，还是侧重于防范创新的意外后果？介于两难之间，若法律侧重于鼓励创新，则可能要承受创新的意外后果，甚至是不可逆的后果；若侧重于防控创新之意外后果，则可能以牺牲创新活力和经济效率为代价。这可称为“创新的价值悖论”。这种悖论在无人车决策伦理与人工智能的致害问题上表现的尤为突出。面对数字经济领域的创新，我们很难在自治与管制之间做出明白无误的选择。

其次，在规制体制的设计上，动态的商业创新无疑需要灵活的规制方案，但数字市场的繁荣发展又离不开稳定、可预期的市场规则。后者是激励商人投资、塑造市场信任的基础性保障。介于“灵活”与“稳定”的双重需求之间，市场规制法很难对数字经济创新作出妥当回应。这深刻反映出传统法治观念在数字经济领域遭遇的两难困境，可称为“商业创新的规制悖论”。根据问题与对策相匹配的规制原理，解决规制悖论的理想方案是构建兼具灵活回应能力和稳定可预期的数字市场规制体制。这显然并非法律规则的局部调整所能实现，唯有反思法治的基本理念、调整市场规制法的运行逻辑方可有效应对。

最后，在法律评价结果上，法的运行逻辑最终还要回到合法与非法的两条轨道。但数字经济领域的商业创新只要不是专门用于加害他人或犯罪用途，通常很难在合法与非法之

* 宋亚辉，南京大学法学院教授。

间做出黑白分明的选择。一项数字经济创新可能被用于增进社会福利，也可能被用于致害他人。以大数据技术为例，基于个人信息的数据画像既可用于向客户提供更精准的商业服务，也可用于揭露隐私或人身伤害，不管是立法者还是执法者都很难对这种“双面性”事物作一刀切的法律评价。

二、动态的规制如何嵌入稳定的法治轨道

中国特色的社会主义市场经济体制要求我们走创新驱动型的发展战略，而数字经济创新的规制困境又要求我们在鼓励创新的同时防范创新的意外后果。在“鼓励”与“警惕”的双重约束之间，市场规制法该如何应对？这是我国当下面临的棘手问题。

（一）先鼓励-后治理的传统模式批判

结合实践情况来看，商业互联网和数字经济产业自进入21世纪以来总体上走的是“先鼓励-后治理”的规制模式，这在电子商务、网络搜索、大数据应用等领域均有集中体现。事前鼓励与事后治理分两阶段处理的做法的优势在于，一方面可充分激励多元市场主体的创新潜力，另一方面还可节约因事前信息不对称带来的识别成本和规制成本，事后当问题出现时，再根据实际问题对症下药。但若出现不可逆转的风险时，“先鼓励-后治理”的发展模式将积弊重重。因为事前鼓励不仅可能引发政策套利和低质量的创新，而且无法激励企业事前考虑内化其行为的社会成本；事后的治理在创新密集型产业不仅是一种浪费，而且往往也是无效果的。因此，“先鼓励-后治理”的静态规制思维难以匹配数字经济的动态发展规律，我们应摒弃这种两阶段的规制模式，代之以创新与规制同步进行的动态规制。

（二）创新与规制同步进行的动态化思路

唯有对数字经济创新实施动态的跟踪评价与规制，方可趋利避害，兼顾创新与规制的双重任务。“动态规制”在学术上并非新事物，但要付诸实践，关键难题在于，动态的商业创新需要灵活的规制方案，但数字市场的繁荣发展又离不开稳定、可预期的市场规则。这种张力在数字经济领域体现的淋漓尽致。规制商业创新需要更加灵活的制度安排，但数字市场运转又需要稳定且可预期的市场规则。介于“动态”与“稳定”的双重约束之间，理想的方案是打造兼具灵活回应能力和稳定可预期性的数字市场规制体制。

在尊重数字经济的动态发展规律和法治的基本运作原理基础上，本文提出的总体应对思路是：在（稳定的）法治轨道上构建（动态的）数字市场规制体制。相较于灵活应变的人治与政策之治，法治的重大优势在于，可为市场主体提供相对清晰的行为预期，这是激励商业投资和创新的基础性保障，也是中国数字经济发展不可或缺的制度基础。因此，动态的规制必须运行在法治的轨道上。根据这一思路，我们可合理期待的是，在法治的轨道上规制数字市场可为广大市场主体提供清晰、稳定、可置信的行为预期，这是激发企业创新精神和市场活力的基础性保障；与此同时，在法治框架下将动态规制的灵活性元素融入具体的规制体制和规制工具中，有助于趋利避害，助推中国的数字经济产业走向高质量发展的道路。这需要改造传统法治理念和体系，在实体法和程序法的设计上引入时间和空间观念，构建动态化的回应机制，迈向动态发展的市场规制法。

三、数字市场法的动态化改造

引入动态规制思维有助于引导中国数字经济在管制与自治之间走出一条高质量发展的“第三条道路”。这需要在立法技术上引入法的动态更新机制，这需要以下三项制度的支撑：

第一，试验型立法。我国《立法法》第9条规定了试验型立法的适用范围，第10条规定了试验型立法的程序和时限。试验型立法常以“暂行规定”和“地方立法”为载体，前者是在立法条件尚不成熟时授权行政机关制定暂行法规或规章；后者是在特定地域范围内进行立法实验。对于决策信息不充分且时效性较强的领域，适合以试验型立法来探索经验。

第二，立法后评估与矫正。顾名思义，试验型立法只是一种规制“实验”，并非一劳永逸之策，此种立法重在测试市场反应，并根据效果反馈来优化规制标准、改进规制体制，经由实践探索而臻于完善。因此，实验型立法须辅之以立法后评估方可实现动态化运转。《立法法》第63条也规定了“立法后评估”制度。

第三，立法预设日落条款。立法后评估须辅之以修法程序才能形成完整的动态反馈循环。但修法程序的启动往往存在不确定性，为减少程序启动障碍，试验型立法内部可预设日落条款，为制度评估和更新设定倒计时。《立法法》第10条限定授权立法的“授权期限不得超过五年”，这为试验型立法自行设定日落条款提供了上位法依据和时间的上限。

上述三项制度为市场规制法的动态改造提供了思路和制度框架，有助于缓解“策划创新模型”在实践中面临的信息不对称问题和激励偏差。“策划创新模型”中设定的初始标准或目标，可通过预先设定的日落条款，以失效倒计时的方式引入动态更新机制，根据实践情况不断修正规制标准或规制目标，以此引导高质量的创新。任何因创新速度快而需要动态调整的领域，都可通过预设日落条款，督促立法者或规制者定期评估并不断更新规制标准，进而引导商业创新，或将创新成果用于反哺规制体制。

四、数字经济时代的学术使命

数字经济的创新发展不仅给法治实践带来挑战，也给学者的学术研究提出了新的要求和使命。数字经济的规制难题为学术研究提出了以下三个方面的要求。

第一，数字法学的研究要注重服务创新驱动发展战略，正所谓“不发展是最大的风险”，但同时又要防控数字经济创新可能带来的社会风险，尤其是不可逆的社会风险。这要求我们的法学研究必须“在风险与风险之间权衡”，这将使法律问题变得更为复杂，对学者也提出了更高的要求。

第二，动态发展中的数字经济创新需要动态化的规制体制，这意味着“求变”；但市场对新技术的研发投资却又建立在稳定、可预期的法律规则基础上，朝令夕改的规则将抑制市场预期和远期投资。这一两难困境对数字法学研究提出了新的要求，我们需要在“变与不变之间权衡”。这将使法律问题变得更为复杂，对学者也提出了更高的要求。

第三，数字经济领域衍生的社会问题很多都是全新的法律问题，在通往法治化的道路上没有现成的经验可供借鉴。这对于中国法学的发展而言，既是挑战，也是机遇。数字法学研究要努力推动新知识的创造，逐步构建中国自主的法学知识体系。在学科建设上，数字法学要跳出传统的公民法二元结构和部门法分立格局，应注重交叉学科研究。作为交叉学科研究的极佳样本，数字法学有望推动跨部门法的法学知识体系构建。

总之，创新是一把“双刃剑”，在我国创新驱动发展战略之下，我们既期待创新，又要警惕创新的意外后果。这要求我们的学术研究要在法治的轨道上融入动态规制的灵活性元素，遵循数字经济的发展规律来打造动态规制体制，以便为广大市场主体提供相对清晰、稳定、可信的行为预期，这是激发企业创新精神和市场活力的制度保障。

经济法概念的厘清与重构

董成惠¹

【摘要】 经济法学作为一门新的学科，其理论研究尚不成熟。经济法概念是其理论研究的逻辑起点和价值精髓所在，对经济法学理论体系的建构和经济法律体系的建设都具有重要的意义。根据经济法调整对象社会经济秩序的秩序性、经济性和社会性的法律特性，经济法是在资源配置的经济活动过程中，为了维护社会公共利益和协调平衡社会整体利益，确保公平、效益和安全的社会经济秩序，调整社会经济秩序中的市场规制秩序、特别产业秩序和宏观调控秩序的法律规范。

关键词： 经济法；社会经济秩序；行政干预

概念是学科理论体系构建的基础，是认识和研究学科的逻辑思维起点和焦点，经济法的概念于经济法学也不例外。“什么是经济法”同样是一直困扰经济法学界的最大难题，至今仍未达成具有权威性的经济法的定义，以至于此话题也成为其他部门法学者对经济法诘难和诟病的一个梗阻。经济法概念作为经济法学理论思维的起点，决定着经济法的研究范围和理论体系建构。经济法学的诸多理论都是直接或间接地以经济法的概念为逻辑起点和进路构建的理论体系。²经济法概念既是对经济法规范本质属性认识阶段和最高抽象成果的总结，也是继续探索经济法学学科体系和理论的基础，在经济法学理论体系中始终居于纲领性的地位，引领着学科的发展方向。³因此，厘清经济法概念有利于学科理论体系建构和法律规范体系的建设，但经济法的概念或者定义的提炼和阐述也应该围绕其法律属性展开，高度概括经济法作为法的本质特性和价值理念。

一、 经济法语境中“经济”一词的演变与内涵

研究经济法概念或是定义，至少应当研究“经济”语词，包括其语源、词汇表达、语义、训诂等。知悉了“经济”的内涵，对“经济法”概念的研究也就有了更明确的定位。既符合客观学术史的实际，又有助于提高论题研究的效率。⁴溯本及源，“经济”语词的探析有助于更好地理解 and 界定“经济法”概念。

¹ 董成惠，广东海洋大学法政学院，副教授，经济法学博士，研究方向：经济法理论、竞争法。

² 参见肖江平，《作为概念的“经济法”——聚焦于“经济法”语词的多视角研究》，《北京大学学报》，2004年，第48页。

³ 参见薛克鹏，《论经济法的范畴化及其体系》，《首都师范大学学报》（社会科学版），2013年第6期第2页。

⁴ 参见肖江平：《经济法定义的中国学术史考察》北京大学学报（哲学社会科学版），2012年第5期，第116页。

（一）中文“经济”一词内涵及其演变

我国东晋时代公元4世纪已使用“经济”一词。“经济”语出《晋书·殷浩传》：“足下沈识淹长，思综通练，起而明之足以经济。”⁵“经济”一词自古释意为“经世济民”。是“经国”“经邦”“济世”和“济民”，以及“治国平天下”的意思。“经济”在中国古代文化和文学中也充满了丰富的社会内涵和人文思想，如古代名联“文章西汉双司马，经济南阳一卧龙”中的“经济”就是“经纶济世”的意义。“经世”者，谓治理国家，“济民”指救助百姓。宋以来“经济”不仅普遍使用，而且出现以此命名的不少书籍。如《宋史·刘颜传》载著《经济枢言》，《宋史·艺文志七》著《经济集》12卷等。在清代，“经济”还指治国才能。如清代《睢阳袁氏（袁可立）家谱序》：“与参由明经高第为沁源令，吏治明敏，清节著闻，秩满擢新宁守，才品经济尤为世重。”《红楼梦》第二三回：“宝玉听了，大觉逆耳，便道：姑娘请别的屋里坐坐吧，我这里仔细腌臢了你这样知经济的人。”在中国近代，“经济”还有耗费少而收益多，勤俭、节约、财力、物力之意。如鲁迅《书信集致·李霁野》：“倘暂时在北京设一分发处（一个人，一间屋），就可以经济得多了。”郭沫若《洪波曲》第四章六：“打算在香港设一个第二制片厂，以便在海外容易取材而且经济。”丁玲《母亲》二：“小菡是一个没有父亲的穷小孩，她只能在经济的可能范围里读一点儿书。”“经济”在中国典籍中是“经国济世”“经邦济时”“经邦济国”等的简称，汉籍中的“经济”偏于“政”和“治”。现代词汇“政治”更能准确诠释中国古代“经济”的概念。然而现代释义中，政治是经济的集中表现。⁶

现代汉语中“经济”一词源于19世纪下半叶的日本译法。⁷最初“economics”一词未经日文已曾直接被译到中国。1822年之后一百多年里“economy”与“economics”汉语译词作大概分类：A. 治家之道、齐家之道、家政；B. 国政、办理国家大事、治国之道、国制；C. 节用、节俭、俭省、节省；D. 理财、理财学、理财之法、银学；E. 富国之谋、富国之法、富国策、富国养民策、富国养民之学、富国学；F. 生计学、资生学、民生主义；G. 计学平准学；H. 经济、经济学。孙中山在《在上海中国社会党的演说》（又名《社会主义之派别与批评》）中，谈及“经济学”名词，在民国元年的演说中对“economy”之“经济”的译名在中国最终被确立并传播与普及。⁸我国“经济”一词从最初的“经国济世”“经纶济世”“经邦济时”“经邦济国”到“治国才能”“勤俭节约”“财力物力”，历经了从“治国”到“自修”“治理”“财富”“勤俭”“实惠”等理念的发展和变化，越来越贴近现

⁵ [唐]房玄龄等撰：《二十四史·晋书》，第七十七卷《殷浩传》，中华书局，1997，第2042页。

⁶ 参见叶坦：《“中国经济学”寻根》，中国社会科学，1998年第4期，第62页。

⁷ 参见周振鹤：《19、20世纪之际中日欧语言接触研究——以“历史”、“经济”、“封建”三译语的形成为例》，《传统周振鹤文化与现代化》1996年第6期，第50页。

⁸ 参见方维规：《“经济”译名溯源考——是“政治”还是“经济”》，《中国社会科学》，2003年第3期，第179页。

代“economy”一词的内涵。

(二) 英文“economy”一词内涵的演变

希腊思想家色诺芬(Xenophon, 公元前 430—前 355 年)的《经济论》最先使用西文“经济”一词。其书名原是希腊文《οικουμικος》, 又名《家政学》。一般认为, “οικος”解释为“家”, “νομος”是“支配”或“法律”的意思。“οικουμικα”原意是“家政(或译家庭、家务、家计)管理”。英文的“economy”就是从希腊文“οικουμικα”一词演变而来。古希腊奴隶制以家庭为生产单位, 因此把组织管理奴隶的相关问题都列入“家政管理”范围。⁹约作于公元前 4 世纪末的伪亚里士多德(Pseudo-Aristotle)的《经济论》, 以及近代学者威尔卡克(Wilcken)、安德里德斯(Andreades)、罗斯托夫采夫(M. Ros tov t zeff)等人的著作中都有“οικουμικα”的讨论。伪亚里士多德的《经济论》与色诺芬《经济论》一样, 其中的“οικουμικα”一词也是指“家政管理”; 后来指“公共财政”等问题, 内容有所发展。¹⁰17 世纪之时, 基督教家政学宣扬诸如“勤奋”“节俭”等典范行为并视之为经济要义。18 世纪之前, 作为包容经济生活整体并特指生活需求和物质生产的现代经济概念还没有形成, 西方辞书中经济概念主要还是局限于家政范围, 大部分辞书中的“经济”词条, 其首要意义依然是“家政”“家庭管理”。亚里士多德早在《政治学》中指出, 经济是一种谋生术, 现实中的政治无外乎谋取“收入”。

作为包容经济生活整体, 并特指生活需求和物质生产的现代经济概念直到 19 世纪才真正确立。在承袭亚里士多德“政治”和“经济”并举之说的同时, 家政与国治被相提并论。“政治经济学”的概念主要译自英国崛达之助等人编纂的《英和对译辞书》和法国重商主义者蒙克莱田(Antoine de Montchrétien)1615 年发表的《献给国王和太王后的政治经济学》。“政治经济学”一词首先见于《献给国王和太王后的政治经济学》, 主要用于商业财务。被誉为最初的英和对译字典, 便将 political economy 译作“经济学”。18 世纪英国重商主义后期经济学家斯图亚特(James Steuart-Denham)在他 1767 年发表的代表作《政治经济学原理研究: 或自由国家内政学概论》书名中继续沿用了“政治经济学”概念, 把“政治经济学”变成为一个综合概念, 涉及从农到商等范围。鉴于此, 政治经济学概念的盛行, 已经掩埋了家政经济的原始含义, 扩展到“大”而“广”的经济范畴。西方经济理论中, 几乎到处可以见到明确的政治经济学涵义, 多半涉及经济的具体利益和各种力量的对比, 以及经济的社会实践。政府经济概念的彻底突破和确立, 则归功于亚当·斯密(Adam Smith)。他于 1776 年发表《国民财富的性质和原因的研究》(简称《国富论》), 对政治经济学理论提出了许多科学见解, 创立了以增进国民财富为中心思想的古典政治经济学理论体系, 开辟了资本主义经济的自由

⁹参见叶坦:《“中国经济学”寻根》, 中国社会科会, 1998 年第 4 期, 第 63 页。

¹⁰参见巫宝三主编:《古代希腊、罗马经济思想资料选辑》商务印书馆 1990 年版, 第 178 页。转引自叶坦, 《“中国经济学”寻根》, 中国社会科会, 1998 年第 4 期, 第 63 页。

发展道路。

19世纪,另一位杰出的英国古典政治经济学的代表李嘉图,于1871年发表的《政治经济学及赋税原理》,研究并阐明在社会各阶级间财富的分配规律。马克思1859年出版的《政治经济学批判》(1867年版《资本论》的副标题),结合德国哲学辩证法揭露资本主义生产关系的本质。杰文斯1886年的《富国养民策》在1879年再版序言中提出应当用“经济学”(economics)代替“政治经济学”。英国经济学家马歇尔(Alfred Marshall)1890年发表的《经济学原理》,其经济学理论改变了长期流行的政治经济学名称。现代实用经济概念并不是前现代家庭或个体经济的直接变体,而是更多的基于李嘉图之辈提出的整个社会和国家的经济关系。西欧从19世纪中叶起,也许人们觉得“政治经济学”一词本身就不够经济,索性只用économie或economics,这或许也是中国人最终接受“经济”译名的真正原因。¹¹现代“经济”的概念已取代“家政经济”的原始含义,更多是基于整个社会和国家的社会关系而产生的,代表各阶级利益的经济学概念,现代的“经济”还指价值的创造、转化与实现的一系列活动及成果,也指资源配置的过程。

(三)经济法中“经济”的内涵

纵观“经济”或“economics”一词内涵的演变,中西方各有不同。西方的“经济”源于“家政”的微观管理,与中国“经济”之“经邦治国”宏观管理不同。¹²但古希腊的“经济”也有“领导”“管理”“安排”“关怀”之意,与我国古汉语的“经世济民”涵义相近。区别在于:西方的“经济”概念先从“家”到“王室”而最终扩展到“国”;而中国的“经世济民”“经邦济国”“经国济世”自开始便应用于“国”或“邦”。¹³可见,古今中外经济的理念,不论是我国古代的“经世济民”,还是古希腊的“家政管理”,都蕴含着“管理”或是“治理”的理念,延伸到“财富”“资本”“勤俭”“政策”“民生”等内涵,从“济民”发展到后来政治经济学中的“国家”与“社会”的利益关系,都切合了现代“资源配置”理念。《牛津现代高级英汉双解词典》对“经济”的解释是A节省,节俭;B理财,家政;C资源的管理和使用制度;¹⁴《现代汉语词典》对“经济”的解释为:A指社会物质生产和再生产的活动;B个人生活的用度;C用较少的人力、物力获得较大的成果;D治理国家。¹⁵《现代汉语词典》对“经济”的释义汇聚了中英文“经济”的内涵。纵观“经济”一词古今中外的演变,都包涵着“财富”“治理”“管理”“分配”的理念,经济活动就是个资源配资的过程。从“经济”一词

¹¹参见方维规:《“经济”译名溯源考—是“政治”还是“经济”》,《中国社会科学》,2003年第3期,第186-188页。

¹²参见叶坦:《“中国经济学”寻根》,中国社会科会,1998年第4期,第63-64页。

¹³参见方维规:《“经济”译名溯源考—是“政治”还是“经济”》,《中国社会科学》,2003年第3期,第186页。

¹⁴《牛津现代高级英汉双解词典》,商务出版社1995年版,第372页。

¹⁵中国社会科学语言研究所词典编辑室编制:《现代汉语词典》,商务出版社1996年版,第664页。

的广义上说,大社会当然是由所谓经济力量整合在一起的。但是当把这种秩序称为经济,例如我们所说的国民经济、社会经济或世界经济时,却会造成严重的误导,这已成为混乱和误解的主要根源之一。以至于把市场的自发秩序转变为一个得到精心管理的组织,使其服务于一个公认的共同目标体系的主要原因之一。从狭义上说,可以把经济称为家政,一家公司、一个企业,甚至政府的财政,都是一种经济,因此当然也是指对既有资源作精心的配置,使其服务于一系列统一的目的。因此,经济依靠严密的决策制度,决定着资源的不同用途。¹⁶。

二、经济法之溯本求源

(一) 经济法概念的起源

经济法概念源于18世纪的法国。1775年法国空想社会主义者摩莱里(Morelly)在《自然法典》一书之经济法或分配法篇第1条,第一次使用了经济法的概念,第一次提出了国家参与社会分配的理念。摩莱里当时并未对经济法进行严格的界定,而是将“经济法”和“分配法”并列提出了“分配法或经济法”共12条的法律草案。经济法的理念就是萌发于社会的统畴分配,强调国家意志对社会分配的参与,基本准确地表达了经济法就是“规范社会分配活动”的思想。¹⁷1843年,摩莱里获得另一位法国空想社会主义者德萨米(Dezamy)的支持和赞同。而另一位法国学者蒲鲁东(Proudhon)从部门法之间的关系对经济法进行解读,认为“经济法是政治法和民法的补充和必然产物”,但未能对经济法概念的内涵和外延进一步说明。德国法学家海德曼(Hedemen)1916年在《经济学字典》中提出“经济规律在法律上的反映”的经济法定义,阐明了经济法和经济规律的关系,但未反映经济法作为独立的部门法应具有的本质属性。¹⁸早期的法德两国学者提出并定义了经济法的概念,明确了国家与社会经济生活的“干预”关系¹⁹。

哈耶克认为,狭义上“经济是一种组织或安排,是人们在其中自觉地把资源用于一系列统一的目标。”²⁰马克斯·韦伯认为:经济行动或活动就是“以经济为取向”,行动者和平运用资源控制权为主要动力,为了满足对“效用”的欲望的

¹⁶[英]哈耶克:《经济、科学与政治——哈耶克思想精粹》,冯克利译,江苏人民出版社,2000年版,第394页。

¹⁷ 参见[法]摩莱里著,《自然法典》,商务印书馆,1982年第107页

¹⁸参见李曙光,《经济法词义解释与理论研究的重心》,《中国政法大学学报》,2005年第6期,第4页。

¹⁹经济法相对于民商法和行政法等传统法而言是一种矫正型法,是对民商法主体滥用民事权利和行政执法主体违法行政的一种回应,是克服市场失灵和政府失灵的制度设计。经济法作为规范市场经济秩序的法律规范,应具有其固有的法律价值和规则范式。因为干预一词的内涵和外延都较有弹性,可以涵盖管理、监管、调制、协调、调节等内容,因此,文中涉及到关于“国家或政府与市场关系”的表述时可以用“国家干预”“政府干预”“行政干预”代之,只是不同的语境用语的表达上会有不同。“国家干预”主要是相对于“个人自由”而言,可以包括立法干预、行政干预和司法干预,而“政府干预”或“行政干预”主要是相对立法干预、司法干预而言。

²⁰[英]哈耶克著,冯克利译,《经济、科学与政治——哈耶克思想精粹》,江苏人民出版社,2000年版,第124页。

行动。现代市场经济的实质就在于审慎而有计划地获得控制与处置权，也是经济行动与法律之间关系的主要内容。任何类型的经济活动都要对控制与处置权进行某种事实上的分配。市场经济考虑的是如何通过产品的销售以货币形式偿付这些消耗；计划经济则会考虑是否能够提供必要劳动和其他生产资料而又无碍于满足其他被认为比较迫切的需要，两者经济行动的取向主要是针对经济的目的而选择，且从技术上在可供选择的的目的之间以及在目的和成本之间进行权衡。²¹美国胡佛研究所（Hoover Institution）的高级研究员迈克尔·斯彭斯（Michael Spence）在美国经济学家埃莉诺·奥斯特罗姆获得诺贝尔经济学奖后评价她，认为其著作表明“经济学最终要解决的不是市场问题，而是社会资源分配和配置问题”。²²2007年瑞典皇家科学院将诺贝尔经济学奖授予美国经济学家莱昂尼德·赫维茨（Leonid Hurwicz）和罗杰·迈尔森（Roger B. Myerson）、埃里克·马斯金（Eric S. Maskin），以表彰他们对创立和发展“资源配置的机制设计理论”作出的贡献。²³因此，经济的本质就是“资源的配置”模式。西方的经济学发展史，都是围绕着市场与政府两只手对资源配置的辩论史。不论是亚当斯密的“自由放任”还是凯恩斯的“政府干预”都是基于市场与政府对资源配置的角力展开。所有的经济活动都是“市场看不见之手”和“政府有形之手”对资源配置的过程，且在资本主义发展的不同时期两只手交替作用，在不同的市场经济条件和社会经济制度下有所不同，并形成不同的经济关系。只有当这两只手协调并用时，现代经济法才能产生。²⁴

自从有人类社会产生以来，经济关系就是在一定生产方式的基础上的生产、消费、交换、分配等广泛而复杂的诸种社会关系的总称。²⁵在现代市场经济社会中则表现为市场经济关系。法律作为一种行为规范，是人们为建立理想的社会秩序而对社会关系进行调整的产物，即决定法律产生的直接原因是社会关系，包括政治关系、经济关系和家庭关系等。经济关系在由社会关系构筑起来的社会中具有根本性和普遍性的地位，在一定程度上说，经济关系构成了法律的本源。²⁶马克思曾说：“无论是政治的立法或市民的立法，都只是表明和记载经济关系的要求而已。”²⁷因此，经济法所调整的内容，也应该是围绕着市场与政府对社会资源的配

²¹ 参见[德]马克斯·韦伯著，阎克文译，《经济与社会》，上海人民出版社，2010年，第156，160，161页。

²² Michael Spence, Markets Aren't Everything, Forbes.com(October 12, 2009)。转引自[美]富切儿·博茨曼，路·罗杰斯：《共享经济时代：互联网思维下的协同消费商业模式》，唐朝文译，上海交通大学出版社，2015年，第15页。

²³ 参见郭其友，李宝良：《机制设计理论：资源最优配置机制性质的解释与应用——2007年度诺贝尔经济学奖得主的主要经济学理论贡献述评》，《外国经济与管理》，2007年第5期，第1页。

²⁴ 刘文华，《走协调结合之路经济法本源论——“社会基本矛盾论”是解释和解决经济法律体系列问题的理论基础》，法律出版社，2012年，第321页。

²⁵ 参见播静成刘文华主编：《经济法基础理论》，高等教育出版社1993年版，第40页。

²⁶ 参见薛克鹏，经济法定义研究，博士毕业论文，西南政法大学，2002年第43页。

²⁷ 中央编译局，《马克思恩格斯全集》第四卷，人民出版社2002年第121—122页。

置的经济活动展开,经济法的法律关系是经济法在调整市场与政府在资源配置中所发生的经济关系或是社会关系,是一种资源配置关系,且受政治、经济、社会、文化、道德等多种因素综合影响。因此,经济法律规范时常表现为政治化、政策化、社会化和道德化的倾向,对经济法概念的界定也可能会超越法的规范本质,体现更多的利益和目标导向的价值选择,但经济法作为法律规范的本质属性是其本源,不应被异化或淡化。对经济法溯本求源,其概念的界定应该回归到经济法律规范如何调整社会资源配置的经济活动过程中的社会经济关系或社会经济秩序的轨道上,概括并揭示经济法的核心价值 and 终极目标。经济法学研究也应该以经济法的概念为逻辑起点,并遵循法学研究的基本范式,围绕着经济法的立法、执法、司法、守法及其相关的其他社会经济法律现象的法学理论和内在的法律逻辑思维展开,去构建经济法学的理论体系。

（二）经济法的内涵

目前,国内经济法学界多数国家法律主义学者把经济法的调整对象简单归结为政府对市场的市场规制关系和宏观调控关系,强调经济法对“国家干预”或“政府干预”的规范,仅把经济法预设为程序法而非实体法。实际上,经济法的行政规制关系、行政监管关系和行政宏观调控关系既是经济法的实体法律关系也是程序法律关系。在经济法律关系中,市场主体依法享有法定的权利和义务,而行政机关依法享有市场规制权、监管权和宏观调控权,但都必须依法行使相应的权利和权力。国家法律主义混淆了经济法律关系之间的主体关系,误读了经济法的法律实施机制,把经济法律关系简单地解读为经济法的行政执法关系,经济法的行政执法主体也就当然地被作为经济法律关系的一方主体,而忽视了经济法对市场主体之间竞争关系和消费关系、投资关系、保险关系等经济法实体法律关系的调整,即经济法中的法定的私权关系。因此,经济法是实体法和程序法相融合的法律机制,经济法规范的内生法律逻辑关系是实体法律关系,这种实体法律关系既包括法定的市场主体的权利义务关系,也包括政府执法主体职权职责关系。就经济法的市场规制关系、市场监管关系和宏观调控关系而言,是市场主体法定权利义务实现的过程,也是政府职能部门或行政主体行使其行政职权和履行其行政职责的过程,是实体法律关系和行政执法程序法律关系的融合,但行政执法程序关系是以实体法律关系为基础。因此,对经济法的市场规制关系、特别产业的市场监管关系和宏观调控关系,不能简单地解读为国家或政府一方与市场主体一方的法律关系,而应该根据经济法律关系的内容来确定经济法律关系主体,厘清不同经济法律关系中经济法主体的权、责、利、义,并建立相应的经济法律制度。

三、经济法概念的重构

经济法作为新的部门法,经济法学更是一门新的学科。纵观世界经济法史,自其理念诞生至今也就短暂的 200 多年,在悠久的人类法制史上还是个幼稚期,

但其需要规范调整的社会经济关系日新月异，变化莫测。社会存在总是先于社会意识，但先进的社会意识可以预测并正确引导社会发展。经济法作为一门新的法律部门，在制度建设上取得了不少成就，并在理论研究的某些领域已达成了一定共识，但目前学界对经济法的概念尚未形成权威的定论，依旧众说纷纭，有待于厘清与重构。

（一）经济法概念的解析

我国从建国时期的计划经济到改革开放初期有计划的商品经济，再到社会主义市场经济，对于资源的配置就经历了从完全政府计划到政府计划为主，市场为辅的有计划的商品经济，再到市场与政府在不同领域分别配置资源的社会主义特色的市场经济。十八届三中全会提出了“市场在资源配置中起决定性作用”新的资源配置模式，为更全面开放市场，激活市场活力排除了障碍，也为在政府主导的领域引入市场机制发展混和经济模式树立了方向标。在不同历史时期伴随着国家对资源配置方式的不同，作为调整资源配置的经济法律制度也与时俱进地不断地调整变化。为了适应经济发展的需要，朝令夕改也成了经济法的一大特色。无可厚非地，经济法学的研究也要反应当时的经济法律制度以及社会经济生活的现状并烙上了时代的印迹，在不同的时期反映不同的法律意识和法律制度，而且是辩证发展的过程。回顾我国经济法学的研究进程及其所取得的丰硕成果，每一个学者的研究路径都是随着时代的潮流以及社会经济的变化，在探索和思考着最能实现市场机制和政府计划对资源配置最优的制度设计，并且是个不断否定之否定的过程。每一位为了经济法学理论研究而孜孜不倦的学者，不管其关于经济法的解读如何，都是基于那个时代的经济特色对客观存在的反映，很欣慰我国经济法学者在经济法学界百花齐放的学术争鸣和自由中取得的丰硕成果。虽然目前尚未形成权威的经济法概念，但人类对客观事物的认识是越辩越明，最终接近真理。

关于法律的定义，哈特认为属加种差的定义形式是最简单和最能令人满意的，最常用来为法律下定义的一般性属概念是行为规则，然而规则的概念与法律的概念本身同样错综复杂。近似于把所有的法律制度的基本要素中各种不同类型的规则联合为一体，这种表达方式的用法就是由起联合作用的基本要素所决定的。²⁸经济法的概念不是单一的法律要素可以囊括的，应该涵盖以调整对象为基础，反映其调整方法和价值目标的基本要素的组合。经济法属于法的范畴，因此是一种法律规则或是法律行为规范，不同于道德或其他行为规范。经济法脱胎于民法对权利滥用之无奈和行政法对行政权力扩张的乏力，是传统民法和行政法不能适应社会经济发展的必然产物，其调整对象正是民法和行政法力所不能的社会关系。经济法的调整对象和调整方法是经济法区别于民法、社会法和行政法的重要标志，只有明确了经济法的法律调整对象和方法，厘定经济法的概念才能避免

²⁸ 参见[英]哈特(H. L. A. Hart):《法律的概念》，张文显等译，中国大百科全书出版社，1996年，第16-17页。

经济法落入民商法和行政法的思维范畴，建立属于经济法及经济法学范畴的思维模式：即经济法通过对法律传统二元结构的解构和重构，政府、市场和社会成为经济法律关系结构中的三要素，经济法的基本原则和核心价值在于其社会本位原则，政府规章和经济政策等软法是经济法的主要法律表现形式，市场规制关系、市场监管关系和宏观调控关系是经济法的调整对象，其法益目标就在于经济法通过对资源配置的经济活动的市场行为和政府行为的规范和调整，维护社会公共利益和协调平衡社会整体利益，确保公平、效益和安全的社会经济秩序。

（二）经济法概念的构建

综合学者对经济法概念的普遍共识，通过法理的疏理，结合现行经济法现象和经济法律制度，经济法的概念可定义为：经济法是在资源配置的经济活动过程中，为了维护社会公共利益和协调平衡社会整体利益，确保公平、效益和安全的社会经济秩序，调整社会经济秩序中的市场规制秩序、特别产业秩序和宏观调控秩序，规范市场行为和政府行为的法律规范。简而言之，经济法是调整资源配置的经济活动过程中的市场规制秩序、特别产业秩序和宏观调控秩序，规范市场行为和政府行为的法律规范。此定义可从四个层面进行解读。首先，经济法的调整范围是在资源配置的经济活动过程中。强调了经济法的适用领域，有别于其他部门法。其次，经济法的调整对象是社会经济秩序。包括市场规制秩序、特殊产业秩序和宏观调控秩序，调整的具体内容是规范市场行为和政府行为。再者，其法益目标是为了维护社会公共利益，协调平衡社会整体利益，确保公平、效益与安全的社会经济秩序。最后，经济法是一种法律规范，体现了法的本质属性。因此和其他部门法规范一样，体现国家的意志，由特定的机关制定，依法对经济法主体行为进行规范和指引，并对违法行为进行处罚。经济法的概念是由多种基本要素组成的有机联系的整体，社会公共利益或者说社会本位是经济法规范的核心。经济法对个体利益的整体协调平衡不能损害社会公共利益，更不能为了追求经济效益而损害社会公共利益。比如不能为了GDP增长不惜破坏生态环境，但也不能为了所谓的社会公共利益而损害个体利益和公平正义。

在经济法的定义里强调其法益目标或价值是必须的。在经济法的制度设计中，对经济秩序的调整是以维护社会公共利益为价值目标，经济法对市场行为和政府行为的调整就是要强调对社会公共利益的保护。传统民法与行政法、刑法规范侧重于通过对当事人行为的规范和惩罚实现对特定法益目标保护，所以更侧重于“形式理性”。经济法是为了实现对特定法益目标的保护而规范具体的行为，追求的是“实质理性”。⁷⁴但经济法的制度设计，除了要规范市场行为和政府行为，满足社会经济发展的需要外，也应该遵守法的形式理性，不能为了实现特定的行政、政治、社会、道德目标而践踏程序正义。

四、结语

经济法作为实质法的特点决定了其不同于传统法律体系的法律构成和范式，其更注重目的导向的使命可能导致其忽略了规则构建和程序正义，这恰恰成为制约经济法以及经济法学发展的根本原因。不论经济法的法律形式如何，终究不能离开其作为法的本质属性。因此，对经济法概念的构建必须回归其作为法律规范的本质，去提炼更符合其规则体系特色和结构层次的逻辑设计，使经济法概念能真正引领经济法学理论体系的建构和经济法律体系的建设。

数字守门人：超级平台的第三方责任*

付大学**

摘要：人们的日常生活已离不开各种超级平台，它们像守门人一样把关着我们生活的各个方面。守门人及第三方责任理论已经从传统守门人发展到数字守门人，从雇主责任演进到守门人责任。超级平台作为数字守门人，不仅是维护公平竞争的守门人，也应成为消费者权益保护的守门人，应对商业用户侵害消费者行为承担第三方责任。在需求侧，超级平台拥有巨大用户群和影响力，常滥用其技术优势影响着消费者用户的消费行为，是其承担第三方责任的正当性基础；在供给侧，超级平台拥有数字私权力，能对商业用户进行监控、指令和惩罚，是其承担第三方责任的法理基础。第三方责任的承担应当有一定边界，从主体角度应限制在提供网络交易服务且对交易有“实质性贡献”的数字守门人；从责任形式角度要根据是否提起佣金，分别承担补充连带责任和一般连带责任。

关键词：超级平台；数字守门人；数字私权力；第三方责任

在数字经济快速发展的今天，超级平台如同新型的经济航母，在全球化的大潮中乘风破浪。超级平台不仅汇聚了海量的用户与数据，还通过创新的商业模式和技术手段，引领着社会经济生活的新潮流，影响人们生活的各个方面。购物有亚马逊、淘宝、京东等超级电商平台；出行有滴滴、Uber等超级网约车平台；食宿有Airbnb、饿了么等超级住宿和外卖平台等。人们的日常生活往往离不开这些超级平台。然而，正如任何新生事物一样，超级平台在展现出强大生命力和广阔前景的同时，也暴露出了一系列治理上的难题和挑战。平台具有操纵数字市场的潜力，以一种非常具体的方式产生经济和隐私伤害，并损害消费者的自主权，¹例如损害公平竞争、侵害消费者权益等问题。

作为数字经济生态系统中的关键角色，超级平台扮演着“守门人”的重要角色，负责维护平台的规则秩序、监管用户行为、保障交易安全等多重职责。责任是法律的基石，是强制执行几乎所有法律的手段。²超级平台作为数字守门人履行监管职责，理应承担守门人责任。守门人责任包括对自身行为承担的责任（即自律式责任）与对商业用户（还可称为：商家、商品或服务提供者）的行为承担的责任（即第三方责任）。确保和促进公平竞争的责任、保护个人信息的责任等问题近年我国学者们关注较多；³而对于第三方责任问题，人们一般认

* 本文系国家社科基金一般项目《财政资助研发项目风险的财税法规制与制度优化研究》（21BFX119）阶段性成果。

** 作者简介：付大学，天津工业大学法学院教授，法学博士。

¹ See Ryan Calo, “Digital Market Manipulation”, *George Washington Law Review*, Vol. 82, Issue 4 (2014), pp.1024-1025.

² See Rory Van Loo, “The Revival of Respondeat Superior and Evolution of Gatekeeper Liability”, *Georgetown Law Journal*, Vol. 109, Issue 1 (2020), p.141.

³ 参见解正山：《约束数字守门人：超大型数字平台加重义务研究》，载《比较法研究》2023年第4期；

为平台只要不存在过错并尽到合理注意义务就无需对商业用户行为的承担责任。超级平台对商业用户不承担守门人责任的理由在于：平台仅提供交易媒介而不是交易当事人，且商业用户与平台之间不是委托代理关系或雇佣关系，而是独立承包商。本文主要对超级平台的第三方责任进行初步研究，首先分析守门人和第三方责任的理论演进，然后分析超级平台承担第三方责任的理论依据，最后划定超级平台承担第三方责任的边界。以抛砖引玉，求教大方。

一、守门人及其第三人责任的理论演进

在当今的数字经济时代，超级平台作为信息与技术的汇聚点，已逐渐成为社会经济活动的重要枢纽。随着超级平台影响力的不断扩大，它们所承担的责任也日益凸显。其中，守门人与第三人责任的理论演进，为我们提供了一个深入探讨超级平台责任的视角。

（一）守门人理论：从王宫到数字时代的演变

守门人（Gatekeeper），或称为把关人、看门人，是一个在多个学科领域中广泛应用的通用概念，⁴主要是指在特定领域或平台上，具有一定影响力，能够对信息或行为进行筛选、管理和控制的主体。这个概念最初源自对古代王宫内部权限管理的描述，其中负责国王私人房间的内侍有权控制谁能够拜见国王，因此被形象地称为“守门人”。“接见国王的权限是由负责国王私人房间的仆人内侍控制，内侍从守门中致富”。⁵然而，随着时间的推移，这个概念逐渐演变成一个重要理论，并被应用到不同的领域，包括新闻传播、公司证券以及数字经济等。

1. 新闻传播领域的守门人

在新闻传播领域，传播学者勒温首次提出守门人理论，⁶用以解释信息在传播过程中如何被筛选和管理。新闻出版和新闻记者在这一过程中扮演着重要角色，被认为是人们思想的守门人。人们特别关注决定公众阅读内容的新闻记者守门人角色。⁷他们通过选择、编辑和发布新闻，对公众所能接触到的信息进行了筛选和控制。新闻传播学者怀特进一步将这一理论引入到大众传媒领域，强调了大众传媒在信息传播中的重要性和影响力。“他们有权决定什么被允许‘进来’，什么被禁止‘出去’。”⁸换言之，他们作为守门人，有权决定哪些信息可以进入公众视野，哪些信息则被排除在外。在信息筛选与传递过程中，新闻出版和新闻记者扮演着守门人的角色。可见，新闻传播领域的守门人既对信息的筛选，也是他人行为的控制，守门人有选择地让他人发布的信息进入或禁入公众视野。

2. 公司证券领域的守门人

吉尔森与克拉克曼 1984 年首次将守门人理论引入到证券领域，⁹克拉克曼在同年一篇文章《公司责任战略与法律控制成本》中首次使用“守门人”与“守门人责任”概念。克拉克曼指出企业责任失灵的三种原因：资产不足、制裁不足和执法不足，其中执法不足是监管机

张新宝：《互联网生态“守门人”个人信息保护特别义务设置研究》，载《比较法研究》2021年第3期；周汉华：《〈个人信息保护法〉“守门人条款”解析》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2022年第5期；姚志伟：《大型平台的个人信息“守门人”义务》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2023年第2期；程啸：《大型网络平台违反守门人义务的民事责任》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2023年第5期；等。

⁴ Gatekeeper 在新闻传播学术领域通常被译为“把关人”，在公司证券学术领域通常被译为“看门人”，而在数字法律学术领域通常被译为“守门人”，本文统一称为“守门人”。

⁵ See Mamadi Corra & David Willer, “The Gatekeeper”, *Sociological Theory*, Vol. 20, No. 2 (2002), p.180.

⁶ 参见靖鸣、臧诚：《微博对把关人理论的解构及其对大众传播的影响》，载《新闻与传播研究》2013年第2期，第55页。

⁷ See Roy E. Carter, Jr., “Newspaper ‘Gatekeepers’ and the Sources of News”, *The Public Opinion Quarterly*, Vol. 22, No. 2 (1958), pp.133-144.

⁸ Lewis A. Coser, “Publishers as Gatekeepers of Ideas”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 421, (1975), p.15.

⁹ See Ronald J. Gilson & Reinier H. Kraakman, “The Mechanisms of Market Efficiency”, *Virginia Law Review*, Vol.70, (1984), p.549-644.

构无法发现或起诉大量的企业违法行为。针对执法不足，克拉克曼建议将执行权或监督权委托给外部董事、会计师、律师、承销商等这些“守门人”。¹⁰在美国的安然、世通、环球电讯公司倒闭后，凸显了招募各种守门人（独立董事、审计师、律师、承销商、贷款人和股票分析师等）以防止公司欺诈的重要性，于是利用守门人来确保公司披露准确性在监管上占据了核心地位。¹¹因此，证券领域守门人主要指的是那些负责审核和监督公司信息披露的机构或个人，如独立董事、律师、会计师、审计师和证券承销机构等，对公司信息披露行为负责。他们的职责是确保公司向投资者提供准确、完整的信息，以保护投资者的利益和维护市场的公平与效率。守门人在证券发行和交易过程中发挥着至关重要的作用。他们必须对其提供的专业意见负责，并承担相应法律责任。守门人成为公权力监管的私人执行者，为维护证券市场的透明度和合规性作出了重要贡献。可见，公司证券领域的守门人也是对他人行为进行把关与控制，对他人披露信息行为承担守门人责任。

3. 数字经济领域的守门人

随着数字经济时代的到来，守门人理论进一步扩展到个人信息保护、数字反垄断等领域。2023年9月6日，欧盟委员会根据《数字市场法》（DMA）首次指定了六家企业为“守门人”，即Alphabet、亚马逊、苹果、字节跳动、Meta和微软，承担数字守门人义务，以维护数字平台中个人信息安全和数字经济领域的公平竞争。在我国颁布实行《个人信息保护法》之前，有学者就建议设立个人信息保护“守门人”制度，增设网络平台个人信息保护特别义务。¹²随后施行的《个人信息保护法》第58条规定了个人信息保护的守门人条款。然而，有学者认为第58条只能称为“半个守门人条款”，对平台的合规实践，尤其是数据监管义务方面没有任何改变。¹³在数字平台上，用户生成的海量信息需要通过算法、数据管理员等方式进行筛选和管理，涉及个人信息保护和数据垄断监管问题。因此，数字平台被赋予了保护个人信息和维护公平竞争两个方面的守门人角色。一方面，数字平台要确保平台内商品或服务提供者履行个人信息保护义务，此处守门人主要是对他人行为的把关。另一方面，在数字反垄断方面，利用守门人制度规范超级数字平台的反竞争行为，此处守门人主要是对自身行为的把关。可见，数字领域的守门人不仅对他人行为承担守门人责任，也对自身特定行为承担守门人责任。

总之，守门人是一个在不同领域都有广泛应用的概念，不限于上述三个领域。无论是在新闻传播、大众传媒、公司证券还是数字经济等领域，守门人都扮演着至关重要的角色，是对他人或自身行为的把关和控制。笔者认为，在数字经济领域，超级平台应作为守门人，确保商品或服务的质量以维护消费者利益，并对平台上商业用户侵害消费者权益行为承担第三方责任。当然，数字平台对自身行为承担的责任不是第三方责任，而对他人行为承担的责任则属于第三方责任。

（二）第三方责任：从雇主责任到守门人责任的演进

第三方责任是第三方对他人（第一方）的侵权行为向受害人（第二方）所承担的民事责任，即由当事人双方之外的第三方承担赔偿责任。第三方责任已从雇主责任发展至守门人责任。雇主责任更多强调加害人（即雇员）在身份上对第三方（即雇主）的隶属性，而守门人责任更多强调第三方（如平台）在契约上对加害人（如商业用户）管控和约束性的义务，并

¹⁰ See Reinier H. Kraakman, “Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls”, *The Yale Law Journal*, Vol. 93, (1984), p.868.

¹¹ See Assaf. Hamdani, “Gatekeeper Liability”, *Southern California Law Review*, Vol. 77, Issue 1 (2003), p.54.

¹² 参见张新宝：《互联网生态“守门人”个人信息保护特别义务设置研究》，载《比较法研究》2021年第3期，第11-24页。

¹³ 参见周汉华：《〈个人信息保护法〉“守门人条款”解析》，载《法律科学(西北政法大学学报)》2022年第5期，第42页。

承担相应责任。第三方责任中的雇主责任逐渐衰落而守门人责任则受到重视，体现了从身份到契约的过程，是一个“从身份到契约”的运动。¹⁴

1. 雇主责任

雇主责任 (Respondeat Superior)，是雇主对其雇员的行为所承担的法律 responsibility。在现代全球化经济兴起之前，雇主责任早已出现。它起源于一种让户主对家庭成员（尤其是仆人和奴隶）行为负责的责任方式。¹⁵ 正如有学者所言，“有一段时间，主人肯定要为他的农奴或家人的有害行为承担全部责任。”¹⁶ 在十七世纪末和十八世纪初，雇主责任扩展到商业领域，雇主不仅对雇员依其指令的奉命行为承担责任，而且扩展到对雇员执行任务时的所有行为承担责任。基于身份上的隶属性，雇主责任产生有以下四个理由：第一，基于主仆的法律一体性。19世纪法律认为主仆关系的不可分割性，雇员的行为就是雇主的行为，雇主对其雇员的侵权行为负有责任。第二，基于雇主指令和控制雇员的法定权力。雇主对其雇员行为的控制或指令的法律权力自然会带来责任，这是雇主对其雇员侵权行为负责的必然理由。第三，基于雇主对雇员善良品行的默示担保（或信誉背书）。雇主将工作委托给雇员，向公众暗示雇员是谨慎、称职和善良的，若雇员并非如此，雇主因违反默示担保而承担责任。第四，基于利益和责任之间对等关系。因为雇主希望从雇员工作中获益，所以对雇员的侵权行为买单是公平的。¹⁷ 在十九世纪，一些法院对雇主责任适用更加宽松，即使实施有害行为的一方是独立承包商，法院也会追究合作方的雇主责任。

然而，到二十世纪后，雇主责任逐渐衰落，是身份关系向契约关系演化的结果。具体原因有两方面：一方面，代理制度的发展，尤其是基于契约的委托代理制度。代理制度成为第三方责任（即替代责任）的基础。让雇主对第三方行为承担责任，必须符合代理关系的法律标准。独立承包商往往不符合代理标准，法院无法追究其合作方的雇主责任。于是，公司经常以合同外包方式委托独立承包商和服务提供商，既实现了专业性任务交由专业机构负责，也达到了将高风险活动外包出去以规避责任的目标。另一方面，公司组织结构的调整，尤其是彼此独立的母子公司之间风险隔离设置。公司通过调整组织结构将一些风险业务剥离出去，由其成立的独立子公司去承担。基于股东的有限责任，对其子公司的有害行为往往难以追究母公司的责任。因此，“雇主责任衰落的主要原因是代理制度和公司组织战略，二者均使得难以因其子公司或独立承包商的行为而对大型企业提起诉讼。鉴于企业在社会中的普遍存在以及责任在许多法律领域（从环境保护、消费者保护到就业歧视）所起的中心作用，责任的消亡将是一个令人担忧的结果。基于效率、分配和法治等规范性原因，希望建立第三方责任制度，使企业将经营成本内部化。幸运的是，可能扼杀第三方责任的企业组织结构转变必须考虑到，一个与之相抵消的最近由技术、市场和治理发展所推动的变化。”¹⁸ 换言之，因技术、市场和治理发展所推动的守门人责任，填补了雇主责任的衰落。

2. 守门人责任

数字经济中守门人责任的兴起与移动互联网、大数据和人工智能等科技发展息息相关。正如有学者所言，“记录在案的雇主责任的衰落与创新的出现不谋而合，而这些创新最终增强了承担责任的论据。许多大公司的大规模监控能力和技术增强的市场力量使他们在普通法代理标准下对第三方企业有了更大的控制权。以数据和平台为特征的时代，可能有助于扭转

¹⁴ 所有进步社会的运动，到目前为止，是一个‘从身份到契约’的运动。参见[英]梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1996年版，第97页。

¹⁵ Rory Van Loo, *supra* note 2, p.145.

¹⁶ John H. Wigmore, “Responsibility for Tortious Acts: Its History”, *Harvard Law Review*, Vol.7, No. 6, (1894), p.330.

¹⁷ David Jacks Achtenberg, “Taking History Seriously: Municipal Liability under 42 U.S.C. 1983 and the Debate over Respondeat Superior”, *Fordham Law Review*, Vol. 73, Issue 5 (2005), pp.2197-2202.

¹⁸ See Rory Van Loo, *supra* note 2, p.155.

一个诞生于马车时代的学说的衰落。”¹⁹超级平台作为连接商品或服务提供者与消费者的桥梁，已经超越了一般平台的信息提供者角色，成为了具有强大影响力的守门人。因此，在数字经济领域，守门人责任（Gatekeeper Liability）是指超级平台在平台活动中对自身行为和商业用户行为所承担的责任，既涉及平台在数据处理和竞争行为方面的责任（自律责任），也包括对平台中商品或服务提供者的侵权行为所承担的责任（第三方责任）。

守门人责任的提出，是基于对超级平台在现代社会中重要地位的认识。超级平台掌握大量的用户数据与先进的数字技术，完全有能力维护消费者权益，承担守门人责任。一方面，超级平台完全有能力加强自律监管（如数据安全和维护公平竞争等），承担自律责任。例如，欧洲的《数字服务法》和《数字市场法》，被确定为守门人的超级平台需要承担一系列责任，包括确保公平竞争、保护用户数据和隐私等，就是守门人责任中的自律责任。另一方面，超级平台也有能力对平台交易中商品或服务提供者的行为进行监管，承担第三方责任。例如，有学者提出亚马逊和其他在线商品平台应对因平台中销售商的产品缺陷造成的损失承担责任，就是守门人责任中的第三方责任。理由在于，作为守门人的亚马逊，一方面有权力并有能力控制销售商进入其平台；另一方面从消费者与销售商交易中直接获得了经济利益。²⁰本文主要研究守门人责任中的第三方责任，而不研究维护公平竞争等自律责任。

概言之，第三方责任的目标在于突破直接当事方法律关系，让第三方对当事一方有害行为承担法律责任，最终减少或控制有害行为的发生。其突破的理论依据最初为雇主责任，然而随着雇主责任的衰落，守门人责任却不断被委以重任，作为承担第三方责任的依据。

二、技术滥用：超级平台承担第三方责任的正当性基础

如前文所述，承担第三方责任必须基于雇佣关系或者代理关系，超级平台一般会主张与商业用户之间的关系不符合雇佣或代理关系的形式要件。然而，超级平台对消费者用户的消费行为及其受侵害情形往往有重大影响或暗中参与。作为数字守门人的超级平台，法律赋予其第三方责任的正当性理由为：一是超大用户规模使超级平台有巨大影响力，且平台常滥用其影响力；二是超强算力使超级平台拥有算法优势，且平台常滥用其算法。

（一）超大用户规模：超级平台的巨大影响力及其滥用

互联网平台连接着全球范围内的陌生人，通过数字方式连接全球用户的潜力是前所未有的。²¹互联网平台是否应被指定为守门人，主要看其用户规模及影响力。欧盟《数据市场法》第3条第1款明确指定为守门人的三个重要标准：(a)其对内部市场有重大影响；(b)其运营一项核心平台服务，作为商业用户接触终端用户的重要门户；(c)其在运营中具有稳固和持久的地位，或者在可预见的将来能够拥有该等地位。其中，用户规模要求：“其所提供的核心平台服务有4500万月活跃终端用户建立或位于欧盟境内，并且在过去一个财政年度内有10000家年活跃商业用户建立于欧盟境内”。我国国家市场监管总局2021年10月发布的《互联网平台分类分级指南（征求意见稿）》，将互联网平台分为超级平台、大型平台和中小平台。其中，超级平台的关键标准为：上年度在中国的年活跃用户不低于5亿、上年末市值（估值）不低于10000亿人民币，以及具有超强的限制商业用户接触消费者的能力。超大用户规模是确定为守门人的一个关键标准。超级平台因超大用户规模而具有巨大市场影响力，成为连接消费者与商品或服务提供者之间的重要基础设施。巨大市场影响力使超级平台的每一个运营行为和管理决策都能引起市场的广泛关注，并对其产生深远的影响。进而，超级平台被学者称为“系统重要平台”。²²

¹⁹ Rory Van Loo, *supra* note 2, p.161.

²⁰ See Austin Martin, “A Gatekeeper Approach to Product Liability for Amazon”, *George Washington Law Review*, Vol. 89, Issue 3 (2021), pp.768-800.

²¹ See Orly Lobel, “The Law of the Platform”, *Minnesota Law Review*, Vol. 101, Issue 1 (2016), p.108.

²² See Caleb N. Griffin, “Systematically Important Platforms”, *Cornell Law Review*, Vol.107, Issue 2, (2022),

超级平台的巨大影响力往往建立在用户面对平台时的黏性和脆弱性之上。黏性建立在超级平台滥用消费者用户的成瘾性与路径依赖习惯之上，使其难以摆脱平台控制（或者摆脱的阻力较大）。一方面，消费者的成瘾性。使用户上瘾是超级平台故意设计的，也是其成功的关键。“大型科技公司，就像之前的烟草巨头一样，是一个建立在成瘾基础上的行业。虽然世界上最大的数字平台通常是“免费”使用的，但它们利用刺激用户大脑的多巴胺途径，消耗他们尽可能多的时间和注意力。……大型科技公司故意让数十亿人上瘾。……今天占主导地位的数字平台被有意设计为在大脑的各个区域产生结构和功能变化，并触发与尼古丁和其他成瘾药物相同的大脑奖励途径。”²³另一方面，消费者的路径依赖习惯。根据路径依赖理论，²⁴人们的决定或行为习惯一旦形成，其后续选择往往被“锁定”，就会对这种路径产生依赖而难以轻易改变。即使在一个以自愿决策和个人利益最大化为特征的世界里，路径依赖理论认为（人们选择的）锁定和错误也会发生。²⁵超级平台往往根据消费习惯、个人偏好进行个性化推荐，利用信息茧房操纵消费者所获信息，让消费者很难作出自由理性的选择，进而使路径依赖更加严重。

脆弱性则源于超级平台滥用数据、技术和影响力使用户参与平台活动时处于不利地位，甚至导致消费者用户难以感知的危害。首先，由于信息偏在，消费者在接受平台商品或服务时往往处于不利地位。正如有学者所言，“像 Uber 这样的平台可能已经走得太远了，利用对使用者信息的访问和对用户体验的控制来误导、胁迫或以其他方式使参与者处于不利地位。”²⁶其次，消费者用户在接受平台商品或服务时常处于“被杀熟”地位。超级平台利用大数据对消费者进行差异化定价，“大数据杀熟”成为其惯用手段且消费者却很难发现。再次，消费者参与平台活动受到侵害时，有时处于“维权难”地位。若平台方以仅提供交易场所（或交易媒介）为托词，消费者接受平台中商品或服务受到侵害时往往难以维权，或维权成本较高。最后，脆弱性还体现在平台用户无法离开或离开的代价太高。消费者用户离开平台，可能带来工作生活上的极大不便，甚至损失；商业用户离开平台，可能失去接触大量消费者的机会。例如，欧盟委员会写道：“许多商业用户表明，他们试图避免与平台发生任何冲突，担心对他们的业务产生负面影响。这种情况尤其适用于与超级平台发生冲突的情况。因为商业用户表明，由于超级平台的规模、地理范围和平台上活跃的（潜在）客户数量，常常没有可行的替代方案。”²⁷

总之，超级平台拥有巨大影响力并存在滥用情形，确定其为消费者权益保护的守门人并承担第三方责任符合正当性原则。而且，超级平台有技术能力监控和约束平台参与者，因为“位于消费者和服务提供者之间的平台公司具有独特的能力来监控和影响所有参与者——包括那些生计可能依赖于平台的人。”²⁸超级平台不能在赚取超额利润之时，将所有监管责任丢给政府，利益和责任不对等就不符合正当性和公平性原则。

（二）超强算力：超级平台的算法优势及其异化

pp.445-514.

²³ *Id.*, p.445.

²⁴ 路径依赖最先由阿瑟（W. Brian Arthur）在论证技术演进过程中的自我强化现象时提出的，后来被诺斯推广到制度变迁方面，从而建立了制度变迁的路径依赖理论。See Douglass North, “Institutions, Institutional Change and Economic Performance”, Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

²⁵ See S. J. Liebowitz & Stephen E. Margolis, “Path Dependence, Lock-In, and History”, *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 11, Issue 1 (1995), p.205.

²⁶ Ryan Calo & Alex Rosenblat, “The Taking Economy: Uber, Information, and Power”, *Columbia Law Review*, Vol.117, No.6, (2017), p.1624.

²⁷ ECORYS, *Business-to-Business Relations in the Online Platform Environment* (May 22, 2017), <http://businessdocbox.com/Marketing/69772826-Business-to-business-relations-in-the-online-platform-environment.html> [<https://perma.cc/QDB8-LMXW>].

²⁸ Ryan Calo & Alex Rosenblat, *supra* note 25, p.1624.

超级平台在数字算法上更具优势，如淘宝、亚马逊等公司通过其强大的数据处理能力和算法优化，不仅在商品推荐和广告投放等方面展现出巨大的优势，也在提供定制化服务和增强用户体验方面取得了显著成效。超级平台通过分析消费者数据，能够预测消费者需求的变化，及时调整产品供应链，实现产业的精准对接。然而，超级平台的超强算力是把“双刃剑”，既有利也有弊。从利的方面看，超强算力能给平台用户（包括消费者和商业用户等）带来巨大数字红利。例如，超强算力使平台中商业用户提供的商品和服务更符合消费者的个性化需求，实现供需高度匹配；超强算力使平台活动参与者享受更佳的用户体验，提高了用户的满意度；超强算力也能够更有效地预测市场趋势和消费者行为，从而使平台中商业用户能够提前调整策略与优化配置；超强算力还能通过大数据分析帮助识别和减少欺诈行为，增强平台的安全性；等。

从弊的方面看，超强算力可能会产生算法歧视，也可能导致算法滥用。第一，算法歧视（或偏见）。超级平台极少会公开采用歧视性的方法故意引入偏见，通常偏见是以隐蔽方式渗透到算法中。换言之，偏见可通过所谓的“掩盖”方式渗入算法，设计师或其雇主利用复杂算法可隐藏其歧视性行为。²⁹算法产生歧视的根源有三类：一是创建算法的人存在偏见，将偏见转化为数据处理模型（即有偏见的算法模型）；二是算法使用的样本存在偏见（有偏见的样本数据）；三是数据本身嵌入了不平等，导致不同影响（有社会偏见的的数据）。³⁰首先，有偏见的算法模型。算法歧视可能来自于中立或善意的算法设计者的固有偏见，即有偏见的设计者产生有偏见的算法模型。正如有学者所言，“数字算法的主要弱点可能源于它们需由人类设计和操作，设计者的所有缺点都可能影响算法的开发和部署。设计者可能匆忙地构建未经深思熟虑和审查的数字算法，也可能忽视数字算法的潜在价值观和可能带来的后果。如果设计者对潜在偏见持疏忽或漠不关心态度，数字算法在消除偏见方面的潜力将无法实现。”³¹其次，有偏见的样本数据。算法的正确与否，跟输入数据的质量和代表性紧密相关，偏颇且不具有代表性的数据产生偏见的算法结果。“算法歧视可能来自于有缺陷的在线或离线历史数据。当不当的数据被输入或用作训练数据时，这些算法将陷入所谓的“不当输入，不当输出”情况，使结果对被排除人群产生歧视。”³²再次，有社会偏见的的数据。与有偏见的的数据样本的区别在于，有社会偏见的的数据所用的数据本身具有代表性且无质量问题，但是具有代表性的数据因社会固有偏见的存在而产生歧视性后果。而且，人工智能自我深度学习训练，通过将新生成数据反馈给算法，可能会加剧算法歧视，放大现实世界的偏见。算法歧视带来的一个明显后果就是，消费者用户在接受商品或服务时经常受到歧视与差别化对待。

第二，算法滥用。为获取超额利润，超级平台利用数据优势滥用算法上的权力，将算法变成控制或操控的工具。“算法设计者或者其雇主为了实现各种不正当目的，滥用算法优势、操弄算法权力，让原先中立性的工具异化为权力操控工具或手段的过程，即是算法权力异化。”³³超级平台的算法滥用表现为针对消费者用户的滥用和针对竞争者的滥用，本文只分析前者。其一，超级平台利用算法自动关联形成“监控网络”和“数据画像”，导致消费者的传统私人领域遭受非自愿的“公共暴露”风险，侵害消费者隐私或泄露敏感信息。³⁴其二，超级平台利用算法有意编织消费者的“信息茧房”，压缩消费者自主选择空间，让其作出有利于平台商家的决策。其三，超级平台利用算法对消费者实行“差异化定价”，根据消费者“数据

²⁹ See Peter K. Yu, “The Algorithmic Divide and Equality in the Age of Artificial Intelligence”, Florida Law Review, Vol. 72, Issue 2 (2020), pp.356-357.

³⁰ See Ignacio N. Cofone, “Algorithmic Discrimination Is an Information Problem”, Hastings Law Journal, Vol. 70, Issue 6 (2019), p.1394.

³¹ Cary Coglianese & Alicia Lai, “Algorithm vs. Algorithm”, Duke Law Journal, Vol. 71, Issue 6 (2022), pp. 1281-1340

³² See Peter K. Yu, *supra* note 29, pp.358-359.

³³ 张丰羽，汤珂：《数字时代的算法滥用及其规制研究》，载《经济学动态》2023年第2期，第73页。

³⁴ 参见李牧翰：《数字时代下算法滥用法律治理之完善》，载《云南社会科学》2021年第3期，第136页。

画像”来确定商品或服务的价格。如用不同品牌手机打车价格不同，以及“大数据杀熟”等。其四，超级平台利用算法“锁定”消费者，然后利用诱人的优惠吸引消费者消费。根据消费者的“数据画像”，平台向其推送个性化的商品推荐、优惠信息和定制服务。舒适与便捷的个性化服务体验使消费者更加依赖平台，形成了一种无形的“锁定”效应。同时，个性化推送各种优惠信息，让被“锁定”的用户不断消费一些非必须的商品或服务。总之，算法滥用带来的一个严重后果就是，消费者用户在接受商品或服务时经常受到算法控制和剥削，难以自抑地去购买一些不必要的商品或服务。

因此，超级平台的算法权力已出现异化，确定其为消费者权益保护的守门人并承担第三方责任符合正当性原则。超级平台作为数据和技术的集大成者，必须更加严格地审视和约束自己的算法权力，以便更有效地保护消费者权益。赋予超级平台承担第三方责任，可以推动数字经济的健康发展，为社会创造更多的价值。

三、数字权力：超级平台承担第三方责任的法理依据

霍菲尔德认为权力与责任是一对法律上的相关关系，有权力就有责任。嗣后发生的某人（或某些人）之意志所能支配的某一事实或某些事实，便可称其意志居于首要支配地位的那个人（或那些人）握有改变此法律关系的（法律）权力。³⁵权力是改变某种法律关系的选择权或能力，³⁶并不限于公权力，还可以为私权力。超级平台是否对商业用户不当行为承担第三方责任，要视其对商业用户是否拥有权力。

超级平台作为数字守门人，拥有数字私权力。超级平台利用算法技术扩张成了数字权力，具有改变数字法律关系的广泛能力，就是一种私权力。有学者将“数字权力”定义为：数字技术中产生的，以数字化设计、计算和应用为中心的单向强制性权力，是一种通过数字技术强制要求集体组织系统中各成员或单位履行有约束力的义务并导致数字生态系统转化为法治秩序的一种普遍化技术能力，包括数字私权力和数字公权力。³⁷超级平台拥有数字私权力成为学界一个普遍共识，其数字权力来源有三个方面：守门人权力、杠杆作用和信息剥削。³⁸数字权力成为超级平台承担第三方责任的法理依据。超级平台对商业用户的数字权力体现在：监控、指令和惩罚。³⁹

（一）监控：超级平台对商业用户的控制能力

超级平台利用监控技术和声誉机制约束商业用户的行为，限制其使用平台，显示出强大的控制权力。一方面，利用物理手段实时监控商业用户行为的能力。超级平台利用大数据、人工智能等技术，通过身份标签、摄像头、卫星定位、远程电脑截屏等手段全程掌握并实时监控商业用户的行为。例如，Uber、滴滴等网约车平台完全掌握每一单交易信息，包括司机的姓名、手机、位置等个人信息，以及服务时间、线路、对话内容等服务信息；亚马逊、淘宝等电商平台使用一个应用程序来追踪交易信息，如果出现交易异常等问题，平台调度员可以与商业用户取得联系；等。另一方面，利用声誉机制搭建和引入多方参与的相互评价监控模式。超级平台搭建评分和评价系统，引入了新的私人规制形式：评论、评分和网络推荐，使得大规模的动态监控和透明化成为可能。在Uber网约车平台，每笔交易都保留双边评价记录：乘客与司机相互评价，共同激励司机提供一贯优质的服务，因为Uber会淘汰评分低

³⁵ 参见[美]韦斯利·霍菲尔德：《司法推理中应用的基本法律概念（修订译本）》，张书友译，商务印书馆2022年版，第73页。

³⁶ 参见[美]伊恩·艾瑞斯：《期权视阈下的法律权益结构》，朱莺、顾健译，复旦大学出版社2014年版，第4页。

³⁷ 孙笑侠：《数字权力如何塑造法治？——关于数字法治的逻辑与使命》，载《法制与社会发展》2024年第2期，第67页。

³⁸ Lina M. Khan, “Sources of Tech Platform Power”, *Georgetown Law Technology Review*, Vol. 2, Issue 2 (2018), pp.327-328.

³⁹ See Rory Van Loo, *supra* note 2 pp.156-159.

的司机。平台的所有用户，无论是买家还是卖家，房东或房客，司机或乘客，跑腿者或委托人，为了保持高评级都对成功的交易持有浓厚兴趣。识别、审核和评级系统反过来又创造了多层次的相互信任：对参与者的信任、对交换价值的信任、对平台的信任。在平台出现之前，消费者组织是市场的监管中介，但现在监管已经实现众包（向众多参与者分包）。⁴⁰

监控或控制某人（某些人）的权力，是超级平台承担第三人责任的第一个法理依据。例如，美国一些州法院对如何对出租车司机进行分类得出了截然不同的结论，但往往认为出租车公司不承担责任，因为它们对司机缺乏控制。相比之下，在一些指控 Uber 司机殴打乘客案件中，法院在控制权问题上裁定乘客胜诉，认定司机是雇员。为了支持这些判决，法官们引用了 Uber 的技术工具，包括定期智能手机通信、通过算法监控限制司机拒绝接单的能力，以及利用用户评分来影响司机表现。对出租车和网约车案件的司法处理表明，一些法院已经含蓄地意识到，技术将商业关系推向了代理关系。⁴¹此例中 Uber 网约车平台对司机的行为承担第三人责任，是以监控权力作为认定依据。

（二）指令：超级平台对商业用户下达指示的能力

指令是一方对另一方的支配权力，监管机构依据行政公权力下达指令，而超级平台依据数字私权力下达指令。超级平台随时能向商业用户下达指示，具体方式有：直接指令、利用合同间接指令与事后追认。

第一，超级平台的直接指令。有学者指出，信息技术进步使大型科技公司更容易下达指令，且成本更低，以即时反馈为导向的实时监控使超级平台能够随时下达指令。下达临时指令的能力是代理关系的标志，满足了代理关系中的监控和指令要件。⁴²超级平台集成了多项服务和功能，其下达临时指令能力更强，利用大数据和人工智能技术能发现交易异常并随时指示商品或服务提供者。例如，亚马逊能对商品交易异常的销售商随时下达指令；Uber 对司机与乘客在旅途中交谈可能影响行车安全时，就会用人工智能语音提醒；等。另外，超级平台常以代码方式直接下达指令，“代码是网络空间的‘法律’”，代码的编写者具有巨大的控制力。⁴³

第二，超级平台能利用合同条款实现间接指令。通过制定管理商业用户或其他独立承包商的合同条款，大型私营公司在制定规则方面扮演了一个类似于行政机构的角色。⁴⁴超级平台利用其优势地位，将一些常规指令转换成标准合同条款（或用户协议），让商品或服务提供者签署并遵守合同条款（或用户协议），实现其指令的目的。商品或服务提供者“要么离开、要么接受”，但面对无可替代的超级平台时只能接受指令性条款。于是，超级平台的商业用户协议成为实施对商业用户行为治理的主要工具。例如，在其与美国联邦贸易委员会的和解中，Facebook 同意要求“服务提供商必须通过合同实施并维护适当的隐私保护”，以保护从 Facebook 获取的任何数据。当公司后来提交其所需的合规报告时，Facebook 解释说它通过合同实现了对第三方的监督。⁴⁵

第三，超级平台的事后追认或默认。当产品或服务提供者侵害消费者权益时，超级平台往往以侵权行为未经其授权为由进行辩护。然而，确定其责任的另一条途径为：事后追认。超级平台可以通过不对某一行为提出异议或拒绝，或者通过“接受或保留该行为产生的利益”来追认该行为。对于追认，要么了解行为，要么故意不知情，这两者都是必要的。⁴⁶例如，

⁴⁰ Orly Lobel, *supra* note 21, pp.152-153.

⁴¹ See Rory Van Loo, *supra* note 2, p.160.

⁴² See Rory Van Loo, *supra* note 2, p.158.

⁴³ See Rory Van Loo, *supra* note 2, p.161.

⁴⁴ See Rory Van Loo, “The New Gatekeepers: Private Firms as Public Enforcers”, *Virginia Law Review*, Vol. 106, Issue 2 (2020), p.499.

⁴⁵ See Rory Van Loo, *supra* note 44, p. 496.

⁴⁶ See Van Loo, Rory, *supra* note 2, pp.163-164.

网约车平台对司机行车多发生的打车费用虽不是其授权所为,但根据平台提成比例规则提取了佣金,就可以认定平台对司机侵害消费者权益行为的事后追认。

对用户或独立承包商下达指示的权力,是超级平台承担第三人责任的第二个法理依据。作为连接供需双方的重要基础设施,超级平台的指令权力体现在平台规则的制定和执行、服务协议拟定与实施、技术指令控制等,对商业用户和独立承包商进行直接或间接的指令。从法理角度,超级平台行使这种权力时既为商业用户设定了行为边界,也为自己设定了相应的责任。

(三) 惩罚: 超级平台对商业用户的制裁能力

“与公共监管机构一样,大型私营公司掌握强大的封锁制裁权。”⁴⁷超级平台对违规或违背其指令的商业用户有能力进行惩罚。商业用户若出现违法违规行为,平台可以对其实施现金处罚、禁用或解除合同关系。甚至,平台对评分不高的商业用户也有单方面制裁的手段。对商业用户或独立承包商处罚的权力是超级平台拥有数字权力的最直接证据,也是其承担第三人责任的最重要法理依据。

第一,直接处罚的权力。根据平台规则,超级平台能对平台中商业用户的违法违规或不符合指令行为进行直接现金处罚。例如,2017年7月加利福尼亚一位房东因歧视亚洲房客,取消了亚裔美国人预定的房间,被Airbnb平台处罚了5000美元现金罚款。平台经常以违约金方式对违法违规商家进行处罚。例如,《京东开放平台出售假冒商品细则》明确,商家被京东认定出售假冒商品,京东有权扣除100万元或该店铺累计销售金额10倍的违约金(从高)的处罚。⁴⁸

第二,封禁的权力。超级平台对有违法违规或评分不高的商业用户有权暂停其使用、封禁其账户,让依赖该平台经营的商业用户遭受巨大损失,甚至直接倒闭。这种处罚对一般商业用户来说是不可承受的。例如,当怀疑商业用户付费购买虚假评论以提升销量时,亚马逊经常会将不遵守其规则的卖家从名单中删除,终止账户使用对一个小卖家来说可能是毁灭性的。再比如,《京东开放平台出售假冒商品细则》明确,商家被京东认定出售假冒商品,京东有权执行全店商品下架、永久禁止发布新商品、永久禁止上架待售商品并且店铺清退。

第三,退出合同的权力。超级平台对违规的商业用户有权解除合同,利用合同中有利条款单方面退出合同以终止合作。超级平台在建立合作时“预埋”的优势合同条款成为悬在商业用户头上的“达摩克里斯之剑”。“当一家公司有能力在任何时候退出合同关系时,它在发布指示方面都有实际的影响力,因为对方任何不遵守规定的行为都可能使自己失去宝贵的收入来源。”⁴⁹处于优势地位的合同一方利用退出合作关系惩罚合同相对方,成为超级平台的常用制裁手段。

超级平台数字权力的三种表现:监控、指令和惩罚,是其约束平台中商业用户行为的三个权力工具。基于权力和责任相关原则,超级平台必然要承担第三方责任。基于利益和责任对等原则,超级平台也应当承担第三方责任。因此,赋予超级平台守门人地位,承担第三方责任有法理依据。

四、超级平台承担第三方责任的边界

超级平台滥用其影响力和算法优势是承担第三方责任的正当性基础,而其拥有数字权力是其承担第三方责任的法理依据。正如有学者所言,如果我们仅仅依靠国家来解决算法责任的问题,那么我们就找错了地方;相反,我们必须转向其他地方,以确保从私营行业而非公

⁴⁷ Rory Van Loo, *supra* note 44, p.502.

⁴⁸ 《京东·平台规则》, 京东 <https://rule.jd.com/rule/ruleDetail.action?ruleId=3393&btype=1>, 2024年5月8日访问。

⁴⁹ Rory Van Loo, *supra* note 2, p.165.

共监管中获得更多的透明度和问责；由于我们身处一个由私营企业而非国家引发隐私、正当程序和歧视问题的世界，我们必须关注私营企业在解决这些问题上的角色。⁵⁰当然，超级平台承担第三方责任应当有一定边界，应从责任主体和责任形式两个方面划定第三方责任的边界。

（一）第三方责任的主体边界——限于数字守门人的网络交易平台

1. 确立数字守门人

确立超级平台第三方责任有两种路径：一种路径是英美法系以判例方式让超级平台承担第三方责任。美国一些法院通过认定超级平台与商业用户之间存在雇佣关系或代理关系方式来确立超级平台的第三方责任。法官像“刺破公司面纱”一样强制刺破商业用户与平台之间相互独立的面纱，让平台承担第三方责任，从先例上确立新守门人制度。新守门人治理模式正在推动一些企业建立更高的控制关系，从而使法院更有可能将它们视为代理关系中的委托人。技术变革使公司更实际地监控不当行为，保持持续沟通并通过平台驱逐来惩罚不当行为，从而进一步加强了代理关系的论据，也出现了许多不可转让的义务。这些可能被更好地视为一种新形式的守门人责任，因为它们通常试图通过让另一方承担责任来促进一方的遵从法律。⁵¹法官造法所确立的新守门人不仅要承担维护公平竞争的自律型责任，还要承担维护平台消费者权益等第三方责任。

另一种路径是大陆法系以立法方式明确数字守门人，并明确其承担第三方责任。欧盟以《数字市场法》方式确立数字守门人制度，并明确六家科技巨头为数字守门人，更多赋予维护公平竞争的责任。我国可借鉴欧盟的做法，从立法上确立一些超级平台为数字守门人，赋予比欧盟更为宽泛的责任。“倘若在我国立法体系下采用“守门人”概念，体系逻辑的衔接内容则不能局限于反垄断监管规则，而是需要涉及整个数字平台治理体系。”⁵²通过立法方式赋予数字守门人更广泛的治理责任，并不局限于自律型责任，还要承担第三方责任。由于监管机构通过立法方式普遍实施新守门人授权，促使超级平台在监管商业用户时有更多手段，无论何时都能进行监督和惩罚，那么守门人制度使超级平台在保障消费者权益方面应该做得更多，应该承担真正的第三方责任。我国现行法律虽规定了平台承担赔偿责任的特殊情形，但并不属于第三方责任，实践中平台很少承担第三方责任。确立数字守门人目的就是让一些超级平台承担真正的第三方责任。

2. 限于提供网络交易服务的数字守门人

赋予第三方责任一般会有严格的限制条件，要么存在雇佣关系或者代理关系，要么法律直接明确此类责任，否则会扼杀平台经济。于是，各国法律在平台对商业用户行为是否承担责任方面都持谨慎态度。即使超级平台被认定为数字守门人，也不一定承担第三方责任。以美国为例，1996年互联网初期，为了保护交互式计算机服务提供者免于因他人行为而引起的民事责任，美国通过了《通讯体面法案》（the Communications Decency Act, CDA）。该法案规定，“任何交互式计算机服务的提供者或用户不得被视为任何由其他信息内容提供者提供的信息的发布者或发言人。”在向Web 3.0的转变中，一个实际的问题是《通讯体面法案》是否保护平台商业模式。该法案为互联网平台如Airbnb提供了一定程度的法律确定性，以便豁免他们对用户行为的责任。像Uber、Lyft和Airbnb这样的公司，基于其自我定义为纯在线技术网站，主张他们符合该法案的定义，从而受到其保护，豁免民事责任。然而，《通讯体面法案》的保护是有限的。第230条给予带有用户生成内容的网站广泛的豁免权，但不适用于在品牌或塑造交易方面“实质性贡献”的互联网站点，也不适用于实质性贡献于

⁵⁰ See Sonia K. Katyal, “Private Accountability in the Age of Artificial Intelligence”, *UCLA Law Review*, Vol. 66, Issue 1 (2019), pp.61-62.

⁵¹ Rory Van Loo, *supra* note 2, p.172.

⁵² 赵精武：《从“超大型平台”到“守门人平台”：欧盟〈数字市场法〉的制度逻辑与监管特征》，载《数字法治》2023年第2期，第204页。

非法内容的网站。⁵³可见，提供网络交易服务且对交易有“实质性贡献”的平台，不在《通讯体面法案》的豁免范围。

被赋予第三方责任的主体应限于提供网络交易服务且被认定为数字守门人的超级平台。根据提供服务类型不同，网络平台可分为网络交易平台和网络媒介平台，前者提供网络交易服务，而后者仅提供网络媒介服务。网络媒介平台一般提供社交、娱乐、资讯、计算等网络中介服务功能，而不提供网络交易服务，即使被认定为数字守门人，也不一定承担第三方责任。网络媒介平台受《民法典》第1195条和第1196条规定的网络侵权避风港规则的庇护，只履行作为通知权义务人的义务和作为反通知权义务人的义务。⁵⁴笔者认为，超级平台提供网络交易服务且对交易有“实时性贡献”，才应承担第三方责任。

3. 限于对交易有“实质性贡献”或者提取佣金的数字守门人

第一，对交易有“实质性贡献”。本文提出“实质性贡献”的标准，以此作为判断数字守门人是否应承担第三方责任的一个重要依据。“实质性贡献”意味着数字守门人在交易过程中起到了关键性作用，而不仅仅是提供了一个交易场所。例如，如果超级平台通过算法推荐、信誉评价等方式对交易进行了深度参与，那么它就被视为对交易有“实质性贡献”。在这种情况下，数字守门人应当承担相应的第三方责任，以确保交易的公平性和安全性。“实质性贡献”认定应参考以下几个因素：首先，平台是否对交易双方进行了有效的身份验证和信誉评价；其次，平台是否提供了交易保障措施，如退款、退货等；最后，平台是否在交易过程中对商品或服务的质量进行了把控。如果数字守门人在这些方面都发挥了积极作用，那么它就应当被视为对交易有“实质性贡献”，并承担相应的第三方责任。可见，一些超级电商平台、共享交易平台均符合“实质性贡献”标准。

第二，按比例提取佣金。当数字守门人对每一单交易按照一定提成比例提取佣金时，它就可以被视为交易的间接参与方，应当对交易过程和结果承担相应的责任。然而，现实却不是如此，“虽然Uber和Airbnb提供了类似出租车和酒店服务的功能，但通过将自己定义为纯粹的软件应用提供商，避开了许多适用于出租车和酒店的安全、卫生和其他监管要求。”⁵⁵这显然是监管制度没有跟上时代步伐。基于责任与利益对等原则，提取收益的数字守门人理应对商业用户行为承担第三方责任。例如，Uber平台对每一单交易都提取一定比例的收益，理应对交易中司机的行为承担第三方责任，否则显示公平。总之，当数字守门人从交易中获取了一定比例的利益时，它就有更大的责任和动力去确保交易的公平性和安全性。

（二）第三方责任的形式边界——数字守门人的连带责任

从责任类型角度，第三方责任应为民事责任。虽然超级平台作为数字守门人因违反监管义务可能要承担行政责任，但该责任不属于第三方责任，是平台违反法定的强制性义务而应承担的自身责任。例如，超级平台因平台用户行为而受到行政处罚，是其违反法定监管义务而承担的责任，虽然该责任因他人行为而间接引起，但也不属于第三方责任。超级平台的第三方责任限于网络交易平台对商业用户的行为承担的民事责任，责任形式应为真正连带责任，即补充连带责任和一般连带责任。

1. 现有规定的平台责任并不是第三方责任

当平台内商业用户侵害消费者合法权益时，具备三种情形时网络交易平台才承担赔偿责任，此责任并非第三方责任。由于缺乏相关规定，实践中很难追究网络交易平台的第三方责任。根据2013年修订的《消费者权益保护法》第44条规定的网络交易平台承担责任的三种情形为：A. 不能提供销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式的；B. 作出更有利

⁵³ Orly Lobel, *supra* note 21, pp.144-145.

⁵⁴ 参见杨立新：《网络服务提供者在网络侵权避风港规则中的地位和义务》，载《福建师范大学学报（哲学社会科学版）》2020年第5期，第146页。

⁵⁵ Ryan Calo & Alex Rosenblat, *supra* note 26, p.1626.

于消费者的承诺的；C. 明知或者应知销售者或者服务者利用其平台侵害消费者合法权益，未采取必要措施的。有学者认为，A 和 B 两种情形为附条件不真正连带责任，C 种情形为连带责任。⁵⁶其实，C 种情形也不是真正连带责任，也是附有条件的。这三种情形所产生的责任是网络交易平台因自身不当行为或存在过错行为而承担的责任，而不是真正意义上的第三方责任。《电子商务法》第 38 条也有类似规定。网络交易平台所承担的赔偿责任，并不像展销会的举办者和柜台的出租者那样承担真正连带责任（《消费者权益保护法》第 43 条）。在《消费者权益保护法》的修订过程中，修正案草案第一次审议稿将网络交易平台与展销会的举办者和柜台的出租者视为同等情形，承担真正连带责任。由于遭到了电子商务企业等的强烈质疑和反对，才将网络交易平台与展销会的举办者和柜台的出租者区别对待。⁵⁷传统交易平台（即展销会或柜台）辐射范围及对消费者决策的影响，与超级网络交易平台（如亚马逊、淘宝、京东等）完全不能同日而语，与直接提取交易佣金的共享交易平台（如 Uber、Airbnb、滴滴等）更不再一个量级。展销会的举办者和柜台的出租者需要承担第三方责任，而超级交易平台却不承担第三方责任，现在看是立法对平台过于仁慈。根本原因在于，立法未能对网络交易平台进行分类治理，才造成目前的责任与利益不对等现象。

我国的网络交易平台附条件不真正连带责任制度，与美国的《通讯体面法案》一样，有效地规避了一般平台承担第三方责任，避免了平台的责任过重，对平台发展初期起到保护作用，对平台经济快速增长起到推动作用。然而，这种责任机制也使一些网络交易平台快速成长为网络交易中的“巨无霸”，成为“胜者通吃”的霸主，引起社会公众的关注与反感。正如 BuzzFeed 的编辑所观察到的，“美国政治中的一个主要趋势”是“明显且可能是永久的，对科技企业巨头的反感”，现在已将其视为“邪恶的、不受约束的新权力中心”。⁵⁸这种责任形式对保护消费者显然不利，导致实践中出现了一些严重侵犯消费者的人身权和财产权而无法追究平台责任的案例。例如，2018 年 5 月郑州空姐搭滴滴顺风车遇害案中平台只要尽到必要的合理注意义务就不需承担民事赔偿责任。因此，对超级平台而言，立法应根据平台不同类型适当增加其第三方责任。

2. 数字守门人第三方责任：补充连带责任和一般连带责任

数字守门人承担第三方责任形式可分为补充连带责任和一般连带责任，区分标准要看是否按比例提取了佣金。若未按比例提取了佣金，超级平台应承担补充连带责任；若按比例提取了佣金，超级平台应承担一般连带赔偿责任。

一些网络交易平台并不对商业用户的每单交易收取佣金，而是通过增值服务、店铺租赁、自营业务等赚取收益。此时，即使作为数字守门人的超级平台，也仅承担的补充连带责任——即消费者通过网络交易平台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，应向销售者或者服务者要求赔偿；销售者或者服务者不予赔偿或不能赔偿时，可以向平台要求赔偿。平台赔偿消费者之后，有权向销售者或者服务者追偿或者直接扣除其店铺押金。补充连带责任不考虑平台是否有过错，纯粹是他人行为引起的替代责任，就是一种第三方责任。补充连带责任能促使平台加强产品和服务质量监控，建立向消费者预先赔付基金制度，做好消费者权益保障的真正守门人。

一些网络交易平台按照一定比例对商业用户的每单交易收取佣金，此时作为数字守门人的超级平台，应承担的一般连带责任——即消费者通过网络交易平台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或者服务者要求赔偿，也可以向平台主张赔偿。平台

⁵⁶ 参见杨立新：《网络平台提供者的附条件不真正连带责任与部分连带责任》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2015 年第 1 期，第 167 页。

⁵⁷ 参见杨立新：《网络交易平台提供者为消费者损害承担赔偿责任的法理基础》，载《法学》2016 年第 1 期，第 4 页。

⁵⁸ See Lina M. Khan, *supra* note 38, p. 325.

赔偿消费者之后，有权向销售者或者服务者追偿或者直接扣除其店铺押金。以 Uber 平台为例，平台对每单都从商业用户那里提取一定比例的佣金，就是每单交易的间接参与者，因此美国一些法院将二者关系视为雇佣关系。基于利益与责任对等原则，平台理应与商业用户承担连带责任。一般连带责任更有利于保护消费者权益，避免平台获得巨额利益同时却不承担责任或承担较少责任。

总之，相关立法应根据不同类型的网络交易平台分别赋予不同的第三方责任形式，不提取交易佣金的超级平台承担补充连带责任，提取交易佣金的超级平台承担一般连带责任。虽然连带责任加重了超级平台的责任，但有利于维护消费者权益与提升商品和服务质量，也能提升了平台的信誉，最终有利于平台发展。有学者以亚马逊为例，认为亚马逊作为守门人承担产品责任将确保受害者得到赔偿、成本得到有效分摊，并提高产品安全性。⁵⁹由于平台类型不一样，不能“一刀切”适用一种责任方式，不利于平台治理。

结语

随着人工智能、大数据等新技术的发展，超级平台以算法为基础形成的数字权力，引起人们的关注。“一个平台持有的数据（尤其是市场份额较大的平台），既可以用来限制竞争，也可以损害消费者的利益。”⁶⁰在限制竞争方面更多是平台自身行为，监管机构很容易追究平台的自身责任；而在损害消费者利益方面往往是平台上商业用户的行为，依据现行规定难以追究平台的第三方责任。“新的经济模式推动了新的法律进程”。⁶¹在 2013 年修订《消费者权益保护法》时平台经济对每个人日常生活的影响还没有目前如此深远，甚至有些网络交易平台才刚刚兴起。现如今，平台经济影响着我们的吃穿住行的方方面面，既给每个人带来消费者福利，也带来了一些风险或伤害。然而，超级网络交易平台在获得巨额利润之时没有承担相应的责任，以仅提供“交易媒介服务”为借口逃避其应承担的责任。一些超级网络交易平台早已过了初创保护期且有能力承担更多责任，仍坚守与所有平台相一致的过错责任，值得反思。因此，应启动新的修法进程，确立超级网络交易平台作为消费者权益保障的守门人，承担真正的第三方责任。

Digital Gatekeeper: The Third-Party Responsibility of Super Platforms

Abstract: People's daily life has been inseparable from various super platforms, which act as gatekeepers in all aspects of our lives. The theory of gatekeeper and third-party liability has evolved from traditional gatekeepers to digital gatekeepers, and from Respondeat Superior to Gatekeeper Liability. As digital gatekeepers, super platforms are not only gatekeepers for maintaining fair competition, but also should become gatekeepers for consumer protection, assuming third-party liability for commercial users' violations against consumers. On the demand side, super platforms have a huge user base and influence, and often abuse their technological advantages to influence consumers' buying behavior, which is the legitimate basis for their assumption of third-party liability; on the supply side, super platforms possess digital private power, enabling them to monitor, direct, and punish commercial users, which serves as the legal

⁵⁹ See Austin Martin, *supra* note 20, p.796.

⁶⁰ Kenneth A. Bamberger & Orly Lobel, "Platform Market Power," Berkeley Technology Law Journal, Vol. 32, Issue 3 (2017), p.1084.

⁶¹ Orly Lobel, *supra* note 21, p.117.

basis for their third-party liability. The assumption of third-party liability should have certain boundaries. From the perspective of the subject, it should be limited to digital gatekeepers that provide online transaction services and make "substantial contributions" to transactions; from the perspective of the form of liability, it should be based on whether or not a commission is charged, assuming joint and several liability or general joint and several liability, respectively.

Keywords: super platform; digital gatekeeper; digital private power; third-party liability

推进中国式现代化进程中经济法立法的纵向协调路径

李玉虎*

摘要：在法治运行的各环节，立法是法律规范从无到有的首要前提。考察改革开放以来我国经济法立法的进程，其与我国的现代化进程和经济体制改革密切相关，通过经济法立法确立经济体制改革的成果，进一步经济体制改革为经济法立法提供了导向和素材。从经济法立法实践看，以国家立法为主，地方立法辅助的立法模式，能够实现经济体制和经济发展所需的制度供给。推进中国式现代化进程为经济法的国家立法和地方立法赋予了新任务、新探索。在现行立法体制框架下，探索经济法立法的国家立法与地方立法纵向协调路径，区分国家立法与地方立法各自的领域和事项，从而发挥地方参与经济体制改革决策的实施和推动经济高质量发展的积极性和主动性。

关键词：中国式现代化；经济法立法；国家立法权；地方立法；立法协同

一、问题的提出

法治为立法提供正当性依据和必要的限制，立法是实现法治的重要基础和前提条件。党的二十大报告提出“在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家”，党的二十届三中全会从进一步全面深化改革、推进中国式现代化的全局高度旗帜鲜明地指出“法治是中国式现代化的重要保障”，指出：“在法治轨道上深化改革、推进中国式现代化”，“做到改革和法治相统一，重大改革于法有据、及时把改革成果上升为法律制度”。为实现中国式现代化，在立法领域要“推进科学立法、民主立法、依法立法统筹立改废释纂，增强立法系统性、整体性、协同性、时效性”。这既是对法治在中国式现代化中的基础性保障作用的充分肯定，也是对中国式立法现代化提出的新要求。法治的核心功能在于规范与调整现代化进程中公权力与私权利、政府与市场、政府与社会的关系，为经济社会高质量发展提供坚

本文为未定稿，中国经济法学会 2024 年年会暨经济法理论研讨会交流论文。

* 兰州大学法学院副教授。

实的制度保障。¹经济法的部门法属性与进一步深化经济体制改革、推动经济高质量发展高度契合，是事关以法治保障中国式现代化实现的重要法律部门。

从当前国家立法与地方立法看，2022年3月11日十三届全国人大五次会议审议通过的《关于修改〈中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法〉的决定》，明确了区域协同立法在国家法治体系中的地位。所谓区域协同立法，是指区域法治实践中由地方和区域探索的联合立法、合作立法、协作立法等。开展协同立法的主体包括省、自治区、直辖市以及设区的市、自治州的人民代表大会及其常委会。

根据《宪法》和《中华人民共和国立法法》的有关规定，我国确立了统一而又分层次的立法体制，立法工作应当遵循“在中央的统一领导下，充分发挥地方的主动性、积极性”的原则。可见，国家立法机关和地方立法机关之间也存在协同立法的需要。在最高国家权力机关集中行使立法权的前提下，发挥地方立法机关通过制定地方性法规以规范和促进地方经济社会发展，不仅符合我国的立法体制，而且有助于实现地方法治发展。当前，经济领域地方性法规涉及的领域主要有两类，一类是依循国家立法结合地方实际的地方性法规，例如依据《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》等制定的“条例”；另一类是缺乏上位法的情况下关涉地方事务的地方性法规，主要体现在公共事业、城市管理等领域。事实上，第一类地方性法规的必要性值得思考。然而，针对地方经济高质量发展、数字经济等新型领域的地方性法规的制定相对缓慢和滞后。

对于地方立法机关之间依据立法权的横向立法协同，已有诸多理论研究和具体实践。彭真曾说过：“法律规定的东西，一般总是全国都可以通行的。”但由于中国这么大，各地政治、经济、文化发展很不平衡，因此，“在立法过程中，全国人大常委会要同国务院和省、自治区、直辖市人大常委会分工协作，密切配合。²但是，针对国家立法权与地方立法权纵向协同的立法方式，还是一个新的话题。当然，针对“地方法制”、“地方法治”等的研究，有的研究主张地方法制并不是一个与法治相割裂的本体概念，而是一种独特的方法论视角，将地方作为分析单元，观察地方在法治建设中的地位和作用，确信地方能够为中国的法治发展贡献

¹ 封丽霞：《为中国式现代化提供更高水平的法治保障》，《学习时报》2024年8月5日，A1版。

² 参见彭真：《立法要适应改革、开放的需要》，《论新时期的社会主义民主与法制建设》，中央文献出版社出版1991年版，第266-267页。

积极力量。³有的研究则否认“地方法治”的概念及其存在的意义。⁴抛开理论上的争议,从我国经济法律制度实践看,地方先行先试型法治实践的兴起和发育是与内在制度的生成逻辑基本吻合。⁵

从现行立法体制对国家立法权和地方立法权配置角度,存在二者之间相互协同的问题,即在维护法治统一原则和国家立法权至上和权威的前提下,发挥地方立法促进经济高质量发展和新型领域立法,反而应当是地方立法的重要领域。按照2011年发布的《中国特色社会主义法律体系》白皮书,地方性法规是中国特色社会主义法律体系的重要组成部分,而经济法的法律渊源包括法律、行政法规、地方性法规。经过多年改革,当前我国的经济立法在立法动因上体现出政策驱动性和实践回应性,在立法体系上体现出横向协同和纵向续造,在立法模式上体现出授权性和试验性,促进了经济立法的发展和进步。⁶本文认为,经济领域的地方立法并不违背法治原则,反而有助于法治国家原则的落实,在推进中国式现代化进程中,经济法领域的地方立法大有可为。

二、经济体制改革与经济法立法的互动变迁

我国的经济法理论和制度建设进程,与国家现代化之路密切相关。经济法立法的历程可以分为几个重要阶段,每个阶段都有其独特的背景和特点,并且形成了立法促进经济改革和经济发展的良好格局。

(一) 以经济立法为中心推动经济体制的市场化改革(1978年-1992年)

我国经济法肇始于1978年改革开放的巨大变革时代,从一开始就以国家控制经济和经济体制改革为背景⁷。在立法实践层面,曾经长期领导我国立法工作的彭真同志,通过不断总结立法经验提出了我们国家立法工作的指导思想和基本原则,彭真认为,立法要保障和促进社会主义现代化建设的顺利进行,保障和促进生产力的发展。⁸十一届三中全会后,党和国家的工作重心转移到以经济建

³ 葛洪义:《“地方法制”的概念及其方法论意义》,《法学评论》2018年第3期。

⁴ 陈景辉:《“地方法治”的概念如何成立?》,《中国法律评论》2019年第3期。

⁵ 朱未易:《法治中国背景下地方法治建设的实践探索》,《地方立法研究》2021年第3期。

⁶ 史际春:《经济法的立法路径审视及其改革》,《东方法学》2024年第4期。

⁷ 朱崇实,李晓辉:《转轨经济法:一种渐进的制度变迁模式——基于经济法学三十年发展历程考察》,《时代法学》2009年第1期。

⁸ 参见彭真:《论新时期的社会主义民主与法制建设》中央文献出版社1989年版,第135页、第137-138页、第265页。《彭真文选1941-1990年》,人民出版社1991年版,第382页。

设为中心的社会主义现代化建设，随着经济建设的全面展开，彭真提出要经过系统的调查研究，抓紧经济立法，适应改革开放的需要，陆续制定各种经济法。⁹1979年以来，全国人大及其常委会坚持把制定经济方面的法律作为立法工作的重点，加快经济立法的步伐。¹⁰随着我国经济体制从计划经济向商品经济的转变，国家通过经济立法、制定经济法规等方式，逐步建立经济法规体系雏形。在经济体制改革和大规模经济立法实践的背景下，我国法学界开始积极总结经济立法现象，开启了经济法理论构建，并初步形成了中国特色经济法理论框架。¹¹经济法理论学说的不断完善，进一步为经济法立法提供了理论支撑。¹²1982年，国务院和全国人大常委会法制委员会制定了《1982年-1986年经济立法规划草案》，列出了12类145个法规，这为后续的经济法立法奠定了基础。这一阶段，经济法逐步完善，形成了较为系统的经济法规体系。随着经济体制改革的逐步推进和深入，对立法的需求不断加强，对立法工作进行统筹规划问题也就提到了全国人大常委会的议事日程。

在改革进程中，经济立法担负着为经济体制改革提供法律保障的使命，即通过“制定必要的经济法律和经济法规，作为经济体制改革进程中人们进行经济活动的准则。完善和加强经济法制，以法律手段为经济体制改革扫除障碍，保障经济体制改革顺利进行。依靠经济法制，巩固经济体制改革的成果。”¹³在1983年六届全国人大一次会议上，彭真委员长第一次提出“我们要根据实际的需要和可能，有计划有步骤地进行立法工作，做到既积极又谨慎，以保持法律的严肃性和稳定性”。第七届全国人民代表大会常务委员会（任期由1988年4月至1993年

⁹ 参见彭真：《论新时期的社会主义民主与法制建设》中央文献出版社1989年版，第138页。另，1979年，时任全国人大常委会委员长的叶剑英同志在五届全国人大二次会议上提出“我们还需有各种经济法”。但从叶剑英同志的讲话内容看，他所谓“经济法”，是民法、民事诉讼法、婚姻法、计划法、工厂法、能源法、环境保护法等有关经济的法律法规之总称。

¹⁰ 据统计，1979年到1987年全国人大及其常委会制定的85个法律中，有关经济方面的法律有35个，这些法律对于促进社会主义经济的发展，对于巩固和发展经济体制改革的成果，引进外资和国外先进的生产技术，开展对外经济技术交流与合作，发挥了重要作用。

¹¹ 刘文华，徐孟洲：《中国经济法学产生和发展的十年》，《法律学习与研究》1989年第5期。

¹² 例如，1982年9月，国务院经济法规研究中心在北京召开“全国经济法制工作经验交流会”，主要讨论“1982—1986年经济立法规划（草案）”，并讨论经济法理论问题、人才培养问题及经济法宣传和出版问题。参见《第一次全国经济法制工作经验交流会在京举行》，《人民日报》1982年9月11日，第4版。

¹³ 单飞跃：《中国经济法部门的形成：轨迹、事件与特征》，《现代法学》2013年第4期。

3月)制定了我国首个正式报党中央批准的立法规划,当时的立法规划项目共64件,分为两类:第一类为拟提请全国人大或人大常委会审议的法律草案,第二类是拟抓紧调研论证的法律草案。规划列明的起草单位具体到国务院有关委、部、局和全国人大有关专门委员会、常委会有关工作机构。这一时期的经济法立法形成了适应商品经济发展的基础性法律,例如《中外合资经营企业法》《中外合资经营企业所得税法》《个人所得税法》《银行管理暂行条例》《经济合同法》《全民所有制工业企业法》《工业产品质量责任条例》等,涉及国有(时称国营)企业改革领域、财税、金融、市场交易秩序等改革开放的多个领域。

(二) 以经济法立法为重点构建社会主义市场经济体制(1993年-2012年)

1992年,党的十四大报告明确指出,“经济体制改革的目标,是建立社会主义市场经济体制”,¹⁴为新一轮的改革确定了方向。1993年,《宪法》修正案将“国家实行社会主义市场经济体制”载入宪法,成为中国经济法发展的关键节点,此后,国家大力加强经济立法,通过市场规制立法、财税立法和金融立法等措施,初步构建了与市场经济体制相适应的现代经济法体系。¹⁵中国经济法现代化实质上是中国经济法走向世界,与具有国际性和普遍性的现代化经济法相衔接或接轨的过程。因而,一方面,借鉴和移植西方现代经济法是中国经济法现代化的重要前提;另一方面,在移植或借鉴西方现代经济法的制度模式和观念体系时,还应尊重和正视本土法资源,并更新和改造传统法文化中的若干障碍经济法发展的因素。¹⁶这一阶段,经济法体系趋于完备、科学和合理,形成了层次分明、结构合理的部门法体系。然而,既有的经济立法在整体上缺乏前瞻性和体系化的立法规划和设计,因此,经济法更多地显现为多头立法、零散立法、部门立法,由此也容易引发不同经济法律彼此之间的矛盾和冲突;另一方面,我国经济法的规范性严重不足,对法律条文规则化的安排和处理不够、实施机制欠缺、责任制度缺位,已导致我国经济法的规范性水平低下,严重影响了我国经济法的实施绩效。¹⁷(部分内容略)进入21世纪后,随着中国特色社会主义市场经济的逐渐定型和成熟,经济法立法继续推进,特别是在依法治国理念指导下,与市场经济运行密切相关

¹⁴ 《江泽民在中国共产党第十四次全国代表大会上的报告》,《人民日报》1992年10月12日,第1版。

¹⁵ 张守文:《回望70年:经济法制度的沉浮变迁》,《现代法学》2019年第4期

¹⁶ 李昌麒,鲁篱:《中国经济法现代化的若干思考》,《法学研究》1999年第3期。

¹⁷ 鲁篱:《中国经济法的发展进路:检视与前瞻》,《现代法学》2013年第4期。

的民商法和经济法立法正在大规模推进。¹⁸总体来看，我国经济法立法经历了从无到有、从零散到系统的过程，并在改革开放的大背景下不断适应和引领经济发展需求。这一历程不仅反映了中国经济体制的变迁，也体现了法治建设在经济发展中的重要作用。

（三）全面深化改革以来的经济法立法（2013年至今）

2013年11月，党的十八届三中全会审议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》专章论述“推进法治中国建设”，明确要求：“完善中国特色社会主义法律体系，健全立法起草、论证、协调、审议机制，提高立法质量，防止地方保护和部门利益法制化。”（部分内容略）2017年党的十九大作出了中国特色社会主义进入新时代、我国社会主要矛盾发生变化的重大政治判断，对立法工作提出了更高的要求。党的十九届四中全会提出，科学立法应实现从“粗放型”立法向“集约型”立法转变，经济法立法逐渐成熟。中国式现代化进程中的改革叙事彰显出典型的独立自主性演进逻辑，包括保障现代化与改革战略主动的独立自主逻辑、自主决定改革方略及路径的自主决策逻辑、基于国情促进改革生成与深化的内生演进逻辑和主动设置改革原则与定向的自我约束逻辑。¹⁹中国经济法的现代化出现了从借鉴移植到独立自主的转向。（部分内容略）

党的二十届三中全会通过的《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》（以下简称《决定》）在第九部分“完善中国特色社会主义法治体系”中对深化立法领域改革提出了新的要求，要求“协同推进立法、执法、司法、守法各环节改革”。《决定》提出，“统筹立改废释纂，加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法”，为今后一段时期的立法工作提出了新要求。就经济法立法而言，哪些领域需要通过国家立法实现，哪些领域需要地方立法配合实施，值得进一步研究。总体而言，具有导向性、系统性、全局性、整体性、根本性的经济法，需要国家立法，而具有地方特色、地方先行先试、新型领域则应当鼓励地方因地制宜地立法，例如发展新质生产力，促进数字经济发展等领域，可以采取地方立法先行的策略。（部分内容略）

¹⁸ 李玉虎：《经济法体系结构的划分与协调》，《经济法论坛》（第20卷）。

¹⁹ 夏锦文：《中国式现代化的独立自主性与改革新范式的生成逻辑》，《学海》2024年第5期。

2023年《立法法》的修改，突出了党对立法工作的全面领导，明确了“立法应当坚持以经济建设为中心，坚持改革开放，贯彻新发展理念，保障以中国式现代化全面推进中华民族伟大复兴”。《立法法》第7条“立法应当从实际出发，适应经济社会发展和全面深化改革的要求”的规定，“从实际出发”包含着从地方实际出发；第9条关于“立法应当适应改革需要，坚持在法治下推进改革和在改革中完善法治相统一，引导、推动、规范、保障相关改革”的规定，也包含了地方的“改革需要”。

就经济领域立法而言，在国家专属立法权在于“税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度”，“基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度”；在地方立法权方面，省、自治区、直辖市人民代表大会及其常务委员会根据本地具体情况和实际需要，在不同宪法和上位法相抵触的前提下，可以制定地方性法规。在地方立法事项可以作出规定事项，一是为执行法律、行政法规的规定，需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项，二是属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。与此规定，经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定，制定法规，在经济特区范围内实施；将上海市人大及其常委会制定浦东新区法规、海南省人大及其常委会制定海南自由贸易港法规纳入地方立法。

《立法法》的修改也是以适应推进中国式现代化、实现经济高质量发展需要为背景，因此，需要发挥好地方立法实施性、补充性、探索性功能，因地制宜开展区域协同立法和“小快灵”“小切口”立法，增强地方立法针对性和实效性。²⁰

三、中国式现代化目标下国家经济法立法的新任务

从我国经济法理论演进和立法实践看，经济法对于保障和促进经济社会的良性运行和协调发展具有特殊功用。就经济法的立法路径，存在以法典化和统合立法为主要形式的集中立法的路径与分领域、分行业立法的路径。²¹当前，经济法立法的领域性立法相对成熟，但是综合性立法较为欠缺。推进中国式现代化是长期复杂的系统工程，经济法对于促进国家现代化发展目标的实现具有非常重要的

²⁰ 杨维汉，王琦：《深化立法领域改革，在法治轨道上推进中国式现代化——访全国人大常委会法制工作委员会主任沈春耀》，新华网。

²¹ 张守文：《经济法的立法路径选择》，《现代法学》2023年第1期。

作用。²²在中国式现代化这一国家发展的总目标下，国家层面的经济法立法以“存量改废”与“增量立法”为主。

（一）经济法立法推动构建高水平社会主义市场经济体制总体目标的实现

1. 总体目标。党的二十大报告提出，“坚持社会主义市场经济改革方向”“构建高水平社会主义市场经济体制”。²³高水平社会主义市场经济体制是中国式现代化的重要保障。为此要处理好政府和市场关系这一核心问题。就经济法立法而言，需要通过统合立法路径，制定有助于推进和完善高水平社会主义市场经济体制的基本法律。通过经济法立法确保“更好发挥市场机制作用”的具体落实，通过修改和制定市场规制领域的法律，更好维护市场秩序、弥补市场失灵，实现资源配置效率最优化和效益最大化，创造更加公平、更有活力的市场环境。在经济法规则的基础上，畅通国民经济循环，为市场主体提供稳定的预期，激发全社会内生动力和创新活力。（部分内容略）

2. 经济法立法的主要任务。习近平总书记强调，推进中国式现代化是一个系统工程，涉及经济、政治、文化、社会、生态文明等各个领域；也是一个探索性事业，许多未知领域，需要在实践中去大胆探索。²⁴在推进中国式现代化进程中，公有制经济和非公有制经济同时发挥着重要作用，因而当前亟需制定的经济法律包括“国有资本经营法”、“民营经济促进法”等²⁵。在完善全国统一市场和公平竞争方面，需要及时修改完善《标准化法》，以健全国家标准体系和地方标准管理制度；修改《价格法》，推动完善各类生产要素“主要由市场供求关系决定要素价格机制”。（部分内容略）

（二）经济法立法推动健全推动经济高质量发展的体制机制

高质量发展是全面建设社会主义现代化国家的首要任务。习近平指出：“发展要高质量，立法也要高质量。要以立法高质量保障和促进经济持续健康发展。”²⁶经济高质量发展需要新的生产力理论和实践支撑，通过发展新质生产力促进高

²² 张守文：《面向中国式现代化 建构经济法学自主知识体系》，《光明日报》2024年1月19日第11版。

²³ 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》，《人民日报》2022年10月26日，第1版。

²⁴ 《正确理解和大力推进中国式现代化》，《人民日报》2023年2月8日，第1版。

²⁵ 《民营经济促进法》草案征求意见稿已经公布。

²⁶ 习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社2020年版，第253页；第254页。

质量发展是时代的任务。就经济法立法而言，发展新质生产力需要从促进科技创新、市场化资源配置机制、市场公平竞争机制等多个方面出发，制定基础性、框架性、引领性法律。此外，需要健全促进实体经济和数字经济深度融合制度，加快制定“数字经济促进法”，以促进数字产业化和产业数字化为导向，建立数据产权归属认定、市场交易、权益分配、利益保护制度，提升数据安全治理监管能力，建立高效便利安全的数据跨境流动机制，建设和运营国家数据基础设施，促进数据共享。制定“中介机构服务法”，完善中介服务机构法规制度体系，促进中介服务机构诚实守信、依法履责。（部分内容略）

（三）健全宏观经济治理体系的宏观调控立法

宏观调控立法一直是我国经济法立法的薄弱领域。《决定》提出：科学的宏观调控、有效的政府治理是发挥社会主义市场经济体制优势的内在要求。完善宏观调控制度体系，统筹推进财税、金融等重点领域改革，增强宏观政策取向一致性。这一提法为宏观调控立法奠定了基础，在市场规制法的制度供给基本完善的情况下，通过宏观调控立法完善宏观调控制度体系，需要围绕以下方面展开。

1. 加快制定“国家发展规划法”。（部分内容略）
2. 财税领域立法。（部分内容略）

（1）修改《预算法》。健全预算制度，加强财政资源和预算统筹，把依托行政权力、政府信用、国有资源资产获取的收入全部纳入政府预算管理。深化零基预算改革。统一预算分配权，提高预算管理统一性、规范性，完善预算公开和监督制度。（2）修改《企业所得税法》《个人所得税法》。健全直接税体系，完善综合和分类相结合的个人所得税制度，规范经营所得、资本所得、财产所得税收政策，实行劳动性所得统一征税。以深化税收征管改革为目标，加快修改《税收征收管理法》。（3）制定《财政转移支付法》。完善财政转移支付体系，完善财政转移支付体系。

3. 制定金融法。修改《中国人民银行法》，加快完善中央银行制度，畅通货币政策传导机制。制定综合性的“金融监督管理法”，完善金融监管体系，将所有金融活动纳入监管，强化监管责任和问责制度，加强中央和地方监管协同。制定“金融基础设施法”，建设安全高效的金融基础设施，统一金融市场登记托管、结算清算规则制度，建立风险早期纠正硬约束制度，筑牢有效防控系统性风险的

金融稳定保障体系。制定“金融消费者权益保护条例”，建立和完善适应金融消费特征和规律的消费者保护制度。谋划制定“数字人民币条例”，明确数字人民币的属性，稳妥推进数字人民币研发和应用，确保数字货币安全稳定运行。

四、中国式现代化目标下地方经济法立法的新探索

（一）弥补地方经济法立法的不足

重复立法，地方事务特色不突出。在有上位法的情况下，仍然制定地方性法规，例如各地方制定的消费者保护条例、反不正当竞争法实施条例等。《立法法》规定，制定地方性法规，对上位法已经明确规定的内容，一般不作重复性规定。此外，立法工作需要具备非常强的专业性、技术性和操作性，反观现行的地方性法规制定过程，存在立法能力不足的问题。（部分内容略）

（二）主要领域

2019年7月，习近平总书记对地方人大及其常委会工作作出重要指示，要求地方人大及其常委会要“围绕地方党委贯彻落实党中央大政方针的决策部署，结合地方实际，创造性地做好立法、监督等工作，更好助力经济社会发展和改革攻坚任务”。2023年修订的《立法法》第82条明确了地方性法规可以作出规定的事项，为经济领域地方性法规的制定提供了法律依据。当然，也有观点认为，立法法对地方自主立法范围采取正面列举的方式存在弊端，应放弃对地方性事务的界定，转而采取制定权限负面清单的做法。²⁷从地方性法规的属性看，应当在遵守宪法原则和明确规范的前提下，赋予地方剩余立法权，将地方性法规规定事项的范围设定在国家专属立法权之外的所有事项。基于此，就当前推进中国式现代化进程中，地方立法在以下领域可以大胆探索、有所作为。

1. 优化营商环境。法治是最好的营商环境，立法是法治化营商环境建设的重要前提。2019年公布的《优化营商环境条例》第7条要求各级人民政府应当加强对优化营商环境工作的组织领导，完善优化营商环境的政策措施，建立健全统筹推进、督促落实优化营商环境工作的相关机制，及时协调、解决优化营商环境工作中的重大问题。

2. 共同富裕立法。中国式现代化强调以人民为中心，这要求经济法立法必须体现全体人民共同富裕的目标。由于我国区域发展不平衡、不协调的现象在一

²⁷ 王贵松：《地方性法规制定权限的界定方式》，《法学》2024年第3期。

定时期内难以完全消除，因此在共同富裕目标实现上，既要全国统筹协调，也要注重“地方竞争”，如果各地方都积极推进共同富裕，则可以加快全国实现共同富裕的步伐。因此，鼓励地方制定符合实际共同富裕法规，不仅不会破坏国家法治的统一、尊严、权威，而且有利于探索实现共同富裕的法治道理。在实践中，例如浙江省贯彻党中央关于支持浙江高质量发展建设共同富裕示范区的决策部署，通过地方立法推进共同富裕。

3. 促进和规范数字经济发展领域。数字经济是全球经济增长的新引擎，能够优化产业结构、提高技术创新能力，对推动中国式现代化产业体系建设具有重要作用。之所以赋予数字经济领域的地方立法权，有以下理由：一是数字经济涉及面广，当前主要以产业数字化和数字产业化为重心的数字经济发展领域，需要同各地的产业基础、产业优势相结合，实事求是、因地制宜地促进和规范数字经济与实体经济相互融合发展；二是数字经济发展所依赖的数字技术更新迭代非常迅速，引致数字经济发展日新月异，要避免国家立法滞后的弊端，鼓励地方立法机关依据立法职权和适时授权，制定与地方性数字经济发展阶段相适应的地方性数字经济法规。通过地方立法，明确政府在数字经济发展中职责，防止政府以监管之名不当干预数字经济各方主体的利益和行为，释放数字经济发展潜力。

4. 区域协调发展立法。区域协同立法是贯彻国家区域协调发展战略、推动解决发展不平衡不充分问题在法治领域的具体体现。2022年修订的《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》和2023年修订的《立法法》，增加了省、设区的市人大及其常委会有权进行跨区域协同立法的专门条款，为区域协同立法提供了法律依据。区域协调立法需要处理好地方立法权的横向配合，也要处理好国家立法权与地方立法权之间的纵向协调配合（部分内容略）

“需要国家干预说”在数智时代的承继与跃升

——基于市场与政府关系考察的视角

胡元聪 佐曦朗*

摘要：市场与政府关系的考察视角，在经济法的研究中具有特殊地位和特殊意义，其也是透视数智时代经济法变革的重要视角。“需要国家干预说”作为经济法主流奠基理论之一，当然可以而且应该从市场与政府关系的考察视角，从不同层面对数智时代作出回应。“需要国家干预说”在数智时代前后经历了在市场视角、政府视角、市场与政府关系视角方面的认识流变，进入数智时代其既有不变的一面也有变化的一面，因此其理论的承继与跃升也是基于这种认识流变而展开。“需要国家干预说”在数智时代应当承继社会本位原则、经济公平原则和适度干预原则，明晰并守正市场与政府关系应当体现的基本价值和应当服膺的基本框架，从而为数智时代市场与政府良好关系的协调与创新提供指引。数智时代的“需要国家干预说”也应当在“需要”、“国家”和“干预”三大范畴上实现跃升，以适应数智时代市场与政府在内涵和关系上的全新变化，从而实现有效市场与有为政府的有机统一，推动中国经济法学自主知识体系的创新建构。

关键词：需要国家干预说；经济法；数智时代；市场与政府

一、背景与问题

改革开放以来，随着市场经济的日益繁荣和经济法治的日臻完善，中国经济法学在学说层出不穷，流派纷繁争鸣的背景下，虽筚路蓝缕，但幸成果丰硕。而“需要国家干预说”正是其中的主流奠基学说之一。20世纪90年代初，李昌麒教授在他主编并撰稿的司法部高等政法院校统编教材《经济法学》中，从克服市场调节的盲目性和局限性出发，第一次提出把经济法定位于“需要国家干预经济之法”。之后，李昌麒教授又在其个人专著《经济法——国家干预经济的基本法律形式》以及以后的一些论文中进一步阐释了该观点。^①这种把经济法定义为“国家为了克服市场失灵和政府失灵而制定的调整需要由国家干预的具有全局性和社会公共性的经济关系的法律规范的总称”^②，并基于此对经济法的调整对象、基本范畴、本质特征、基本原则和价值体系等内容进行系统论述的观点就被称为“需要国家干预说”。

“任何理论的价值，都要取决于这个理论对客观存在的反映程度。”^③自“需要国家干预说”提出以来，该学说就表现出了很强的现实解释力。然而，时过境迁，相较于李昌麒教授提出“需要国家干预说”之时，具象时空和抽象论域都发生了很大的变化，人类已经步入数智时代。“需要国家干预说”在数智时代也亟需因应变化。但数智时代所引发的变革不是孤立的，它是在技术和社会协同演进逻辑下的历史阶段发生的。这要求对数智时代的研究应当既结合过往，又着眼未来，层层递进，承继跃升。具体到经济法学理论的研究中，不同时期的经济法理论或经济法学研

* 胡元聪，四川南江人，法学博士，西南政法大学经济法学院教授，博士生导师。佐曦朗，广东江门人，西南政法大学中国市场经济法治研究中心人员。

^① 参见李昌麒、叶明、周玉林：《需要干预说与中国经济法——西南政法大学博士生导师李昌麒教授访谈》，载《社会科学家》2007年第2期，第4页。

^② 李昌麒主编：《经济法学》，法律出版社2016年版，第39页。

^③ 李昌麒：《经济法——国家干预经济的基本法律形式》，四川人民出版社1999年版，第1页。

究存在相关性和连续性。^①因此，“需要国家干预说”在数智时代需要因应变化，既不是简单地对既有理论予以否定或抛弃，也不是对传统观点的墨守或照搬，而应当用发展的观点，结合数智时代的具体变化，探索学说应有的承继和必然的跃升。

无论是对现实变化的理解，还是对学说承继和跃升的认识，都需要确定一个视角基点。“需要国家干预说”从一开始就提出的经济法理论研究中的首要核心认识问题，是“正确认识和处理国家权力和商品经济”。^②随后，该认识逐渐得以走向清晰并达成共识。在经济法多年总论研究中，“市场与政府”这组关键词也不断被认识和言说，从某种意义上说，经济法总论很大程度上就是关于如何正确理解和使用这组关键词。^③因而，本文选择了市场和政府关系作为考察的视角，分析数智时代如何分别作用于市场和政府，而市场和政府在数智时代中又会如何碰撞与交互、博弈与纠缠，产生新的社会关系样态。为此，本文拟遵循“市场—政府—市场和政府”的分析框架，首先回顾“需要国家干预说”在数智时代前后的哲学语境流变，然后探讨“需要国家干预说”在数智时代对经济法基本原则的承继，最后阐述“需要国家干预说”语词三大范畴在数智时代的跃升。

二、“需要国家干预说”在数智时代前后的流变

语境是阐释理论、分析理论的重要切入点。它是一种“确定意义的限度、范围和条件”。^④具体而言，语境包含理论产生的时间、地点、物理环境，与理论内容相关的上下文或者平行文本，提出者对于文本话题或内容相关知识的了解等内容。^⑤“法律是语境的产物”。^⑥对“需要国家干预说”在数智时代前后流变的梳理有必要以其哲学语境为切入点，从其语境中把握“需要国家干预说”对市场与政府关系的认识脉络。

（一）“需要国家干预说”在前数智时代的源流

“需要国家干预说”孕育和诞生在我国从高度集中的计划经济体向社会主义市场经济的转变时期^⑦。“需要国家干预说”也在其后科技突破、经济发展、社会进步的时代背景下不断地被发展、被验证、被充实。从诞生到发展再到成熟，其经历了不短的历史过程。虽说彼时知识经济、信息经济已初显苗头，但经济形态上仍然以农业经济、工业经济为主，智能化、信息化、数字化仍然停留在科幻或预言的层面。因此，本文姑且把这样一个历史时期称为前数智时代。而结合“需要国家干预说”的具体内容和“市场—政府—市场和政府”的分析框架，本文把“需要国家干预说”在前数智时代的语境源流归结为三个方面，分别是经济民主立场、有限理性假设和经济法治信仰。

1. “需要国家干预说”的经济民主立场

经济民主立场是“需要国家干预说”中基于市场视角的认识基点。市场所发挥的作用，既有经济性的一面，也有民主性的一面。在“需要国家干预说”的论述中，经济民主被视作经济高度集中或者“经济专制”的对立物而存在^⑧，与政治民主相对应^⑨。这种对应是在改革开放初期为了建立市场经济、树立市场观念的时代性表述，也是市场的政治意蕴、法学意蕴和社会意蕴的理论性表述。具体而言，“需要国家干预说”从两个方面认识经济民主。

一是作为市场的广泛性和自由性融合共生的经济民主。经济的重要性和政治影响的广泛性，决定了当政治追求专制时会首先将目光投向经济领域。在这个意义上，经济民主实质是政治民主在经济问题上的体现，更重要的作用是对抗政治上的专制，主要是围绕约束政治权力而展开。具体到经济法中，“需要国家干预说”首先认为，经济民主所谈的“经济”是市场经济，而不是其

^① 张守文：《数字时代的经济法学：发展机遇与理论拓展》，载《数字法治》2024年第2期，第62页。

^② 李昌麒：《经济法——国家干预经济的基本法律形式》，四川人民出版社1999年版，第187页。

^③ 管斌：《中国经济法学总论30年研究：关键词视角》，载《北方法学》2009年第4期，第56页。

^④ 江怡：《语境与意义》，载《科学技术哲学研究》2011年第2期，第9页。

^⑤ 参见陈开举：《文化语境、释义障碍与阐释效度》，载《中国社会科学》2023年第2期，第187页。

^⑥ 单飞跃：《数字与智能对经济法主体结构的初步影响》，载《地方立法研究》2023年第4期，第70页。

^⑦ 李昌麒：《论社会主义市场经济与经济法观念的更新》，载《现代法学》1994年第1期，第5页。

^⑧ 李昌麒：《经济法——国家干预经济的基本法律形式》，四川人民出版社1999年版，第227页。

^⑨ 参见李昌麒：《经济法——国家干预经济的基本法律形式》，四川人民出版社1999年版，第227页。

它的经济类型。市场经济可以最大程度上保障经济民主的广泛性和自由性，法学上的表达就是“经济民主与经营权、所有权或其他获得物质利益的权利紧密相关，这种权利本身就是经济民主实现的法律形式”^①。在广泛性和自由性的更多方面，“需要国家干预说”提出了经济民主在参与深度上的要求。市场经济除了在市场交换环节中表现的浅层民主以外，还应强调市场经济决策环节的公众参与。在宏观上要求国家对经济干预时，应当广泛征求各方意见，协调各种利益冲突；在微观上要求实现企业民主化管理^②。每一个经济主体都以其在市场经济中的不同角色全面而深入地践行和享有经济民主。

二是作为市场的经济性和民主性张力调节的经济民主。在价值上分析，经济体现的是效率和自由价值，而民主则要求舍弃一定的效率和自由，这两者如悖论般存在，而经济民主的目的是协调两种价值上的冲突。首先，市场作为实现经济性的效率和自由最有效机制，本身表现着民主性。所有市场主体通过对交易价格、交易对象等经济内容的磋商“用脚投票”，实现意见表达和民主商谈。在价格、利率、汇率等市场指标回归均衡的过程中实现市场共识的达成，并从市场共识中折射出不同方面的社会共识。其次，仅靠市场所可以达致的经济性是有限的，因此就需要经济民主的纠偏。市场所代表的效率和自由力量内在存在自我否定的倾向。历史经验证明，高度效率和自由追求支配下的市场运行结果必然是走向垄断并引发种种恶果。最后，仅靠市场所表现的民主是一种片面的民主，会导致其经济性的降维。“消费者在购买商品的时候，只是对产品的价值进行了投票。他们没有并没有对谁应该拥有生产方式，谁能够保持盈利，以及由此造成的收入分配进行投票。”^③这种片面民主会导致经济性的内涵收敛，从而影响经济性价值的多维展开，例如效率的形式和实质、短期和代际、个体和社会等，需要经济民主承载多维价值的实现，同时对市场的终局评判也必然还是要依赖于经济民主的过程^④。概言之，经济民主揭示了效率、自由等经济性质的要求不能涵盖市场的全部需要，对效率和自由进行合理限制也是内生于市场的必然要求。

2. “需要国家干预说”的有限理性假设

有限理性假设是“需要国家干预说”中基于政府视角的认识基点。有限理性假设主要为“需要国家干预说”中关于政府的两个基础性问题提供了哲学启示：一是市场有限理性启示政府干预，二是政府有限理性启示干预政府，下面分别讨论。

一是市场有限理性启示需要政府干预。市场失灵是经济法规制的逻辑起点之一。市场失灵的表现纷繁复杂，有限理性假设则是解构和分析市场失灵的重要理论基础，诸如集体非理性^⑤、信息失灵^⑥、经济人短视等市场现象都可归因于有限理性，对这些市场失灵问题的解决也应当从经济主体的有限理性着手。这为政府干预中基于充分发挥市场在资源配置中的决定性作用前提下“如何更好发挥政府作用”，即干预的具体实施提供了重要的指引。有限理性的提出者赫伯特·西蒙认为有限理性贯穿于经济主体所作的每个决定上，“决策者必须通过搜寻才能获得选择的可行办法，对行动所能产生的结果的知识很不完备且不准确”^⑦，也因此很难采取期望中满意的行动。经济主体在自利动机和有限理性的驱动下往往在行动时无法选择最佳手段实现自身利益的最大化，因此对政府的干预产生需求。^⑧“需要国家干预说”就是要通过政府干预，增加信息供给，引导市场主体理性决策、理性行为，并最终实现市场的有效运行。简言之，政府干预的实施，重点指向和针对市场理性的缺失部分，要通过政府干预增强市场理性，发挥市场在资源配置中的决定性作用。

二是政府有限理性启示需要干预政府。政府失灵也是经济法规制的逻辑起点之一，其要求干

^① 李昌麒主编：《经济法学》，法律出版社2016年版，第57页。

^② 参见李昌麒：《寻求经济法真谛之路》，法律出版社2003年版，第135页。

^③ 李锦峰：《经济民主：文献评述及其理论重构》，载《学术月刊》2015年第10期，第99页。

^④ 参见林越坚：《重识经济民主：波兰尼视角与经济法的社会建构逻辑》，载《政法论坛》2017年第6期，第179页。

^⑤ 胡元聪：《国家干预行为的法经济学分析——基于经济法的认知视角》，载《河南社会科学》2008年第2期，第110页。

^⑥ 参见应飞虎：《为什么“需要”干预》，载《法律科学（西北政法学院学报）》2005年第2期，第57页。

^⑦ 参见[美]赫伯特·西蒙：《基于实践的微观经济学》，上海人民出版社，孙涤译，2009年版，第18页。

^⑧ 参见种明钊、应飞虎：《经济人与国家干预法》，载《现代法学》2003年第6期，第6页。

预政府。而“需要国家干预说”认为政府失灵，正是由于政府理性的有限性^①。这种政府有限理性的观点很大程度上来源于哈耶克对“建构理性主义”的批判。^②这种批判首先建立在这样一种认识上：“任何个人试图凭据理性而成功地建构出比经由社会逐渐演化出来的规则更具效力的规则，都是不可能的。”^③而哈耶克批判建构理性主义者往往“倾向于过高地估计理智”，将“文明所提供的优势和机会，一概归功于特意的设计而不是对传统规则的遵从”，又或是认为通过理性的建构可以“消灭一切依然存在的不可取现象”。^④进言之，他认为建构一个可以不断扩展而有效的经济秩序所需要的理性程度，或更具体的，所需要的信息，“不用说哪个人，即使是任何中央计划机构，也是无法全部知道、占有或控制的。”^⑤总结而言，人的有限理性，决定了由人组成的政府或立法机关的有限理性。而“需要国家干预说”产生和发展的时代背景，以及对20世纪60年代末到70年代中期凯恩斯主义引发的资本主义“滞涨”现象，苏联高度集中的计划经济体制的失败，以及新中国建国以来尤其是改革开放以来经济建设的经验和教训等国家干预经济历史的总结，更验证和加深了这种语境的作用力。“需要国家干预说”也据此提出了有限政府、适度干预、限权干预等重要命题，以及基于此命题的干预政府。

3. “需要国家干预说”的经济法治信仰

经济法治信仰是“需要国家干预说”中基于市场和政府关系视角的认识基点，也是构建市场和政府良好关系的法治目标。对于经济法而言，“需要国家干预说”认为经济法治信仰是中国经济法现代化的根本保障^⑥，这既需要政府信仰，也需要市场信仰。但经济法治的“法”不是简单来源于对自发秩序的确认和记载，“治”不是受治理个体自我执行而形成的自治系统，而是“国家权力以‘理性的方法’调节社会生产和生活实践”^⑦即国家干预。区别于法制，这种干预实践在强调运用法律治理的基础上，要求经济上民主、平等、效益等价值的渐进实现^⑧。那合法性问题如何解决呢，即如何确定这些实质价值的内涵？而如果将某些道德或信仰作为普遍价值强加于整个社会，自然难以为人们所接受^⑨。换言之，市场和政府两套不同的体系如何实现价值上的普遍共通。对此，需要将“需要国家干预说”对法治实践目标的论述和合法性理论问题结合来看。通过树立经济法治信仰，可以实现市场和政府的价值共通。

一是经济法治信仰在内容上的考量。首先是内容上的合经济性。“需要国家干预说”提出“继续完成国家的法治目标的重点向经济领域的转变是实现经济法治的根本保证”^⑩，在经济法治内容中既要体现市场伦理、自由交易、公平交易等基于市场信仰的形式合经济性，又要体现企业社会责任、公平分配、可持续等基于政府信仰的实质合经济性。其次是内容上的合传统性。“需要国家干预说”提出“认真解决经济法治中传统法律文化与现代法律观念的冲突是实现经济法治的思想基础”^⑪。市场是建基于特定传统之上的市场，政府通过法治干预经济，不是脱离传统的干预，不是希望通过法律规定扭转传统，更不是破坏原有传统治理秩序却无法建立起有效法治秩序的干预，而是传统法律文化和现代法治观念调协、有破有立的渐进干预。最后是内容中的合法性。“需要国家干预说”提出“抓紧建立完备的经济法规体系是实现经济法治的前提条件”^⑫，要求经济法治“内容要符合宪法的精神，并且要在等级有序的经济法体系中保持内容的内在统一性”^⑬，处理好宏观与微观、国内与国际、法律与法律等经济法体系内不同范畴的关系。而之所

^① 参见李昌麒、叶明、周玉林：《需要干预说与中国经济法——西南政法大学博士生导师李昌麒教授访谈》，载《社会科学家》2007年第2期，第4页。

^② 参见李昌麒，鲁篱：《中国经济法现代化的若干思考》，载《法学研究》1999年第3期，第89页。

^③ 参见[英]F·A·哈耶克：《自由秩序原理》，生活·读书·新知三联书店，邓正来译，1997年版，第77页。

^④ 参见[英]F·A·哈耶克：《致命的自负》，中国社会科学出版社，邓正来译，2000年版，第58页。

^⑤ 参见[英]F·A·哈耶克：《致命的自负》，中国社会科学出版社，邓正来译，2000年版，第11页。

^⑥ 李昌麒，鲁篱：《中国经济法现代化的若干思考》，载《法学研究》1999年第3期，第97页。

^⑦ 单飞跃、卢代富等：《需要国家干预：经济法视域的解读》，法律出版社2005年版，第56页。

^⑧ 参见李昌麒：《寻求经济法真谛之路》，法律出版社2003年版，第52页。

^⑨ 参见高鸿钧：《法范式与合法性：哈贝马斯法现代性理论评析》，载《中外法学》2002年第6期，第743页。

^⑩ 参见李昌麒：《寻求经济法真谛之路》，法律出版社2003年版，第59页。

^⑪ 同上注

^⑫ 参见李昌麒：《寻求经济法真谛之路》，法律出版社2003年版，第63页。

^⑬ 单飞跃、卢代富等：《需要国家干预：经济法视域的解读》，法律出版社2005年版，第73页。

以从合经济性、合传统性、合法律性出发，概因这既是“需要国家干预说”中提出的处理好市场与政府关系的法治建设方向，也是社会所共同信仰的经济法治价值的正当性来源。

二是经济法治信仰在执法上的考量。“需要国家干预说”提出“加强和改善经济执法活动是实现经济法治的最权威保障”^①，归根结底是要把市场对法治的信仰和期待通过政府执法落到实处。首先需要确保经济执法的严肃性，严格行使经济执法权力。要严格依法，正确处理经济行政权力的授权与控权关系；要严格执行，将经济执法与刑事执法摆在同样重要的地位。其次需要确保经济执法的统一性，克服地方经济执法问题。要认真克服经济执法工作中的部门和地方保护主义，避免过度行政干预。要在地方经济执法工作中树立全国统一大市场的正确观念。最后需要确保经济执法的有效性，有效保障经济执法执行。要进一步解决经济纠纷案件判决、裁定、调解协议执行难的问题，保证执行公信力；也要完善执行程序和执行救济程序，解决执行乱的问题。通过有效、正确的经济执法执行，让市场经济主体在每一起经济司法案件中及时地感受到公平与正义，从而打造出市场认可的营商环境，进一步增强市场经济主体的经济法治信仰。

（二）“需要国家干预说”进入数智时代的演变

什么是数智时代？在不同学者的研究中，还出现过“数字时代”、“数字经济时代”、“人工智能时代”等词语指代数字化和智能化会在当下和未来一段时间内对社会产生的巨大影响。这些词语和数智时代的内涵类似。但应当说，上述词语都只反映了技术影响的一个面向。“初级版本的信息化指的是现实中的工作借助计算机网络实现流程标准化和线上化；数字化是在前者基础上实现信息数字化和处理集成化；而数智化是在前两者基础上，实现决策自优化和执行自动化，即借助大数据、云计算、物联网、人工智能、区块链、5G等技术，实现全周期、全领域、全时空的状态感知、数据搜集、同步分析、自我学习、自动决策、精准执行。”^②因此，相较而言，“数智时代”一词更能涵盖新兴技术将带来的立体化、全时空的社会变革。这种社会变革的颠覆性使其不可能简单地被完整描述，但是本文可以从种种已经发生和可以预见将要发生的市场与政府关系演变中提炼“需要国家干预说”的语境演变。

1. 从经济民主走向数智民主

在前数智时代中，经济民主主要通过市场中的人的参与而实现。通过市场参与，其对市场中的问题予以表达或表决，基于此市场代表着经济民主的存在和实践。虽然经济民主可被视作是对政治民主的补充，但市场本身有其局限性，民主也受到多种外部因素的约束，可以说，经济民主和政治民主都是价值限缩了的民主。但随着数智时代的到来，影响民主实现的各种“参数”和“元素”也将被彻底改变，经济民主将走向数智民主。这里可以从两个方面进行探讨。

一是在直接民主方面，数智民主可以在数智技术支持下更广泛地实现其直接性。在前数智时代，由于经济主体在民主空间上的分布不均，在民主时间上投入不均和对民主事务的认识不均，使得在直接民主实践中要完善地收集经济主体意见，了解经济主体意愿和接收经济主体表达需要付出高昂的成本，直接民主的对象、表达范围都会受限。代议制、消费民主等政治民主和经济民主的方式都是在成本约束下牺牲部分直接民主价值的折中。数智技术则可以支持直接民主功能的充分实现。被空间区隔、身份区分的人们可以在互联互通的网络空间中直接地进行意见表达和协商众议；虚拟现实和增强现实技术可以帮助人们身临其境地认识和理解民主议题的现实情况和预期后果；人工智能更可以为人们提供知识支持；自动摘要技术可以自动将人们对议题的意见进行完整记录和自动分析；区块链技术可以对民主的全过程详细留痕；算法可以使民主过程和结果被实时推送。概言之，数智民主是在数智技术的背景下，参与群体更广泛，议题理解更深刻，意见表达更充分，意见整合更科学，过程进行更透明，结果呈现更真实的直接民主。基于此，更广泛的市场意见将通过技术赋能和加持更直接地向政府反映，从而使传统的市场与政府之间的经济法治关系实现更新迭代。

二是在间接民主方面，数智民主可以在数智生活映衬下更动态地实现其间接性。消费民主、价格民主等都是间接经济民主的表现形式，依赖于市场的普遍性和所反映信息的可靠性，对直接民主起到很强的补充作用。但前数智时代的间接民主表现的是一种静态的间接性。这是因为，作

^① 参见李昌麒：《寻求经济法真谛之路》，法律出版社2003年版，第65页。

^② 齐延平：《数智化社会的法律调控》，载《中国法学》2022年第1期，第78页。

为前数智时代基础的社会化大分工反映到了社会生活的各个方面，社会生活被划分为了不同领域和不同行为方式，分类标准一旦形成就会固化。而数智时代的基本特点是万物互联，共生演化，信息比特流和算法代码流会将看似孤立区隔的不同事物并联到一起，并引发时代质变。这种质变可以被理解为“性质叠加”，即任何一种事物都同时具备多种性质或功能，或者每个事物都具有多种性质的叠加，于是一种事物同时是多种事物，一个问题同时成为所有问题^①。事物性质的叠加会引发社会生活的勾稽，作为政治生活基本活动的民主参与也将从形式划分中脱套，打破领域或行为方式的壁垒，转变为流动的数智民主，不再束缚于议会或市场之中，又或者说，哪里都是议会和市场。也可以说其由集中式民主演化为分布式民主。回顾民主发展的进程，经济民主是民主从固定的票箱中脱套，进入经济生活领域，在相对动态市场中所产生的民主形式。那么数智民主则是民主从一切形式的划分中脱套，与时刻进行中的生活融为一体，使得“民主在生活的每一刻发生”。这也意味着市场与政府的互动将不再局限于市场交易环节，而将在生活的每个环节进行，这就使得个体理性得以被充分关注从而走向了新型化的数智民主。

2. 从有限理性走向双重决策

无论是完全理性或是有限理性，其实都是对人类行为模式的片面反映，也决定了据此所产生的对政府和政府干预的认识必然是片面的。数智时代的到来使这种片面性愈发凸显，需要从有限理性认识转变为双重决策认识，即在政府干预决策中，需要从仅重视实现市场理性、提升政府理性，走向对理性和感性都进行考虑和审视。

一是从理性审视方面进行考察，数智时代带来的技术进步不会将政府引向完全理性政府。数智时代是智能泛在的，人工智能与人类智能的结合将引致向完全理性的接近。一方面，数字化是泛在的。智能终端、传感器、机器视觉、自然数字孪生等智能技术将使社会的全部环境、场景、状态和行为都实现数字化，变得可计算、可模拟、可观测、可预测。新事物产生后的“认识对象”过程将会被压缩，而更重要的步骤则变为了模型校正——在新事物所引入的新“参数”和“元素”基础上对原有的一切进行再确定。另一方面，智能辅助是泛在的。每个决策个体都可以在人工智能和自动技术的辅助下，实现决策信息的充分化、决策内容的自优化、决策执行的精确化。如果把完全理性视作一个给定的选择集合——每个人都知道自己可以选择什么，和一个给定的效用函数——每个人都知道自己想要什么，然后计算最大效用的选择^②，那么智能的泛在已经使得每个人都可能无比接近完全理性的状态。这是否意味着更具技术优势和人才优势的政府进入了完全理性状态，从而可以干预一切，计划一切？但值得深思的是，可能恰恰相反，当政府寻求智能决策支持，智能要么提供许多决策参考因素和可选决策方案，要么相当简洁地提出一个“完美”方案，将分别导向的可能是决策的无助或决策的武断，这都可能是政府失灵的新型表现之一。因此，并不能认为数智时代会完全导向完美政府和全面干预，而仍然需要经济法对政府干预程序、干预领域进行法律限制。

二是从感性审视方面进行考察，数智时代带来的技术进步对政府干预提出了全新的要求。政府可以利用技术优势和人才优势缓解技术带来的信息泛滥和决策困难，但市场中的经济主体在没有更多资源的背景下，可能很容易导向两种错误决策方式：一是决策主体“不学习”而可能会回避新型信息，转向对已有知识体系的沉溺，甘于沦为“功能性文盲”；二是决策主体“不思考”而可能会转向“智能性依赖”，而非仅仅是利用智能的辅助。其可能将感性机能抛弃，单纯顺应智能提供的信息和建议进行决策。从个体角度看，脱离自身感性所带来的直接现实性，其理性也就失去了基础；从整体角度看，智能可能会被算计，理性可以被引导而进入马尔库塞所称的单向度社会。政府如果还是仅从理性的角度干预市场，可能会导致市场破坏或者干预无效。从表面上看，技术似乎可以提升理性，但经分析却发现技术更可能会引向理性的坍塌，这种矛盾产生的真正的原因是仅仅将理性视为决策基础已然不足。即使有限理性代表着对完全理性认识的发展，却仍然没有将理性和感性等量齐观，在许多经济立法或干预决策中，仍然是从如何实现市场或政府完全理性出发。但是，从休谟到丹尼尔·卡尼曼，感性系统、价值系统、直觉系统的重要性已经被多重论证和检验。甚至可以说，是否选择让理性发挥作用，参与决策，是由感性选择来决定的。

^① 参见赵汀阳：《一种可能的智慧民主》，载《中国社会科学》2021年第4期，第7页。

^② 参见[美]赫伯特·西蒙：《基于实践的微观经济学》，上海人民出版社，孙涤译，2009年版，第18页。

进入数智时代，参数化思维、人的主体性危机从应然层面呼吁政府对感性的重视；技术自动化、预设化、互联化，信息充盈等趋势从实然层面对政府的决策提出了更多关注感性的要求。简言之，当信息是充分的，选择是多样的，如何进行干预决策就转变为了价值的、感性的问题。继而，如何从理性和感性的双重决策系统定位自身、干预市场，就成为了政府需要解决的新时代命题。

3. 从经济法治走向多元共治

经济法治对市场自由与政府干预之间的张力起着重要的调和作用。但也需要认识到传统经济法治存在固有的局限，尤其是当数智时代给市场和政府关系带来剧变以后，传统的经济法治就已经难以适应，需要重新分析市场和政府关系互动的法律形式，将经济法治信仰从传统经济法治转向多元共治。

一是数智时代传统经济法治的缺陷会被放大。如果对法治的复杂样态进行化约，法治的基本模式可被概括为具体事实被涵摄于抽象的法规范之下进而得出特定的法治效果。在这种基本模式下，涵摄降低了社会的信息成本，稳定的法治效果则塑造了社会的规范预期，两者共同构成了法治的基本功能。但这当中也蕴含着法治的必然缺陷。因为收集和处理信息受成本和技术双重约束，所以需要通过涵摄抹消大量细节信息。同时，因为难以对所有情况进行建构和预设，所以需要通过固定化的法治效果覆盖多种不同情形。然而信息的抹消意味着对特性的忽视，法效的固化意味着治理的僵化。其后果是法治或倾向于生搬硬套或者规制真空，以致于回避了复杂性和创新性，或直接“背离”了法治要求。这种缺陷在金融法领域尤为明显，金融法难以适应复杂灵活的金融创新，因规制不善导致的风险层出不穷。只能通过“背离”传统经济法治要求的金融司法监管化，金融法律政策化等手段加以弥补。政府监管确定性，市场创新自由性和市场风险可控性似乎逐渐成为了不可能三角。而可以预见的是，数智时代主体间行为和关系样态的复杂性、创新性更甚，风险的传递量、破坏力、影响面也将在技术加持下放大。市场和政府良好关系的法治联结已不能仅依靠传统经济法治来实现。

二是数智时代新型多元共治的目标将成必然。将法治和共治进行对应，就意味着此处所称的共治并不仅仅指称更多的主体参与到治理中，而强调共治功能对法治缺陷的弥补。从这个意义上说，共治是对多元主体的动态关注，是多元治理供给和治理需求的耦合。法治面向的是不特定的一切主体，但法治更关注治理的一般性，基于领域法学视域对不同的具体事实进行抽象涵摄，对不同的复杂情形规定相同法效。和民主相似，这种一般性治理仅仅是一种给定条件约束下的折中最优，而不是条件发展视角下的最优。在数智时代下，由于技术在信息收集、信息处理、情形预判上的显著优势，规则恰恰不需要省略信息，而是要将尽可能多的信息（大数据）纳入考量并随时更新。行业自律、企业管理等内部治理方式将不仅存在于行业协会或企业这样的资源和信息高度集中的主体中，每个个体间，或者小范围的社群间都会通过人工智能算法生成更符合当事人特性和需求的规则而进行精细化的内部治理。进一步地将出现各种新的跨国家、超国家、亚国家、区域性、平台性、私人性、随机性、部落化、区块化的治理机制^①。传统经济法治将需要接受这些治理机制并与其共存，治理也因此必须转变为政府的法治和市场的自治互嵌互融，形成合力，避免冲突，即实现多元共治。

三、“需要国家干预说”在数智时代的承继

有一系列问题或许会产生在处于数智时代的今天：若数智时代发生如此深刻的变革，尤其是在治理、规则等法律层面的变革，法律还会存在吗？经济法还会存在吗？“需要国家干预说”还会存在吗？毫无疑问的是，技术会对法律造成很大的冲击，在调整功能和调整范围上都会对法律提出很大的挑战。但应当说，这些问题在本质上并非新问题。“需要干预说”在自我认识未来发展的方向时，就曾经提出，模糊部门法的划分，私法公法化和公法私法化以及“第三法域”的扩张，勇敢地迎接知识经济时代为经济法发展提供的机遇和挑战，是经济法的现代化趋势。^②而当前所出现的问题，也可以说是法体系和其他规范体系划分的模糊，非国家规则的公共化和国家规则的私人化，以及需要勇敢地迎接数智时代为经济法发展提供的机遇和挑战，是过往问题的一种

^① 参见余成峰：《人工智能时代的范式转移与法律变革》，载《科学与社会》2019年第4期，第104页。

^② 参见李昌麒：《寻求经济法真谛之路》，法律出版社2003年版，第141页。

扩大化。时代的发展是永恒的，“只有通过经济法实践的感性活动，经济法的时空性才会现实地生成并为人们所识”^①，在数智时代来临并发展完全之前，或许前面所提出的问题永远也不会有答案，但这并不意味着只能等待，而是应当不断发展理论。发展不是无根之木，无源之水。当新旧规则的碰撞越是激烈，市场和政府关系越需要重新适应社会和大众的变化时，曾跨越多个激荡时代，表达着经济法的本质特征、法律精神和法律价值的基本原则的重要性就越是凸显，对市场和政府关系处理都起到指引和导向作用，需要我们传承和继延。

（一）社会本位原则的承继

毋庸讳言，市场与政府并非完全对立而是存在共同性价值和利益，其共同性集中体现于社会本位原则。社会本位是相对于国家本位和个人本位而言的，这些不同的本位背后是永恒不变的利益关系。而利益的分化与组合决定了与此相适应的法本位的选择与划分，利益基点的差异才是区别不同法本位之间关系的根本标志。^②社会本位原则对经济法和“需要国家干预说”的塑造也是从利益出发而进行的。社会本位是维护社会利益为出发点的本位思想，社会利益就是能够为广大人民群众所能享受的利益，这部分利益关系显然不适合用以命令和服从为特征的行政法进行调整的，更不适合用以保护当事人一方为出发点的民法进行调整，最适当的是由以国家适度干预为已任的经济法进行调整。^③

1. 承继社会本位原则的理论依据与现实基础

自从社会存在以来，社会利益就内涵于其中。但在很长的历史时期里，社会利益被视为是个人利益的加总，或是可以在个人利益、国家利益实现的过程中悄然地被一并实现。基于此，社会利益被掩埋或淹没在个人利益和国家利益之下。直至19世纪末，垄断、环境、劳动者、消费者等公共问题频繁爆发，引发了人们对社会利益的重新思考，在法学领域则表现为“法律社会化”运动，经济法本身也是在法律社会化运动过程中诞生并成长起来的一股新生法律力量^④。市场无法提供公共物品、社会中间层迅速发展等现象愈发被重视^⑤，“市场只是为了让每个个人的利益最大化”、“政府应当仅充当守夜人”等命题重新被审视。市场与政府在社会利益的层面如何实现共融成为市场与政府的共同追求。社会公共利益被独立表达，而不再依附于个人利益和国家利益，社会本位的理念由此得以最终树立。进入数智时代，市场与政府都有扩张的潜在趋势。大型市场主体依赖科技加持获得了大量“准公权力”，政府依赖科技力量逐步成为“技术利维坦”。因此，这就更需要承继社会本位原则，坚定地指引市场与政府基于科技向善的社会利益为导向进行互动和博弈。

2. 承继社会本位原则的基本向度与路径选择

数智时代承继社会本位原则，需要处理好数智时代背景下个人利益和社会利益的关系。首先，要通过数智民主实现个人利益与社会利益的协调。个人利益之间、个人利益与社会利益之间的冲突，需要法律基于民主所形成的社会利益共识安排规则予以解决。而数智民主可以实现的是更全面、更高维的社会利益共识。其不仅包含经济利益，还有共同安全、共同价值、共同愿景等多方面的体现社会本位的内容。其次，要通过双重决策减轻个人利益与社会利益的冲突。在市场中，每个经济主体有不同的利益观、价值观，其是因为理性认识的不同，但更受感性影响，例如因受到噪声、偏差或不同价值观念而影响了自已的选择。理性认识水平越高，则选择中感性的重要性越大。双重决策指引政府在干预中重视理性和感性的干预措施并用，从而引导市场主体在利益观、价值观与社会公共利益形成一致，避免利益冲突，最终实现社会本位。最后，要通过多元共治实现个人利益与社会利益的共通。多元共治意味着权力结构从公私二元引向了“国家权力—社会权力—私权利”的三元结构，社会中将出现无数个与个人和国家并存的社群。这些社群成为了抽象社会利益的具象化载体，代表着不同的社会利益诉求。而个人在不同的社群中有不同的角色和不同的利益诉求，个人利益诉求则通过社群与社会利益诉求融合共通。

^① 李昌麒、黄茂钦：《论经济法的时空性》，载《现代法学》2002年第5期，第5页。

^② 参见李昌麒主编：《经济法理念研究》，法律出版社2009年版，第152页。

^③ 参见李昌麒主编：《经济法学》，法律出版社2016年版，第56页。

^④ 参见李昌麒主编：《经济法理念研究》，法律出版社2009年版，第160页。

^⑤ 参见张守文：《论经济法的现代性》，载《中国法学》2000年第5期，第60页。

（二）经济公平原则的承继

“经济公平最基本的含义是指任何一个法律关系的主体，在以一定的物质利益为目标的活动中，都能够在同等的条件下，实现建立在价值规律基础上的利益平衡”。^①经济公平原则也曾被称为社会公平原则^②，是经济主体进行交易的基本要求和基本条件^③，具有形式和实质上的双重要求。形式上强调机会的平等，与民法上的公平原则相同；实质上则更具经济法的独特价值，因为“实质公平是经济法对法律公平价值的解释”^④，即强调资源和禀赋存在差异甚至是不平等前提之上的一种结果上的公平。据此，“需要国家干预说”提出了三项重点需要关注的经济公平内容，分别是竞争公平、分配公平和正当的差别待遇。

1. 承继经济公平原则的理论依据与现实基础

经济公平指向了市场与政府关系问题中的一个重要方面：政府可以在多大程度上接受市场上的差异。市场需要差异，存在差异，实现差异双方的资源和信息的交换，是市场的存在条件和基本功能。但认识差异、交换差异的能力本身也是存在差异的，纯粹依靠市场进行调整，很有可能导致资源和信息的单边富集，市场结构被扭曲，差异的交换异化为差异的奴役。这种扭曲和异化随着人类进入现代社会，政府发展为现代政府而愈发不可被接受。差异不能被无限的放大，消除差异的自我路径和公共路径也不能被堵上，而更需要政府主动、积极地缩小差异，提供消除的公共路径。在前数智时代中，差异主要表现为区域差异、城乡差异、行业差异、产业差异、时代差异、制度差异，对经济公平的阐发也是主要从差异所导致的弱势群体保护^⑤、公平分配^⑥、反贫困^⑦等方面展开。进入数智时代之后，除了原有的差异问题以外，还产生了许多新的差异问题，目前已经可以观察到的包括需要解决的数字社会带来的算法歧视消除、数字鸿沟弥合、数字适老应对、数字财富分配、数字劳动正义、数字税收征管等等问题。这些都需要承继经济公平原则，发挥经济公平原则在对这些问题的全新立法和治理过程中的指导或规制作用。

2. 承继经济公平原则的基本向度与路径选择

数智时代承继经济公平原则，需要赋予经济公平原则全新的重点内容。首先，数智民主要求经济公平的实现更加精细有效。区域、城乡、老弱病残等对差异的划分和描述，实际上仍然是粗放的、“一刀切”式的，实践中广泛存在帮扶不准或错误的情况。数智民主还可以对民主意见进行更细致的末端划分，以实现国家干预实质化所需要的对具体人格分析^⑧，还可以在民意中归纳不同人群对不公平的认识和需要，从而使得国家实现经济实质公平的干预更加精细有效。其次，双重决策要求经济公平的实现更加全面深入。固然，经济公平要在经济利益、经济条件上作实质再分配，会涉及大量的理性因素，即通过国家干预实现价值规律基础之上的利益平衡。但与此同时，还需要补充对感性因素的关注，国家干预既要保护处于不利地位的一方，使其不因实质公平的调整受歧视或尊严受损，敢于、愿意维护自身应有的公平权利或接受补偿和救济。还要在观念和感受上均衡形式公平和实质公平，不能因实质公平的实现而挫败形式公平的价值，不使不平等变得天经地义或加深，也不使处于相对优势地位的群体被“人人喊打”，让所有人有条件、有动力、有保障地在市场中自我发展。最后，多元共治要求经济公平的实现更加关注制度。垄断、差别政策是破坏经济公平的重要因素之一，这两者的共同点都是内外部制度的不同产生了不公平的交易条件和交易方式。而当多元共治形成之后，个体化、多元化的规则和制度就是内外部不公平交易条件和方式的温床，很容易产生制度套利、规则套利。国家需要基于经济公平原则进行干预和调整，实现制度公平，形成公平价值聚合下的多元共治信仰。

^① 李昌麒：《经济法——国家干预经济的基本法律形式》，四川人民出版社1999年版，第229页。

^② 参见李昌麒：《寻求经济法真谛之路》，法律出版社2003年版，第93页。

^③ 参见李昌麒主编：《经济法学》，法律出版社2016年版，第57页。

^④ 江帆：《经济法的价值理念和基本原则》，载《现代法学》2005年第5期，第119页。

^⑤ 参见李昌麒：《弱势群体法律保护问题研究——基于经济法与社会法的考察视角》，载《中国法学》2004年第2期，第81页。

^⑥ 参见李昌麒、应飞虎：《论需要干预的分配关系——基于公平最佳保障的考虑》，载《法商研究》2002年第3期，第3页。

^⑦ 参见李昌麒：《中国实施反贫困战略的法学分析》，载《法制与社会发展》2003年第4期，第86页。

^⑧ 参见薛克鹏：《经济法的实质正义观及其实现》，载《北方法学》2008年第1期，第98页。

（三）适度干预原则的承继

适度干预原则是体现经济法本质特征的原则。“需要国家干预说”从两个基本维度界定“适度”：一是国家对市场失灵领域进行干预，二是国家对全局性与社会公共性的经济领域进行干预。^①市场失灵是政府干预的前提，而当市场失灵所对应的经济领域或经济关系已经具有了全局性与社会公共性，政府才可以实施干预，这是适度干预的基本逻辑。

1. 承继适度干预原则的理论依据与现实基础

适度干预原则为我们昭示了：要认真对待国家干预。何为认真对待国家干预？就是要针对市场和政府中需要经济法干预的领域或关系的具体情况采取适当干预手段进行干预，而不能脱离情境对如何进行国家干预进行简单概括。只认为应该干预或者不干预、增加干预或者减少干预、早干预或者晚干预、慢干预或者快干预、积极干预或消极干预、用强制性手段干预或者柔性手段干预，都不属于适度干预，质言之，是要避免干预的随意性。而随意和适度的标准根本在于市场。

“经济法的权威来源于何处？从形式上看，来源于最高立法机关的立法，实质上来源于市场。”^②干预能不能回应市场的呼声，干预能不能促进市场的发展，干预能不能弥补市场的缺陷，才是衡量适度的根本标准。在传统上，经济法的国家干预主要依赖于财政、税收和金融等手段，而随着科技发展，技术在干预中有了更多的角色，从而提高了适度干预原则的重要性。技术作为干预对象时，其特性在于创新性和颠覆性，则要求在干预中更加注重在不确定性和稳定性、包容性和严格性中寻觅适度。技术作为干预手段时，主要表现为大数据、人工智能和监测技术，它们可以更为精确的发现干预焦点和干预源头，辨别干预关联因素，干预更加积极和敏捷，且逐步从事后干预向事中干预，甚至事前干预转变，这要求在干预中更加注重对干预的成本和收益、干预损害和干预效果、干预强度和干预对象的风险中进行衡量，寻求适度。除此之外，技术还有可能作为风险因素而出现。与应受干预的技术不同，科技越发展，技术风险越大，但技术对风险的作用力就越难以被明晰。越来越多的风险是不可被归责于单一责任人或任何一种单一技术，但风险的破坏力、传导力都在逐步增加，这要求在干预中更加注重干预范围、干预时点、干预对象的衡量选择。由是观之，以科技为时代特征的数智时代中，更加应当承继适度干预原则。

2. 承继适度干预原则的基本向度与路径选择

数智时代承继适度干预原则，需要在数智时代中重新寻求如何把握“适度”。首先，数智民主要求适度干预的实现应当强调广泛性。数智民主中民主的精细化和民主的流动性要求从更广泛的角度去辨识市场的需要。市场需要是适度的标准，但不能把市场理解为特定的场所或范围，而要因应数智民主的思维方式，从市民生活的方方面面去了解市场的需要和对干预的期盼，区分认识对主流市场需要和长尾需要的干预，从而更有针对性地把握适度。其次，双重决策要求适度干预的实现应当强调全面性。双重决策要求适度的衡量中，要把感性因素、价值因素也纳入考察。市场的需要不仅限于理性计算而产生的需要，还有风险厌恶、干预威慑、市场信心或市场恐慌等情绪需要。只有从更全面的角度把握适度，才更有利于干预的实施，才不会导致市场错误判断干预的适度性。最后，多元共治要求适度干预的实现应当强调双向性。多元共治从控权和限权的角度加强了对适度干预的把握。对适度的把握，不是政府对市场需要的单向判断，还需要法律、市场、社会中间层组织等对政府的干预，通过双向运动避免干预的随意性。多元共治通过改变社会权力结构和规则构成，倒逼对政府在干预中注重干预的适度性。

四、“需要国家干预说”在数智时代的跃升

当语境发生着演变，理论的内容也需要发生变化。对整个“需要国家干预说”而言，其既有不变的内容也有变的内容，其中不变是坚守，变化是革新。同时，其既有承继的内容也有跃升的内容，其中承继是基础，跃升是创新；承继孕育跃升，跃升超越承继。跃升的内容必将是宏大的，但归根结底而言，需要讨论“需要”、“国家”和“干预”三大基本范畴的跃升。究其实质，这三大范畴也契合于“市场—政府—市场和政府”框架。数智时代对市场、政府以及两者关系的深

^① 参见单飞跃：《“需要国家干预说”的法哲学分析》，载《现代法学》2005年第2期，第37页。

^② 参见应飞虎：《需要干预经济关系论——一种经济法的认知模式》，载《中国法学》2001年第2期，第140页。

刻影响也会体现于这三大范畴之中。以下对这三大范畴逐一考察，阐述“需要国家干预说”在数智时代的跃升。

（一）“需要”的跃升

与经济法其他基础理论学说相比，“需要国家干预说”中有一个很大的特点，就是使用了“需要”这样一个带有显著不确定性的词语。对此学者们言人人殊、褒贬不一，褒者认为这是匠心独具，贬者认为不应当使用不确定的模糊概念^①。在内容上，“需要”指的是一种双向选择的结果，这表明国家欲通过干预形成某种社会关系，一方面要取决于市场的客观需要，另一方面又要取决于国家职能的需要，同时还要考虑到国家的干预能力和干预成本，^②但主要还是根据市场的需要。在功能上，“需要”这一范畴一方面对国家干预的界面和强度进行了设定，意在克服可能的干预泛化，是国家通过干预重建经济自由秩序的法律理由^③；另一方面，使经济法可以动态地回应经济和社会情势的变迁^④。也正因如此，“需要”的不确定性是一种意义，而非不足。

1. 前数智时代“需要”范畴的内涵积淀与跃升基石

在前数智时代的经济法研究中，“需要”的两方面功能并非受到同等的重视。可能是由于我国市场经济发展的曲折历程和国家主义传统，限制国家干预以维护市场机制成为了建构于“需要”范畴之上的经济法基本内容，并借“需要”的提法表明国家干预是适度干预而非任意干预，而且干预限于政府失灵和市场失灵，限于全局性和社会公共性。在对国家干预历史的回顾中，“需要国家干预说”将国家对经济实行的干预归纳为“原始干预—积极干预—消极干预—混合干预”五个阶段，阶段的划分的依据也是国家干预的范围^⑤。概言之，“需要”的综合性指向被限缩为了仅仅指向“需要有限”。但这种限缩在理论上和实践上都存在商榷的余地。在理论上，“需要国家干预说”在提出之初就曾旗帜鲜明地指出：“经济法所能作的一切，都必须把提高经济效益和实现可持续发展作为自己的出发点和归宿”^⑥，在自体论中则指出“经济法是为了克服市场失灵和政府失灵而制定的……法律规范的总称”^⑦，这是在经济法没有制定统一经济法典，也没有统一的目的条款的情况下，从正反两面对经济法应然目标和根本功能的明晰。简言之，经济法应当是发展的法，是有效的法，让市场有效，让政府有效，让发展有效，对有限的需要应当服膺于对有效的需要。在实践中，诚然，回溯“需要国家干预说”提出和发展的历程，在很长的一段时间里，市场对国家干预的“需要有限”和“需要有效”是统一的，但这种统一并没有充分实现。既然对市场参与者作出了“经济人”的假设，就应当承认市场参与者最大及最根本的需求应当是经济性的，而不是政治性的，这决定了实践中对“需要”的期望也必然是“需要有效”。因此，前数智时代对“需要”范畴内涵积淀的研究奠定了跃升的基石。

2. 数智时代语境下“需要”范畴跃升的宏观面向与基本面相

进入数智时代，“需要有限”将向“需要有效”的跃升。首先，数智民主决定了“需要”在标准上的重新审视。无论是“需要有限”还是“需要有效”，“需要”的根本来源都是民主。“需要有限”是前数智时代民主表达模糊、静态、范围区隔的折中产物。而在数智民主语境中，民主功能的充分实现，民意更具真切性，也更加需要被尊重和听取；民主形式的脱套流动，民意具有叠加性，使其不能被推诿为是针对某个范围的民意。当民意明确而全面，国家干预就应当被提出更高的要求，从而跳出简单的、非此即彼的范围限制，转而回答如何回应民意，亦即“需要有效”。既要保障根据各类型主体的意见而实施的政府干预有效，也要保障各类型主体自我在市场中发展举措的有效。其次，双重决策决定了“需要”在热认知上的重新审视。“有限—完全”的二值理性认识基础被抛弃后，对国家干预的认识就不能再认为只要有限干预会就可以保障有效市场，有限和有效不存在内生联系。信息的充盈不会导致理性的扩张，感性系统的地位会进一步提升，人

^① 参见李昌麒：《寻求经济法真谛之路》，法律出版社2003年版，第133页。

^② 参见李昌麒：《论经济法语境中的国家干预》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2008年第4期，第86页。

^③ 参见单飞跃：《“需要国家干预说”的法哲学分析》，载《现代法学》2005年第2期，第39页。

^④ 参见应飞虎：《为什么“需要”干预》，载《法律科学（西北政法学院学报）》2005年第2期，第59页。

^⑤ 参见李昌麒：《论经济法语境中的国家干预》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2008年第4期，第86-88页。

^⑥ 李昌麒：《经济法——国家干预经济的基本法律形式》，四川人民出版社1999年版，第233页。

^⑦ 李昌麒主编：《经济法学》，法律出版社2016年版，第39页。

们会更关注直接的、可体感的有效性，而非起间接、偶然作用的有限性。当算法成为了数智时代的底层设施，市场本就具有短视的缺陷会被放大，效率至上的算法逻辑全方位地渗入市场将导致市场决策更加短期化，人们可能会短暂从算法中获益，但也更加可能引发的极端市场情绪和畸形市场文化等感性因素，并最终引致市场风险。因此，要求国家干预着眼感性有效和理性有效的双重需求，建设起长期有效、代际有效、可持续有效机制和理念。最后，多元共治决定了“需要”在有效上的重新审视。范围是情形的同类汇总，多元共治目标本身就是为了针对传统法治中情形局限，法效僵化的缺点而产生的，其关心的是如何能解决主体间具体而个性的问题，亦即有效性。同时，多元共治所追求的治理合力形成，离不开包括法治在内的多种治理方式自身功能的发挥和彼此功能的协调。这就要求建立起有效的共治规范体系、共治组织体系、共治程序体系和共治工具体系。既避免多元共治和传统经济法治互斥带来的无效，也避免多元共治自身失能带来的无效，形成面向多元共治的有效协调框架和执行框架。

（二）“国家”的跃升

在前文的论述中，既出现过“政府干预”的表达，也出现过“国家干预”的表达，这并不是混淆，而涉及的是对“国家”范畴的理解。“需要国家干预说”中对“国家”的理解是广义的，即“国家”一词指称的并不仅限于以国家命名的主体，还包括权力机关和行政机关，概括而言，是指依法具有国家干预职权和职责的组织^①。结合对国家干预法律文本的实证考察可以看出，国家干预主体主要是政府。^②“国家”范畴在“需要国家干预说”中具有特殊地位。国家被认为既是经济发展的关键，又是人为经济衰退的根源；既是实施干预的主体，又是需要被干预的对象。

“国家”范畴中的二重性来源于克服国家主义的需要。国家主义是指哲学观上推崇国家全能理性，权力观上认为国家权力至上，利益观上主张国家利益唯一的国家观，克服国家主义则被认为是经济法发展的重点任务^③。为了克服国家主义，“需要国家干预说”在“国家”范畴的建构中采用大量的平衡取向，即认为国家需要在多种具有张力的二元国家观中寻找平衡基点，例如国家应当在夜警国家和福利国家中寻求平衡、国家应当在有为国家和谦抑国家中寻求平衡、国家应当在授权和限权中寻求平衡。需要国家实现平衡的价值理念有很多，但是归根结底而言，是需要国家在一味强调干预和一味强调自由之间；在加强国家干预和减少国家干预之间，求得平衡^④。

1. 前数智时代“国家”范畴的内涵积淀与跃升基石

无论认为国家需要在何处寻找平衡，寻找平衡的观点其实是在肯定和追求着国家主义。因为贯穿这种观点始终的，是认为只要国家意欲实现某种目的，就必然可以实现的全能国家哲学观。寻找平衡的观点认为国家需要依据市场失灵、政府失灵、干预成本、干预能力等因素相机从加强、减少或适度干预中进行选择和实施，并且默认当国家进行了选择和实施之后，就可以收到相应的效果。简言之，国家可以找到平衡点，并成为平衡点所代表的国家类型。其所导致的结果却只是总有越来越多的领域需要寻求平衡，而国家也获得越来越多解释平衡的权力。更现实情况的是，国家无法正确相机抉择，其抉择之后实施的干预也并非必然有效或全然有效。经济学上的流动性陷阱、理性预期革命、激励扭曲，法学上的“脱法行为”等都是国家干预“事与愿违”的典型现象。即便内涵明晰如夜警国家和福利国家，成为其中的某一种，又或者从其中一种完全倒向另一种都无法轻易被实现，遑论实现平衡。更值得慎思的是，平衡真的存在吗？平衡是对二元张力结构稳定状态的描述，但同时也是一种静态的、忽略干扰的描述。而社会、市场总是处于多种因素同时作用的动态变化之中，即便平衡真的存在，也是一种转瞬即逝，平衡与不平衡不断交替存在的存在。因此，“国家”范畴的建构，不能建立在虚无缥缈的基点之上。这些前数智时代对“国家”范畴内涵积淀的研究奠定了跃升的基石。

2. 数智时代语境下“国家”范畴跃升的宏观面向与基本面相

数智时代向国家提出了全新的要求，改变了国家目的和功能。国家的重新定位的完成，是“需

^① 李昌麒主编：《经济法学》，法律出版社 2016 年版，第 91 页。

^② 参见甘强：《经济法中的国家干预——基于法律文本的实证考察》，载《现代法学》2013 年第 5 期，第 69 页。

^③ 参见单飞跃、卢代富等：《需要国家干预：经济法视域的解读》，法律出版社 2005 年版，第 166 页。

^④ 李昌麒主编：《经济法学》，法律出版社 2016 年版，第 40 页。

要”范畴和语境演变共同作用的结果。具体来讲：首先，数智民主重新定位国家干预的主动地位。数智民主功能的完善意味着人民应当有更多地指引国家如何干预的权利，即使国家干预可以实现人民享有美好生活的权利；数智民主的叠加性意味着人民可以在不同的生活时刻中都可以表达着对国家要求，而不局限于政治投票时。但真正的问题在于民主无法保证产生善的选择，也就无法定义何为美好的生活。而全时空的数智民主也意味着人们会受到全面的社会生活影响，以致于干扰自己的选择，民主很容易被异化为“代主”。^①这两项数智民主的“影子特性”引发了由国家化被动为主动地实施干预，要主动避免大型平台通过其智能服务矩阵推送意识，破坏民主，控制市场乃至社会。其次，双重决策重新定位国家干预的着力方向。数智时代下，由于信息收集、因果逻辑推理等理性作用环节更多可以由数智技术代替，理性和感性具有了同等重要性，甚至可以说感性是更重要的一环。继而，国家干预的着力方向应当转变为如何根据平台、企业、个人、协会等主体在不同场景下“扮演”的不同角色时所可能产生的不同理性关注和感性关注采取相应的干预措施，以回应对有效性的需求。对感性和理性进行双重干预，要避免社会共同性仅寄托于追逐利益的共同性之上，要满足社会各主体对共同叙事、共同想象的价值需要，实现市场与政府愿景共享和价值相通。这对于提升国家干预的有效性，凝聚国家和社会共逐有效的合力具有显著意义。最后，多元共治重新定位国家干预的权力角色。多元共治的发展代表着规则的多元和机构的多元，超国家规则和非国家机构不断入侵国家权力的领域。“人工智能时代是万物互联的时代，是去传统中心化、中央化的时代，传统国家垄断性权力的私主体化、分散化趋势已不可逆转。”^②现实中的部分国家或将选择与多元趋势对抗，但在理论研究中，更合理的选择无疑是放弃权力的中心体系定位和权力的主导功能定位，转向协调的体系定位和服务的功能定位。在多元共治所形成的区块化治理域中充当协调中枢的角色，将国家的权力剩余和权力保留投入到服务有效性中去，着力解决“行政部门化、服务碎片化等问题，促进全域智能治理”^③。让国家走下“至高性”的神坛，而化归为社会中的一种特殊机构，才是克服国家主义的最优进路。

（三）“干预”的跃升

如果从词语关联来看，干预指的是国家根据需要所实施的一种旨在通过一定手段使经济事物朝着某个方向发展的行为^④。在经济法语境中，干预则更强调在法律授权范围内，国家为了达到某种目的而对社会经济生活施加影响的状态。现代经济法则是干预的基本法律形式，通过干预在干预主体和干预受体之间产生一种经济职权和经济职责、经济权利和经济义务的关系。和“国家”范畴一样，“干预”范畴也受到“需要”范畴的制约。“需要有限”的理念下，国家被提出了“平衡国家”的要求，“干预”范畴所被提出的，则是“干预法治”的要求。“需要国家干预说”在讨论应当怎样进行干预时曾指出，传统体制下政府干预经济的主要缺陷，是中央政府过于集中权力和主要采取了行政手段进行干预，不符合法治的基本要求，要加快完成干预手段向法治化转变。^⑤“需要国家干预说”是经济法的基础理论，符合法治应当是基本要求。但“干预法治”在一般的形式法治要件以外，还具有经济法上的独特含义。首先，干预法治要求干预应当采用法律形式和法律方法，而不是直接移植经济学上的改变财政收支数量和货币供应量的干预的政策形式和经济方法，重点在于凭借国家权力重新分配法律资源间接干预，包括权力、权利、义务、责任等^⑥。其次，干预法治中的“法”具有显著的分散性。经济法调整的范围十分广大，据国家法律法规数据库显示，仅可以被归入经济法体系内的法律文件就有120部，行政法规、政府规章、部门规章等广义法律文件中的经济法内容更是不胜枚举。最后，是对干预手段法治化后的体系进行了宏观的划分，区分为了市场规制法和宏观调控法^⑦。“干预法治”和前文所称的经济法治也有区别，经济法治更关注法治和其他治理体系的关系，而“干预法治”则更关注法的内部运行问题。

^① 参见赵汀阳：《一种可能的智慧民主》，载《中国社会科学》2021年第4期，第9页。

^② 齐延平：《论人工智能时代法律场景的变迁》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2018年第4期，第39页。

^③ 岳彩申：《数字法治政府建设的深化、困境与超越》，载《数字法治》2023年第4期，第10页。

^④ 参见李昌麒主编：《经济法学》，法律出版社2016年版，第40页。

^⑤ 参见李昌麒：《寻求经济法真谛之路》，法律出版社2003年版，第122页。

^⑥ 参见薛克鹏：《国家干预的法律分析》，载《法学家》2005年第2期，第92页。

^⑦ 参见卢代富：《经济法中的国家干预解读》，载《现代法学》2019年第4期，第120页。

1. 前数智时代“干预”范畴的内涵积淀与跃升基石

“干预法治”在理念上当然是正确的，但干预不是形式和逻辑的游戏，而是政府和市场建立互动关系的基本形式，也是政府和市场协调发挥作用的基本依赖。只说明需要用法律来进行干预，不能回应政府和市场互动过程中所产生的问题，尤其是政府和市场所共盼的有效性问题的。首先，符合形式法治要求使其带有了形式法治所具有的局限性。如法律的滞后性、法律的僵化性等与经济情势的变化性、市场失灵的逐步性、阶段性等干预环境的特性存在内在矛盾，有效性更难以实现，而数智时代行为速率和时空尺度的提升都将更加放大这种矛盾和有效性困境。其次，“干预法治”中传统法治观念影响干预效果。传统法治对行为“合法—违法”的二分范式产生禁止违法为干预主体要务，遵守法律为干预受体义务的认识，在规范上造成了限禁性、强制性为主的规范体系，在效果上则造成了干预主体和干预受体，即政府和市场的天然对抗。即使存在刚性干预和柔性干预之分，所称的柔性干预也依然保留了浓厚的行政性、自上而下性的色彩。最后，“干预法治”中对权利、义务等进行分配的权利范式效果愈发析微。通过赋予权利、分配义务的方式对法律上认可的利益进行保护，被认为是法律基本的调整方法之一。但权利的基本属性是私属性，权利的行使需要特定的主体为自己利益实施，权利所保护的也是特定主体对利益的专属性。但经济法所保护的利益和所追求的目标都具有公共性，在权利行使上很容易出现共益权行使的搭便车问题，如外部性有关权利的行使；权利保护上则会出现限缩了生产要素共享价值、流通价值和压制规模经济的问题，这也是数据确权困难且饱受质疑的重要原因。总之，前数智时代对“干预”范畴内涵积淀的研究奠定了跃升的基石。

2. 数智时代语境下“干预”范畴跃升的宏观面向与基本面相

该跃升是“干预”范畴在“需要有效”和数智时代语境的推动下完成的。首先，数智民主启示干预的柔性转向。此处所称的柔性转向，并非从干预权力的使用程度出发，而是从根据需求调整干预的能力出发，要求国家干预和数智技术结合，以及时接收数智民主动态反映的民意并相应调整国家干预，实现精细化、差异化、适应性的国家干预，甚至出现法律算法化的自动运行，将法律的价值、原则、文化等预先嵌入技术之中。这种类似“自动售货机”式的法律思想曾广受抵制，但实际上仅是法律人的一厢情愿，不信任自动售货机输出的产品，正确的做法是从后台装入可信产品，而不是抵制售货机本身。^①结合数智民主，实现干预的柔性转向正是要不断提供可信的、符合人们需要的法律产品。其次，双重决策启示干预的规范转向。干预规范供给以限禁性、强制性规范为主的，而当前仅有的部分激励性、促进性规范，也多为空洞化的“沉睡法条”^②，无法提供真正的多元规范。这是对人们守法动机的过分简化，而免受制裁或追逐利益，仅仅是人们遵守规则的动机之一而非全部^③，因此单纯从理性诱导或阻吓不仅无法让人们产生遵守规则的动机，反而会产生动机挤出效应。感性和理性共同的双重决策模式要求在干预规范供给中更关注多重动机，从精神和物质、正向和反向、长期和短期等多维度考虑干预规范的建构。根据市场的理性反应和感性反应，因时因势在经济法规定的范围内调整国家干预，合理配置长效干预和敏捷干预，综合运用事前干预、事中干预和事后干预。最后，多元共治启示向利益范式转向。利益范式是指根据实质利益情况对社会关系加以调整的法律方法，在功能上具有建构主体间基于数据的共生关系，调和数据要素利用关系中主体与对象的关系，适应数据要素利用关系中的公共性需求的功能。^④多元共治本身就是基于主体间的信息和数据所形成的治理格局，与利益范式和数据的紧密关系正相契合。同时，多元参与所形成的数据和信息密集也是建立合理的利益结构和利益分配机制的必要条件。因此，干预范式应当向利益范式转向，形成对“权利—利益”双重干预新模式。

五、结语

习近平总书记在中国人民大学考察调研时强调，构建中国特色哲学社会科学，归根结底是建

^① 齐延平：《数智化社会的法律调控》，载《中国法学》2022年第1期，第95页。

^② 胡元聪：《正外部性的经济法激励机制研究》，人民出版社2021年版，第98页。

^③ 参见叶明：《经济法实质化研究》，法律出版社2005年版，第211页。

^④ 参见黄尹旭、杨东：《“利益—权利”二元共生：“数据要素×”的价值创造》，载《中国社会科学》2024年第2期，第56页。

构中国自主的知识体系，要以中国为观照，以时代为观照，立足中国实际，解决中国问题，不断推动中华优秀传统文化创造性转化、创新性发展，不断推进知识创新、理论创新、方法创新，使中国特色哲学社会科学真正屹立于世界学术之林。^①站在数智时代的门前，所有学科的知识体系都需要被重新审视、思考和建构，对法学如此，对经济法学如此，对“需要国家干预说”亦是如此。此情此景，一如李昌麒老师彼时站在社会主义市场经济的门前，思考和提出“需要国家干预说”。

市场与政府的关系问题，是经济法理论研究和实务领域的基本问题，也是历久弥新的永恒话题。数智时代虽然意味着社会将发生深刻的变化，但在经济法的视野中，其仍可以被还原为是市场和政府的本体问题和关系问题。从市场与政府关系的考察视角展开对“需要国家干预说”在数智时代的承继和跃升的分析，可以首先发现，“需要国家干预说”在数智时代前后有语境上的演变，市场之维的经济民主走向数智民主，政府之维的有限理性走向双重决策，市场与政府关系之维的经济法治走向多元共治。时代在变，认识在变，但是也有不变的存在。“需要国家干预说”中变与不变的内在逻辑在于：不变是在变的背景下的承继，变是在不变基础上的跃升。其中，承继中有跃升，跃升中有承继。“需要国家干预说”所提出的经济法基本原则仍然需要进行承继性夯基，尤其是其中社会本位原则、经济公平原则和适度干预原则依然对数智时代有很强的解释力和适用性。时代和语境的变化会带来“需要国家干预说”中三大基本范畴的跃升，对应着我们对市场的需要、对政府的角色、对市场和政府良好关系的实现，因此也就需要提升跃升性认识。在新的历史时期，我们应当把握历史机遇，通过“需要国家干预说”的承继与跃升，继续发挥其理论价值，深化对经济法总论和各论的研究，为经济法的发展作出更大贡献，从而构建中国特色的法学知识体系、话语体系和法治体系，推进国家治理体系的现代化，实现国家的全面现代化。

^① 《习近平在中国人民大学考察时强调 坚持党的领导传承红色基因扎根中国大地 走出一条建设中国特色 世界一流大学新路》，载《人民日报》2022年4月26日第1版。

法学视角下“弘扬企业家精神”探析*

姚海放**

中国共产党的二十大报告在“四、加快构建新发展格局、着力推动高质量发展”部分明确提出：“完善中国特色现代企业制度，弘扬企业家精神，加快建设世界一流企业。”贯彻党的二十大报告精神，《公司法》2023年修订过程中，在第一条立法目的中增加了“完善中国特色现代企业制度，弘扬企业家精神”的表述。¹“弘扬企业家精神”进入《公司法》，被认为“实质地改变了这部法律的精神气质”，“是企业家精神第一次进入我国公司法的视野，将对公司法的价值体系起到实际塑造的效用，也将对向管理者赋权、管理者的义务和责任配置等诸多公司治理问题乃至授权资本制等资本规则产生实质映射。”²

“企业家精神”是第一批纳入中国共产党人精神谱系的伟大精神之一，其精神实质固然已为人所熟知。2017年《中共中央 国务院关于营造企业家健康成长环境弘扬优秀企业家精神更好发挥企业家作用的意见》第五至七部分明确弘扬企业家“爱国敬业遵纪守法艰苦奋斗”“创新发展专注品质追求卓越”“履行责任敢于担当服务社会”的精神，即是对企业家精神的一次全方位的概括。不过，“企业家精神”毕竟是第一次进入法学和立法领域，需有一个概念界定和术语转化的过程。进入《公司法》立法目的规范的“企业家精神”，面临着“企业家是谁”“企业家精神是什么”“公司法如何弘扬企业家精神”“公司法规范如何体现企业家精神”“企业家精神如何影响公司法的解释与适用”等诸多“实质入法”³问题。故撰文试加阐述，供各家参考、批判。

一、企业家及企业家精神的法学阐释

与企业家在经济发展与贸易活动中很早即发挥功能不同，企业家的概念、功能及其评价存在一个发掘过程。“entrepreneur”一词作为企业家的早期形式在14世纪就已出现，但中世纪典型的企业家通常为神职人员，并在此后很长一段时间内被界定为（政府军事要塞或公共工程的）承包商。⁴在第一个将“企业家”术语注入精确的经济学内容并赋予其突出经济分析地位的理查德·坎蒂隆看来，连“乞丐和强盗”都被视为企业家；亚当·斯密则以资本家角色形象取代企业家；直到J. B. 萨伊揭示“企业家的职能在于把各个生产要素结合成为一个进行生产

* 本文系中国人民大学科学研究基金（中央高校基本科研业务费专项资金资助）项目“网络金融治理的法治化研究”（项目编号：22XNQT10）的阶段性成果。

** 中国人民大学经济法学研究中心研究员，中国人民大学法学院副教授，法学博士，应用经济学博士后。

¹ “有的意见建议贯彻党的二十大精神，在立法目的中增加‘完善中国特色现代企业制度，弘扬企业家精神’的内容。宪法和法律委员会经研究，建议采纳这一意见。”参见《关于〈中华人民共和国公司法〉（修订草案二审稿）修改情况的汇报（2022年12月27日）》。

² 刘斌：《新公司法如何弘扬企业家精神：从形式入法到实质入法》，载刘斌编著：《新公司法注释全书》，中国法制出版社2024年版，第1页。

³ 刘斌认为，公司法上的企业家精神界定应当有其规范性、体系性；企业家精神概念抽象，在规范上如何界定存在巨大困难；“企业家精神如何实质性进入法律体系”等问题将是中国商法学界和企业界未来需要持续关注的问题。参见刘斌：《新公司法如何弘扬企业家精神：从形式入法到实质入法》，载刘斌编著：《新公司法注释全书》，中国法制出版社2024年版，第3页。

⁴ 参见冯兴元、孟冰：《经济科学中的企业家理论：总体演化脉络与重要研究贡献》，载《学术界》2023年第10期，第102页。

的有机体”，才“区分了企业家和资本家，确立企业家在微观企业经营、宏观经济发展中的独立的主体地位，并对企业家进行了系统论述”。⁵

此后，奈特和奥地利学派经济学家在解释企业家的功能及其与资本家的关系问题上做出了诸多理论贡献。奈特的贡献在于区分了可度量的不确定性（即风险）和不可度量的不确定性（仍称为不确定性），并认为对不可度量的不确定性的判断依靠直觉性判断，而企业家就是一种需要依靠直觉来承担（商品生产）预测工作以及同时对大部分生产的技术和管制工作的新的经济职能的人。⁶由此，企业家的职能被界定为：预测未来，对未来有一个基本的看法；识别机会，发现经济中的不均衡而找到赢利的机会，制定战略；发现价格，调动资源达到优化配置。⁷

经济学的契约理论和企业理论将企业看成是通过一系列契约联合起来的资本的组 合，企业财产由物质资本和人力资本两部分组成。⁸在人力资本中，因个人在经营能力、个人资产以及风险态度三方面的差异，以致在企业“团队生产”中承担不同的角色：既富有又善于经营的人成为企业家，从事经营活动，监督生产工人并索取剩余；善于经营但并不富有的人成为管理者，从事经营活动，监督生产工人，但受到前者企业家的监督并与企业家分享部分风险；虽然富有但并不善于经营的人成为纯粹的资本所有者，挑选并监督管理者以及承担风险，其可与前述管理者成为联体企业家；不富有且不谙经营之道的人成为工人，专门从事生产工作，赚取固定收入。⁹

经济学对企业家的界定与刻画聚焦于具有经营能力和个人财富，并且愿意承担一定风险的人群，这是从生产函数的角度做出的解释。不过，经济学中关于企业家、资本家、经营者与劳动者的描画，还需要转译到以公司法为典型的企业法语境，界定其各自的权利义务与责任。尽管经济学、管理学和法学共享着“所有权与经营管理权相分离”“委托—代理理论”等基本话语，但企业法和公司法中更习惯使用股东（出资人）、董事高管、职工等概念，因此需要将经济学中的企业家对应界定为法律描画的主体角色。在转译和界定过程中，有学者认为“企业家”泛指“商人（商主体）的经济学与社会学概念，涵盖了发起人股东、创始控制股东、实际控制人、董监高、个体户、个人独资企业主与合伙人等主体。”¹⁰此种界定的问题在于：第一，商主体的学理类型包括了商个体、商合伙和商公司，而企业家应当是从事经营活动的个体，两者的范围并不一致；第二，个人独资企业主、合伙人或者股东可能仅提供资本而并不参与经营管理，将此部分人群也描述成企业家，并不符合经济学中对企业家具备“经营能力”的刻画。因此，“企业家”在公司法领域的刻画，应当注重其对公司经营的能力贡献。据此，应当将“企业家”限定在主要负责公司经营管理的董事、高管人群，如果投资人亲自从

⁵ 李晓：《企业家并非资本家——重评企业家理论史上的萨伊》，载《清华大学学报（哲学社会科学版）》2021年第3期，第192、204页。

⁶ 参见冯兴元、孟冰：《经济科学中的企业家理论：总体演化脉络与重要研究贡献》，载《学术界》2023年第10期，第105页。

⁷ 参见张维迎：《产权、激励与公司治理》，经济科学出版社2005年版，第81页。

⁸ 参见刘汉民：《企业理论、公司治理与制度分析》，上海三联书店、上海人民出版社2007年版，第16页。

⁹ 参见张维迎：《企业的企业家——契约理论》，上海三联书店、上海人民出版社1995年版，第3-9页。

¹⁰ 刘俊海：《董事责任制度重构：精准问责、合理容错、宽容失败——以弘扬企业家精神为视角》，载《交大法学》2023年第3期，第95页。

事企业管理,包括成为个人独资企业和合伙企业的经营管理者、公司董事或高管,则因其管理者身份而成为“企业家”。

接下来的问题是,《公司法》适合弘扬的“企业家精神”是什么?2017年《中共中央 国务院关于营造企业家健康成长环境弘扬优秀企业家精神更好发挥企业家作用的意见》的第五至七部分,全面概括了“弘扬企业家精神”的内容,包括“爱国敬业遵纪守法艰苦奋斗”“创新发展专注品质追求卓越”“履行责任敢于担当服务社会”。2020年,习近平总书记在企业家座谈会上的讲话指出,“企业家要带领企业战胜当前的困难,走向更辉煌的未来,就要在爱国、创新、诚信、社会责任和国际视野等方面不断提升自己,努力成为新时代构建新发展格局、建设现代化经济体系、推动高质量发展的生力军。”¹¹在中国共产党成立100周年之际,中宣部发布第一批纳入中国共产党人精神谱系的46种伟大精神,“企业家精神”列于“中国特色社会主义新时代”时期伟大精神之一,内容包括“厚植爱国情怀、弘扬创新精神、坚持诚信守法、积极承担社会责任、不断拓展国际视野”。¹²上述文件和讲话精神表明,企业家精神的内容相当丰富,有些属于道德范畴,有些则并不适合由法律或公司法进行调整。例如,爱国精神是每个企业家都应当具有的基本精神,不过从法律调整分工的角度而言,我国已颁布《爱国主义教育法》积极回应当前爱国主义教育领域内的现实问题,通过法治化手段有效保障和继续推进新时代爱国主义教育,¹³《公司法》弘扬的“企业家精神”重点并不落脚于爱国精神。又如,诚信既是道德准则和社会主义核心价值观的组成部分,同时也是长期以来我国商事基本立法所确定的基本原则;《公司法》在我国民商合一立法体例下,自然也应当倡导和弘扬诚实信用原则。仔细审视企业家精神所包含的各项内容,与《公司法》密切相关且从法律体系分工角度与之产生密切联系的,当是创新和社会责任。

公司社会责任的议题,在2005年《公司法》修订中已经明确规定,本次修订更是在原第5条基础上以第19、20两条分别规定了公司的“合法合规经营义务”以及“社会责任”。公司社会责任入法近20年,无论是理论探讨¹⁴,还是配套规范¹⁵以及具体实践¹⁶,都取得了丰硕的成果,此不赘述。以下聚焦《公司法》制度对创新精神的弘扬。

二、公司法制度如何弘扬企业家精神

创新具有丰富的哲学、社会学、经济学等学科含义,要言之是打破旧有的思维、制度或技术等,形成新的思想、方法、制度或技术等。创新活动需要有创新

¹¹ 习近平:《激发市场主体活力弘扬企业家精神 推动企业发挥更大作用实现更大发展》,载共产党员网<https://www.12371.cn/2020/07/21/ART11595335799754640.shtml>,2024年4月6日访问。

¹² 参见《46个第一批纳入中国共产党人精神谱系的伟大精神(内涵)》,载搜狐网https://www.sohu.com/a/512120836_121124016,2024年4月6日访问。

¹³ 参见王易、张昊:《关于〈中华人民共和国爱国主义教育法〉的多维审视》,载《思想理论教育导刊》2024年第1期,第112页。

¹⁴ 参见刘连煜:《公司治理与公司社会责任》,中国政法大学出版社2001年版;刘俊海:《公司的社会责任》,法律出版社1999年版;等。

¹⁵ 如《国务院关于进一步提高上市公司质量的意见》、证监会《上市公司治理准则》、国资委《关于新时代中央企业高标准履行社会责任的指导意见》等。

¹⁶ 如全国工商联发布《中国民营企业社会责任报告(2023)》、中国煤炭工业协会发布《煤炭行业社会责任蓝皮书》,以及各金融企业、国有企业等发布社会责任报告等。

精神支持，后者乃是“一个人从事创新活动、产生创新成果、成为创新的人而所具备的综合素质。”¹⁷就制度形成及其创新角度讲，“制度只是在相对和非常有限的意义上给人类认识、理解和把握这个世界提供一个工具，在充满不确定性的世界上，特定制度的存在是暂时的，制度自身的创新、变迁和演化则是绝对的。”¹⁸

作为商业组织基本规范的公司法，其产生、演化深受文化、经济、法律等内外部因素的影响。历史上，有限责任的引入以及公司类型的丰富，都是制度创新的典型成果。与“理性构建主义”不同，制度创新需要鼓励广泛的“试错”。¹⁹在我国经济体制改革过程中，以建立现代企业制度为目标的公司法创制、修订，也是不断借鉴经验、回应现实而进行制度创新的结果。例如，2005年《公司法》修订就秉持“对于实践证明属于完善现代企业制度、促进资本市场发展和防止国有资产流失急需解决的问题，修订草案积极对现行公司法的有关规定作出修改、补充和完善；对于各方面普遍关注、意见比较一致、实践又需要、修改条件已经比较成熟的意见，修订草案尽量予以采纳吸收”²⁰的修法原则。又如，我国公司资本制度的变革，从1993年实缴的法定资本制到2005年有认缴期限的法定资本制，再到2013年章程规定认缴期限的法定资本制，直到本次修订确立最长5年认缴期限的法定资本制和股份公司授权资本制的引入，也典型地体现着制度创新过程中的试错与修正。总体而言，本次《公司法》修订在资本与融资、公司治理等方面都体现出制度创新的特点，服务于弘扬企业家创新精神的立法宗旨。

（一）公司资本与融资制度

公司资本制度“是人类在极长期的生产、交易和合作过程中，基于直觉、习惯、经验，再加上理性思考和研究，逐渐发展出来的一种组织形式，一种生产经营方式，一种制度。”²¹不可否认，合伙公司、合资公司和股份公司等历史上不同公司制企业形态的主要差异是个别资本“在集中的程度或阶段上的数量差异”²²，但在法人人格和有限责任等制度创新的加持下，并伴随着技术发展和商业组织进化，成为一种为交通、通讯等基础设施建设和科技研发等大型项目高效提供社会资本的资本集聚方式。相较于债务融资，公司股权融资方式“有利于向公众筹集风险资本以为公司的风险投资提供资金支持”，²³为经营者从事技术创新、产品创新乃至制度创新提供了坚实的物质基础。

本次《公司法》修订，“便利公司投融资”是一大亮点，²⁴具体体现为股份公司中引入授权资本制、增加股份公司发行无面额股的规定、增加股份公司类别股的规定，允许资本公积金弥补亏损、增加形式减资制度等。²⁵此外，规定股东可

¹⁷ 秦虹、张武升：《创新精神的本质特点与结构构成》，载《教育科学》2006年第2期，第7页。

¹⁸ 田永峰：《再论制度变迁中的创新精神》，载《现代经济探讨》2010年第6期，第15页。

¹⁹ 参见田永峰：《再论制度变迁中的创新精神》，载《现代经济探讨》2010年第6期，第16页。

²⁰ 尹中卿主编：《全国人民代表大会年鉴（2005年卷）》，中国民主法治出版社2008年版，第274页。

²¹ 王军：《公司资本制度》，北京大学出版社2022年版，第47页。

²² [日]大塚久雄：《股份公司发展史论》，胡企林等译，中国人民大学出版社2002年版，第8页。

²³ [英]保罗·戴维斯、[英]莎拉·沃辛顿：《现代公司法原理（第九版）》（上册），罗培新等译，法律出版社2016年版，第12页。

²⁴ 参见《完善中国特色现代企业制度推动经济高质量发展——全国人大常委会法工委负责人解读新修订的公司法》，载全国人大网 http://www.npc.gov.cn/c2/c30834/202401/t20240104_434091.html，2024年4月7日访问。

²⁵ 参见林一英：《〈公司法〉第二次修订对公司法律制度的完善与未来展望》，载《法学家》2024年第4期，第89-92页。

以股权、债权出资，明确有限责任公司股东未履行出资义务情形下转让股权等，也增加了公司融资的便利性。因此，本次修订的制度变化看似存在着两个面向：一是放松资本规制，允许公司和股东有更多样化的选择；二是强化出资责任，如增加有限责任公司股东出资最长缴付期限、规定股东出资义务加速到期、细化规定股东违反出资义务的法律后果，以及将股份公司出资由认缴制改为实缴制等，但实质上两者并不冲突，是在便利公司投融资和强化公司及债权人利益保护两者价值之间平衡的结果。可以肯定，更为便利的公司融资制度，将会产生有利于管理创新、技术创新和产品创新的成果。

（二）公司治理

本次修订在公司治理方面的成果也十分显著。第一，丰富和系统化公司形态，使商业组织形态选择更为灵活。例如，增加一人股份公司的规定，将原国有独资公司的规定扩展为第七章“国家出资公司组织机构的特别规定”。第二，进一步发挥公司章程自治作用。“公司章程的功能在于保障公司内外部参与人的经营安全、促进公司内部人员以及国家与公司的衔接、保障公司组织与公司法律的和谐并促进公司创新。”²⁶特别在有限责任公司中，公司自治意味着公司在处理股东、董事、高管间关系以及公司重大事项决策等方面具有更多的灵活性，从而更为从容地应对复杂多样的商业需求。例如，适应技术发展允许公司采电子通讯方式举行会议，但也允许公司章程另有规定；再如，删除经理职权的具体列举，改由公司章程规定或董事会授权，有利于公司“因地制宜”按照实际情况规定经理具体的职权范围，赋予股东和董事会更大的意思自治空间²⁷。第三，优化公司权力配置结构。我国公司法学界长期存在股东会中心主义和董事会中心主义的不同观点，本次修订因繁就简地删除股东会两项职权、允许股东会授权董事会决议发行公司债券、删除“董事会是公司的执行机构，行使本法和公司章程规定属于股东会职权之外的职权”的表述，都体现了对董事会功能的重视以及对股东会和董事会关系的灵活协调。第四，灵活设置公司机关，增加制度适应性。一方面，截止2023年10月我国大约有4800万家公司，其中有限责任公司占比98.66%。²⁸《公司法》允许规模较小或者股东人数较少的有限责任公司不设董事会，设一名董事，该董事还可以兼任经理；不设监事会而设一名监事；经全体股东一致同意也可以不设监事。同时，针对规模较小或者股东人数较少的股份有限公司也采用上述规则，只是必须要有一名监事。此种公司机构的简便设置，船小好调头，更适合在两权分离问题不突出的小公司中实现灵活经营。另一方面，针对公司监督机制改革的诸种观点，最终确定由公司章程选择适用监事会抑或董事会审计委员会的模式，赋予公司更多自治自由。

综上，本次《公司法》修订“鲜明地加入‘弘扬企业家精神’的表述，体现了对公司经营者自行决定相关事务的信赖与期待。”²⁹其具体体现在关于公司资本、融资和治理的诸多制度当中，鉴于其具体规则已有诸多文献阐释，此处只做一概览。

三、弘扬企业家精神还需要什么

²⁶ 常健：《公司章程论》，中国社会科学出版社2011年版，第211页。

²⁷ 参见史际春主编：《中华人民共和国公司法条文注释与实务指南》，中国法制出版社2024年版，第163页。

²⁸ 参见刘斌编著：《新公司法注释全书》，中国法制出版社2024年版，第4-5页。

²⁹ 缪因知：《新〈公司法〉条文解释的赋权导向》，载《地方立法研究》2024年第2期，第1页。

“制度变迁是一个复杂的过程。这乃是由于制度变迁在边际上可能是一系列规则、非正式约束、实施的形式及有效性变迁的结果。此外，制度变迁一般是渐进的，而非不连续的。”³⁰《公司法》首次在立法宗旨条款中增加了“弘扬企业家精神”的表述，其实践效果还需仰赖具体制度的完善和实践操作的效果。基于此，还需从《公司法》内外制度及其实施效果角度考虑如何更好实现上述立法宗旨。

（一）继续完善《公司法》制度以弘扬企业家精神

弘扬企业家精神，发挥公司管理者的能动创新意识，激励和约束机制的合理设计必不可少。

1. 人力资本出资的问题

现行公司法规则禁止劳务出资，可能的理由是劳务不能衡量、信用程度比较低或者是容易导致腐败。³¹不过，实践中出现管理股、员工持股等做法，实质上突破了人力资本禁止出资的规定，且《公司法》第162条³²允许股份有限公司收购本公司股份的事由包括员工持股计划或者股权激励。事实上，在经济学、管理学领域认可人力资本出资的同时³³，公司法学界也有学者建议开放人力资本出资限制：有学者很早就期待“人力资本出资获得公司法的承认，应当不会只是一个遥远的童话”³⁴，近年来更有学者建议“大幅调整现行公司出资形式的僵化模式，修改《公司法》的相关规定，允许人力资源出资，满足雷军等不同领域人才的人力资源出资需求。”³⁵

考诸人类社会重要财产形态的演变，从农业社会的土地、房屋、设备等物质资料，到商品社会中的债权、股权等权利，发展至当今的知识和网络经济中的知识产权和数据权利等，具有财产价值的权利形态极大丰富。特别是新经济的高速发展，部分服务型公司表现出轻资产的特点，管理型劳务和技术型劳务的重要性日显突出。据此，考虑是否允许人力资本出资的问题理应成为学界研究和立法者认真面对的问题，支持理由包括：允许人力资本出资可以降低公司两权分离所引起的代理成本问题，可以激励公司管理者更好地进行管理创新。

2. 董事对第三人的责任

前文已述，创新活动存在高度的（不可度量的）不确定性，企业家以其直觉性判断从事经营预测并管理生产。因此，一方面，创新活动必然会有较高的失败风险；另一方面，需要以包容心态对待创新活动。与此相关，公司法领域存在如何评价董事、高管等经营者活动以及权职、责任配置的问题。《公司法》修订后第191条³⁶的适用已然成为热点问题。

对第191条规定的争议，修订过程中就一直存在，既有董事对第三人责任的

³⁰ [美]道格拉斯·C·诺思：《制度、制度变迁与经济绩效》，杭行译，格致出版社、上海三联书店、上海人民出版社2014年版，第6-7页。

³¹ 参见邓峰：《普通公司法》，中国人民大学出版社2009年版，第324页。

³² 2018年《公司法》单独修正此条文，即当时的第142条。

³³ 参见杨瑞龙、周业安：《一个关于企业所有权安排的规范性分析框架及其理论含义》，载《经济研究》1997年第1期；周其仁：《市场里的企业：一个人力资本与非人力资本的特别合约》，载《经济研究》1996年第6期；豆建民：《人力资本间接定价机制的实证分析》，载《中国社会科学》2003年第1期；等。

³⁴ 蒋大兴：《公司法的展开与评判》，法律出版社2001年版，第124页。

³⁵ 梁上上：《人力资源出资的利益衡量与制度设计》，载《法学》2019年第3期，第73页。

³⁶ 《公司法》（2023年修订）第191条 董事、高级管理人员执行职务，给他人造成损害的，公司应当承担赔偿责任；董事、高级管理人员存在故意或者重大过失的，也应当承担赔偿责任。

理论基础突破传统理论和《民法典》第 62 条之规定的合理性问题³⁷，也有该种责任究竟为信义义务的扩张、雇主责任理论适用抑或是法人机关理论突破³⁸，其属于侵权责任、特别法定责任、信义责任还是不法交易责任的争议³⁹；也有对该条适用的要件即在何种情形下适用该规则，以及其责任形态究竟为连带责任、补充责任抑或一般赔偿责任的探讨。⁴⁰但同时，不少学者都表示了对该条款适用影响董事积极性的担忧。一方面，担心因该条的适用导致董事风险责任成本大增，使适合担任董事的人选不愿出任董事，提升公司运营成本；另一方面，过重的民事责任所带来的不确定性会导致董事在行使职权过程中畏首畏尾，“缺乏开拓创新和勇于承担商业风险的商业精神”。⁴¹事实上，从《日本公司法》第 429 条第一款请求公司董事承担损害赔偿责任的规定的实践来看，“在司法实践中使用得极为频繁，可以说是使用频率相当高的公司法规定之一。”⁴²可预见，我国《公司法》修订实施后，债权人针对公司董事的赔偿诉讼也将会成为热点。我国台湾地区学者早已针对 1984 年就董事对第三人责任案件判决进行检讨：“一部良好的公司法典，应在给予公司实际经营者最大的经营弹性，以及在赋予投资大众、公司债权人与其他对公司经营成败有利害关系者充分保障之间，作适当的衡量。”⁴³

本文基于向后看的视角，即在第 191 条规定的基础上思考该条的适用，以平衡鼓励公司经营者创新和保护公司债权人利益的价值衡量为目的，建议该条适用中需要注意以下几个方面：第一，需要遵循过罚相当的法律基本原则，防止该条适用成为过度追究董事、高管民事责任的依据。该条的立法动议一定程度上是为解决第三人权利保障的问题，“而在司法实践中也可能成为解决“穷庙富和尚”问题⁴⁴的一种手段。不过，如果该条适用不坚持严格的构成要件，极易成为债权人过度追索的工具。第二，鉴于“也应当承担赔偿责任”的表述，解释上应当认为董事对第三人的责任形态并非连带责任，而是一般赔偿责任，⁴⁵并且董事对第三人责任以公司对第三人负有责任为前提。第三，鉴于商业活动的复杂性和创新

³⁷ 参见高泓：《董事第三人责任的反思与构建——〈公司法〉第 191 条的解释论》，载《中国法律评论》2024 年第 4 期，第 221-222 页。

³⁸ 参见郭富青：《我国公司法设置董事对第三人承担民事责任的三重思考》，载《法律科学（西北政法学报）》2024 年第 1 期，第 157-160 页。

³⁹ 参见刘道远：《董事对第三人赔偿责任的法理基础与规范解释》，载《比较法研究》2024 年第 2 期，第 94-97 页。

⁴⁰ 参见刘贵翔：《关于新公司法适用中的若干问题》，载《法律适用》2024 年第 6 期，第 24-27 页。

⁴¹ 参见郭富青：《我国公司法设置董事对第三人承担民事责任的三重思考》，载《法律科学（西北政法学报）》2024 年第 1 期，第 162 页；刘道远：《董事对第三人赔偿责任的法理基础与规范解释》，载《比较法研究》2024 年第 2 期，第 98 页。

⁴² 周剑龙：《废除公司最低资本金制度情形下的公司债权人保护——以日本法上的公司董事对第三人责任制度为视角》，载朱慈蕴主编：《商事法论集》（第 27 卷），法律出版社 2016 年版，第 253 页。

⁴³ 刘连煜：《公司负责人因违反“法令”所生之损害赔偿——1984 年度台上字第 4345 号判决的检讨》，载《公司法理论与判决研究》，法律出版社 2002 年版，第 37 页。

⁴⁴ “适当要求管理层对第三人承担责任，可以有效地监督和控制管理层的行为；也可以为第三人的权益提供保障，特别是当公司处于困境、丧失清偿能力之时。”林一英：《〈公司法〉第二次修订对公司法律制度的完善与未来展望》，载《法学家》2024 年第 4 期，第 98 页。

⁴⁵ 参见刘贵翔：《关于新公司法适用中的若干问题》，载《法律适用》2024 年第 6 期，第 25 页。

⁴⁶ 参见刘贵翔：《关于新公司法适用中的若干问题》，载《法律适用》2024 年第 6 期，第 26 页。

的不确定性，适用第 191 条时需审慎认定“重大过失”。因为具体到某一决策行为是否存在重大过失的判断，司法上并不存在非黑即白的明确界限；美国公司法上“商业判断规则”的适用很大程度上是基于尊重商业人士选择的立场，这一宽容审慎态度可资借鉴。当然，通过司法解释和指导性案例等方式明确类型化第 191 条的适用，也是一种可行的方式。

（二）《公司法》之外的制度及实践完善

“弘扬企业家精神”的落实，并不仅仅局限在《公司法》规则中，至少还需要在两个维度上考虑：其他法律制度的完善以及《公司法》规则的落地实施。

1. 国有资本参股公司的法律规范

本次《公司法》修订的一项重大变化是对国家出资公司的组织机构进行单章规定。不过，《公司法》规范的国家出资公司是国有独资公司和国有资本控股公司，尚缺乏对国有资本参股公司的规范。鉴于国有资本在我国的广泛存在以及作为创新活动的主要力量，进行适当的法律引导和规范诚有必要。一种可行的方案是在《企业国有资产法》修订中增加对国有资本参股公司的规范，形成《公司法》和《企业国有资产法》对全部国有资本参与的企业组织的规范。在明确国有资本参股公司、企业的目标时，鼓励创新应当是其中之一，可以考虑规定国有资本参股公司、企业应当聚焦主责主业。参股的必要性在于，非国有经济具有很强的创新意识和行动能力，国有资本参股其中有助于更好了解创新动向，并适时支持、发展有益于社会经济的创新活动。聚焦国企主责主业的参股活动，能更好发挥国企在该领域的专业特点，有助于对创新活动的判断。同时，鉴于创新活动的不确定性，国有资本参股应当秉持可进可退、适度宽容创新失败的态度，而不能简单以参股投资成败为问责的唯一依据。

2. 《公司法》的实施

立法确定了基本的行为规范，但鉴于法律语言并非完全精确、社会现实变动不居，同样的法律规范在实践中的效果如何，还需要时刻关注法律的实施。如上所述，《公司法》第 191 条规定的董事对第三人的责任条款是否会出现对董事苛责以致阻碍公司管理者创新的效果，是需要司法在具体情境中审慎考量的。以下再举一例。

《公司法》修订一直秉持放松管制、鼓励章程自治的精神，如在公司担保、对外投资、公司治理权力配置等方面都允许“章程规定”。在此情况下，两个公司间的重要交易就会涉及章程等公司信息的审核问题。例如，我国司法实践中长期存在公司法定代表人（或代理人）超越权限签订担保合同的争议，《九民会议纪要》对公司对外担保问题也进行了详细规定。只是《公司法》及相关法规仅将公司章程列为备案信息，“并不全文向社会公开”。⁴⁷如是，公司管理者与其他公司进行重要交易时是否应当检索并审核相对方公司章程、判断相对方公司决议有效性、公司授权合法性等，往往会成为公司对外担保、交易的重要风险点。再如，《公司法》修订后对经理职权由列举改为公司章程规定或董事会授权，同样也存在着判断公司章程或董事会授权合法性的问题。在鼓励董事、高管等公司经营发挥创新精神的同时，政府应当为市场交易有效开展提供便捷、明确的信息验证方式，包括对公司出资情况、公司章程信息、公司诚信记录等的便捷查询；法律也应当更明确重要交易中当事人审查义务的边界，以便董事、高管在执行职务时勤勉尽责，避免陷入执行职务存在重大过失时的民事责任承担。

⁴⁷ 刘斌编著：《新公司法注释全书》，中国法制出版社 2024 年版，第 162 页。

合作现象的经济法表达及其实现机理

张玮*

摘要：我国经济法文本中含有一定数量的涉及合作行为内容的条款。经济法供给的法秩序有助于不同主体以互利互惠为目标进行合作，最终建构良性的合作共治秩序。经济法框架内的合作形式包括互利型的合作、取利型的合作与让利型的合作。合作行为可以节约监管成本、提高守法遵从并保障政策实施结果的科学化水平，但是过度合作也会侵害个体权利及影响行政效率。因此，有必要对合作行为进行类型化处理，具体应区分必须进行的合作，可以进行的合作及限制禁止的合作。对必须进行的合作应当明确合作行为主导机构及各自权责，对可以进行的合作应当有细化的支持促进政策，而对明显有害的合作行为采取限制或禁止措施。

关键词：经济法；合作理念；经济法实施；经济法文本；

除了竞争，人类社会中也存在广泛的合作现象。有学者认为无数的合作行为与竞争等其他人类行为一起共同构成了促进人类社会持续进步的完整图谱。¹合作并非停留在道德呼吁的非正式制度层面，也是重要的社会经济治理工具。合作是区别于市场自发调节、行政监管的柔性治理方式。具有我国国情特色的共同富裕、对口支援，区域一体化、全国统一大市场等政策制度背便是合作历史传统的具体表现。已有学者尝试分析合作理念在经济法中的表达。例如刘光华认为经济法寻求两个或者多个权利（权力）之间的合作解。²闫翠翠认为合作理念是经济法的内在理念。³陈乃新和彭星则认为要实现从行政法为依据的干预型政府到以经济法为依据的合作型政府的转变。⁴李伟峰则分析了合作契约理念在经济法中的展开方式。⁵这些既有的研究成果为本文研究提供了理论基础，但却较少以经济法文本为对象对合作行为类型及运行进行实证分析。在各类资源稀缺的风险社会中，单一机构实现有效治理的成

*作者信息：张玮（1987-），铜陵学院法学院副教授，法律经济学博士。

基金信息：安徽省高校优秀青年科研项目“超大规模市场视角下实现共同富裕的经济法保障研究”（2022AH030151）

¹ 王道勇：《社会合作何以可能——集体利益论与集体意识论的理论分析与现实融合》，《社会学研究》2022年第5期。

² 刘光华：《经济法的分析实证基础》，中国人民大学出版社2008年版，第260页。

³ 闫翠翠：《论经济法的合作理念》，《理论界》2011年第2期。

⁴ 陈乃新、彭星：《论合作型政府的构建——基于经济法视角》，《江西社会科学》2010年第3期。

⁵ 李伟峰：《论合作契约理念在经济法中的确立与展开》，《湖南科技大学学报（社会科学版）》2013年第3期。

本较大，合作治理可以成为国家干预、市场调节之外的另一种经济法调整方式。传统的经济法研究过于强调对市场的逐利性与自发性等失灵问题的干预，习惯在冲突对抗的语境中建构经济法理论，而忽略通过合作协商方式修复市场缺陷的可能。笔者尝试以现行有效的经济法文本为研究对象，以合作、协作、协同、配合、共同、参与、联合、协调、一体化等为关键词进行搜索，以解释合作的经济法表达形式及其实现路径。

一、合作的法律内涵及其实现原理

人类发展的历史也是从无序对抗到有序竞争，并在共同目标背景下进行有序合作的历史。有学者认为，人天生就是群体性的，而不是独来独往的。⁶人类社会的秩序主要包括由自发竞争形成的秩序、由强权主导形成的社会秩序及通过合作形成的秩序。合作是不同主体间利益共容的过程，具体包括互利、让利与取利等多种实现方式。在个体利益驱动下的小范围应急型合作可以通过契约完成，但在共同利益驱动下的大范围分享发展型合作却要通过外部规范与公共组织的推动完成。

（一）合作的概念及其类型

从字面含义看，合作是人们同别人一起从事互利活动的行为。⁷随着人类社会成员之间的联系越发密切，以非竞争性、非排他性为特征的公共事务空间也开始出现，也为合作创造了条件。共同体的形成是人类合作行为的结果。在这其中，平等与相互关心是共同体建立的重要因素。⁸合作现象也具有多元化的特征，笔者在此尝试对合作的类型进行比较与区分。

1. 目的：利己合作与互利合作

人性兼具利己面与利他面。⁹不同主体的禀赋能力存在差异，而合作可以增进各自利益。利己合作是市场主体在理性选择、价格信号等因素作用下实现的，互利合作则是在协商形成共识的基础上完成的。建立在私人契约基础之上的合作可以促进交易机会与个体收益，利他性的结果并不必然出现。建立在公共契约之上的合作可以平衡机会的分配与分担风险与成本，参与合作的主体则有意识的实施利他性行为。

2. 范围：风险预防型合作与发展共享型合作

⁶ [瑞典] 乔恩·皮埃尔 [美] 盖伊·彼得斯：《治理、政治与国家》，唐贤兴、马婷译，格致出版社 2019 年版，第 127 页。

⁷ [美] 塞缪尔·鲍尔斯、赫伯特·金迪斯：《合作的物种—人类的互惠性及其演化》，张弘译，浙江大学出版社 2015 年版，第 3 页。

⁸ [英] 齐格蒙特·鲍曼：《共同体：在一个不确定的世界中寻找安全》，欧阳景根译，江苏人民出版社 2003 年版，第 186 页。

⁹ 康晓光：《义利之辨：基于人性的关于公益与商业关系的理论思考》，《公共管理与政策评论》2018 年第 3 期。

对风险的防范和恐惧往往是不同主体间进行合作的直接动机，这种合作具有应急型特质，参与合作往往就妥协程度与责任承担范围为合作的调整对象。随着社会管理事务日益复杂，合作并非只是人类被动的选择，各类主体通过选择合作的方式增进彼此利益，共享发展成果。

3. 保障：自发合作还是命令驱动合作

合作的实现并非完全来于私人之间的自发联合，也来自于外部干预的诱发与引导。自发形成的合作多发生在市场交易领域，而命令驱动下的合作多发生在社会管理领域。缺少硬性制度约束的合作具有一定的时效性，但在正式规范框架内的合作行为常具有稳定性。

（二）合作的价值

合作逐渐从个体偶发的选择转向为群体理性的决策。合作具有社会治理工具的功能，可以供给利益诉求表达机制、风险分担机制、争议解决机制、成果共享机制。总体而言，合作具有安全价值、经济价值与正义价值。

1. 合作的安全价值

因公共风险引发的社会关系是私人自治议题与政治国家议题的结合。¹⁰私人空间内的交易风险完全可以通过个体的理性选择予以防范。但公共风险造成的危害结果通常是跨区域、跨部门扩散的，个体抵御风险的能力极为有限，此时群体间的合作具有安全价值。

2. 合作的经济价值

其一，合作可以降低社会治理成本。现代市场经济活动过程越发复杂，超越地区边界、超越部门边界的事务密集出现，合作可以节约社会管理资源并防止重复建设。其二，合作具有规模经济的价值。市场参与主体可以通过合作扩大体量节约交易成本，在市场中获得优势地位。

3. 合作的正义价值

建立在冲突与威慑的秩序无法从根本解决法律实施资源不足的难题，也无法避免市场参与主体规避守法的投机主义。参与合作的主体需要主动沟通信息和分享资源，并以互利的目标共同行动，因此具有正义价值。其一，合作本身是社会主体间道德认同的体现。合作现象本身具有道德价值意蕴，体现了合作行为实施主体的道德意识。合作体现了谦抑与柔性的治理观念，对社会成员具有正向的示范效应，能够凝聚共识并减少纠纷。其二，合作具有程序正义的价值。合作是一种商谈机制，可以缓解共同利益形成过程中的个体利益冲突。个体可

¹⁰ 宋亚辉：《超越公私二分：风险领域的公私法合作理论》，商务印书馆 2022 年版，第 18 页。

以通过合作获得来自他人或组织的认同感，由此引导守法遵从行为的达成。

（三）经济法如何规范与促进合作

法律是在某个共同体中制度化的规范体系。¹¹合作的实现同样也是法律在共同体内实施的结果。法律供给外在干预机制促成合作环境的形成，其主要方式包括立法供给公共信用、组织权威和激励机制。不同主体间进行合作不是偶然和自发的，而是通过制度确保其延续性和可靠性，例如通过立法为相互合作提供稳定的秩序预期、信任基础及沟通的路径等。经济法视域中的合作发生在公共经济领域，是群团主体为实现共同目标而采取的行动机制与策略。而民商法中的合作则是以私人主体之间的协商与契约等形式完成的主导的合作，是以个体利益增加为驱动力的合作。除此之外，经济法的目标结构呈现多元化的特点，不同层次目标结构之间的协同也需要通过合作来实现。

1. 合作需要经济立法供给稳定的法律规则为前提

哈特认为，在任何大型团体中，社会控制的主要工具一定是一般化的规则、标准和原则，而不是个别地对每个人所辖的特定指示。¹²持续性的关系是合作的基础。¹³社会成员之间不敢与不愿达成合作通常和缺少法律制度的指引有关。“合作”理念入法为合作行为的达成提供合法性，降低不同主体之间达成合作的协商成本。立法主体可以直接在法律条文中规定合作的内容，明确合作的范围，将抽象的合作字面语义转化为实施主体、领域范围、行动程序等内容。合作行为达成的前提是个体遵守规则不会产生额外的成本，因此越是简单与透明的规则越容易促进合作的实现。

2. 合作的实现需要宏观调控行为保证实施

社会成员间过度竞争导致的利益冲突将不利于合作的达成，在互害型社会中难以实现有效合作。因此，合作需要以社会物质积累为保证，以缓解主体间过度争夺资源产生的利益冲突。不同社会主体只有通过合作交流的才可以实现利益的增加，而不需要争夺与竞争既有规则之外的资源。在满足基本生存需求和发展的基础上，不同主体才有进行分享式合作的可能。因此，我国《宪法》便规定了国家正确处理积累与消费的关系，大多数经济法也将经济发展作为立法目标，这也为社会成员合作提供社会资源基础。经济法具有现代性的品格，以统一大市场的建设为实施目标，并通过供给市场基础设施、信用衡量标降低合作成本。例如共享经济的实现就需要主体之间在相互信任的基础上进行合作，而合作的前提便是国家通过经济

¹¹ [比]马克·范·胡克：《法律的沟通之维》，孙国东译，法律出版社 2023 年版，第 49 页。

¹² [英]哈特：《法律的概念》（第二版），许家馨、李冠宜译，法律出版社 2011 年版，第 113 页。

¹³ [美] 罗伯特·阿克塞尔罗德：《合作的进化》（修订版），吴贤忠译，上海人民出版社 2017 年版，第 126 页。

立法供给交易秩序、信用衡量标准、个人信息保护等规则。

二、经济法文本中的合作内容条款其功能实现

合作具有治理工具功能，是对专业监管及属地管理原则的一种补充，不过在地方政府竞争、部门职能区分的背景下，相互间不具有隶属关系的主体较难自发进行合作。经济法的法律文本中却有较多关于合作的内容，因此经济法视域中的合作行为具有正式制度的意蕴。笔者以我国现行有效的经济法文本为样本对象，以合作、协作、协同、配合、共同等为关键词进行检索，检索结果范围不仅包括严格字面意义的“合作”，还包括实质意义层面的合作行为。经济法中的合作行为主要发生在专业技术性强、对信息披露要求高、涉及跨行业跨境执法监管及资源利用与保护等领域，这体现了优化经济法实施效果的需求。例如《黑土地保护法》第42条、《长江保护法》第6条规定了相关区域地方政府之间就特定事项建立协作机制。《车辆购置税法》第16条则规定了税务机构同其他部门进行涉税信息共享和工作配合。这些领域内的合作具有稳定性和持续性的特征，因此需要在立法中予以明确规定，有助于提升行政效率并防止部门或区域之间推诿责任。

（一）合作的实施主体

1. 政府之间、政府部门之间的协作机制

在公共事务管理中，国家、各级政府及其具体部门是合作的主要实施主体。在这种合作模式之下，国家通常起到统一协调作用。例如《出口管制法》第五条规定了国家建立出口管制工作协调机制。有的条款直接规定了合作行为的管理机构。例如《烟草专卖法》第二十七条中规定了国务院烟草专卖行政主管部门管理烟草行业对外经济技术合作。有的条款是用“会同”的表达方式，区分了合作的牵头机构与参与机构。例如《湿地保护法》第五条规定国务院林业草原主管部门会同国务院自然资源、水行政、住房城乡建设、生态环境、农业农村等主管部门建立湿地保护协作和信息通报机制。有的条款则较为清晰界定了不同部门之间合作的具体事项和涉及环节。例如《农产品质量安全法》第四十五条规定了县级以上人民政府农业农村主管部门与市场监督管理部门应当加强收购、储存、运输过程中农产品质量安全监督管理的协调配合和执法衔接。

2. 政府与市场、社会的配合协助

政府相关部门为了执法调查需要有关单位和个人进行相应配合，这种合作模式具有一定的强制性，仍然是以政府力量为主导，且和具体执法过程相关联。例如《对外贸易法》第三十八条规定有关单位和个人应当对对外贸易调查给予配合、协助。除此之外，政府与市场或

者社会进行合作的目的是建立多元主体参与的社会治理体系,由此可以提升在相关行业内的国家治理水平并节约治理成本。例如《数据安全法》第十八条、《乡村振兴法》第四十一条、《电子商务法》第七条、《个人信息保护法》第十一条、《种子法》第六十二条都规定了类似的内容。

3. 市场主体间的合作

市场参与主体也可以在公共治理目标下实现合作,这种合作模式也会对参与主体的利益起到增进作用。例如《电子商务法》第四十一条规定的电子商务平台经营者与知识产权权利人围绕保护知识产权进行的合作。在市场中处于相对弱势地位的中小企业也可以借助合作方式获得一定的支持发展力量。例如《中小企业促进法》第三十九条规定了大型企业中小企业以合作方式促进中小企业发展。行业协会或行业组织在带动市场主体间合作时有重要的作用,可以促成本行业内标准或者共享机制的形成。例如《网络安全法》第二十九条规定了有关行业组织建立网络安全保护规范和协作机制。《资产评估法》第三十七条规定了行业协会应当建立沟通协作和信息共享机制。

(二) 合作的达成方式和类型

1. 倡导鼓励型的合作行为

这种模式之下的合作倡议更多属于软法属性,条文多采用“鼓励”、“支持”等表述方式,并不具严格的强制效力。这种合作模式赋予了参与主体较多的自由裁量权,因此实施方式更加灵活。软法规范在流域协同治理中发挥了更为重要的作用。¹⁴合作还具有信息交流与技术支持的作用,能够进一步组织协商成本。因此现行的经济立法中也包含较多数量的关于国际交流合作内容的条文。这些条文的规定可以消除不同主体在合作之前的沟通障碍与顾虑,也可以降低降低合作的信用衡量与信息沟通成本。例如《个人信息保护法》第十二条、《农业技术推广法》第六条、《黄河保护法》第九十九条、《湿地保护法》第十条、《农产品质量安全法》第十条等条文中均含有“支持”、“鼓励”、“促进”等表述。国际交流合作一般要建立在平等互惠的基础之上,不得侵犯国家主权和利益。例如《反洗钱法》第二十七条便明确规定了反洗钱的国际合作要遵循平等互惠原则。虽然该种模式下的合作是一种软性约束,但国家仍要实施各种具体的支持促进政策。例如《中小企业促进法》第四十一条、《网络安全法》第三十九条、《深海海底区域资源勘探开发法》第十六条、《乡镇企业法》第二十四条、《黑土地保护法》第十一条等法条中都含有国家支持促进合作行为的具体措施。

¹⁴ 何俊毅:《流域协同立法的规范建构与机制保障》,《现代法学》2024年第3期。

2. 被限制或需要审查的合作

合作会引发主体间力量对比的变化,市场主体之间若以合作为形式进行无序扩张会导致滥用市场支配地位的结果。因此,规范经营者之间的合作行为有维护市场经济秩序的价值。例如《反垄断法》第十六条规定的垄断协议行为可以通过经营者主体间的协同行为体现。国家对有可能危害市场竞争秩序或者国家安全的并购行为进行事前审查,例如《反垄断法》第三十八条规定了对涉及国家安全的经营者集中实施国家安全审查的情形。《种子法》第六十一条也同样规定了种业国家安全审查制度。对国际交流合作行为的实施必要的国家安全审查制度也符合《对外关系法》中的规范要求,因为《对外关系法》第三十三条规定了中华人民共和国对危害国家安全的行为可以采取限制措施。综上所述,涉及到市场竞争秩序、国家安全等领域的合作目的及结果都需要纳入到国家安全的审查范围内。

3. 必须进行的合作

在必须进行合作的领域需要“硬法”进行规范指引,此时法条中多含有“应当”一词。例如《农产品质量安全法》第四十一条规定国务院农业农村主管部门应当会同国务院市场监督管理等部门建立农产品质量安全追溯协作机制。该条文中的协作机制便是政府职责的具体内容。在这种合作模式中,“配合”是最为常见的参与合作的形式,也具有一定的强制性意蕴。例如《旅游法》第十五条规定了旅游者因不配合而需要承担相应的责任。《可再生能源法》第四十条则将配合工作作为义务履行的体现。配合一词还经常与“不得拒绝”“不得阻挠”等搭配使用。例如《湿地保护法》第四十七条规定了有关单位和个人应当配合有关部门的监督检查,不得拒绝、阻碍。也有很多法条将配合的具体内容和形式具体呈现,这有助于提升合作行为的可操作性。例如《反洗钱法》第二十三条是“配合+提供文件和资料”,《邮政法》第三十六条是“配合+保密义务”,《车辆购置税法》第十六条是“配合+及时交换资料”。值得注意的是,《畜牧法》第十四条则规定了个人完成相关事务的配合后有权获得经济补偿。

三、经济法合作内容条款适用困境分析

合作并非只是道德与政治议题,更需要在法律规范的框架予以解构并细化实施。有学者认为税收共治治理存在的主要问题是法治化不足的问题。¹⁵虽然我国经济法中也存在合作内容条款,但这些条款是否仅停留在宣示功能层面?合作内容条款又是否可以通过诉讼或者执法的方式予以实施?笔者认为,若只将合作作为道德要求则会弱化相关条款的实施效果,但

¹⁵ 汪虎生:《税收共治治理法治化中的软法应对》,《税收研究》2021年第5期。

若要完全将合作内容义务化改造也会增加协同组织成本。

（一）合作内容条款的约束性效力有限

在严密的科层制结构和高度专业化分工的治理体系中，事权的精细划分在某种程度上也淡化了不同主体间自发进行合作的动力。参与合作的各方主体不希望因为参与合作产生额外的治理成本，因此大多对纯粹取利型的合作较为偏好，对分享型及积极履职型的合作较为排斥。若无法律进行强制性规定，不同主体之间也难以就公共利益目标进行合作。对必要合作行为的忽视将导致权力过度集中的后果，各类决策的科学性也由此受到影响。在经济法的适用过程中，部门间的信息分享是重要的治理方式，合作的缺失造成更多的信息不对称结构。

1. 纵向层面的上下级合作场景缺失

在单一制国家的科层制结构中，中央政府与地方各层级政府之间并不是协商合作的关系，而主要体现为等级严明的“命令-服从”关系，并通过政令传达、资源审批、监督考核及授权等方式形成有机联系。“集中统一”的监管模式体现了中央权威，倾向于将优质资源分配给更高层级的政府相关机构，或者是新设立更具强力的机构。处于科层制结构下级的政府实施法律或者政策的合法性来自于上级的授权，其自由裁量权空间有限。在属地管理原则和央地分工的背景下，执法资源的横向流动与纵向流动都受到一定限制。例如更高层级的优质执法或者诉讼资源难以直接计入基层治理中，而地方多元而个性化的利益诉求难以被更高层级的决策机构一一回应。例如我国反垄断执法的基本逻辑仍然是以中央层面的反垄断执法机构为主导，中央对地方执法授权的范围和到达层级较为有限。理想的合作模式体现双向的影响，但现实中，以命令-服从为主要关系的科层制结构制约平等合作场景的形成。

2. 横向层面的合作缺乏激励

以《反垄断法》为例，该法中涉及合法执法的内容相对较少，仅第十一条规定了强化执法与行政司法的衔接。大规模合作必然产生沟通协作的成本。因此在效率优先的目标导向中，通常也会出现以提高效率为理由将资源集中于单一的强势机构的情形。究其原因，在资源有限的大背景下，合作行为会稀释单一主体的获利总体情况，再加之部门之间或者地区之间会围绕资源与绩效进行竞争，也很难具有通过合作分享资源的动力。例如，相互毗邻的行政单位存在协调困难、治理目标标准不一、合作规制不明等问题，由此制约了合作治理的实现。¹⁶现有的考核机制仍然是建立在职权划分的基础之上，深度的合作反而让个体的实际贡献难以被精确衡量。除此之外，单一部门处理职权内范围内事务的精力也极为有限，因此也

¹⁶ 季程远：《走出以邻为壑：破解边界合作治理困境的自主路径》，《复旦学报（社会科学版）》2024年第3期。

难具有完成合作事项的动力。更何况，过度的合作也可能带来不可控的风险。

3. 合作条款内容可操作性有待提高

法条产生的约束力与其内容构造有关，有限的信息供给都会导致合作不足或者合作过度的产生。有学者认为，法律法规中的协作要求规定较为原则化，缺乏具体的制度保障和操作指引。¹⁷执法权责配置的结构性问题会直接影响执法权的协同运行，从根源上阻碍执法协作的达成。¹⁸因为法律规定相对模糊，没有对合作进行类型化或者优先级的区分，参与合作的主体间难以确定各自行为边界，进而增加参与主体的行动成本。因职责分工不明确也会导致合作过程中的不公平现象，进而影响后续进行合作的动力。现行经济法中的合作内容条款的表达困境，例如合作内容条款仅停留在宣誓引导层面，有沦为“僵尸条款”的风险。关于合作的规定目前只停留在立法中的表述层面，难以进入到具体的执法或者司法过程中。虽然合作内容条款多有鼓励国际交流合作、信息共享的表述，但终究只是一种非正式制度，其实施效果受到主体能力、资源配置和习惯等各种因素影响，难以形成统一标准。在需要进行合作的领域，相关法条的内容表达仍然不够清晰。

（二）被过度依赖的合作

我国具有合作的历史传统，合作通常与程序正义产生关联，由此会引发合作的泛道德化现象，忽略了有害合作、过度合作的危害性。合作一词在立法中的严肃性受到影响。

1. 被泛化的合作对个人权利的有害影响

合作制组织如果忽视了组织成员的个人需求，就会因为其开放性而失去其成员，从而使组织面临解体的风险。¹⁹那么，合作中的个人权利应当如何保证？

其一，配合类条款的设计缺陷导致合作被异化为“命令-服从”关系。在配合过程中可能产生侵权风险和实际损失，进而影响配合行为的遵从度。只有少数条款规定个人配合可以获得适当的经济补偿。例如《畜牧法》14条规定了有关单位、个人应当配合畜禽遗传资源基因库采集畜禽遗传材料，并有权获得适当的经济补偿。若缺少配合的内容范围、程序及权利事项，配合的功能便会异化，将产生“泛义务化”的结果。

其二，合作事项范围的泛化对个人权利的侵犯。虽然部分法条中规定了合作的事由，但合作涉及的范围与深度却没有涉及。合作是否可以取代现有的部门职权边界？多部门对单一主体协同监管的模式固然可以提高效率，但机构之间的合作使得干预的力量更为强大，被监管主体失去抗衡能力。因此，涉及多部门的合作或联合执法的范围和力度进行必要的限制，

¹⁷ 刘杨：《法治政府视野下执法协作的实践困境与破解路径》，《法商研究》2023年第2期。

¹⁸ 同注17，刘杨文。

¹⁹ 张康之：《走向合作制组织：组织模式的重构》，《中国社会科学》2020年第1期。

应当遵循相关性、必要性与合理性的原则。例如《关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》指出，通过信用信息公开和共享，建立跨地区、跨部门、跨领域的联合激励与惩戒机制，形成政府部门协同联动、行业组织自律管理、信用服务机构积极参与、社会舆论广泛监督的共同治理格局。现行立法中的“协同治理”、“共同治理”等表述并不能清晰界定合作过程中应有的分工范围。不受范围控制的多部门合作在加大组织成本的同时也会对少数主体的权益保障产生不利影响。例如有学者认为通过部门联合的方式实施失信惩戒不利于保障公民权利，实质是行政权打破部门划分的界限，通过行政权联合的方式，对公民的权利和自由进行限制。²⁰由此，对于个人权利进行限制的合作监管虽然有高效迅捷和覆盖面广的优势，但仍然存在政府过度干预的风险。

2. 市场主体间的不当联合危害市场经济秩序

其一，经营者主体间的不当联合危害市场竞争秩序。有学者认为，协同治理招致风险的原因在于自由裁量权被滥用于牟取私利。²¹在追求规模经济的目标下，经营者主体有联合获取市场支配力量的动机，但不当的合作引发市场主体间力量对比的失衡。要区分是基于必须事项的合作还是基于市场力量重组的合作。基于公共利益的联合还是基于个体利益的联合。监管者要防范经营者以排除、限制竞争为目的而进行的不当联合，包括垄断协议行为及经营者集中行为。对明显缺乏正当事由的合作，超过正常经营的必要限度进而危害市场竞争秩序的不当合作或者联合。

其二，社会中介机构与政府、企业的不当联合对消费者权益造成侵害。消费者在市场中本就处于相对弱势的地位，经营者与政府、社会中介机构之间的不当联合会加剧消费者维权难的困境。因此《产品质量法》第二十条规定了从事产品质量认证检验、认证的社会中介机构不得与行政机关存在隶属关系。《建筑法》第三十四条规定了工程监理单位与被监理工程的承包单位以及建筑材料、建筑构配件和设备供应单位不得有隶属关系或者其他利害关系。但事实上，合作过程中的利益冲突问题缺少第三方的监督。

3. 合作行为形式公平与实质公平的冲突

合作的形式与实质的关系协调困境。只注重合作协议或者决定的表面形式，而忽略其细节构造与实施程序。合作在形式上的达成也可以视为是对合同内容条款的实施，但却无法衡量其持续状态和实施效果。笔者认为，对合作效果缺乏绩效评估也影响参与合作的积极性。

²⁰ 杜成胜：《失信联合惩戒中的公民权利保障研究》，《甘肃政法大学学报》2023年第2期。

²¹ [美] 翁笙和、约翰·多纳休、理查德·泽克豪泽：《协同治理：实现公共目标的新方式》，刁琳琳译，中信出版社2024年版，第65页。

处于不同发展阶段的主体对合作结果有不同的利益诉求。一些主体希望通过合作获得更多的发展资源，有些主体并不希望通过合作而承担更多的工作量。横向层面的合作目的在于确保形式公平。而纵向合作更多是保证更高层级主体的汲取能力，减轻其治理负担，但处于下级的政府的负担会由此加重。合作协议的履行方式及效果则和参与主体的资源聚合能力有关。若不同主体能力、资源间的差异过于悬殊，合作协议的履行效果与要素流动规律之间会发生冲突，由此产生合作主体过度让利或者是被完全吸附的结果。不同主体间能力、权力与资源差异客观存在，必然有弱势主体在合作关系扮演服从的客体角色，或者一方通过完全付出的方式维系合作的存在，合作由此沦为了单项的资源输出或者输入途径。在合作关系中也缺乏互惠共益的可能，如果缺少必要的商谈协调、利益补偿、争议解决等细化措施，那么合作的持续性难以保证。

4. 过度提倡合作或协同引发的低效率问题

虽然分工可以提高效率，但背后的协调又有可能会降低效率。²²因此，合作的范围与事项并非越多越好，不仅要考虑合作主体业务领域的相关性，也要考虑参与主体间的能力及资源配置情况。现代市场治理中的部门专业化分工也日趋精细，也会加大不同机构之间组织协调的成本。政府与公众合作生产公共服务的过程中，可能由于管理不善、价值偏离或者价值冲突对公共服务结果造成消极影响，反倒无法实现原本由政府独立供给公共服务时的绩效。²³基于合作可以纠错的认知背景下，以合作取代本应的职责边界，也容易导致自由裁量权扩张而导致滥用的结果。因此有学者认为，对享有一定裁量权的私人合作者的依赖会带来公共利益被漠视的风险。²⁴由于缺乏共同基础，多主体很可能因协商不利而陷入“互相制约”的困境。²⁵

不同主体在合作之后的职能交叉领域增多，相互推诿的空间也由此产生。然而大多数合作内容条款中并没有规定合作行为中的引导机构，因此粗糙的合作模式会引发参与主体履行职能时的懈怠。合作强调程序正义，而对合作绩效问题缺少关注。除此之外，区分必须进行的合作还是可以进行的合作，不能用合作替代业已明确的部门职责。有的需要单独的机构完成，有的则需要协同。

²² 竺乾威：《国家治理的组织基础：科层制的局限与改革》，《理论探讨》2024年第4期。

²³ 王学军、牟田：《合作生产绩效及其影响因素：以政府和公众合作为视角》，《行政论坛》2021年第2期。

²⁴ 张敏：《数字政府建设政企合作法律风险的规制模式》，《现代法学》2024年第4期。

²⁵ 林杭锋：《合作治理：优势、失败风险及规避之道》，《理论导刊》2022年第4期。

四、经济法中合作行为的实现路径构造

从政府干预市场到政府与市场合作理念的转变是合作型经济法研究范式的生成基础。合作是一种新型治理模式，有助于节约治理资源提高守法遵从水平，又可以预留彼此之间协商与自由裁量的空间，从而避免政府过度干预。因此，作为治理工具适用的合作行为应当进一步被细化和类型化。具体而言，在必须进行合作的领域应当明确规定合作参与主体、各自权限责任、合作事务范围及合作绩效评估等内容，对明显有危害后果或者合作应当予以限制或及时禁止，对需要鼓励支持的合作行为允许合作实施主体制定更加细化的规则并给予资源保障。行政体系的内部规则有助于消弭合作方的潜在矛盾，形成激励相容的共同意志。²⁶ 因此，不仅要外部去解释合作发生的原因，还要从内部完善合作的组织规则与实施机制。除此之外，还需要区分合作需求的触发阶段、合作组织实施阶段、合作中的纠纷解决、合作绩效评估等阶段，在不同的阶段由不同的主体负责实施。例如国家发展改革委、财政部《关于规范实施政府和社会资本合作新机制的指导意见》指出市场化程度较高、公共属性较弱的项目，应由民营企业独资或控股；关系国计民生、公共属性较强的项目，民营企业股权占比原则上不低于 35%；少数涉及国家安全、公共属性强且具有自然垄断属性的项目，应积极创造条件、支持民营企业参与。

（一）必须进行的合作：合作的硬法约束

根据我国经济法条文的内容规定，国家安全领域、公共产品供给、跨部门执法环节、需要全过程监督的领域需要实施强制性的合作行为。

1. 合作转化为国家责任

“必须”“应当”的表述意味着国家需要履行实施合作行为的责任，因此需要对行为效果进行绩效考核、考核及问责。《农业机械化促进法》第六条规定了国务院农业行政主管部门和其他负责农业机械化有关工作的部门，按照各自的职责分工，密切配合，共同做好农业机械化促进工作。《农业技术推广法》第十九条也规定了重大农业技术的推广应当列入国家和地方相关发展规划、计划，由农业技术推广部门会同科学技术等相关部门按照各自的职责，相互配合，组织实施。由此可见，合作行为在此体现为具体的组织实施机制，为确保强制性的合作行为得以顺利实施，应当明确对相关政府责任的规定。未完成相关合作事项或者合作效果不佳时，相关负责机构应当承担相应责任。

2. 配合类条款的合理构造

此类配合行为在法条中的表述体现为“需要配合的对象+需要配合的事项范围”，主要

²⁶ 于文豪：《区域协调发展合作机制的内部规则》，《法学杂志》2022年第3期。

目的在于提升需要进行配合的主体的遵从性，以充分发挥配合制度应有的信息汇集功能。现有的配合条款在内容构造中的合作意蕴较为欠缺，更多是依靠公权力为强制力后盾保障实施的。在要求配合的过程中执法部门应当充分保障当事人的正当权益，例如应当合理赔偿因配合工作而产生的经济损失并对应当配合的范围进行界定，这样可以提升当事人主动配合执法的积极性。除此之外，对于当事人不配合的情形也不能一律采取惩罚措施，而是要根据当事人的主观目的、与案件关联性及其行为后果严重程度等多重因素综合判断其应当承担的责任。因此，要严格限制配合类条款过重适用的情形。

3. 合作实施的保障性措施

其一，合作行为细化实施的资金及资源保障。工作协同机制或者协调机制的实施必然涉多部门之间的成本分担问题，因此有必要事先明确组织协调成本应当如何承担。例如《统计法》第十九条规定了重大国情国力普查所需经费，由国务院和地方人民政府共同负担。但此条也并没有明确国务院和哪一层级的地方人民政府共同承担。《农业技术推广法》第28条也规定了县、乡镇国家农业技术推广机构的工作经费根据当地服务规模和绩效确定，由各级财政共同承担。但是不同层级政府的财力有较大差异，共同承担不能简单理解为平均承担。为保证合作实施的效果，应当进一步明确各级财政承担的比例或者范围。

其二，科学配置合作行为中的不同主体参与结构。传统对于合作的认知多从横向视角展开，而较少关注纵向权力对横向合作效果的影响。事实上，工作配合机制的发起与实施效果也受到科层制结构的影响。部门间协作通常属于非正式的辅助治理模式，其实施范围终究是有限的，不同主体间主动寻求合作的动力较弱。因此，横向主体间合作的实现也需要有来自更高层级政府赋权并供给内容框架与实施机制。更高层级的政府通过纵向权力的介入完成，既能够保证合作的效果，又可以防止地方过度联合而造成的分离主义威胁。根据我国《宪法》规定，有效力的区域合作文件背后的效力来源只能是中央而不是地方。²⁷中共中央、国务院印发《长江三角洲区域一体化发展规划纲要》也指出涉及的重大事项决策、重大规划制定和调整必须报党中央、国务院审定。在区域合作治理中将上级政府的纵向嵌入与地方政府的横向协调相结合可以降低交易成本。²⁸因此，涉及到基本经济制度、区域协同宏观调控、全国统一大市场基础设施供给等领域的合作应当由国家组织实施。为避免合作实施过程中的权威不足问题，合作行为参与主体之间应当存在必要的权力级别差。笔者认为，在合作需求的触发阶段可以由各部门、各地方政府进行协商与论证，交上一级机构或者中央政府审核以确定

²⁷ 俞祺：《从区域协作到区域性规范——兼论区域合作文件的性质与效力》，《中国行政管理》2021年第9期。

²⁸ 邢华：《我国区域合作治理困境与纵向嵌入式治理机制选择》，《政治学研究》2014年第5期。

不同参与主体的职权范围，并据此确定资源支持的规模与承担主体。

（二）提倡的合作：合作的支持促进框架建构

合作的基础是关系的持续性。²⁹经济法的运行实效，很大程度上取决于守法主体的遵从，而利益又是影响遵从的核心要素。³⁰因为缺少必要的规则指引，便会导致合作实施过程差序格局或者形式主义的发生。合作应当是基于平衡互惠原则并通过引导与激励的方式完成。

1. 合作的领域范围界定

虽然法条中规定了可以达成合作的情形，但并不意味着参与合作的主体可以随意扩大范围和领域。在法律没有明确规定合作的领域仍应当按照属地管理原则及部门分工原则配置各自的事权范围，不能以合作方式转移法定职权或者规避责任。现行经济立法条款中涉及鼓励合作的事项包括国际交流合作、调动社会资本参与、提高经济效率等领域。例如《农业机械化促进法》第十九条规定了国家鼓励和支持农民合作使用农业机械，提高农业机械利用率和作业效率，降低作业成本。笔者认为，鼓励合作治理的领域需要引入对合作范围的必要性界定与经济效果的综合考量，主要包括业务相关性、利益相似性、地域相邻性、经济收益性等要素。

2. 合作行为的实施边界

主要是通过上位法赋权的方式鼓励、引导、支持的方式促进合作行为的达成，获得授权的主体可以指定个性化的合作行为实施细则。《个人信息保护法》第十一条规定了国家建立健全个人信息保护制度，预防和惩治侵害个人信息权益的行为，加强个人信息保护宣传教育，推动形成政府、企业、相关社会组织、公众共同参与个人信息保护的良好环境。从该条的表述可以发现，个人信息保护共同参与的前提是法律秩序的建立，不得违反诸如《反垄断法》《政府采购法》《个人信息保护法》《数据安全法》等法律中的强制性规定。《对外关系法》第八条规定了任何组织和个人违反本法和有关法律，在对外交往中从事损害国家利益活动的，依法追究法律责任。由此可见，开展国际交流合作的边界便是国家利益、国家安全。

3. 合作的保障措施

其一，合作行为实施主体的确定。多数法条采取的是国家主体这一概括型的表达方式，并没有明确指出具体的实施机构。但也有部分法条指出了具体的实施主体，例如《反洗钱法》第二十八条规定了国务院反洗钱行政主管部门代表中国政府开展反洗钱合作。《旅游法》第二十五条也规定了国务院旅游主管部门开展旅游国际交流与合作。笔者认为，有必要在相关

²⁹ [美] 罗伯特·阿克塞尔罗德：《合作的进化》（修订版），吴坚忠译，上海人民出版社 2017 年版，第 126 页。

³⁰ 张守文：《经济法原理》（第二版），北京大学出版社 2020 年版，第 128 页。

条款中对国际交流合作行为实施主体进行确定，可以提升相关合作行为的实施效力。

其二，支持促进合作行为的内容应当明确。明确的支持促进政策的内容对参与合作的主体有正向激励作用。笔者认为应当在法律条文中设置具体的激励措施并对达成合作且绩效良好的予以奖励。现行立法中有部分条款中规定了国家为鼓励相关合作而采取的支持促进行为。例如《乡镇企业法》第二十四条规定了国家采取优惠措施，鼓励乡镇企业同科研机构、高等院校、国有企业及其他企业、组织之间开展各种形式的经济技术合作。但优惠政策的表述较为宽泛，需要各地根据实际对此进行细化实施。《中小企业促进法》第四十一条规定了县级以上人民政府有关部门应当在法律咨询、知识产权保护、技术性贸易措施、产品认证等方面为中小企业产品和服务出口提供指导和帮助，推动对外经济技术合作与交流。但是因为各地的实际情况存在差异，这一条款的实施效果存在较大的区域差异，也难以进行绩效评估。

《深海海底区域资源勘探开发法》第十六条规定了国家为深海科学技术研究、资源调查活动提供专业服务，促进深海科学技术交流、合作及成果共享。《对外关系法》第四十一条规定了国家保障对外工作所需经费，建立与发展对外关系需求和国民经济发展水平相适应的经费保障机制。由此可见，合作实施的供给涉及到央地之间的分工，应当事先明确哪些合作支持政策属于中央事权，哪些属于地方事权。笔者认为，凡是涉及到高精尖技术支持、跨平台、跨区域、跨行业的合作支持属于中央事权，而属于促进地方经济发展的合作交流实现则应当属于地方的事权。

（三）限制禁止的合作行为

合作的范围也并非越大越好，因为合作会引发不同主体间力量对比的变化，对市场公平竞争和经济安全造成潜在的负面影响。应允许不同主体基于法律许可的事项进行协同合作，防止以协作共享等理由规避法定职责，因此有必要在合作前、合作中、合作后等各个环节进行审查与评估。

1. 未经法定正当程序而实施的合作行为

合作行为需要得到法律事先授权。《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第八十条规定了县级以上的地方各级人民政府根据国家区域发展战略，结合地方实际需要，可以共同建立跨行政区划的区域协同发展工作机制，加强区域合作。该法第八十一条又规定了县级以上的地方各级人民政府根据应对重大突发事件的需要，可以建立跨部门指挥协调机制。由此可见，地方政府之间并没有完全自主决定实施合作行为的权限，其权限来自于更高层级的区域发展战略，这有助于维护中央政府的权威，也防止地方政府之间未经允许的联合对规则统一性的破坏。在涉及稀缺性资源使用的领域，经营者之间的合作

经营行为会导致权利人的变更，进而会产生一定的管理风险。例如《海域使用管理法》第二十七条规定，因企业与他人合资、合作经营，变更海域使用权人的，需经原批准用海的人民政府批准。

2. 对破坏市场秩序的有害联合行为进行限制

经营者之间以排除限制竞争为目的而进行合作联营行为对竞争秩序也会造成威胁。例如《反垄断法》第二十五条第（三）款规定的经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权行为也被视为是经营者集中行为。由此可以，经营者之间的合作行为在必要时需要受到相关监管机构的审查。

其一，对经营者合作行为目的进行审查。审查的内容包括经营者进行合作的目的是否是排除限制竞争。有学者认为企业若在紧急状态下因特殊任务实施合作行为，且没有超过必要限度，此时符合反垄断法中的豁免规定。³¹因此，经营者的合作行为应当以提升整体的经济效率、节约经营成本为边界。

其二，对合作行为的经营者主体进行审查。尤其是要审查同业经营者之间采取的联合行为，审查的内容包括经营者所处相关市场的竞争情况、经营者在该相关市场所占份额等相关因素，例如《反垄断法》第三十三条便规定了审查经营者集中应当考虑的情形。

其三，对合作行为的结果进行评估。经营者之间短期的、临时性的合作行为对市场竞争秩序的影响较小，但基于获得市场优势地位的合并、收购行为的效果则需要跟进评估。

3. 导致公共利益受损的合作行为

不当的合作会对公共利益和国家安全造成影响，因此需要对合作对象、合作事项及合作过程及合作产生的效果进行必要的安全审查。

其一，国际交流合作行为的安全审查。有必要对涉及到国家安全领域的信息分享、技术国际交流合作纳入到《对外关系法》的审查框架之中，应当由第三方机构对合作交流的风险定期进行评估。

其二，对合作对象进行必要甄选，预防低效合作产生的风险。合作的效果与合作对象的资质有关，因此有必要对参与合作的主体资格进行必要的筛选，防止以互利互惠为原则的合作沦为形式。例如《关于中央企业加强参股管理有关事项的通知》规定了要严格对合作对象进行甄选。

³¹ 焦海涛：《紧急状态下的反垄断法实施 ——以新冠疫情期间企业合作行为审查为例》，《安徽大学学报》（哲社版）2021年第4期。

五、结语

处在市场调节和国家干预之间的社会治理模式的重要性日趋凸显。在风险社会与资源稀缺的背景下，无论是建立在管制理念还是竞争理念上的经济法都难以解决资源不足的困境。建立在合作理念基础之上的经济法有助于提升自觉守法的遵从性，提升经济法的实施效力。但合作不应停留在法律规定的形式层面，而应当做类型化处理并配套细化的实施措施。总体而言，应当明确应该进行的合作并保障其实施，鼓励对社会经济发展有利的合作，限制对国家安全及公共利益有害的合作。

共同富裕下经济法理论的补充解析与完善

王中庆，孔子丹*

内容提要 实现共同富裕是中国式现代化的本质要求，是一个长期的、复杂的、系统的历史进程。中国式现代化、共同富裕与经济法具有紧密的内在逻辑关联，需要深入辨析相互间的理论内涵，进而为经济法的时代发展奠定基础。共同富裕与经济法在基本原理、具体制度、实现路径等方面具有内在统一性，从经济法视角对共同富裕进行解析并反向探寻对经济法理论的完善，具有可行性和必要性。当前，学界对共同富裕与经济法的基本问题，基本矛盾与基本原理，价值论、本体论与规范论等作出较为全面的解析，但仍需要对理论进行拓展和深化。新时代背景下，需要坚持以人民为中心的发展理念，以经济法的产生论、运行论和范畴论等补充解析和完善共同富裕的实现路径。厘清共同富裕与经济法理论问题，有助于推进相关制度建设和经济法治完善，为中国式现代化下共同富裕的最终实现提供制度支持和保障。

关键词 中国式现代化；共同富裕；经济法；以人民为中心

目次

- 一、引言
- 二、中国式现代化、共同富裕与经济法的理论辨析
- 三、共同富裕下经济法理论的补充解析
- 四、共同富裕下经济法理论的完善与发展
- 五、结语

* 王中庆，山西大学法学院副教授。孔子丹，山西大学法学院硕士研究生。

一、引言

中国式现代化开启民族复兴的新征程，实现全体人民共同富裕的中国式现代化任重道远，需要从诸多领域、不同维度进行深入研究。在制度层面，特别是法律制度层面的现代化对于推动实现共同富裕具有较强的理论价值，对于以国家治理的上层建筑推动社会发展的经济基础则具有更强的现实意义。

从经济法学视角解析推动共同富裕的学科理论，具有科学性和可行性，已有的研究成果较完整地提出“基本问题、基本矛盾、基本原理”的本体论和规范论，“效率与公平、自由与秩序、安全与发展”的价值论，并构建具体的“均衡分配理论和协调发展理论”的新型经济法理论等，对于厘清有关共同富裕的诸多重要问题，构建的共同富裕的经济法基本理论，推动相关法律制度的具体完善具有基石性的学术贡献。但同时，经济法中的产生论、运行论、范畴论，以人民为中心的深层次价值等，可以作为已有理论的补充性解析和完善，相互之间组成共同富裕下经济法理论新发展的有效体系框架。

二、中国式现代化、共同富裕与经济法的理论辨析

（一）中国式现代化与共同富裕的理论辨析

中国式现代化与共同富裕是紧密相关的概念，它们都是中国特色社会主义的重要组成部分，体现了中国共产党的初心和使命，即为中国人民谋幸福、为中华民族谋复兴。^①中国式现代化是在中国共产党领导下，坚持和发展中国特色社会主义，实现社会主义现代化的过程。它具有五个方面的中国特色：人口规模巨大、全体人民共同富裕、物质文明和精神文明相协调、人与自然和谐共生、走和平发展道路的现代化。其中，全体人民共同富裕是中国式现代化的一个本质特征，强调的是在发展中必须防止两极分化，推动人的全面发展和社会全面进步，最终实现全体人民共同富裕。

共同富裕则是社会主义的本质要求，它不仅是经济问题，也是关系党的执政基础的重大政治问题。^②共同富裕具有鲜明的时代特征和中国特色，是全体人民通过辛勤劳动和相互帮助，普遍达到生活富裕富足、精神自信自强、环境宜居宜业、社会和谐和睦、公共服务普及普惠，实现人的全面发展和社会全面进步，共享改革发展成果和幸福美好生活。共同富裕不是少数人的富裕，也不是整齐划一的平均主义，而是在允许一部分人、一部分地区通过诚实劳动和合法经营先富起来的基础上，先富带动后富，逐步实现全体人民的共同富裕。

在实践中，中国式现代化与共同富裕相互促进、相互支撑。实现人的全面发

^① 参见曲青山：《深刻理解中国式现代化五个方面的中国特色》，载《求是》2023年第16期。

^② 参见唐爱军：《共同富裕是中国特色社会主义的本质要求》，载《解放军报》2022年12月28日，第01版。

展为共建共享提供共同富裕实现的手段与目标；物质文明和精神文明相协调为更高层次共同富裕的实现提供前提；人与自然和谐共生为共同富裕的持续推进提供方法；走和平发展道路则为共同富裕的稳步推进提供安全的外部环境支持。中国式现代化的五方面内涵中，共同富裕除作为内容之一嵌入其中^③，且还有四方面的内涵为共同富裕提供保障实现的条件。但中国式现代化中四方面内涵虽为共同富裕实现提供便利条件，却并非意味着其内涵与共同富裕内涵具有等同性，如人口规模巨大的现代化是基于我国国情及制度选择下的独立自主推进现代化的一种中国式途径而非仅为共同富裕实现奠定共建共享基础的路径；走和平发展道路的现代化是中国共产党领导人民成功走出的现代化道路，以和平发展、合作共赢的方式创造人类文明新形态，是大国责任与担当。因此，共同富裕作为中国式现代化的本质要求，其在中国式现代化中占据重要地位，但共同富裕也仅为中国式现代化的组成部分，虽然地位占比很重，也无法变更中国式现代化与共同富裕之间包含与被包含的本质。中国式现代化与共同富裕是相辅相成，它们共同构成了中国特色社会主义的伟大实践，是实现中华民族伟大复兴的必由之路。

（二）共同富裕与经济法的理论辨析

明晰中国式现代化与共同富裕之间的关系，那么共同富裕其中的“共同”和“富裕”又分别涉及“分配”与“经济”的问题，经济法作为典型的“分配法”和“发展促进法”，其与经济法之间存在深刻联系。共同富裕中的“共同”解决“谁分享”的问题，而“富裕”则解决“分享什么”的问题^④。一方面，共同富裕的主体是共建共享的统一。习近平总书记强调“共同富裕路上，一个也不能掉队。”^⑤为此，新时代的共同富裕的主体为全体人民，而非少数人。哲学层面，唯物历史观则坚持“历史活动是群众的历史活动”。实践层面，中国共产党始终坚持群众路线，从群众中来到群众中去，通过群众的共同劳动实现共同富裕的目标。我国现阶段发展不平衡、不充分仍为突出问题，为此共同富裕目标的实现尚需经历长期过程。另一方面，共同富裕的内容是物质与精神的统一。马克思曾指出“人的本质并不是单个人所固有的抽象物。其在现实性上，它是一切社会关系的总和”。人类的需求不仅是简单的物质需求，还包括享受、发展、体力和智力所需的资料，即精神需求。因此，共同富裕的实现既需要满足人类的物质资料需求，同时也需要满足精神资料的需求，即共同富裕是物质与精神的统一。

经济法是调整在国家协调本国经济运行过程中发生的经济关系的法律规范，具有现代性、经济性和规制性，它通过法律化的宏观调控和市场规制手段来进行

^③ 参见杨东、李佩徽：《畅通数据开放共享促进共同富裕路径研究》，载《法治社会》2022年第3期，第22-32页。

^④ 参见陈景华、刘展豪、曹振悦：《中国式现代化进程中的共同富裕：内涵阐释、水平测度与路径展望》，载《华东经济管理》2024年第10期，第1-14页。

^⑤ 参见习近平：《扎实推动共同富裕》，载《求是》2021年第20期，第1页。

调整，具有突出的政策性和社会公益性。首先，经济法首要解决的基本问题就是“市场失灵”和“政府失灵”的双失灵问题，而共同富裕的实现需要秩序良好的市场经济作为其打造物质基础的基石。其次，经济法通过综合利用宏观调控手段和市场规制手段促进经济高质量发展，为做大经济“蛋糕”营造良好的法治环境。再次，经济法在公平正义价值原则的指导下，努力分好“蛋糕”^⑥，以合理的制度安排实现市场主体主观能动性和安全保障性相统一，确保全体人民共享发展成果；最后，国家以经济法相关制度为“把手”，在市场难以调节时及时使“看得见的手”发挥作用，以保持经济与社会结构的相对稳定，可有效通过均衡发展和协调发展两类手段解决影响共同富裕实现的基本矛盾和基本问题。

如上所述，经济法对共同富裕目标的实现具有重要的法治保障作用。但经济法与共同富裕还是存在差异的，如共同富裕的性质属于经济和社会目标，而经济法性质则属于法律规范；共同富裕的关注点在于全体人民的福祉，而经济法更关注的是经济关系的调整等。经济法所调整的对象是调制关系，然而该调制关系仅能在部分内容上实现与共同富裕的重合，即并非所有的经济法内容均可适用于共同富裕的实现，也并非所有的共同富裕的内容均需要经济法予以调整。因此，共同富裕与经济法之间的关系仅为交叉关系，但交叉关系的相辅相成亦是相互推进的重要方式。

三、共同富裕下经济法理论的补充解析

（一）共同富裕的经济法理论基础

1. 共同富裕与经济法的内在关联机理

共同富裕与经济法面对的基本矛盾具有一致性^⑦，《宪法》第十五条第一款规定我国实行社会主义市场经济，而社会主义市场经济的发展需实现个体营利性和社会公益性协调统一。只有将双方结合起来寻找矛盾平衡点，并以法的形式相对固定下来，才能推动个体与整体、短期与长期的协调发展，才能带动经济效率的提升和整体社会财富的增长与积累，实现更高层次的和更大范围的经济发展成果由全体人民共享的目标。

共同富裕的基本内涵，在于保障全体人民均有机会通过劳动致富且均有机会共享发展成果，即共同富裕自身便具有个体营利性与社会公益性的基本矛盾，同样存在辩证统一与寻求平衡点的协调。为此，经济法与共同富裕所面对的基本矛盾和所面向的发展目标也是一致的。^⑧

^⑥ 参见罗泽胜：《经济法视野下的收入分配社会公平》，载《社会主义研究》2007年第4期，第97-100页。

^⑦ 参见王亚萍、王海晶：《共同富裕观的经济法法理提炼》，载《兰州财经大学学报》2023年第1期，第29-37页。

^⑧ 参见杨文坚、李旭东：《共有、共建、共享：共同富裕的本质内涵》，载《西安交通大学（社会科学版）》2022年第1期，第10-16页。

2. 实现共同富裕需要遵循的基本原理

贯穿经济法基础理论和经济法制度的差异性原理、经济性原理、均衡性原理等基本原理，在共同富裕中亦可遵循。规制性理论^⑨是经济法学的基石性范畴，规制是基于“公益目标”或“私利追求”生成的“市场与政府”失灵的“双向矫正器”^⑩，面对复杂多变的经济问题，经济法的规制性原理亦需要增加其规制的灵活性、动态性与开放性。奥格斯理论明确表达其对传统规制模式的坚决反对态度，而是认为“开放性规制”才是一种“好的规制”。^⑪然而，动态规制理论恰与共同富裕的动态平衡需求相适应，由上所述共同富裕需要解决的基本矛盾在于实现个体营利性和社会公益性之间的矛盾，而个体营利性实现带来的尊重市场主体主观能动性最大程度发挥作用，社会公益性既需市场主体自律性也需政府调节，无论是市场主体还是政府，均需要受到法律对其行为的规制，那么动态平衡的达成亦需要对行为的具体动态规制，从而实现经济发展与经济分配在目标和手段上达成动态一致。此外，经济法均衡性原则的适用具有模糊性，为推动共同富裕目标的实现需要将均衡性标准化在一定程度上予以具体化，即需要在主体权利的平等保护、收入分配等方面均需要均衡性保护。在主体权利保护方面，经济法除了对市场各类主体的权利/权力予以保护外，还在比较不同市场主体的市场地位后对处于弱势地位的市场主体予以一定的偏向性保护，以实现实质公平结果的追求，达到资源在市场主体之间的平等流通，间接推动共同富裕目标的实现。

在收入分配原理中，我国的分配环节包括“初次分配——再次分配——第三次分配”三个环节，在初次分配的环节中，其主要是以市场为主导的^⑫，经济法通过对市场秩序的维护，解决市场运行过程中存在的“市场失灵”和“政府失灵”问题，以实现市场经济秩序稳定性的维护，确保市场主体在初次分配中充分发挥主观能动性，确保劳有所得；在再次分配环节主要是以政府为主导，经济法作为典型的“分配法”，即经济法通过税收、预算等方式实现对资源的合理有效配置，为共同富裕的实现助力；第三次分配是一种重要的社会分配方式，在该环节下由社会各类主体通过捐献形式实现资源的优化配置，但第三次分配主要由道德观念发挥作用^⑬，经济法的作用仅在鼓励、激励层面，难以采规制性措施予以维护，此即为经济法为推进共同富裕在权利保护与分配正义之间的均衡性体现。

（二）共同富裕的经济法理论拓展

^⑨ 参见张守文：《中国式现代化、共同富裕及其经济法理论解析》，载《当代法学》2024年第1期，第59-60页。

^⑩ 参见赵鑫：《迈向“开放性规制”：规制标准的反思与重构——〈规制：法律形式与经济法理论〉述论》，载《政法论坛》2021年第3期，第176-183页。

^⑪ 参见安东尼·奥格斯：《规制：法律形式与经济学理论》，中国人民大学出版社2008版。

^⑫ 参见郭阳：《共同富裕背景下社会力量参与第三次分配：时代内涵、实践形态与路径省思》，载《河南社会科学》2024年第10期，第88-96页。

^⑬ 参见武晓峰：《论第三次分配的价值诉求与实现条件》，载《求实》2010年第6期，第87-96页。

根据经济法的价值论，效率与公平、自由与秩序、安全与发展这三对价值具有重要作用^⑭，而这三对价值正是共同富裕实现所需实现的三对价值平衡需求，效率与公平、自由与秩序多有学者进行探讨，但对于发展与安全这对价值协调、均衡却少有研究。

从发展与安全的角度来看，各类经济主体的经济安全、财产安全等是共同富裕实现的基础条件，需要通过法律规则为经济安全提供保障。由于经济法的主体包括调制主体和调制受体，一方面，调制主体负有一定的公权色彩且双方可能在某种场景下存在管理与被管理的关系，此时需要法律对处于弱势地位的主体的经济安全予以保护，即通过反垄断法、消费者权益保护法、劳动法以及财税法和社会保障法等法律均对市场经济中处于弱势地位的一方予以倾斜性保护^⑮；另一方面，只有在安全的市场竞争、市场交易以及经济保护环境下，经济发展才能在秩序下运行，市场才能达成秩序性、持续性、稳定性的发展。除安全需要保障外，发展的价值追求亦具有其重要意义，没有经济发展就没有更高层次的共同富裕目标的达成，共同富裕本身就是经济发展的典型问题，需要发挥经济法的“促进型”作用^⑯。然经济法需要安全价值理念与其他理念发生冲突时进行平衡，而不能一味地追求对本国经济安全利益的保障与维系^⑰，为此经济法的发展价值与安全价值需要实现平衡才能推动共同富裕目标的实现。

（三）共同富裕的经济法理论深化

经济法作为一种致力于促进发展的部门法，构建了自身独特的发展理论体系，包括发展理念、发展目标、发展主体、发展权利、发展能力以及发展促进等维度。而共同富裕作为发展过程中的一个典型议题，与经济法的发展理论具有内在一致性，使得借助经济法理论来解读共同富裕的发展问题显得至关重要。

1. 发展理念与发展目标

经济法的发展理念聚焦经济的协调发展、持续发展和共享发展，而经济法的发展目标则是“协调”“持续”“共享”的具体化。^⑱当前我国仍旧处于社会主义初级阶段，经济发展仍旧处于不充分、不平衡的状态，而这种不充分、不平衡不仅体现在个体之间的差异化上，也体现在地域之间的差异化、农村与城市上的差异化上，为减小经济发展差距，我国为减少“边界效应”将鼓励经济优势地区高质量发展的同时也要拉动落后地区的发展目标具体化到发展手段，帮助解决不

^⑭ 参见张守文：《中国式现代化、共同富裕及其经济法理论解析》，载《当代法学》2024年第1期，第57-69页。

^⑮ 参见冯果：《经济法的价值理念论纲》，载《经济法研究》第14卷，第99-131页。

^⑯ 参见姚子健：《“共同富裕促进法”立法研究》，载《中国矿业大学学报（社会科学版）》2023年第1期，第39-54页。

^⑰ 参见袁达松，李清林：《经济法安全理念的厘清》，载《经济法学评论》2020年第2期，第99-114页。

^⑱ 参见孙璐伟：《共同富裕示范区建设的经济法理论解析》，载《学术探索》2022年第9期，第112-121页。

同领域发展的充分性、协调性与平衡性问题，为共同富裕的目标搭建稳定、持续、健康的经济发展基石。^{①⑨}

2. 发展主体与发展权利

在经济法发展理论中，评估经济发展过程与结果是否实现的关键在于其是否实质性地增强了国民享有发展权利的自由度，以及经济发展是否全面且均衡地满足了国民的发展权利，同时是否实现对国民行使发展权利的效率与秩序的保障。为此，在推进共同富裕建设过程中，强调国民发展权利的重要性，既是共同富裕本质的要求，也是经济法核心价值的体现。

3. 发展能力与发展促进

为实现对各类主体发展权利的保障，经济法在推动共同富裕目标实现的过程中需要关注各类主体的发展能力的强弱问题，若主体的发展能力具有弱势地位，则经济法理论指导下以具体的制度对相应主体的发展权利予以适度的偏向性保护和促进，只有当主体的弱势地位能够通过法律对权利进行“差别性”保护时，才能在整体层面实现对各类主体的市场地位的实质平等化，才能使各类市场主体最大程度地发挥主观能动性，带动共同富裕实现的物质基础条件的达成。因此，共同富裕的实现需要通过相关经济法律、政策、制度等方式对各类主体的发展能力予以相应维护和促进。

四、共同富裕下经济法理论的完善进路

通过对共同富裕下经济法理论进行补充解释，明确共同富裕需要解决的基本矛盾在于个体营利性与社会公益性，而需要遵循的基本原理除差别性、经济性外还有规制性和均衡性，经上述规制性、均衡性一定程度上需要摒弃固有的绝对标准化，而需要经济法预留出一定空间，实现对动态平衡预留发展空间。而共同富裕与经济法所共有的发展理论的契合也需要经济法相关发展理念、发展主体、发展权利等内容予以完善。为此，需从价值取向、经济法范畴论以及经济法运行论等，提出完善进路。

（一）坚持“以人民为中心”的价值取向

经济法价值论中经济法的对外主观价值包括公平、秩序和效率，共同富裕的本质要求中提出的“共享”^{②⑩}，正是与经济法的价值论相契合，为了推动实现共同富裕，那么其所需的更高层次的公众本位需求，在经济法价值论中亦应当予以回应与拓展。

共同富裕的“共享”内涵表明需要由全体人民共同享有社会经济发展成果，

^{①⑨} 参见习近平：《推动形成优势互补高质量发展的区域经济布局》，载《求是》2019年24期，第1页。

^{②⑩} 参见柏路：《精神生活共同富裕的时代意涵与价值遵循》，载《马克思主义研究》2022年第2期，第64-75页。

其对“以人民为中心”²¹的观念无论从“人”的主体性、权利性等方面均提出了更高层次的要求。而传统经济法价值追求中的公平、秩序和效率三大基本价值观中，公平和秩序似为法律所追求的基本价值准则，而唯效率体现着经济法的独有价值追求，而一味追求效率价值实现而引发的经济粗放式发展模式，其弊端也在日益凸显。习近平总书记强调，全面深化改革必须以促进社会公平正义、增进人民福祉为出发点和落脚点，从人民整体利益、根本利益、长远利益出发谋划和推进改革。为此在全面深化改革的指引下，中国式现代化体系下经济法也应凸显“以人民为中心”的价值取向，并展现为经济法的基础价值，使得以人民为中心的价值取向在经济法发展理论中通过发展手段落实到具体实践中，进而推动中国式现代化的共同富裕目标的实现。那么经济法作为推动共同富裕实现的保障性法律，坚持“以人民为中心”的发展理念，需要作为独立的价值观念融入共同富裕与经济法的价值论体系。

（二）共同富裕下经济法范畴论的完善路径

随着经济的增长，有关经济法学范畴的理论成果较多，学者采用了基本范畴、初始范畴、特异性范畴、基石范畴等不同称谓，但其实质属于对经济法核心范畴的研究标准的不同划分。其一，以权利（力）为标准的划分。又有“三维说”“二维说”“一维说”之分。“三维说”认为发展权、分配权（公平权）与安全权为基本范畴，并以其延伸经济法的调整对象、基本原则、主体权利（力）和义务等内容；“二维说”认为经济治理权和经济自治权为经济法的基本范畴；“一维说”认为，“经济权利”是经济法的基本范畴，具体包含市场准入的权利、参与市场活动的权利、公平竞争的权利、自由经营的权利、公平获得市场利益的权利等²²。

共同富裕的实现需要市场主体充分行使经济权利，积极发挥自身的主观能动性，为更高层次的共同富裕提供物质前提；而国家干预权正是在满足“谦抑性”条件的基础上对经济运行提供的保障，为共同富裕运行过程的持续推进提供保障；共同富裕的主体是全体人民，则经济法的主体自然被涵盖其中。共同富裕与经济法之间在范畴上的部分重合性表明双方关系的同时，共同富裕下对经济安全、公平分配的权利要求也提出更高要求，而该内容根据经济法范畴论的观点属于其调整范畴，为此经济法应对共同富裕的相关需求作出回应。

（三）共同富裕下经济法运行论的完善路径

研究经济法的运行论，需要关注经济法的立法、执法、司法、守法等各个环节的诸多问题，分析其对经济法治理论的影响。基于共同富裕的实现对经济法治提出的新要求，需要对经济法运行论加以拓展。例如，在立法层面，有关实现共同富裕的经济法立法需分为两类。第一类，是在既有的经济法立法中不断增加与

²¹ 参见胡玉鸿：《以人为本的法理解构》，载《政法论丛》2019年第1期，第24-35页。

²² 参见钱叶芳：《社会法学的法域、核心范畴及范畴体系》，载《法学》2019年第9期，第117-128页。

均衡、协调分配相关的新条款，以解决分配差距较大的现实问题²³。第二类，是在经济法立法体系中单独制定能够实现共同富裕的标准化运行的体制机制。上述立法如果可以作为经济法法律领域中的新型内容，在应对分配不均、两极分化等问题的解决方面能够直接起到重要作用。除了上述的既有立法和新型立法外，为实现共同富裕目标而实施的经济立法活动还可分为国家立法和地方立法、综合立法和专门立法等多种类型。立法上已形成了多种新型规范，需要结合在现行立法中存在的“禁止法—保护法—促进法”的规范结构，提炼共同富裕的立法理论，并由此进一步拓展经济法的立法理论。

在执法层面，对市场经济的各类主体行为如何进行相关规制或监管才能实现主观能动性充分发挥与社会公益的相平衡，都需要加强经济法规制。同时，在落实包容审慎监管原则的过程中，不仅应强调“禁止”，还要体现“保护”和“促进”。此外，在司法层面，如何对不均衡分配以及两极分化的问题的进行司法审判，也会面临诸多挑战。实质上，共同富裕并不能作为单独的法益被诉诸司法机关，但是市场主体的排斥市场公平竞争的行为以及政府的调制手段具体实施造成不利影响才可以诉诸法院，共同富裕作为一个整体的大方向的目标，其抽象性与宏观性决定司法机关无法直接实现对共同富裕法益的保护，仅可通过对具体的微观的行为进行审判，实现对共同富裕的间接维护。

（四）共同富裕下经济法产生论的完善思路

中国式现代化是全体人民共同富裕的现代化，然而共同富裕目标的达成是一个长期的历史进程。尽管助力共同富裕目标的实现有多重路径，但经济法却能够在整体上解决价值产生的全过程，包括财富创造、财富积累以及财富分配等，进而将做蛋糕、做大蛋糕和分好蛋糕有机统一起来。为此，经济法需要加强对财富创造、财富积累以及财富分配的法治保障，以满足实现共同富裕的需求，为中国式现代化的最终达成提供法治保障。²⁴

首先，在财富创造层面，只有充分调动全体人民“共建”的主观能动性和积极性，才能提升社会财富的总量，提升整体的共同富裕水平。加强对财富创造的法治保障，可以从以下三方面入手：第一，对市场主体的产权予以依法平等的保护，产权保护制度本质上是对市场主体财产安全的保护，只有市场主体的财产安全能够得到保障，市场主体才能将担忧财产安全的精力置于创造财富上，市场主体的主观能动性才能得到最大程度发挥；第二，对市场主体的权益予以依法平等的保护，其强调的本质是通过法律形式充分赋予并保护市场主体平等参与市场竞争、市场交易的权利，只有市场主体能够平等地进入或者退出市场、平等参与市

²³ 参见倪楠，丁元，马可馨：《城乡共同富裕的经济法思考》，载《西北农林科技大学学报（社会科学版）》2023年第2期，第23-35页。

²⁴ 参见张守文：《共同富裕的经济法治保障》，载《民主与法制》周刊，2023年第42期。

市场竞争和市场交易，市场经济发展的规律性才能在正确的轨道上运行；第三，对市场主体之间的市场竞争与交易予以平等公正保护，在市场主体的权益得到保护时，其参与市场经济活动的行为也应置于法律的监管之下，以保障市场主体可以公平地取得生产资料，能够公平地进入相关市场竞争²⁵。

其次，在财富积累方面，如果仅有财富的创造而忽视财富积累，那么共同富裕的目标仍旧无法达成。为此，经济法在推动财富创造的法治保障完善的同时，也需要将财富积累置于经济法治治理框架之下，以保障共同富裕的实现。一方面，需着力减轻市场主体的负担，参与市场经济活动的主体为理性的“经济人”，即如果市场交易成本过大则会导致“经济人”基于经济性、效率性的顾虑而拒绝进入相关市场，导致相关市场的市场竞争所带来的优势作用无法得到充分发挥，反倒抑制经济发展；另一方面，降低各类合规成本，近年来我国经济发展态势迅猛，同时也带来相关经济法律法规制度滞后性问题的突出，此时为应对经济动态发展，政策的动态性匹配一定时期内发挥着填补作用，但我国当前的经济发展在地域间尚处于不平衡的状态，政策的动态性无形中增加了市场主体的合规成本，为此需要将合规程序通过法的方式稳定下来，释放市场主体的发展动能。

最后，在财富分配方面，促进各环节的公平分配，我国的分配环节包括“初次分配—再分配—三次分配”，²⁶共同富裕的实现需要将创造的财富、积累的财富进行公平分配，持续解决各类分配结构的失衡问题，切实实现全体人民“共享”发展成果。三大分配各个环节涉及的各类法律制度应加以统筹协调，充分运用经济法的制度措施进行科学调整，以实现实质公平和分配正义。同时，需要有效运用经济法的财政、税收、金融、计划等宏观调控手段，以及反垄断、反不正当竞争、消费者权益保护等市场规制手段，并在全球化、市场化、数字化、法治化将的背景下，将各类手段有机结合，推动财富的均衡分配。

五、结 语

在推进实现中国式现代化的新征程上，共同富裕是出发点，也是最终的目标和归宿。需要从经济法基础理论和制度的不断创新中，积极有效回应共同富裕的理论与实践支撑，同样，在实现共同富裕的规范路径中，有效融入经济法的理论与制度体系。在坚持以人民为中心的发展理念下，将经济法中的产生论、运行论、范畴论，结合已有的本体论、价值论和规范论，共同组成经济法推进共同富裕的结构体系中，纳入国家整体法治体系建设中，都具有重要的价值。

²⁵ 参见李剑：《论共同富裕与反垄断法的相互促进》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学报）》2022年第30卷，第100-109页。

²⁶ 参见高苑丽：《共同富裕视域下商个人所得税征管的困境与出路》，载《税务与经济》2024年第1期，第41-49页。

Abstract: Achieving common prosperity is the essential requirement of Chinese path to modernization and is a long-term, complex and systematic historical process. Chinese path to modernization, common prosperity and economic law have a close internal logical relationship, which requires in-depth analysis of the theoretical connotation of each other to lay the foundation for the development of economic law in the era. Common prosperity and economic law have inherent unity in basic principles, specific systems, and implementation paths. It is feasible and necessary to analyze common prosperity from the perspective of economic law and explore the improvement of economic law theory in reverse. At present, the academic community has made a comprehensive analysis of the basic issues, contradictions, principles, value theory, ontology, and normative theory of common prosperity and economic law. However, there is still a need to expand and deepen the theory. In the context of the new era, it is necessary to adhere to the development concept centered on the people, and supplement the analysis and improvement of the realization path of common prosperity with the emergence theory, operation theory, and category theory of economic law. Clarifying the theoretical issues of common prosperity and economic law will help promote the construction of relevant systems and the improvement of economic rule of law, and provide institutional support and guarantee for the ultimate realization of common prosperity under Chinese path to modernization.

论我国宪法上“宏观调控”的规范内涵

朱一飞*

摘要：我国《宪法》文本中的“宏观调控”具有稳定的立体化的规范内涵：宏观调控是社会主义市场经济体制的有机组成部分和重要特征，是社会主义市场经济体制下国家对市场经济进行宏观调节和管理的经济职能，也是一个动态发展的权力体系和制度体系。“宏观调控”的开放性和发展性特征使其能够与宏观调控创新相衔接，并且不断吸收和容纳创新的宏观调控理论与实践。以宏观调控条款为纽带，《宪法》与部门法在规范宏观调控的协调中形成了“框架秩序与实施机制的双层结构”。此种双层结构既确保了宏观调控在规范内涵上的稳定性，又使得宏观调控的实施机制具有灵活性和动态性，可以及时回应经济社会变迁与宏观调控理论发展，积极完成宪法设定之目标与任务。

关键词：宏观调控，规范内涵，双层结构

* 朱一飞，中国计量大学法学院院长，教授，法学博士。

公共性视角下平台协议的法律规制研究

马 辉*

摘要：作为格式条款在数字经济时代的最新演变，平台协议的单方意志性、行为规训性与实施闭环性使其丧失了交易媒介功能，而应被视作建构和维持私人秩序的权力工具，因此平台协议规制的关键是避免私权力滥用。在数字技术的赋权下，不断膨胀的平台私权力会对市场效率和公民基本权利产生巨大威胁，引发公共性贬损的后果。为了导正私权力的公共性面向，法律体系演化出从公平价格管制、到公共承运人、再至公用事业管制的一系列公共性规制安排，其可为平台协议背后的私权力规制提供参照。平台协议的公共性规制范畴应交叉检视需求侧和供给侧两个维度，综合考量需求侧的非竞争性、用途多元性、需求派生性和供给侧的应然与实然竞争约束。规制方案建构应依循结构主义的程序控权思路，提升平台协议制定程序的公开性和参与性，并对平台协议的实施植入排除偏私与听取意见之程序要求，监管部门对平台落实程序控权的自我规制活动开展外部元规制。

关键词：平台协议；公共性；私权力；程序控权；元规制

* 扬州大学法学院教授。

本文为国家社科基金一般项目“平台反垄断事前干预机制研究”（23BFX089）的阶段性成果。

新质生产力赋能数据要素市场治理的实现路径

毕文轩

目录

- 一、新质生产力的理论内涵
- 二、新质生产力赋能数据要素市场治理的逻辑基础
- 三、新质生产力赋能数据要素市场治理的制约因素
- 四、新质生产力目标下数据要素市场治理的实践导向
- 五、新质生产力目标下数据要素市场治理的具体完善
- 六、结语

摘要：新质生产力是符合新发展理念的先进生产力质态，其以“创新、协调、绿色、开放、共享”等为核心发展理念，是摆脱了传统经济增长方式和生产力发展的创新路径。在数据要素市场领域，充分利用数据要素资源，培育和发展数据要素市场是实现数字经济领域新质生产力的关键。当前阶段，在新质生产力目标下推动数据要素市场治理在生产环节、利用环节、流通环节以及分配环节等存在诸多制约因素，为此需要推动数据要素市场治理方向的转型。坚持发展质量效益导向型治理目标，遵循包容审慎的治理原则，推动政府主导下的多元协同治理，并在实践层面对数据要素的基础制度、市场供给、市场流通、市场应用、市场监管等进行全面且系统化地完善，进而推动新质生产力赋能数据要素市场治理的具体实现。

关键词：新质生产力 数据要素 治理体系 实现路径

新质生产力是由技术革命性突破、生产要素创新性配置、产业深度转型升级而催生的当代先进生产力。2023年9月，习近平总书记在黑龙江考察期间首次提出“新质生产力”一词，并强调要整合科技创新资源，引领发展战略性新兴产业和未来产业，加快形成新质生产力。^[1]此后又在多个重要场合对新质生产力的内涵和价值作了深入论述：2023年12月11日至12日，习近平总书记在中央经济工作会议上强调，深化供给侧结构性改革，核心是以科技创新推动产业创新，特别是以颠覆性技术和前沿技术催生新产业、新模式、新动能，发展新质生产力。^[2]2024年1月31日，习近平总书记在主持二十届中央政治局第十一次集体学习时强调，发展新质生产力是推动高质量发展的内在要求和重要着力点，必须继续做好创新这篇大文章，推动新质生产力加快发展。^[3]2024年

作者简介：毕文轩（1992-），陕西西安人，法学博士，东南大学法学院讲师，最高人民检察院民事检察（东南大学）研究中心研究员，东南大学未来法治与数智技术创新实验室研究成员，主要从事知识产权法、竞争法与数字法学研究，电话 18817317659，邮箱：bwx430@126.com。

^[1] 《总书记首提“新质生产力”与新兴产业、未来产业有何关联》，载国家发展和改革委员会官网 https://www.ndrc.gov.cn/wsdwhfz/202309/t20230920_1360734.html

^[2] 《习近平总书记强调的“新质生产力”》，载人民网 <http://theory.people.com.cn/n1/2024/0318/c40531-40197632.html>

^[3] 《习近平在中共中央政治局第十一次集体学习时强调 加快发展新质生产力 扎实推进高质量发展》，载人民网 <http://politics.people.com.cn/n1/2024/0201/c1024-40171157.html>

3月5日，习近平总书记在参加十四届全国人大二次会议江苏代表团审议时强调，要牢牢把握高质量发展这个首要任务，因地制宜发展新质生产力。^[4]新质生产力是由技术革命性突破、生产要素创新性配置、产业深度转型升级而催生的当代先进生产力，助推我国当前阶段的经济发展，有利于我国在新一轮全球化竞争中占据有利的地位。

培育和发展数据要素市场是实现数字经济领域新质生产力的关键。当前阶段，数据要素已经逐渐成为推动我国经济高质量发展，提高数字经济综合竞争力的重要资源。2022年12月2日，中共中央、国务院印发的《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》（下文简称《数据二十条》）就如何建立健全数据要素市场的基础制度进行了全面的阐述，并明确指出要“构建适应数据特征、符合数字经济发展规律、保障国家数据安全、彰显创新引领的数据基础制度，充分实现数据要素价值、促进全体人民共享数字经济发展红利”；在2023年12月31日，由国家数据局等17部门联合印发的《“数据要素×”三年行动计划（《2024—2026年》）》则对数据要素乘数效应作出了详细的工作部署。数据要素作为数字经济时代运行的基础组成单位，是实现数据价值释放、优化产业结构、促进经济模式转型、夺取国际竞争优势的重要抓手，积极培育数据要素市场具有现实的必要性。同时，考虑到我国当前人口基数庞大、数字化群体普及度高、产业分布广泛、资源配给相对充分等特点，也给我国大力发展数据要素市场提供了坚实的基础。易言之，积极发展和培育数据要素市场有利于进一步激发数据价值，促进数字经济发展，是我国数字经济领域践行新质生产力的重要体现。

虽然我国数字经济产业已取得了长足的进步，但在实践中数据要素市场的治理仍然存在许多隐患（例如在数据要素流通、交易、共享以及转化等多方面），这无疑会阻碍数字经济新质生产力的持续发展。因此，在推动数据要素市场培育和发展的同时，仍需时刻关注数据要素市场的治理以及风险防范工作。正如《数据二十条》中所要求的，要“把安全贯穿数据治理全过程，构建政府、企业、社会多方协同的治理模式……形成有效市场和有为政府相结合的数据要素治理格局。”在此背景下，本文旨在深入理解新质生产力的理论内涵，剖析新质生产力作用数据要素市场治理的逻辑基础，并针对新质生产力目标下数据要素市场治理的制约因素，就如何完善我国当前数据要素市场的治理体系提出具有本土化特色的建议和策略，以期数据要素市场的建设提供借鉴。

一、新质生产力的理论内涵

新质生产力是中国特色社会主义发展到当前阶段的重要标志，是推动社会经济高质量发展的引擎动力，彰显了中国特色社会主义的制度优势。目前对于新质生产力理论学界已经从不同角度开展了相关的研究，但尚未有相对系统的关于数据要素市场治理如何具体落实新质生产力要求方面的研究。本文借此机会，将首先对新质生产力理论的内涵与外延进行全面的总结和分析，以期对新质生产力的理论进行全面的剖析，并结合数据要素市场的治理现状及特点，系统阐述实现新质生产力目标对于构建并完善数据要素市场所发挥的特殊价值和意义。

（一）新质生产力的含义

2024年1月，在二十届中央政治局第十一次集体学习时，习近平总书记就对新质生产力的定义进行了全面阐述，新质生产力是“创新起主导作用，摆脱传统经济增长方式、生产力发展路径，具有高科技、高效能、高质量特征，符合新发展理念的先进生产

^[4] 《习近平在参加江苏代表团审议时强调：因地制宜发展新质生产力》，载中国政府网 https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202403/content_6936752.htm

力质态”^[5]。根据马克思主义政治经济学的观点，生产力是具有劳动力的人类和生产资料相结合而形成的可以改造自然和征服自然的能力^[6]。可以说，生产力是推动社会不断发展与持续进步的最根本的要素，生产力发展通常意味着社会整体结构的发展。需要注意的是，生产力的发展能力会随着外界科技的不断进步而不断演化，而并非一直固守不变的。相比于传统的生产力主要强调改造自然的能力不同，新质生产力由技术革命性突破、生产要素创新性配置、产业深度转型升级而催生，以劳动者、劳动资料、劳动对象及其优化组合的跃升为基本内涵，以全要素生产率大幅提升为核心标志，特点是创新，关键在质优，本质是先进生产力。

（二）新质生产力理论的产生契机

先进技术的革命性突破。当前，以人工智能、量子计算、生物技术等为代表的新一轮科技创新正蓬勃发展，纵观历史上每一次科技革命的集中爆发，都会直接催生出新的生产力，并间接影响人们的生活方式^[7]。因此，此轮由科技创新引发的产业变革机遇期构成了发展新质生产力的技术背景。与传统生产力不同的是，新质生产力引导下的技术创新主要体现为数字化、网络化和智能化趋势，其将科技动能转换为新质生产力，为经济发展提供新的增长点，推动经济发展模式的结构化转型。换言之，科技创新是底层的支撑，新质生产力创新的具体体现，由此催生了颠覆传统行业的产业变革机遇期。

（三）实现新质生产力的核心

1、生产力三要素的全面提升作为实现新质生产力的基础

按照马克思主义政治经济学基本原理，劳动过程所需的全部要素，不外乎“物的要素和人的要素”^[8]，进而可以把生产力概括为三大基本要素，即劳动者、劳动资料、劳动对象。新质生产力既关注生产力三要素之间的相互作用，又关注科技创新对于劳动力三要素的实际作用。具体而言，对劳动者来说，新质生产力要求的是具有知识和技能的创新型劳动主体，其需要具有掌握并将科技运用于现实生产的能力；对劳动资料而言，新质生产力要求的不仅是传统物理层面机械性的工具设备，还包括了诸多融入虚拟现实科技以及数实融合的数智元素^[9]；对劳动对象而言，新质生产力对应的劳动对象不仅有传统的物质形态的材料，更主要地体现为诸多非物质形态的新材料，其中最核心的代表便是数据。在新质生产力背景下，数据成为新的劳动对象，是支撑工业发展与产业升级的基础要素，使数字技术与实体产业有机融合，有利于实现人们日益增长的个性化和智能化需求^[10]。综上，新质生产力一方面通过与劳动资料、劳动对象结合，改善其性状和功能，另一方面通过与劳动者结合，增强劳动者认识自然和改造自然的能力，该种结合的程度和质量决定了生产力提升的水平^[11]。

2、以创新作为发展新质生产力的主导

新质生产力是由技术革命性突破、生产要素创新性配置以及产业深度转型升级而产生的先进生产力。其需要整合科技创新资源，体现科技创新在新质生产力中发挥内生动力

^[5] 《关于发展新质生产力，总书记这样强调》，载求是网 http://www.qstheory.cn/laigao/ycjx/2024-03/08/c_1130086855.htm

^[6] 张志鑫，郑晓明，钱晨：《“四链”融合赋能新质生产力：内在逻辑和实践路径》，载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2024年第3期。

^[7] 孙亚男等：《中国新质生产力的增长模式、区域差异与协调发展》，载《财经研究》2024年第6期。

^[8] 蒲清平，黄媛媛：《习近平总书记关于新质生产力重要论述的生成逻辑、理论创新与时代价值》，载《西南大学学报(社会科学版)》2023年第6期。

^[9] 周文、许凌云：《论新质生产力：内涵特征与重要着力点》，《改革》2023年第10期。

^[10] 令小雄、谢何源、妥亮等：《新质生产力的三重向度：时空向度、结构向度、科技向度》，《新疆师范大学学报(哲学社会科学版)》2024年第1期。

^[11] 周文：《深刻理解新质生产力的核心要义》，载 <http://theory.people.com.cn/n1/2024/0409/c40531-40212047.html>

力的作用^[12]。在新质生产力中，其“新”主要体现为手段层面，通过将新技术作用于新的产业样态之中来尝试创造新的生产方式，例如当人工智能、大数据、云计算等为代表的新型技术可以在不同产业中为生产活动赋能，从而改变传统的生产方式；其“质”则主要侧重于体现在结果层面，通过新技术的使用既实现传统产业与数字经济的结合，加速提升产业效率，又鼓励产业不断探索向高级化和现代化转型的路径。

具体到数据要素市场领域，新质生产力的创新其实质上是要充分利用数据要素资源，在与传统生产要素结合的同时，释放数据要素生产力，实现新型生产力的创新。这就要求我们通过采取一系列措施来保障数据要素市场的创新化实现：其一，需要加快培育和发展优质的数据要素市场，为数据要素的创新性使用提供必要的基础；其二，匹配相应的数据要素市场制度规范，以保障数据要素市场赋能实体产业的顺利执行；其三，明确并落实新质生产力在数据要素发展过程中的引领作用，更好地发挥数据要素市场的作用；第四，构建并完善数据要素市场的综合治理系统，避免治理过严或过松所导致的数据要素流通受阻或者数据安全威胁问题发生。

二、新质生产力赋能数据要素市场治理的逻辑基础

新质生产力是符合新发展理念的先进生产力质态，其核心理念包含“创新、协调、绿色、开放、共享”等新发展理念。数据要素是发展新质生产力的核心动力，数据要素市场的有效治理是提高我国数字经济治理体系，加快培育和发展新质生产力的关键环节。在新质生产力背景下，数据要素市场治理的逻辑应当与新质生产力的核心理念相契合，从创新、协调、绿色、开放以及共享的维度全面落实培育数据要素市场的目标，充分发挥数据要素的自身价值及其赋能全行业生产效率的作用，实现从传统生产力向新质生产力的转型。

（一）创新：数据要素市场治理要以强化创新为导向

数据要素作为数字经济时代的基础性资源和关键生产要素^[13]，具有流动性强、价值递增、复合场景使用、低成本复制等特点，已成为推动创新和高质量发展的新质生产力。改革开放以来，我国在各项科技事业领域均取得重大的成果，在科技创新能力持续提升的同时，相应的科技创新成果也不断涌现，实现了经济健康地可持续发展。但需要注意的是，之前的很多创新仍旧是建立在传统人力、资本、土地等传统生产要素的基础之上，而对于其数据要素的使用则相对薄弱。由于新质生产力是符合新发展理念的先进生产力质态，以创新为主导，鼓励加快进行原创性、颠覆性的高水平科技创新。因此，当前阶段数据要素市场的构建与治理需要为科技创新提供必要的支持，着手建立合规高效的数据要素流通和交易制度，打破“数据孤岛”，畅通数据要素循环机制，持续深化数据要素与工业制造、现代农业、科技创新等行业的融合创新，以呼应新质生产力的要求。

（二）协调：数据要素市场治理要促进数字经济与实体经济协调发展

数据要素市场的治理应当充分激活数据要素动能，发挥出数据要素的价值属性，驱动数据要素与人才、技术、土地、资本等传统生产要素的高效配置，以期实现数据要素赋能产业科技的协同发展。新质生产力是对传统生产模式以及生产效率的全面提升，从生产要素的角度看，新质生产力的关键和核心要素是以数据要素为代表的新型生产要素^[14]。因为通过数据要素的流通和利用可以极大地优化资源配置并促进科技进步，从而实

^[12] 张林、蒲清平：《新质生产力的内涵特征、理论创新与价值意蕴》，《重庆大学学报(社会科学版)》2023年第6期。

^[13] 刘园园：《提高数据要素治理效能提升数据资源价值创造力》载《科技日报》2023年10月30日第002版。

^[14] 张晓兰：《发展形成新质生产力的实践路径》，载《经济》2024年第Z1期。

现全要素生产效率的大大提升，而这恰恰是新质生产力相较于传统生产力的区别所在。具体而言，数据要素在生产过程中可以与资本、土地、人力等其他要素相结合，以数据流的方式来加快人才、商品、资金以及技术等要素彼此之间的流动，并结合数据要素特有乘数效应促进生产工具的创新以及生产模式的转型，进而催生出更多样态的经营模式、商业场景以及创新形态。可以说，对数据要素市场的治理需要强化数字经济与实体经济相互协调的理念，全面提升工业全要素周期的生产效率，以满足新质生产力的具体要求。

（三）绿色：数据要素市场治理需要符合绿色发展理念

新质生产力是绿色生产力，数据要素市场的治理需要满足绿色化和低碳化的要求。其一，数据要素可以协助生态环境治理的精细化实施。在这一过程中，相应的监管部门可以通过对获取到的数据进行分析，从而提升自己环境治理水平的精细化程度。在国家数据局联合多个部门发布的《“数据要素×”三年行动计划（2024-2026年）》中，也将“数据要素×绿色低碳”列为重点行动之一^[15]，旨在发挥数据要素的乘数效应，提升生态环境治理精细化水平、提高资源利用效率、促进绿色经济发展。其二，数据要素市场的治理转型可以助推绿色经济的发展。作为支撑数据要素市场的算力基础设施是国民经济的基础性和支柱性产业，具有高技术、高附加值、低污染、低排放等特点^[16]，但其因为产业链过长的原因也面临着较高的能源消耗和碳排放压力。考虑到算力基础设施产业自身具有的高度数据化特性，通过高效地利用数据要素可以更好地推进算力基础设施能源结构的转型，鼓励可再生能源和清洁能源的利用，进而实现数据要素市场自身的绿色可持续发展。

（四）开放：数据要素市场治理要关注数据流动的内外联动

新质生产力注重解决经济发展过程中的国内流动和跨境流动问题，通过实施有效的数据要素市场治理措施可以促进数据要素的跨国界、跨区域、跨行业配置，激活数据要素的潜能，降低企业获取数据的成本，推动传统企业的数字化转型，共同推进我国数字经济的发展。同时，健全的数据要素治理框架可以更好地发挥数据管理职能，鼓励和引导企业开放数据，消解数据共享不足和“数据孤岛”现象，提高数据要素交易公平性，提升数据要素市场化配置效率，形成一个健康可持续的数据要素交易市场，实现数据价值的流通与共享。此外，构建完善的数据要素市场治理体系有助于我国参与并制定数据国际流通的标准制定，促进数据要素的跨境流通，实现国内与国外市场的双循环。3月22日，国家互联网信息办公室公布的《促进和规范数据跨境流动规定》^[17]即对现有数据出境安全评估、个人信息保护认证等数据出境制度的实施和衔接作出进一步明确规定，在保障国家数据安全的前提下便利数据跨境流动，降低企业合规成本，充分释放数据要素的价值，服务于扩大高水平对外开放，为数字经济高质量发展提供法律保障。

（五）共享：数据要素市场治理要实现数据要素资源的公平配置

新质生产力的共享理念强调，在鼓励发展高质量生产力的同时还需要解决社会公平正义问题。从技术的实现角度看，通过发掘数据要素自身价值，并将其整合到实体产业中可以较大地提高资源的分配正义^[18]。具体到不同的发展阶段：在生产阶段，数据要素

^[15] 参见《“数据要素×”三年行动计划（2024—2026年）》，载 <https://www.ndrc.gov.cn/hdjl/yjqz/202312/P020231215685140119139.pdf>

^[16] 参见孙广见、王钊：《数据要素助推绿色经济高效发展》，载《经济参考报》2024年1月25日第005版。

^[17] 《国家互联网信息办公室公布〈促进和规范数据跨境流动规定〉》，载 https://www.cac.gov.cn/2024-03/22/c_1712776612187994.htm

^[18] 胡继晔、付炜炜：《数据要素价值化助力培育新质生产力》，载《财经问题研究》2024年第9期。

是实现数字经济与实体经济结合的重要抓手，传统企业在不同的业务环节可以通过利用数字化技术实现经营模式转型，并大大提高生产效率，由此可以增加分配资源的总量，为资源的公平配置奠定基础；在分配阶段，数据要素可以更加精确地帮助管理者实现资源的公平配置，数据要素融入实体产业可以及时发现结果，并对不同的被分配主体的需求进行及时调整，以便更好地实现公平分配。因此，数据要素市场治理除了可以促进数字经济的发展，还可以通过相应的制度化规范来实现对社会资源的公平再分配。

三、新质生产力赋能数据要素市场治理的制约因素

虽然我国当前数据要素市场的治理水平已经取得了重要的成就，但考虑到数据要素资源自身具有的无形性、非竞争性以及非对抗性特征，传统在实体经济中惯用的规制工具与数据要素市场的治理存在一定的不匹配，进而影响促进新质生产力发展背景下构建高质量数据要素市场的现实效果。因此，下文将从数据在“生产—利用—流通—分配”等全流程的运行情况出发，系统发掘在不同环节中数据要素治理的现实制约因素，以期在后文提出相应具针对性的改进建议。

（一）生产环节的制约因素

1. 数据要素的共享程度有待提高

因数据共享不足，导致“数据孤岛”现象存在。所谓“数据孤岛”是指在不同组织、部门或信息系统之间，数据由于技术、法律、组织结构或其他因素的影响，不能相互访问和共享，形成信息孤立的状态^[19]。“数据孤岛”现象的存在会对数据要素市场的正常运行造成影响，具体表现为如下三方面：其一，直接降低数据要素的利用效率，导致大量数据要素被孤立而难以被使用，影响算法的效果和应用的广度；其二，数据孤岛的存在阻碍了跨部门协作，并阻碍基于数据要素的新技术和新业务模式的创新；其三，增加企业的经营成本，数据孤岛的存在会增加企业收集、存储、使用以及管理数据的成本。“数据孤岛”现象广泛存在于政府、企业、医疗、教育等多个领域，提高政府与企业整体的运行成本的同时，还会降低其政策精度和决策效率。

2. 数据要素挖掘力度仍需提升

数据要素价值挖掘力度不够，促使“黑暗”数据存量增大。“黑暗数据”（Dark Data）是当前数据治理领域中的一个重要议题，其指组织在日常业务活动中收集和存储，但未被使用或充分利用的数据^[20]。这些数据可能隐藏着重要的商业价值和战略信息，但由于种种原因，未能被挖掘和分析，导致数据资源的浪费和潜在机会的丧失。造成黑暗数据的原因很多，包括但不限于数据分析能力有限、数据孤立和组织壁垒、数据增长速度过快等。黑暗数据的存在主要会造成三方面问题：其一，对现有资源的浪费。由于黑暗数据可能来自多种来源，如企业的客户记录、日志文件、电子邮件、社交媒体数据、传感器数据等，由此导致其数据总量巨大。据国际数据公司（IDC）预测，全球约有 90% 的数据可能属于黑暗数据^[21]。由于数据的异质性和来源多样性，组织难以对其加以统一的管理和分析，导致这些数据虽然被存储但未被有效利用，从而形成了巨大的数据“沉淀”，并占用大量的存储空间和算力资源。其二，误导决策的产生。黑暗数据中往往蕴含着对政府和企业决策有重要价值的信息，由于这些数据未被挖掘，导致决策者无法获得完整的数据支持，从而造成其所作出的决策缺乏准确性和全面性。其三，合规使用黑暗数据

^[19] 叶明、王岩：《人工智能时代数据孤岛破解法律制度研究》，载《大连理工大学学报（社会科学版）》2019年第5期。

^[20] See Nik Hewitt. What is Dark Data, and how can we find it?
<https://www.imperva.com/blog/what-is-dark-data-and-how-can-we-find-it/>

^[21] See Dark Data Explained, <https://www.it-explained.com/words/dark-data-explained-explained>

陷入进退两难的境地。具体而言，黑暗数据中往往包含有个人信息甚至是个人敏感信息，如果这些数据在未加密或未采取保护措施的情况下被泄露，企业可能会因此受到法律制裁并承担声誉风险。与之相对的是，由于对数据隐私和安全的顾虑，许多企业在使用黑暗数据时往往都采取了保守策略，以避免因数据泄露或违规使用而受到影响。这种策略虽然在一定程度上保护了数据安全，但也使得大量黑暗数据难以真正得到“光明”。

（二）利用环节的制约因素

1.数据的权属存在争议

对于数据的权属争议，对数据要素的正常利用造成了极大影响。具体而言，当前对于数据权属的争议主要集中于两个方面：

一方面，在于对数据法律属性的争议。对于数据的法律属性的争议主要有如下三种学说：其一，数据财产权说。其二，数据知识产权说。其三，数据个人信息说。该种观点在涉及个人信息保护时具有一定合理性，因为此时个人数据会被视为与隐私权相关的个人信息。个人应当拥有对其数据的控制权，包括知情权、同意权以及删除权。这种观点在隐私保护法领域得到了广泛支持，如我国《个人信息保护法》即对个人数据提供严格保护。但对于非个人数据或企业数据而言，因为许多企业数据和公共数据中并不涉及个人信息，此种观点具有明显缺陷。

另一方面，对于数据所有权与数据使用权也存在较大争议。首先，数据要素市场运行过程中的多方参与主体的利益存在冲突。具体而言，数据的生产、收集和使用通常涉及多个主体，包括数据的生成者、收集者、处理者和使用者，数据权属的争议也导致不同主体在数据要素利用过程中的利益存在冲突。其次，数据共享与数据排他性。由于数据具有共享性和可复制性，这使得数据产权难以像传统财产那样赋予权利人排他性保护。此种情况下，对数据的使用权界定就显得极为重要。但现实却是使用权的界定同样存在问题，例如企业通常希望对其收集和处理的的数据拥有独占的使用权，并以此保护其商业利益，但个人和其他企业则可能主张数据的共享权利。最后，数据要素使用中的公共利益与个人权利的平衡。数据不仅是私人的财产，还具有公共属性，尤其是在涉及公共安全、公共健康等领域时。例如，疫情期间的大数据分析可以帮助政府有效防控疫情，但这些数据又往往来自个人或企业，故而如何平衡公共利益与个人权利又成为一个难题。

2.数据处理利用存在信息不对称

其一，消费者与数据处理主体之间通常存在着信息不对称，因为消费者往往不清楚自己的数据将被如何使用以及会被何人使用^[22]。例如，智能家居设备（如智能音箱和安全摄像头等）会收集用户的语音指令和各家庭成员的活动数据。这些数据既可能被用于改进服务，也可能被用于其他商业目的（如广告推送）。由于数据处理者与数据来源者之间存在的信息不对称，后者往往不知道这些信息的收集范围及其后续的可能使用方式，并可能对其生活带来影响。

其二，用户很难证明数据处理者滥用了自己的数据信息^[23]。造成此种情形的原因，一方面在于技术的复杂性，即数据处理往往涉及复杂的技术手段，包括数据挖掘、算法处理和人工智能应用等。普通用户通常不具备相关的技术背景，也难以理解这些技术的具体操作过程和潜在影响。因此，在涉及数据处理不当的法律争议中，用户很难提供证据证明数据处理者的滥用行为；另一方面在于信息的不透明，即数据处理者通常对其数

^[22] J.Turow, et al.“Consumers' Understanding of Privacy Rules in the Marketplace”.The Journal of Consumer Affairs, 2008, 42 (3):411 424.

^[23] A.Dosis, and W.Sand-Zantman.“The Ownership of Data”.SSRN Working Paper No.3420680, 2019.

据处理的具体细节保持高度保密。例如，由于许多应用的数据处理算法系企业商业秘密，外界通常无法了解其运行结构及数据分析方式，自然也就很难证明其实施了算法滥用行为。

其三，数据本身是信息的载体，数据的交易或限制会影响其他市场中的信息结构。因为个人信息在某些情况下可以作为信号传递机制的一部分，帮助市场参与者作出更加明智的决策。如果出于保护隐私的目的而限制厂商获取个人信息的规制政策，可能会阻断其他市场中的信号传递机制，加剧其他市场中的信息不对称问题^[24]。例如，信贷机构依赖个人信用信息来评估贷款申请者的信用风险。限制这些信息的获取不仅可能会影响信贷机构的决策质量，也可能导致信贷市场的效率降低，增加贷款的默认风险。

（三）流通环节的制约因素

1.数据要素市场的信息安全保障有待提升

在数据传输、共享、开放和交易等多种情形，在此过程中可能存在国家秘密、商业秘密及个人隐私等遭受泄露的安全风险。造成该种情况的原因，一方面可能是因为网络安全防护系统不成熟，导致黑客通过钓鱼攻击、病毒感染、利用系统漏洞等方式窃取存储在企业服务器或个人设备上的敏感数据；另一方面则可能是因为企业在使用外包服务或第三方服务提供商的过程中，数据在向第三方服务商传输或处理过程中遭到未授权的访问或泄露。例如，在 2018 年的 Cambridge Analytica 丑闻中，约 8700 万 Facebook 用户的个人数据（如个人偏好、兴趣等）被不当使用于政治广告的定向推送^[25]。又比如，Versata Software 指控福特汽车公司在双方十年合作关系终止后，仍窃取并使用 Versata 开发的软件技术，陪审团于 2022 年最终裁定福特侵犯了 Versata 的商业秘密并需要为此支付 1.05 亿美元的赔偿金^[26]。

2.数据要素市场交易机制尚不健全

在数据要素市场中，数据标准的不统一会导致数据要素交易活跃度降低。此种标准的不统一具体表现在如下三方面：其一，数据格式和结构不一致。不同的行业和机构往往会采用不同的数据存储格式（如 XML、JSON 或 CSV 等），此种数据的格式和结构差异会增加数据集成的复杂性和成本，并给数据交换和处理过程带来额外的转换和标准化步骤。其二，元数据标准缺乏。元数据是描述数据特征的信息，例如数据的创建时间、来源、有效性等。当前的数据要素市场由于缺乏统一的元数据标准，使得数据的上下文不清晰，增加了数据使用者在数据解读和应用上的难度。其三，质量控制标准不一。数据质量控制涉及对数据准确性、完整性、一致性和可靠性的评估。

（四）分配环节的制约因素

1.数据垄断

数据垄断通常指控制了大量数据资源的经营主体，利用这些数据所形成的市场支配或主导地位，向其上下游的经营主体或者同业竞争者制定不合理的规则或者价格，从而实现排除限制竞争效果的行为。在实践中，数据垄断主要集中于许多头部的互联网平台或者科技公司，他们在掌握海量用户数据的同时还向用户提供商品或服务，出于竞争的考虑，其往往没有动力将自己掌握的消费者数据充分地转让给其他竞争主体，从而也就

^[24] R.Posner.“The Economics of Privacy”.The American Economic Review, 1981, 71 (2):405 409;G.Stigler.“An In- troduction to Privacy in Economics and Politics”.The Journal of Legal Studies, 1980, 9 (4):623 644.

^[25] 《8700 万用户数据外泄丑闻曝光一年半后 脸书终于认罚了》，载央视网 <http://news.cctv.com/2019/10/31/ARTIqUhHj3DjppU0t6olevLi191031.shtml>

^[26] See Intellectual Property Insights from Fishman Stewart, Top 7 High-Profile Trade Secret Cases from 2022, <https://fishstewip.com/top-7-high-profile-trade-secret-cases-from-2022fishbits-mini-article-volume-22-issue-25/>

造成了数据在使用上的无效率^[27]。同时，数据垄断还可能造成创新的受阻。大型科技公司可以通过对数据的控制，削弱了市场竞争，进而抑制新兴企业的创新。

2. 数据不正当竞争

除了数据垄断之外，数据不正当竞争也是制约数据要素分配有序进行的重要因素。在当前实践中，数据不正当竞争行为具有多种类型，其中具有代表性的案例包括未经许可通过不正当手段获取他人数据产品并谋利的行为。

3. 数字鸿沟

数据鸿沟通常指因数据资源的不平等分配，而导致特定类型的人群、企业或地区无法充分利用数据的潜力^[28]。导致数据鸿沟现象产生的原因很多：首先，表现为技术可达性层面的不平等。例如，某些偏远地区、特定社会群体或经济体无法获取现代通信技术。其次，表现为技能操作层面的差异。

四、新质生产力目标下数据要素市场治理的实践导向

为了实现数据要素市场促进新质生产力发展的具体要求，当前阶段对数据要素市场的治理需要从治理目、治理原则以及治理理念等方面实施转型（如下图 1 所示）。

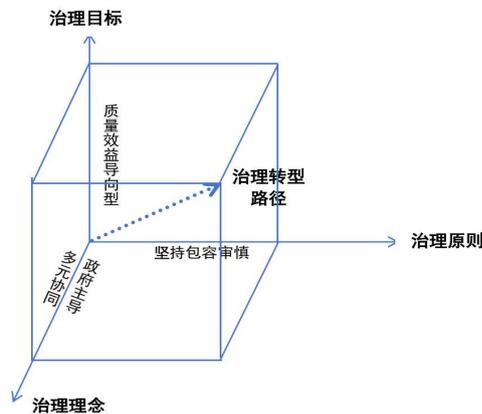


图 1 新质生产力赋能数据要素市场治理的实践导向三维坐标图

（一）治理目标：发展质量效益导向型治理

党的二十大报告将实现高质量发展确定为中国是现代化的本质要求之一^[29]，这也为数据要素市场的治理模式转型提供了重要的指引。数据要素作为促进数字经济引擎高速发展的基础“燃料”，既具有重要的经济价值和社会效益，也具有不同于传统化石燃料、土地资源等生产要素的独特性质。因此，我们对于数据要素市场的治理理念需要进行改变，不能一味地追求数据要素的规模和增长速度，而需要将重心逐渐转移到提升数据要素市场运行的质量和效益层面，遵循推动高质量发展的要求，推动数据要素市场治理从速度规模导向型转变为质量效益导向型。具体来说，在宏观层面，政府应当关注于制定和实施相应的政策和法规，以引导整个市场的健康发展。包括制定数据治理法规，并加强与其他国家立法和执法的交流与合作；推动开放的数据标准，促进数据的互操作性和共享，降低市场进入壁垒，提高整体市场的竞争性和创新能力；建立专门的数据治理机

^[27] C.Jones, and C.Tonetti.“Nonrivalry and the Economics of Data”.American Economic Review, 2020, 110 (9):2819-2858.

^[28] 任欣怡、周亚虹：《我国数字鸿沟的形成因素、影响及其治理路径》，载《经济问题》2024 年第 9 期。

^[29] 张桂敏：《坚定不移走好高质量发展之路》，载人民网，<http://theory.people.com.cn/n1/2024/0712/c40531-40276415.html>

构，负责数据政策的制定、执行和监督，确保市场的公平性和透明性。在中观层面，行业或地区应当积极构建相应的行业自律机制，并通过行业协会监督执行；提供资金和政策支持，鼓励企业进行数据分析和处理技术的研发，提升数据应用的效率和安全性。在微观层面，企业应当在日常运营中建立严格的数据质量控制体系，确保数据从收集、存储、流通到使用环节中的准确性和可靠性；实施先进的数据安全技术和措施，防止自己储存的数据被未经授权访问或泄露；增强数据处理的透明度，建立数据监督和问责机制，增强消费者和公众的信任。

（二）治理原则：遵循包容审慎原则

包容审慎原则要求在制定和执行数据要素市场的政策和规则时，应考虑到市场的多样性和复杂性，既要促进创新和市场的包容性，又要确保风险得到适当的控制^[30]。数据要素市场的治理需要遵循包容审慎原则，其原因在于三方面：首先，政策制定往往难以赶上数字技术的高速发展，包容审慎原则能够为新技术留出发展空间，避免因早期过严的规制而阻碍技术进步和市场创新；其次，数据要素市场涵盖众多行业和领域，不同市场主体的需求和影响各不相同，包容审慎原则所强调的对多元市场主体需求的平衡保护，可以促进市场公平和多元化；最后，包容审慎原则有利于对风险的管理和控制。由于数据要素市场的治理涉及数据安全、隐私保护以及伦理等多方面的风险，包容审慎原则要求在促进市场发展的同时，也需要对可能的风险进行事前的预防以及事后的管理，确保数据利用的安全性和合规性。总体而言，包容审慎原则要求政策制定者在推动技术和市场发展的同时，审慎地考虑政策的长远影响，避免因过度管制而抑制创新，或因放任而导致市场失序^[31]。需要注意的是，包容审慎既不是放纵也不是抑制，包容和审慎之间也从来都是并存而非先后关系，其目的是在于寻求创新与秩序之间的新平衡点，既防止市场主体滥用优势地位所造成的市场失灵，又防止过多限制市场所导致的市场创新被抑制^[32]。

（三）治理理念：推动政府主导下的多元协同治理

考虑到技术快速发展、市场全球化以及多层次法律规范的要求等多种因素的影响，数据要素市场亟需从零散分割式治理向协同整合式治理方向转型，以期发挥数据要素促进新质生产力发展的重要价值。数据要素市场的协同治理需要以协商合作为基础，积极推动市场主体自治、行业自律以及政府监管的“三位一体”的数据要素市场监管体系^[33]。在此治理过程中，需要吸纳不同主体共同参与治理，在尊重主体间差异的基础上，为了弥补不同治理主体之间在价值、利益、观念等诸多方面存在分歧，还应当注重以论证、对话、商谈等方式推动各治理主体的交往活动，并以协商合作为框架核心和构建程序性体制机制的方式，实现“主体差异—达成共识—协商合作—合作共享”这一逻辑链条的统合^[34]，从而在最大程度上促成不同主体之间价值诉求，并进一步回应与消解在数据要素市场治理过程中可能出现的风险及其不确定性。具体来说，数据要素市场的正常运行协同治理需要重点关注如下四方面的内容：其一，策略的制定与共享。包括政府、行业组织以及企业等协同治理主体合作，共建统一的数据治理框架，明确数据的收集、存储、使用、传输和删除的标准和依据。其二，技术和资源的共享。包括企业之间共享数据加密、匿名化技术和防火墙技术等安全技术，提高整个行业的数据安全水平；政府和私营

^[30] 刘权：《数字经济视域下包容审慎监管的法治逻辑》，载《法学研究》2022年第4期。

^[31] 卢超：《包容审慎监管的行政法理与中国实践》，载《中外法学》2024年第1期。

^[32] 毕文轩：《论电商平台知识产权的公私协同治理模式》，载《上海交通大学学报》2024年第8期。

^[33] 王宝珠、王朝科：《数据生产要素的政治经济学分析——兼论基于数据要素权利的共同富裕实现机制》，《南京大学学报》2022年第5期。

^[34] 邓集文：《包容性治理的伦理向度》，载《伦理学研究》2020年第6期。

部门合作建立公共数据池，以供学术研究和公共利益项目使用。其三，外部监督与内部合规协同。在外部监管层面，政府机构间以及政府与企业间需要共享监管信息，以提升监管效率和效果；在内部合规层面，企业内部应当成立相应的数据合规部门，专门处理有关数据要素收集、使用、交易等方面的合规审查，并定期与监管部门沟通。其四，公众参与和反馈。包括建立公众反馈渠道，让用户和民间组织参与到数据政策的讨论和审议进程来，确保政策的公开性和透明性。

五、新质生产力目标下数据要素市场治理的具体完善

为了进一步推动新质生产力的涌现，除了在宏观价值层面引导数据要素市场的治理转型，还需要在具体实践层面对数据要素市场在数据要素的基础制度、市场供给、市场流通、市场应用、市场监管等方面进行全面且系统化地完善（如下图 2 所示），以期回应新质生产力的发展需求，为政策制定者提供具有本土特色的解决方案。

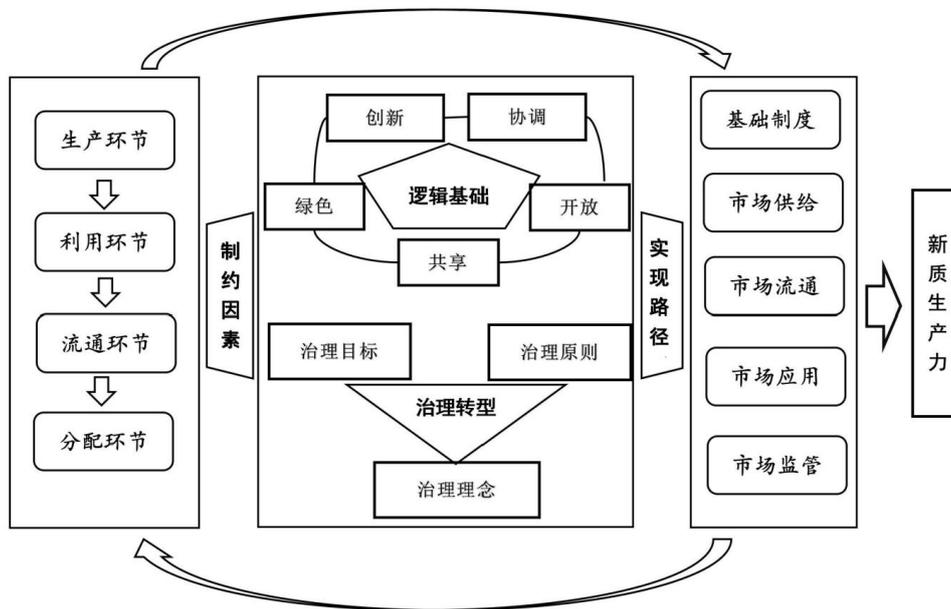


图 2 新质生产力赋能数据要素市场治理的具体完善

（一）基础制度层面的治理完善

完善我国现有数据法律体系，制定出台数据开放、数据共享以及数据流通专项法规，对数据流通中的授权、使用、确权等具体细节问题作出规定，确保数据交易依法合规开展。由于数据的价值在于是否能够被广泛地使用和流通，但在这一过程中也会带来诸多风险，包括数据隐私泄露、数据安全威胁、数据权属争议等。虽然《民法典》《个人信息保护法》《数据安全法》《网络安全法》等法律对于数据均有所涉及，但却仅是关注到个人隐私、数据信息等内容，而并未关注数据要素市场的整体运行状况，故而未能充分适应快速发展的数字经济，对数据的有效使用和利用构成障碍。因此，亟需通过制定规范数据要素市场的专项法规，在市场基础制度层面完善数据要素市场治理。根据《数据二十条》的要求^[35]，由于数据在种类、承载内容、使用场景和流转形态等方面存在诸多有别于传统财产的表现，故而应当在结合国家顶层政策设计以及实践需求的基础上，

^[35] 《数据二十条》指出：要探索建立数据产权制度，推进公共数据、企业数据、个人数据分类分级确权授权使用，探索数据产权结构性分置制度，建立数据资源持有权、数据加工使用权、数据产品经营权等分置的产权运行机制，健全数据要素权益保护制度。

以“数据分类分级授权”以及“产权分置运行机制”为基础构建符合我国需要的整体法律框架。

其一，明确数据分类分级标准并构建相应的数据授权机制。在我国目前出台的《数据安全法》《网络安全法》《个人信息保护法》以及《网络数据安全条例（征求意见稿）》等均要求对数据进行分类分级保护，但对于应当如何执行该项标准却缺乏具体的依据，故而亟需进一步明确相关标准。数据分类和数据分级应属不同的两种类型化标准，即数据分类是指数据处理者从法律法规要求、行业领域、业务属性等维度对数据类别进行划分，而数据分级则是从数据安全、隐私保护和合规的角度对数据的敏感程度进行等级划分。具体到实施方法而言，在实施数据分类时，需要对数据的产生主体、所属行业、完整性程度以及合规性等进行评估，从业务出发进行类别的划分；在实施数据分级时，根据《数据安全法》要求，需要根据数据一旦遭到篡改、破坏、泄露或者非法获取或利用，可能对国家安全、公共利益或者个人、组织合法权益造成的影响程度，将数据从低到高分为一般数据、重要数据、核心数据等三个级别。通过数据的分类分级在为不同企业数据安全治理提供基础支撑的同时，也促进了数据在不同产业之间的有效利用和流通。此外，构建细致且具有可执行性的数据分类分级标准也有助于探索多类型、多层次的数据确权授权使用机制。由于长时间以来对数据的认识尚存不足，导致生活中许多对公众数据采集授权机制也相对简单，缺乏层次化的授权机制构建。但面对各行业来源和多场景使用的数据要素的现实需求，需要构建具有现实可落地性的数据分类分级标准，并明确数据授权的条件、范围、期限和责任等。

其二，探索场景化的数据产权结构性分置运行机制。对于数据产权结构性分置的要求，应当将数据要素实施过程分为持有、使用以及经营三个阶段。在数据要素流通的场景下，数据资源持有权、数据加工使用权以及数据产品经营权均可分置运行，并通过授权的方式进行权利移转。因此，在这一阶段，一方面要规范数据流通的市场行为，包括通过制定明确的交易规则的方式规范市场主体的行为，防止不正当竞争和市场垄断，强化数据在存储、处理和传输过程中的安全保护措施，严格规定数据使用中必须遵守的隐私保护原则，明确合法收集和使用相关数据的边界。另一方面，还需要结合具体的数据应用场景以及实施状况，对结构性分置下数据资源持有权、数据加工使用权以及数据产品经营权是否会出现重叠保护或者保护真空等问题进一步探索，并构建三种权利之间的衔接机制，确保数据产权结构性分置机制正常运行。

总体而言，完善数据法律体系是一个系统工程，需要政府、市场主体、社会组织和公众等多方共同努力。政府应发挥主导作用，完善法律框架，市场主体应积极参与，提高数据管理的透明度和安全性，为数据要素市场的健康发展提供坚实的法律保障，推动新质生产力的发展。

（二）市场供给层面的治理完善

完善数据要素供给激励机制。促进数据要素市场繁荣发展的核心，取决于高质量数据要素的持续供给，为了推动数据要素的持续供给，则需要完善的数据要素供给激励机制。当前阶段的数据要素供给激励机制主要包含两种类型：其一，是经济激励机制。经济激励是驱动数据供给主体积极参与数据要素市场的重要手段。由于数据供给通常涉及数据的收集、整理、加工和共享，供给主体往往需要投入大量资源。因此，通过建立有效的经济激励机制，可以确保数据供给主体获得合理的经济回报，激发其参与市场的积极性^[36]。具体而言，经济激励机制包括增设数据交易补贴和奖励政策，降低数据供给门

^[36] 蔡培如、王锡铨：《论个人信息保护中的人格保护与经济激励机制》，载《比较法研究》2020年第1期。

槛和成本，并为数据供给者带来直接的经济收益，推动数据供给的增加。同时，建立透明、公平的数据交易收益分配机制，确保数据供给者能够从数据交易和共享中获得合理的利益。其二，是非经济激励机制。一方面，可以通过建立数据要素市场供给者信用评价体系，对数据供给者的行为进行信用评分。高信用等级的供给者可以获得更多的市场机会和优先权，低信用等级的供给者则会在市场竞争中处在相对劣势的处境。这种基于声誉的激励机制，可以有效引导数据供给者提升数据质量，遵守市场规则，积极参与数据供给。另一方面，可以通过技术激励机制降低数据供给的成本并促进数据流通。例如，推动与数据开放、共享和流通有关的技术研发，政府和市场可以支持技术创新主体参与数据供给和交易，通过提供技术服务来获得相应收益，进一步推动数据供给技术的迭代与升级。此外，还可以通过建立完善的数据流通基础设施（如数据交易平台、数据共享交换平台、数据标准体系等）降低数据供给者进入市场的技术门槛，在提升数据供给者荣誉激励与社会认可的同时，实现数据的高效交换和流通，进一步促进数据供给。强化数据供给主体权益保障机制。除了激励高质量数据的供给外，还需要对数据供给主体的相关权益给予足够的保障。

（三）市场流通层面的治理完善

健全数据要素市场交易体系。交易体系的完善是数据要素市场流通的动力，其健全与否直接关系到数据流通的效率和安全性。对此，需要从如下两方面加以完善：其一，建立统一的市场规则和标准。一方面，为了确保数据要素市场的公平性和稳定性，需要制定包括数据要素的交易程序、价格机制、交易双方的权利与义务等统一的数据要素交易规则，并针对可能发生的数据垄断和不正当竞争使用等行为进行必要的规制，以防其影响数据要素流通市场的健康运转。另一方面，通过推广统一的数据格式、数据质量和安全标准，使数据要素市场中的参与主体尽可能地都参与其中，将非结构化数据转换为结构化数据，从而降低数据交易和使用的难度，提高数据的可兼容性和可用性。其二，构建多元化的数据交易模式。探索数据要素市场多元化交易模式，鼓励市场采用多种数据交易模式（包括数据交易、拍卖、订阅服务等），通过提供多样化的交易选项，可以增加市场的灵活性和活力，以满足不同市场参与者的需求。

建立可信可追溯的数据要素流通平台。数据流通平台是数据要素市场的重要基础设施，建立一个可信、可追溯的数据流通平台对于确保数据交易的安全和透明至关重要^[37]。对此，一方面需要通过相应的技术架构建立数据要素流通平台。例如，通过利用区块链技术不可篡改和透明性特点，确保数据交易记录的不可篡改性，保证数据交易的透明性和可追溯性；还可以采用先进的数据加密技术、访问控制技术，实施严格的数据安全管理制度，防止数据泄露和滥用，确保数据在流通过程中的安全性。另一方面，需要通过公开交易记录流程和建立数据追溯系统的方式实现数据流通的透明化。具体而言，通过数据流通平台，公开数据交易的各个环节和详细记录，增加市场的透明度，让所有市场参与者都能够清楚地了解交易的全过程。同时，开发数据追溯系统，允许市场参与者查询数据的来源和流向，增强市场监管的效果，提高用户对数据产品的信任度。

（四）市场应用层面的治理完善

推动算力基础设施的一体化建设。虽然数据具有无形性，但实现数据要素的价值却依赖于算力基础设施的支持。因此，推动算力基础设施的一体化建设，是完善数据要素市场治理，特别是在市场应用层面的关键措施^[38]。算力基础设施，包括数据中心、云服

^[37] 王伟玲：《中国数据要素市场体系总体框架和发展路径研究》，载《电子政务》2023年第7期。

^[38] 逯海勇等：《数字基础设施与国内市场一体化——对加快建设国内统一大市场的启示》，载《南方经济》2023年第12期。

务、网络设施等，是支撑大数据、人工智能等现代技术运行的物质基础。算力基础设施的一体化建设能够提高资源利用效率，加快数据处理速度，降低成本，保障数据安全，具体可以从以下三个方面展开：其一，建立算力基础设施建设长期规划。在统一规划方面，国家或地区应制定长远的算力基础设施发展战略，明确目标和路线图，确保各地区和部门的建设活动协调一致，避免资源浪费。同时，基于实际和未来的数据处理需求，合理规划数据中心和云计算服务的分布，优化算力资源配置。在政策支持方面，需要从立法层面，建立健全相关法律法规和行业标准，规范市场秩序，保护投资者利益。并从政策层面，为算力产业提供必要的财政补贴、税收优惠等政策支持，鼓励企业和研究机构投资算力基础设施。其二，从软硬件相结合的角度综合提升算力基础设施能力。既关注算力硬件更新，定期更新服务器、存储设备和网络设备，采用能效比更高的新技术；又注重算力软件的不断优化，部署自动化管理和监控软件，优化资源配置，提高运维效率。其三，推进算力基础设施建设的技术研发和可持续发展。相关算力基础设施运营主体既要与科研机构和其他企业合作，共同研发提升算力能力的新技术，推动技术持续进步；也要关注算力基础设施建设可持续发展的策略，推动太阳能、风能等可再生能源在构筑算力中心中的使用，平衡技术发展与环境保护之间的关系。

（五）市场监管层面的治理完善

设立数据要素市场的外部监管机构，统筹推进数据要素配置的综合管理和监管。具体而言，首先要数据管理综合部门的职能定位。数据管理综合部门需要在数据确权、数据流通、数据交易监管、数据安全和隐私保护等方面发挥核心作用。具体而言，在数据确权方面，需要根据《数据二十条》的要求明确不同类型数据的所有权、使用权及收益权归属，并完善数据授权使用规则，确保数据在授权使用过程中合法合规。在数据流通方面，应推动制定全国乃至全球统一的数据标准和协议，确保不同政府部门、企业和公民之间的数据互操作性^[39]，以便引导和推动数据要素在行业、区域、社会层面的整合和共享，破除数据孤岛现象，提升数据资源的利用效率。在数据交易监管方面，数据管理综合部门应在数据交易市场中承担监管职责，通过制定数据定价机制、标准化数据交易合同并提供统一的市场参与者信用评价等方式明确市场准入机制，规范市场规则的透明性，确保数据交易的合法性和公正性，建立数据分类和风险评估机制，确保数据要素的公平使用，加强对滥用、垄断数据要素等行为的市场退出机制建设，维护市场公平竞争。在数据安全和隐私保护等方面，数据管理综合部门可以通过采取数据加密、数据脱敏、零知识证明等技术手段预防个人隐私、商业秘密等在数据交易和流通中被泄露；同时协同相关的立法执法部门制定对应的数据安全标准和政策，确保数据在存储、传输、处理、使用等环节中的安全性。此外，数据管理综合部门不仅要监管数据要素市场，还应积极推动数据要素赋能技术的创新和研发。通过与科研机构和技术企业的合作，推动数据挖掘、分析、区块链技术、分布式数据存储等技术的发展，提升数据管理的智能化水平。同时，通过政策引导，鼓励企业对大数据、人工智能、云计算等新兴技术的投入，为数据要素市场的发展提供技术支撑。此外，需要通过加强行业自律，建立行业自律组织，促进数据要素市场的规范发展^[40]。一方面，相关行业自律组织需制定一套全面的行业操作标准和行为准则，包括数据收集、处理、存储、传输、销毁等各个环节的标准规范，以提升行业自律的可执行性；另一方面，行业自律组织应设立监督机制，定期审查成员的行为是否符合行业规范，处理违规行为，并定期向公众和政府部门发布行业自律

^[39] 高富平：《可信数据流通制度论——治理范式经济秩序的形成》，载《交大法学》2024年第5期。

^[40] 陈思：《培育数据要素市场的逻辑理路、安全困境与应对策略》，载《当代经济管理》2023年第3期。

执行情况的报告，增加透明度，接受社会公众的监督。

六、结语

党的二十届三中全会通过的《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》中提出：“健全因地制宜发展新质生产力体制机制。推动技术革命性突破、生产要素创新性配置、产业深度转型升级，推动劳动者、劳动资料、劳动对象优化组合和更新跃升，催生新产业、新模式、新动能，发展以高技术、高效能、高质量为特征的生产力。”这一论述进一步明确了新质生产力的概念内涵及其发展路径和方向。在国际政局动荡和我国经济增速放缓的双重背景之下，大力发展数据要素市场，强化数据要素对传统市场的赋能，成为当前阶段高效利用资源配置，并促进各类生产要素的合理流动和优化组合的新质生产力，是促进我国经济平稳过渡、有序发展的重要推手。由于我国当前数据要素市场在生产、利用、流通以及分配等环节均存在一定影响其正常发展的制约因素，因而需要在发展新质生产力的背景下分别从市场供给、流通、应用、监督以及基础制度等方面全面完善数据要素市场治理体系，并探索符合我国现实需要、具有国际竞争力的基础制度体系，从而引领和带动全球范围内的数据要素市场的建设和治理体系完善。

高水平共建西部陆海新通道的法治保障问题研究

陈一准 张 驰*

摘 要：高水平共建西部陆海新通道概念由习近平总书记首创，为新征程上西部陆海新通道建设提供了根本遵循。自 2019 年开始，高水平共建西部陆海新通道走过了 5 年的发展历程，取得了瞩目成就。在高质量发展和全面推进国家各方面工作法治化背景下，用法治方式高水平保障好西部陆海新通道建设，既是深入贯彻落实习近平法治思想的重要举措，也是推动西部地区高水平对外开放的必然要求。应准确把握高水平共建西部陆海新通道法治保障的基本面向，积极探索高水平共建西部陆海新通道法治保障的实践路径。

关键词：高水平共建西部陆海新通道 法治保障 基本面向 实践路径

引 言

建设西部陆海新通道是中共中央作出的重大决策部署，是党的二十大报告提出的重要战略任务。习近平总书记多次强调，要高水平共建西部陆海新通道。今年 4 月，习近平总书记在重庆考察时再次强调，建设西部陆海新通道，对于推动形成“陆海内外联动、东西双向互济”的对外开放格局具有重要意义。各有关方面要齐心协力，把这一标志性项目建设好、运营好，带动西部和内陆地区高水平对外开放。^①高水平共建西部陆海新通道，推动沿线地区开发开放，深入融入共建“一带一路”，提高西部地区对内对外开放水平，需要发挥法治固根本、稳预期、利长远的保障作用，依法平等保护企业合法权益，促进完善产权保护、市场准入、公平竞争、社会信用等方面的制度规范，稳步扩大规则、规制、管理、标准等制度型开放，营造市场化、法治化、国际化营商环境，为市场主体的经济活动提供公正、稳定、可预期的良好生态。这既是深入贯彻落实习近平法治思想的重要举措，也是以全面深化改革推进中国式现代化的必然要求。

我国西部地区拥有全国 72% 的国土面积、27% 的人口、21.5% 的国内生产总值、85% 的陆地边境线，是我国主要的能源生产基地。然而，由于特殊的地理环境、历史基础等诸多制约因素，较之于东中部，西部地区经济社会发展总体上相对滞后，集中反映了我国发展不平衡、不充分的状况。^②我国东中西部发展不平

* 陈一准，法学硕士，中电建宁夏工程有限公司企业三级法律顾问；张 驰，宁夏大学法学院副教授，硕士生导师。联系方式：18795386965；电子邮箱：cydnepcc@163.com。

^① 新华社：《习近平在重庆考察时强调进一步全面深化改革开放不断谱写中国式现代化重庆篇章》，载 https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202404/content_6947266.htm 最后访问日期 2024 年 5 月 20 日。

^② 参见范恒山：《大力推动西部地区经济高质量发展——〈中国西部经济高质量发展研究报

衡问题是各种复杂因素长期共同作用的结果,对待这一现象要从客观的、历史的、辩证的角度去看待。但我们应充分地认识到,西部地区在创新推进对内对外开放模式、主动参与国际经贸合作上存在的短板弱项是其发展长期落后于东中部地区的重要原因。^③党的十八大以来,习近平总书记对西部地区高水平开放高度重视、寄予厚望,要求“坚持以大开放促进大开发、提高对内对外开放水平”^④,西部地区从过去交通闭塞的内陆边疆地区转变为国家战略建设和开发的桥头堡,经济社会发展取得历史性成就。今年4月23日,在党中央对新时代推进西部大开发形成新格局作出部署5年来的关键时间点,习近平总书记在重庆主持召开新时代推动西部大开发座谈会并发表重要讲话,强调要“坚持以大开放促进大开发,提高西部地区对内对外开放水平。大力推进西部陆海新通道建设,推动沿线地区开发开放,深入融入共建‘一带一路’”。在这种背景下,深入研究高水平共建西部陆海新通道的法治保障问题,具有重要的理论和实践意义。

一、高水平共建西部陆海新通道的概念考辨及发展历程

循名责实,高水平共建西部陆海新通道法治保障,即是用法治方式保障高水平共建西部陆海新通道。若要厘清这一概念的内涵,首先要明确何为“高水平共建西部陆海新通道”及其产生和发展历程。

(一) 高水平共建西部陆海新通道的概念考辨

高水平共建西部陆海新通道概念由习近平总书记首创,为新征程上西部陆海新通道建设提供了根本遵循。从词义考辨的角度来看,“高水平”是一个具有较强相对性含义的词汇,一般指高出同类评价对象平均水平以上较大幅度,意味着远高于平均水平的目标和要求。^⑤“共建”意指两个及两个以上个体共同参与建设,既包括每个个体的主动作为,又包括个体之间相互协作、共同发力。^⑥由此来看,“高水平共建西部陆海新通道”有两方面含义:一是要用高出平均水平以上较大幅度的标准要求各有关方面在既分工又合作的基础上努力建设西部陆海新通道;二是各有关方面要在既分工又合作的基础上努力建设远高于一般水平的西部陆海新通道。就“高水平共建西部陆海新通道”与“建设西部陆海新通道”两者相比,前者侧重于“高水平”、侧重于“共建”,是对后者提出的更为具体、更深层次的要求。

(二) 高水平共建西部陆海新通道的发展历程

告(2021)》序》,载《区域经济评论》2022年第1期,第09页。

^③ 参见刘学良、续继、宋炳妮:《中国区域发展不平衡的历史动态、表现和成因——东西差距和南北差距的视角》,载《产业经济评论》2022年第2期,第152页。

^④ 参见李洪兴:《以大开放促进大开发——谱写新时代西部大开发新篇章》,载《人民日报》2024年5月16日第05版。

^⑤ 参见盛朝迅:《高水平科技自立自强的内涵特征、评价指标与实现路径》载《改革》2024年第1期,第41页。

^⑥ 参见汪荣有:《共建、共享、共富的辩证统一》,载《光明日报》2023年2月20日,第15版。

2019年8月出台的《西部陆海新通道总体规划》将西部陆海新通道定位为推进西部大开发形成新格局的战略通道、连接“一带”和“一路”的陆海联动通道、支撑西部地区参与国际经济合作的陆海贸易通道、促进交通物流经济深度融合的综合运输通道，提出要“着力加快通道和物流设施建设，大力提升运输能力和物流发展质量效率，深化国际经济贸易合作，促进交通、物流、商贸、产业深度融合，打造交通便捷、物流高效、贸易便利、产业繁荣、机制科学、具有较强竞争力的西部陆海新通道。”^⑦2021年9月国家发展改革委印发的《“十四五”推进西部陆海新通道高质量建设实施方案》（以下简称《实施方案》）在编制过程中深入学习领会习近平总书记关于高水平共建西部陆海新通道的重要指示批示精神，着重把握推动通道共商共建共享，坚持系统观念，着眼进一步提升通道的质量和效益，加强协同联动，发挥中央、地方、企业等各方面积极性，鼓励国内国际各方积极参与。^⑧《实施方案》更加突出高水平协同共建，更加聚焦创新推动模式。今年4月，习近平总书记在新时代推动西部大开发座谈会上强调“要坚持以大开放促进大开发，提高西部地区对内对外开放水平。大力推进西部陆海新通道建设，推动沿线地区开发开放，深度融入共建‘一带一路’”。习近平总书记这一重要论述从全面统筹国内国际两个大局的战略高度，把高水平共建西部陆海新通道与推动新时代西部大开发协同联动起来，赋予西部陆海新通道建设新的战略定位。^⑨

高水平共建西部陆海新通道，内涵是高水平、关键是共建、核心是开放、要义是融入，是高水平协同共建共享和高水平对内对外开放的有机统一，具有创新、经济、高效、便捷、绿色、安全等重要特征，需要充分发挥各有关方面积极性，共同推动西部陆海新通道高质量发展。^⑩五年来，西部陆海新通道已由最初的重庆、广西、贵州、甘肃四省区市共建，发展成如今包括西部12省区市与海南省、广东省湛江市、湖南省怀化市在内的“13+2”合作机制，新通道建设成效显著，基础设施网络不断完善，通道运行效率显著提升，物流市场需求加速扩张，区域国际合作不断深化，沿线产业发展和对外贸易持续升级，西部陆海新通道支撑构建新发展格局的战略作用日益凸显。新通道核心覆盖区和辐射延展带经济的快速发展，释放强大内需市场潜力，为西部地区便捷联通国际市场、深度联动内陆腹地拓展了空间，成为我国超大规模内需市场与国际市场高效链接的重要纽带，为

^⑦ 国家发展改革委关于印发《西部陆海新通道总体规划》的通知，https://www.gov.cn/xinwen/2019-08/15/content_5421375.htm 最后访问日期 2024 年 5 月 20 日。

^⑧ 关于《“十四五”推进西部陆海新通道高质量建设实施方案》总体情况的介绍，载 https://www.gov.cn/zhengce/2021-09/04/content_5635392.htm 最后访问日期 2024 年 5 月 20 日。

^⑨ 参见刘嗣方：《以西部陆海新通道建设带动西部和内陆地区高水平对外开放》，载《重庆日报》

^⑩ 樊一江：《高水平共建西部陆海新通道》，载《人民日报》2021 年 6 月 11 日，第 05 版。

西部地区深度融入“一带一路”，全面提升对内对外开放水平提供了重要支持与保障。^①

二、高水平共建西部陆海新通道法治保障的必要性及基本面向

法者，治之端也。法治既是国家治理体系和治理能力的重要依托，也是维护世界和平与发展的重要保障。^②在全面推进国家各方面工作法治化的背景下，用法治方式保障各有关方面高水平共建西部陆海新通道是新时代推动西部大开发的必由之路。全面推进国家各方面工作法治化，不仅要求高水平共建西部陆海新通道必须在法治轨道上推进，还为其法治保障明确了目标，指明了方向。

（一）高水平共建西部陆海新通道法治保障的必要性阐释

近日，习近平总书记在《求是》杂志发表了题为《开创我国高质量发展新局面》的重要文章，文章指出“新时代我国经济发展的特征，就是我在党的十九大报告中强调的，我国经济已由高速增长阶段转向高质量发展阶段。这是一个重大判断，我们必须深刻认识其重大现实意义和深远历史意义。”^③高质量发展，就是从“有没有”转向“好不好”，是“十四五”乃至更长时期我国经济社会发展的主题，关系我国社会主义现代化建设全局。高水平共建西部陆海新通道的“高水平”体现在哪里？就是要体现在坚持高质量发展总要求上，只有长期坚持高质量发展总要求，才能实现高水平共建西部陆海新通道的奋斗目标。

“高质量发展不只是一个经济要求，而是对经济社会发展方方面面的总要求”。^④西部陆海新通道不是单纯的物流通道，而是西部地区推动开发开放、深入融入共建“一带一路”的经济通道、开放通道、发展通道。坚持高质量发展总要求，大力推进高水平共建西部陆海新通道，不仅需要各有关方面不断创新其运营组织模式，推进基础设施建设，推动交通、物流与产业、商贸等协同发展，畅通资源要素流转大循环等硬条件的长足发展，^⑤还需要进一步提升区域协作水平，强化市场规则、标准、政策的统一配套，共同完善市场准入标准，建立更加公平、开放、透明的制度化规则，围绕高水平共建，强化制度供给、优化营商环境等软实力的协同发展。

党的二十大报告明确指出，要“坚持全面依法治国，推进法治中国建设”“必须更好发挥法治固根本、稳预期、利长远的保障作用，在法治轨道上全面建设社会主义现代化国家”“加强重点领域、新兴领域、涉外领域立法，统筹推进国内

^① 谢雨蓉：《系列解读文章之——高质量建设西部陆海新通道 更好支撑构建新发展格局》，https://www.ndrc.gov.cn/fggz/fgzy/xmtjd/202109/t20210927_1297712.html 最后访问日期 2024 年 5 月 25 日。

^② 参见王轶：《坚持统筹推进国内法治和涉外法治》，载《人民日报》2021 年 3 月 19 日 11 版。

^③ 习近平：《开创我国高质量发展新局面》，载《求是》2024 年第 12 期，第 01 页。

^④ 新华社：《高质量发展“高”在哪儿？习近平总书记这样解析》，载 <https://m.gmw.cn/baijia/2021-03/08/34668903.html> 最后访问日期 2024 年 5 月 25 日。

^⑤ 广西新闻网：《新思想引领新征程：高水平共建西部陆海新通道》，载 <http://news.gxnews.com.cn/staticpages/20240330/newgx6607fd07-21476282.shtml> 最后访问日期 2024 年 5 月 25 日。

法治和涉外法治，以良法促进发展、保障善治”“全面推进国家各方面工作法治化”。^⑯西部陆海新通道，位于我国西部地区腹地，以铁路为陆路运输骨干、港口为海上运输门户，发挥区域中心城市和物流节点城市枢纽作用，北接丝绸之路经济带，南连 21 世纪海上丝绸之路，协同衔接长江经济带，核心区和辐射区覆盖西部地区全部十二个省区市，链接西北欧亚路桥纽带和西南陆海联动枢纽，是交通、物流、经济深度融合发展的大通道。其既关系国内区域协调发展格局，还关系向西开放、向南开放高水平开放大局，既是“十四五”规划纲要明确的国家重大战略工程，还是新时代推进西部大开发形成新格局的新兴工程。加强高水平共建西部陆海新通道的法治保障，是在法治框架下推进实施区域协调发展战略，深化西部地区与东中部、东北地区务实合作，主动参与全国统一大市场建设；^⑰是用法治方式统筹“国内国际两个大局”，更好利用国内国际“两个市场”“两种资源”“两种规则”，以大开放推进西部大开发，构建新发展格局，实现高质量发展，推动建设更高水平开放型经济新体制的必然要求。

（二）高水平共建西部陆海新通道法治保障的基本面向

全面推进国家各方面工作法治化，要求在治国理政各个领域，实现法律规范全覆盖、依法治理全链条、良法善治全方位，是政治、经济、生态、文化、社会建设等各个领域的法治化。^⑱其既要求高水平共建西部陆海新通道必须在法治轨道上推进，也为高水平共建西部陆海新通道的法治保障工作指明了方向。

其一，面向西部陆海新通道建设的全过程。全面推进国家各方面工作法治化要求将经济建设、政治建设、文化建设、社会建设、生态文明建设等具有主干性的事业均纳入法治化轨道，在法治轨道上推进中国式现代化。^⑲高水平共建西部陆海新通道，具有经济、高效、便捷、绿色、安全等特点，与全面推进国家各方面工作法治化相因应，涉及经济建设、生态文明建设、国家安全建设等多个领域。将西部陆海新通道建设的各个方面各个环节纳入法治化轨道，实现高水平共建西部陆海新通道全过程的法治化是全面推进国家各方面工作法治化的应有之义，也是其法治保障的基本面向之一。

其二，面向深入实施区域协调发展战略。区域协调发展战略兼具公平与效率价值，对解决我国发展不平衡、不充分状况，促进社会主义市场经济的发展起到重要作用。^⑳党的二十大报告提出了区域协调发展新目标，强调深入实施区域协

^⑯ 习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》人民出版社 2022 年版。

^⑰ 参见张守文：《区域协调发展与市场统一的法治保障》，载《华东师范大学学报（哲学社会科学版）》2024 年第 01 期，第 80 页。

^⑱ 参见张文显：《全面推进国家各方面工作法治化》，载《法制与社会发展》2022 年第 6 期，第 02 页。

^⑲ 参见张文显：《全面推进国家各方面工作法治化》，载《法制与社会发展》2022 年第 6 期，第 02 页。

^⑳ 参见孙晋、钟原：《我国区域协调发展战略的理论逻辑与法治保障——基于政府和市场的二元视角》，载《江西社会科学》2019 年第 4 期，第 145-146 页。

调发展战略、区域重大战略、主体功能区战略，着重强调要推动西部大开发形成新格局。²¹高水平共建西部陆海新通道是新时代推进西部大开发形成新格局的重要一招，是西部地区深化与东中部、东北地区务实合作，更加主动服务对接区域重大战略，创新东中西部开放对接机制的关键环节。²²西部陆海新通道是通道经济发展模式，属于区域经济发展概念，意味着其不仅是一种开放经济形式，而且是一种流通经济和服务经济发展模式，目的是延伸中国西部地区经济发展空间，加快形成西部地区开发开放新格局，²³尤其需要高水平法治供给，通过经济法治的完善，依法确立和保护各类主体的收益分配权和经济展展权，处理好政府与市场、改革与法治、法治与发展等重要关系，合力构建“你中有我、我中有你、优势互补、发展互济”的区域一体化协调发展格局。²⁴

其三，面向国内国际两个大局和涉外法治体系建设。西部陆海新通道是交通通道、经济通道更是开放通道，是西部地区与“一带一路”联动发展的纽带。因此，高水平对内对外开放是高水平共建西部陆海新通道的应有之义。高水平对内对外开放需要统筹推进国内法治和涉外法治，推动国际法治领域合作。²⁵近年来，我国制定了以《外商投资法》为代表的一批重要涉外法律法规，为对外开放有序进行提供了法治保障。²⁶但我们应充分地认识到，当前我国涉外法治体系建设水平与我国国际经济政治地位还不相匹配。作为世界第二大经济体、最大的货物出口国、第二大对外直接投资国、最大的外汇储备国，我国涉外领域立法数量尚不能满足高水平开放需求，²⁷尤其体现在共建“一带一路”、国内法的域外适用、国际条约的国内法地位和效力等方面，尚未形成完善的涉外法律布局。²⁸习近平总书记强调，要用法治和制度规则协调各国关系和利益，坚定维护国际法基本原则和国际关系基本准则，推进全球治理规则民主化、法治化。²⁹高水平共建西部

²¹ 求是网评论员：《促进区域协调发展》，载 https://www.mnr.gov.cn/zt/dj/xxgc20d/pljd/202211/t20221119_2766888.html 最后访问日期 2024 年 5 月 26 日。

²² 参见赵海娟：《东中西部齐发力，区域协调一盘棋》，载《中国发展观察》2024 年第 5 期，第 02 页。

²³ 参见蒋慧、张心童：《西部陆海新通道及其法治保障研究》，广西人民出版社 2023 年 5 月第 1 版，第 40 页。

²⁴ 参见张守文：《共同富裕：经济路径与法治保障》，载《法治研究》2022 年第 5 期，第 03 页。

²⁵ 参见王轶：《坚持统筹推进国内法治和涉外法治》，载《人民日报》2021 年 3 月 19 日 11 版。

²⁶ 参见黄惠康：《准确把握“涉外法治”概念内涵，统筹推进国内法治和涉外法治》，载《武大国际法评论》2022 年第 1 期，第 08 页。

²⁷ 参见中共中央宣传部、中央全面依法治国委员会办公室：《习近平法治思想纲要》，人民出版社、学习出版社出版发行，2021 年 11 月第 1 版，第 95 页。

²⁸ 参见黄惠康：《准确把握“涉外法治”概念内涵，统筹推进国内法治和涉外法治》，载《武大国际法评论》2022 年第 1 期，第 09 页。

²⁹ 张鸣起：《坚持统筹推进国内法治和涉外法治，推动全球治理体系变革》，载 <http://www.>

陆海新通道法既需要国内法治的保障作用还需要涉外法治的保障作用，既需要运用国内法治规则规制新通道建设各个方面，做到决策监管依法而行，商业运营有法保障，³⁰还需要用涉外法治规则以法治方式处理涉外民商事纠纷。

其四，面向打造市场化、国际化、法治化营商环境。习近平总书记在主持召开新时代推动西部大开发座谈会时强调，要“稳步扩大制度型开放，打造市场化法治化国际化营商环境。更加主动服务对接区域重大战略，积极融入“全国统一大市场建设”。社会主义市场经济本质上是法治经济，高水平共建西部陆海新通道，需要实施好《民法典》、《公司法》等法律法规，依法平等保护国有、民营、外资等各种所有制企业产权和自主经营权，需要利用好《反垄断法》《公平竞争审查条例》等的公平竞争审查制度，探索建立跨区域、跨部门的公平竞争审查工作机制，³¹稳步扩大公平竞争相关规则、规制、管理、标准等制度型开放，加快建立与国际经贸规则相衔接的体制机制，促进商品和要素自由流动，完善各类市场主体公平竞争的法治环境。³²

三、高水平共建西部陆海新通道法治保障的实践路径

高水平共建西部陆海新通道建设涉及区域协调发展战略、全国统一大市场建设，涉及打造市场化、法治化、国际化营商环境、融入“一带一路”、扩大规则、规制、管理、标准等制度型开放，涉及国内国际“两个市场”“两种资源”“两类制度”，内涵十分丰富，不仅需要中央和地方层面制定和实施大量经济社会政策，在实践中更需要注重法律手段的运用，发挥法治稳定可预期优势，为其发展提供有力保障。

（一）赋权增能：推动高水平共建西部陆海新通道相关政策法律化

自2019年国家发展改革委制定《西部陆海新通道总体规划》将西部陆海新通道建设上升为国家战略以来，中央和沿线地方相继印发了一系列政策，为高水平共建西部陆海新通道提供了充分的政策支持。检视当前涉及西部陆海新通道建设发展的政策文件，从中央层面看，有中共中央、国务院印发的《关于新时代推进西部大开发形成新格局的指导意见》，该指导意见明确提出要“强化开放大通道建设，构建内陆多层次开放平台”；国家发展改革委印发的《“十四五”时期推进西部陆海新通道高质量建设实施方案》，明确了“十四五”时期高水平共建西部陆海新通道的主要任务和具体举措，并要求沿线各省区市切实加强组织领导，加强省际协商合作，进一步细化工作安排，加强配套政策措施，国务院有关部门和单位按照职能分工，研究制定“十四五”支持西部陆海新通道高质量建设的具

mzyfz.com/html/2293/2024-03-14/content-1615818.htm 最后访问日期 2024 年 6 月 1 日。

³⁰ 参见马奇柯：《西部陆海新通道建设的法治保障》，载《重庆法治报》2023 年 10 月 13 日，第 02 版。

³¹ 中国经济网：《中国式行政立法的合规机制：〈公平竞争审查条例〉解读》，载 http://www.ce.cn/cyssc/zljdyqhz/202406/17/t20240617_39039725.shtml 最后访问日期 2024 年 6 月 18 日。

³² 参见江必新、章许睿：《论全面推进国家各方面工作法治化》，载《中共中央党校（国家行政学院）学报》2023 年第 4 期，第 133 页。

体政策措施；国务院印发的《“十四五”现代综合交通运输体系发展规划》将西部陆海新通道作为我国重要的战略骨干通道之一。³³

从地方层面看，有西部地区 12 个省区市以及海南省、广东省湛江市共同签署的《合作共建西部陆海新通道框架协议》；四川省发改委印发的《四川加快西部陆海新通道建设实施方案》；广西壮族自治区人民政府印发的《广西建设西部陆海新通道实施方案》，该方案提出到 2025 年时，广西要将西部陆海新通道建设打造成为高效、经济、便利、绿色、安全的成果标杆；重庆市人民政府印发的《重庆市推进西部陆海新通道建设实施方案》提出到 2025 年基本建成经济、智能、便捷、高效的西部陆海新通道；新疆维吾尔自治区人民政府印发的《新疆维吾尔自治区贯彻陆海新通道总体规划实施方案》提出推动中欧班列（乌鲁木齐）集结中心建设，形成枢纽“丝路智港”。³⁴

前文已述，西部陆海新通道是通道经济的一种，属于区域经济发展概念，因此，以上关涉西部陆海新通道建设的政策文件，均属区域经济政策范畴。³⁵检视我国现行法律法规及规范性法律文件，目前尚未对高水平共建西部陆海新通道进行专门调整，而数量可观的政策文件则彰显出区域经济政策治理的明显特征。我国区域经济制度调整一般以政策先行，在政策出台路径方面率先由中央统摄性政策引导，再由地方政府以地方政策形式执行落实。在促进区域经济发展视域下，政策调整的灵活性、应时性、概括性等特点因应了区域经济发展的现实需要，发挥着重要的治理功能。但因政策调整存在弹性大、分散化、规范性弱、执行力不足等弊端，也在一定程度上阻碍了区域经济发展，因而需要将其制度化、规范化、法律化，发挥法治稳定可预期性强的优势，将现行政策中符合法律规范要素的部分固定下来，将其转化为法律制度，以满足区域经济发展的法治需求。³⁶因此，应通过严格的立法程序将调整高水平共建西部陆海新通道的有益政策及时上升为法律制度，用具备稳定性、确定性、普遍性、直接强制性品质的法律保障西部陆海新通道的高质量建设。

（二）拾遗补阙：补强高水平共建西部陆海新通道的涉外法治薄弱环节

西部陆海新通道是一个新生事物，在其建设和发展中必然会出现前所未有的新问题、新关系、新特征，这些新要素的出现是现有法律法规无法完全规制和调

³³ 参见西部陆海新通道建设省部际联席会议办公室编著：《西部陆海新通道建设三周年发展报告》，中国计划出版社 2023 年 6 月第 1 版，第 02 页。

³⁴ 参见蒋慧、张心童：《西部陆海新通道及其法治保障研究》，广西人民出版社 2023 年 5 月第 1 版，第 189-190 页。

³⁵ 区域经济政策，是指政府制定的关于一定空间区域内资源如何有效配置的公共性规则，其通过改善经济活动的地理分布、对自由市场形成的某些空间结果进行公共干预，以优化社会分配、促进经济增长、实现区域协调发展。参见马先标、杨雪锋：《区域经济政策概念含义及义理性探讨》，载《现代经济探讨》2015 第 12 期，第 25-30 页。

³⁶ 参见丁瑶、陈婉玲：《法源性区域经济政策之法律化》，载《兰州大学学报（社会科学版）》2022 年第 6 期，第 48 页。

整的，当现有法律规范不足以因应新事物的法治需求时，应从供给端的角度出发加强法治供给力度。³⁷

高水平共建西部陆海新通道关涉的国内外利益主体数量众多，主体间的行为类型复杂纷繁，涉及的权力义务关系交错纵横，这就决定了在其建设和发展过程中需要有强制性、规范性法律制度的规制和调整。面对新通道建设中大量出现的国际多式联运、国际货物贸易等复杂专业的法律问题时，应以问题为导向，提升法治供给水平。

“近年来，我国基本建立起符合国情和世贸规则的涉外法律体系，在国际法治领域的话语权、影响力显著增强，但与国内法治相比，涉外法治的发展仍存在诸多薄弱环节，如现行《银行法》《保险法》《合伙企业法》《证券法》《企业破产法》《信托法》等，对涉外商事法律制度适用问题和本法的域外适用问题几乎只字未提，留下了许多法律空白，且这些法律大多规定了“属地效力原则”，将其适用范围限定在我国领土范围之内，远远不能满足涉外法治工作的需求。”

38

此外，诸如对外投资、贸易口岸、国际条约的国内法地位和效力等涉外领域仍面临着无法可依或法规层级较低的问题，³⁹具体到推进高水平共建西部陆海新通道，其所面对的《区域全面经济伙伴关系协定》（简称 RCEP）条件下《货物贸易规则》《原产地规则》《电子商务规则》《服务贸易规则》等国际规则与国内法的衔接适用问题、我国商事法律规则的域外适用问题、跨国多式联运法治保障问题等等，既是经济社会发展的重点问题，也是新兴问题、涉外法治问题和立法技术上的难点问题，更加需要统筹推进国内法治和涉外法治，加强相关领域法治研究，强化立法针对性，按照轻重缓急原则，加快制定和修改当前亟需的涉外法律规范，及时补强涉外法治薄弱环节，使高水平共建西部法治新通道得到充分的法治保障。

坚持推动构建人类命运共同体，是习近平外交思想的核心和精髓，是党的十八大以来中国外交的重大理论创新成果。⁴⁰高水平共建西部陆海新通道的法治保障面向统筹国内法治和涉外法治，关涉构建“你中有我、我中有你”的人类命运共同体。加强高水平共建西部陆海新通道的国际法治保障，需要以国际规则为基础，在其建立和发展过程中，不仅需要有人类社会崇高的奋斗目标和先进的新型

³⁷ 参见蒋慧、张心童：《西部陆海新通道及其法治保障研究》，广西人民出版社 2023 年 5 月第 1 版，第 213-214 页。

³⁸ 黄惠康：《准确把握“涉外法治”概念内涵，统筹推进国内法治和涉外法治》，载《武大国际法评论》2022 年第 1 期，第 09 页。

³⁹ 参见黄惠康：《准确把握“涉外法治”概念内涵，统筹推进国内法治和涉外法治》，载《武大国际法评论》2022 年第 1 期，第 09 页。

⁴⁰ 闻言：《坚持推动构建人类命运共同体 努力建设一个更加美好的世界——学习习近平〈论坚持推动构建人类命运共同体〉》，《人民日报》2018 年 10 月 31 日，第 6 版。转引自黄惠康：《习近平关于国际法治系列重要论述的核心要义》，载《武大国际法评论》2021 年第 1 期，第 35 页。

国际关系理念，还含有对世界各国有拘束力的国际法基本原则和规则。⁴¹西部陆海新通道北接“丝绸之路”经济带，是我国与“一带一路”沿线国家互联互通的重要开放通道，在其建设和发展过程中应注意对国际规则的研究和阐释，主动参与相关国际规则的构建，大力推动制度型开放，为区域国际制度的完善贡献中国法治力量。

（三）刚柔兼济：加快推进高水平共建西部陆海新通道的促进型立法进程

因应高水平共建西部陆海新通道的现实法治需求，应加快出台一部系统完备、统和协调、机制顺畅、切实可行的促进型法律或行政法规。促进型立法是一种柔性立法形式，其聚焦社会整体发展过程中的新兴产业、公共事业或者需要政府提供更多服务和支持的领域，如科技、教育、公益、社会保障和就业等领域。在这些领域采用促进型立法，可以发挥立法的正向激励、正面评价、引导鼓励等作用，反映了立法从“管制”到“治理”的转变。⁴²这与传统管理型立法风格迥异，能够为传统立法模式对区域协同进行调整难以达到预期效果时提供替代方案。

从立法功能上看，促进型立法彰显积极主义法律实施观念，实现立法功能从确权维权指向赋权赋能、从事后监管指向事前引导、从规制当下指向指引未来、从单一管理指向多元共治。具体到高水平共建西部陆海新通道法治保障，该领域的促进型立法主要关涉区域经济发展，涵摄国家宏观调控政策、市场自我调节、跨行政区域政策协同等方面，涉及产业、物流、贸易、基础设施等诸多要素，更加需要积极的法律实施观念赋权增能。

从国家与市场得关系上来看，区域经济发展领域的“促进型立法”是国家介入市场经济和引导社会发展的重要体现，它的主要特点是用稳定的法律形式对公共服务供给、市场竞争机制、收入分配模式等国家干预经济的主要领域予以法治保障，⁴³而对于需要国家进行宏观调控以外的其他领域用倡导型法律条款进行引导，这种“软硬结合”的调整模式更加契合西部陆海新通道作为市场为主、调控为辅、社会共建的新兴区域经济发展模式的法治需要。

从立法实践上来看，当前我国已制定了《科学技术促进法》《家庭教育促进法》《乡村振兴促进法》《就业促进法》《促进科技成果转化法》等诸多促进型法律，相关立法技术已比较成熟。此类具有国家政策文件支撑、回应社会公众期待、解决市场失灵问题的促进型立法动议，也更容易被纳入立法议程。⁴⁴因此，应加快出台一部系统完备、统和协调、机制顺畅、切实可行的促进型法律或行政法规来回应高水平共建西部陆海新通道法治保障的现实需求。

⁴¹ 参见黄惠康：《习近平关于国际法治系列重要论述的核心要义》，载《武大国际法评论》2021年第1期，第36页。

⁴² 参见胡曼：《促进型立法如何起到“促进”作用》，载《学习时报》2024年3月27日，第03版。

⁴³ 参见蒋慧、张心童：《西部陆海新通道及其法治保障研究》，广西人民出版社2023年5月第1版，第219-220页。

⁴⁴ 参见王理万：《论作为宪法实施方式的促进型立法》，载《法学论坛》2024年第1期，第32页。

结语

“高水平共建西部陆海新通道”是对“建设西部陆海新通道”提出的更为具体、更深层次的要求。自2019年《西部陆海新通道总体规划》印发以来，高水平共建西部陆海新通道历经5年的发展历程，取得了瞩目成就。

今年4月，习近平总书记在新时代推动西部大开发座谈会上强调“要坚持以大开放促进大开发，提高西部地区对内对外开放水平。大力推进西部陆海新通道建设，推动沿线地区开发开放，深度融入共建‘一带一路’”。习近平总书记这一重要论述从全面统筹国内国际两个大局的战略高度，把高水平共建西部陆海新通道与推动新时代西部大开发协同联动起来，赋予了西部陆海新通道建设新的战略定位。在高质量发展和全面推进国家各方面工作法治化背景下，用法治方式高水平保障好共建西部陆海新通道，既是深入贯彻落实习近平法治思想的重要举措，也是推动西部地区高水平对外开放的必然要求。

高水平共建西部陆海新通道法治保障面向推进高水平共建西部陆海新通道全过程法治化、面向深入实施区域协调发展战略的高水平法治供给、面向统筹国内国际两个大局，加快涉外法治体系建设、面向打造市场化、国际化、法治化营商环境，内涵丰富，外延广阔，涵盖西部地区经济社会高质量发展的众多方面，应从推动高水平共建西部陆海新通道相关政策法律化、补强高水平共建西部陆海新通道涉外法治薄弱环节、加快推进高水平共建西部陆海新通道的促进型立法进程，探索高水平共建西部陆海新通道法治保障的实践路径。

参考文献

- [1]范恒山.大力推动西部地区经济高质量发展——中国西部经济高质量发展研究报告(2021)序[J].区域经济评论,2022,01(09).
- [2]刘学良,续继,宋炳妮.中国区域发展不平衡的历史动态,表现和成因——东西差距和南北差距的视角[J].产业经济评论,2022,02(152).
- [3]西部陆海新通道建设省部际联席会议办公室编著.西部陆海新通道建设三周年发展报告[M].中国计划出版社,2023:(51).
- [4]盛朝迅.高水平科技自立自强的内涵特征,评价指标与实现路径[J].改革,2024,01(41).
- [5]张守文.区域协调发展与市场统一的法治保障[J].华东师范大学学报,2024,01(80).
- [6]张文显.全面推进国家各方面工作法治化[J].法制与社会发展,2022,06(02).
- [7]孙晋,钟原.我国区域协调发展战略的理论逻辑与法治保障——基于政府和市场的二元视角[J].江西社会科学,2019,04(145-146).
- [8]蒋慧,张心童.西部陆海新通道及其法治保障研究[M].广西人民出版社,2023:(40).
- [9]张守文.共同富裕:经济路径与法治保障[J].法治研究,2022,05(03).
- [10]黄惠康.准确把握“涉外法治”概念内涵,统筹推进国内法治和涉外法治[J].武大国际法评论,2022,01(08).
- [11]中共中央宣传部、中央全面依法治国委员会办公室.习近平法治思想纲要[M].人民出版社、学习出版社,2021:(95).
- [12]江必新,章许睿.论全面推进国家各方面工作法治化[J].中共中央党校(国家行政学院)学报 2023.04(133).
- [13]丁瑶,陈婉玲.法源性区域经济政策之法律化[J].兰州大学学报(社会科学版),2022,06(48).
- [14]黄茂钦,刘晨希.促进高质量发展的区域经济法治论纲[J].上海财经大学学报.[J]2024.03(129).
- [15]习近平在重庆考察时强调:进一步全面深化改革开放不断谱写中国式现代化重庆篇章[EB/OL].[2024.05.20].https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202404/content_6947266.html.
- [16]人民日报:李洪兴.以大开放促进大开发——谱写新时代西部大开发新篇章[N].,2024-5-16:05.
- [17]国家发展改革委关于印发西部陆海新通道总体规划的通知[EB/OL].[2024.05.20]https://www.gov.cn/xinwen/2019-08/15/Content_5421375.htm 最后访问日期 2024 年 5 月 20 日。
- [18]光明日报:汪荣有.共建、共享、共富的辩证统一[N],2023-02-20:15.
- [19]重庆日报:刘嗣方.以西部陆海新通道建设带动西部和内陆地区高水平对外开放[N].2023-08-23

- [20]人民日报:樊一江.高水平共建西部陆海新通道[N].2021-06-11:05.
- [21]系列解读文章之——高质量建设西部陆海新通道 更好支撑构建新发展格局[EB/OL].[2024.05.20]https://www.ndrc.gov.cn/fggz/fgzy/xmtjd/202109/t20210927_1297712.htm.
- [22]人民日报:王轶.坚持统筹推进国内法治和涉外法治[N].2021-03-19:11.
- [23]习近平.开创我国高质量发展新局面[J].求是,2024,12:(01)
- [24]高质量发展“高”在哪儿? 习近平总书记这样解析[EB/OL].[2024.05.20]<https://m.gmw.cn/baijia/2021-03/08/34668903.html>.
- [25]新思想引领新征程: 高水平共建西部陆海新通道[EB/OL].[2024.05.20]<http://news.gxnews.com.cn/staticpages/20240330/newgx6607fd07-21476282.shtm>.
- [26]习近平.高举中国特色社会主义伟大旗帜为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告[EB/OL].[2024.05.20]https://www.gov.cn/xinwen/2022-10/25/content_5721685htm.
- [27]求是网评论员.促进区域协调发展[EB/OL].[2024.05.20]https://www.mnr.gov.cn/zt/dj/xxgc20d/pljd/202211/t20221119_2766888.html.
- [28]赵海娟.东中西部齐发力, 区域协调一盘棋[J]中国发展观察,2024,05:(02).
- [29]孙晋,钟原.我国区域协调发展战略的理论逻辑与法治保障——基于政府和市场的二元视角[J].江西社会科学,2019,04:(145-146).
- [30]黄惠康.准确把握“涉外法治”概念内涵, 统筹推进国内法治和涉外法治[J].武大国际法评论,2022,01:(08).
- [31]张鸣起.坚持统筹推进国内法治和涉外法治,推动全球治理体系变革[EB/OL].[2024.05.20]<http://www.mzyfz.com/html/2293/2024-03-14/content-1615818.htm>.
- [32]重庆日报:马奇柯.西部陆海新通道建设的法治保障[N].2023-10-13:02.
- [33]中国式行政立法的合规机制:公平竞争审查条例解读<http://www.ce.cn/cysc/zljd/yqhz/>[EB/OL].[2024.05.20]202406/17/t20240617_39039725.shtm.
- [34]胡曼.促进型立法如何起到“促进”作用[N].学习时报,2024-03-27:03.
- [35]王理万.论作为宪法实施方式的促进型立法[J].法学论坛,2024.01(32).

法典化背景下经济法子部门法的规范整合

——兼论经济法与其他部门法的关系

邓伟 刘修齐¹

摘要：揭示经济法子部门法之间的内在关联，既是经济法基础理论的重要课题，也是推进经济法典构建的基础性问题。传统研究以“共性归类”的方法提炼了各类经济法的共同特征与内在价值，促进了经济法各子部门法的整合，但也存在一定局限性。着眼于更具体的规范层面，可以在目标与手段、构建与调节、促进与禁限三个阶层的框架之下，将各类经济法子部门法规范类型化为目标性规范、手段性规范、构建性规范与调节性规范、促进性规范与禁限性规范，各类规范相互协作促进特定目标的实现，在这一过程中各经济法子部门法也实现了规范整合。围绕某一目标进行规范整合的进路中，经济法主要是合理规定各类调制工具用于实现不特定或特定目标时的一般性或特殊性的使用条件与限制，因此经济法的“工具性法”性质突出；由于经济法也重视对产业、消费者保护等特定领域的关系的调整，因而经济法也具有一定的“领域性”。在“政府与市场”的关系范式中，经济法与民商法在“市场”机制的构建与维持方面、经济法与行政法在“（狭义）政府”参与市场构建与调节的过程中，相互协作、各有侧重，共同促进社会主义市场经济体制的完善。

关键词：经济法；目标与手段；构建与调节；促进与禁限；部门法

目录

法典化背景下经济法子部门法的规范整合.....	1
一、问题的提出.....	2
二、经济法子部门法的整合方法选择.....	3
（一）传统方法：共性归类.....	3
1. 既有路径.....	3
2. 局限性.....	3
（二）新的选择：规范整合.....	3
1. 目标与手段框架.....	3
2. 构建与调节框架.....	3
3. 促进与限禁框架.....	4
三、构建与调节框架下经济法子部门法的规范整合.....	4
（一）构建与调节框架的基本原理.....	4
（二）经济法中构建性规范与调节性规范的整合.....	5
1. 构建性规范的整合与协作.....	5
2. 调节性规范的整合与协作.....	5
3. 子部门法内部的构建与调节规范.....	6
四、促进与限禁框架下经济法子部门法的规范整合.....	6
（一）促进与限禁框架的基本原理.....	6
（二）经济法中促进性规范与限禁性规范的整合.....	6

¹ 邓伟，中山大学法学院副教授，硕士生导师；刘修齐，中山大学法学院经济法学硕士。本文分工如下：邓伟初步拟定题目、设计论文框架，简要阐述每部分的写作要点，刘修齐对每部分内容进行详细展开论述，写作过程中相互讨论不断完善提纲与论述内容，最后邓伟负责全文校对、提炼撰写摘要。文章属于两人合作成果，特此说明。本文为编入论文集的删减版。

1. 促进性规范的整合与协作.....	6
2. 限禁性规范的整合与协作.....	6
五、 规范整合视角下部门法及其相互关系.....	7
(一) 三层次框架下对经济法作为“部门法”的新理解.....	7
(二) 规范整合路径下经济法典的结构构造.....	8
1. 总则.....	8
2. 分则.....	8
3. 单行法规.....	9
(三) 经济法与民商法、行政法的关系.....	9
1. 经济法与民商法的关系.....	9
2. 经济法与行政法的关系.....	9
(四) 社会主义市场经济体制中的诸法协作.....	10
结语.....	11

一、问题的提出

党的二十届三中全会提出，“完善国家战略规划体系和政策统筹协调机制”“制定金融法”“统筹立改废释纂”。规划体系与经济法中的规划法密切相关，制定金融法“应当是整合现有金融法律法规基础上、具有法典化意义的重要立法”²，在法典化背景下，两个领域的立法或法典化，为整个经济法的法典化奠定了基础。

经济法学者历来重视推进经济法的集成化、法典化。

其中，经济法子部门法的整合就是经济法作为一个新兴部门法在法典化过程中需要解决的独特问题。经济法作为一个独立的法学部门，内容广泛，涵盖了竞争法、金融法、财税法等多个子部门。这些子部门法各有特点，关注重心均有所不同，然而各子部门法间的衔接与融合方面，仍然存在不足，这在一定程度上限制了经济法规范体系整体效能的发挥。此外，近年来领域法学等新的研究范式出现，对传统部门法划分方法也产生了一定的冲击。从法律规范整体性的角度，经济法是否仅仅是因为作为一个领域而被“捏合”在一起，还是具有更深层次的规范关联性？前一种观点是领域化的研究方式，既有助益部门法的理解，但潜在的风险是在一定程度上削弱了经济法作为一个部门法的内在凝聚力。

实现经济法的法典化，既要从宏观层面描述各子部门法之间的共性，也要从规范系统的角度揭示微观规范层面各子部门法之间存在的内在联系，以子部门法规范的系统整合推动经济法典的制定。基于此，本文通过对经济法规范的系统分类，构建经济法规范的三阶层整合框架，揭示各子部门法之间的规范关联，并据此提出经济法典的整体结构构造，上述整合框架也间接地反映了经济法与其他部门法的联系与区别。

² 《我国将制定金融法 依法将所有金融活动纳入监管》，学者肖京采访观点。
<https://www.sfccn.com/2024/7-23/20MDE0MDZfMTkzNjA2OA.html>,

二、经济法子部门法的整合方法选择

（一）传统方法：共性归类

1. 既有路径

传统部门法观点认为，一个法律部门能否独立，关键在于其是否拥有特殊的调整对象。基于此，经济法的范畴自然由其所调整的对象来界定。既有研究都从不同角度、不同层面概括了经济法的调整对象，也在某种程度上揭示了经济法规范的内在逻辑。

从整合路径来看，经济学对市场与政府主体间的互动研究，为经济法的规范整合提供了理论参考。即从政府与市场两个方面提炼各子部门法之间的共性，总体来说，都是以政府与市场关系为核心，致力于构建和谐统一的经济法律框架。

2. 局限性

上述学说在探究子部门法关系时，从宏观视角对经济法各类规范的共性进行了深入提炼，但在具体规范层面的整合存在一定局限性。

第一，多共性而少整合。

第二，重视静态比较而忽视动态协作。

第三，重宏观而轻微观。。

此外，各子部门法之间本身也缺乏有效沟通。

（二）新的选择：规范整合

传统法律规范的分类方式是多种多样的，然而，在法典化背景下，这种标准不一的分散化分类方式无法涵盖所有经济法规范，可能导致规范整合出现遗漏或重复。

探究经济法规范的内在联系，不光可以从政府与市场的角度进行观察，还可以从目标与手段的角度进一步深入剖析，亦即可以通过“目标-手段”范式出发，从三个层次来揭示各子部门法之间的关联：

第一层次：目标与手段。

第二层次：构建与调节。

第三层次：促进与限禁。

1. 目标与手段框架

经济法的目标是为解决市场与政府“两个失灵”的问题，实现经济与社会的良性运行和协调发展，经济法的主要制度都是为实现该目标而构建。³在经济法所确立的目标与手段的复合架构中，不同的子部门虽然各自有其独特且具体的目标，但它们在更深层次上均围绕着促进经济与社会整体和谐这一核心目标展开活动。各个子部门通过采用差异化的目标手段，形成一个多维度、多层次的互动合作网络，在这个网络中，各个部分密切配合、通力合作，以期实现整体效益的最大化和最优化。

2. 构建与调节框架

构建市场机制、国家适当调节是经济法的两大目标，也是推动经济高质量发展的必由之路。以德国经济学家欧根为代表的新自由主义竞争理论认为，自由竞争是社会最佳调控机制，市场自发力量促进整体福利和经济均衡。但他也强调，这种自由竞争是“有序的竞争”，需要国家为竞争制度提供保证。基于此，欧根

³ 参见邓伟：《经济法责任转向经济法后果的规范依据与理论基础》，载《法学》2022年第5期。

的竞争制度政策有两条基本原则：一是建立竞争制度之“构造原则”；二是保持竞争制度的运行能力之“调节原则”；前者包括建立独立自主运行的、保证币值稳定的货币金融体系；实行生产资料私有制；建立契约自由的保证体系；市场参与者全权承担经济责任以及经济政策的连续性。而后者就是对建立起来的竞争制度不断进行调节，其中最主要的是反垄断、反寡头政策。⁴

从经济法规范整合的角度看，构建与调节框架在某种程度上与欧根的理论存在相似之处，然而，这一框架也有其特性。市场机制无疑是资源配置最佳手段。它借助价格机制、供求关系等核心要素，为市场活动注入动力，指引其发展方向，从而实现资源的优化配置。当市场机制出现失灵，或为了实现特定的社会、经济目标时，政府会动用一系列政策工具进行积极干预。这种干预既可以是对市场配置结果不尽如人意之处的修正，也可以是对市场机制无法覆盖或作用有限的领域进行资源的重新配置。

3. 促进与限禁框架

促进与限禁，是经济法规制性即积极鼓励和消极限制禁止相结合的突出表现，一直以来也是经济法特殊而重要的调整手段。⁵以促进与限禁组成的框架是对调节机制的一种深化和细化，旨在通过明确的行为模式和法律后果，对市场主体的行为进行引导和规范，以实现更为具体和精确的政策目标。

在促进与限禁的框架下，法律规范也遵循“行为模式+法律后果”的基本逻辑结构。第一，行为模式是政策目标的具体化，向市场主体指引其应当遵循的行为规范。例如。第二，法律后果是行为模式得以实现的保障，通过对市场主体行为的积极或消极评价，强化了行为模式的约束力。在乡村振兴的例子中。

综上，三层级的架构体系呈现出从宏观到微观、从抽象到具体的层次性和系统性，为经济法典的系统化构建打下了一定的基础。其中，目标与手段框架为经济法提供了全局性的价值导向和规范指引。构建和调节框架不仅体现在宏观层面的市场调节法和政府调控法中，也在微观层面渗透入各个具体领域的法律规范。促进和限禁框架则是主要通过具体的调节性规范来体现。虽然当前现存的经济法规范还存在一些不足之处，但经济法法典化中的“立法整合”正是一种理论判断过程，它以现行立法为基础，又超越现行立法的局限，提出更加符合经济发展需要的法律规范。⁶这一理论架构不仅是对经济法系统化的重要指引，也为经济法典的进一步完善和发展提供了有力的理论支持。

三、构建与调节框架下经济法子部门法的规范整合

（一）构建与调节框架的基本原理

在构建与调节的框架下整合经济法规范，是实现政府与市场间动态平衡的关键手段。这一框架强调以行为的性质而非主体的身份作为划分基准。市场机制的构建不仅需要市场主体的积极参与，更离不开政府的有效作为。萨缪尔森和诺德豪斯提出，在现代混合经济体系中，政府承载着四大核心职能：促进经济效率、缓解经济不平等、稳定宏观经济以及执行国际经济政策。⁷

⁴ 参见陈秀山：《现代竞争理论与竞争政策》，商务印书馆 1997 年版，第 46-48 页。

⁵ 参见张守文：《论促进型经济法》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2008 年第 5 期。

⁶ 参见焦海涛：《经济法法典化：从“综合法”走向“整合法”》，载《学术界》2020 年第 6 期。

⁷ 参见[美]萨缪尔森、诺德豪斯：《经济学》（第 19 版），萧琛主译，商务印书馆 2013 年版，第 280 页。

首先，政府为提高经济效率方面发挥着关键作用。

其次，在市场资源配置出现困境或失灵时，政府的角色便由被动的纠偏者转变为主动的调节者，这种调节的目的就在于缓解经济不平等、稳定宏观经济。

最后，执行国际经济政策也是政府在处理国际关系时不可或缺的一项职责，尽管这一职责在经济法的规范中可能并未得到详尽的体现。

总之，在构建与调节的框架下整合经济法规范，是实现政府与市场间动态平衡、促进经济健康发展的有效途径。在实际操作中，政府的构建与调节行为相互补充。市场构建行为旨在营造公平、公正的竞争环境，而调节规范行为则致力于维护此环境的稳定与可持续。

（二）经济法中构建性规范与调节性规范的整合

构建与调节框架通过市场机制和政府调节两大手段贯穿经济法规范体系。从整体角度看，经济法典分则内容可以分为市场运行制度和宏观经济治理制度，市场机制的构建体现在对市场基本制度如价格、质量等内容以及市场交易、市场竞争领域规范的整合，调节机制则体现在对不同领域如规划、财政、税收、金融等的调控规范中。⁸具体到规范领域，各个子部门法也可以划分为构建性规范与调节性规范两类。

1. 构建性规范的整合与协作

（1）构建性规范的整合

构建性规范的核心在于营造自由、公平且高效运作的市场环境，这一目标的实现离不开多个子部门法及其相互间的密切协同。观察现有的法律规范体系，《价格法》、《消费者权益保护法》以及一些竞争法规范中很多地方都展现出构建性规范的特质。

第一，从《价格法》的视角来看，价格作为市场机制的核心要素，直接反映市场的供求关系。

第二，《消费者权益保护法》所规定消费者权利、经营者义务，实际上是保障市场高效运行的举措。

第三，竞争法作为市场机制的核心驱动力之一，在维护市场公平竞争秩序方面发挥着至关重要的作用。

（2）构建性规范的协作

各子部门法通过构建型规范的协作，有利于市场规则的统一性和连续性，确保了市场规则的有效执行，从而为市场中的参与者提供了一个清晰、明确的法律环境，这不仅降低了交易成本，也提升了市场的整体运行效率。

2. 调节性规范的整合与协作

调节性规范是在构建市场机制的基础上，对市场机制进行进一步的调整和优化。在经济法体系中，调节性规范也同样对经济活动进行指导和规范。其中规划法、财政法、产业法等子部门法都包含大量调节性规范。

第一，计划（规划）调控是一种更为综合的一种宏观调控。

第二，财政法是调整财政行为的法律规范。

第三，产业政策法是对产业政策制定和实施过程中的社会关系进行调整的法律规范，其目的是扶持或调整某个产业，体现了国家的政策意图。⁹

针对特定的目标，调节性规范的共同协作，相互补充和相互支持。具体来说，财政法、规划法和产业法等子部门法并不是孤立存在的，而是通过彼此间的协调

⁸ 参见程信和、曾晓昀：《经济法典“分则”论》，载《法治社会》2021年第3期。

⁹ 参见漆多俊主编：《经济法学》（第四版），高等教育出版社2019年版，第244页。

和配合，形成一个有机整体，共同对市场经济进行宏观调控。

3. 子部门法内部的构建与调节规范

在讨论经济法的规范性质时，并非简单地将其“划入”某一类别，而是通过分析各子部门法在经济活动中的作用和特性来界定其归属。如果某一子部门法的主要功能在于构建和维护市场机制，促进经济活动的有序进行，那么它就更倾向于被视为构建性规范。相反，如果其重点在于通过政府调节经济活动中出现的各种问题，维护经济秩序的稳定，那么它则更多地属于调节性规范。

这种分类不是绝对的，因为经济法的各个子部门法往往同时具备构建和调节的双重功能，只是在不同情境下，某一方面的功能可能更为突出。

总的来说，构建性规范旨在构建市场运行的基础制度，调节性规范是通过对市场运行的条件与结果进行条件以优化市场配置资源的效果，两者相互协作与整合，在整体经济层面，通过市场构建和政府调节整合形成完整、协调的市场法律体系在具体经济领域，通过各个子部门法内部的构建与调节确保市场的良性运行，共同维护市场经济秩序、促进社会经济协调发展。

四、促进与限禁框架下经济法子部门法的规范整合

（一）促进与限禁框架的基本原理

促进与限禁是政府调节的进一步细化，在特定的市场环境中起到重要作用，体现为政府为了确保特定对象能够健康、有序地发展，运用政策外力，或促进、或限制这些对象的发展。针对特定对象，经济法的各子部门法在促进与禁限方面都可以发挥不同程度的作用，促进与禁限框架也是经济法子部门法规范整合的重要路径。

（二）经济法中促进性规范与限禁性规范的整合

在促进与限禁的框架下，促进型经济法致力于激励市场主体积极自我实施特定行为，通过多元化的经济激励措施和行政引导策略，来激活市场主体的内生动力。同时，促进与限禁手段需相辅相成，灵活调整，以更好地适应市场变化，推动经济持续健康发展。

1. 促进性规范的整合与协作

“促进型”经济法主要以一种积极的、正面的、肯定的、引导性的方式来实现法的功能，期望通过促进性手段的设置来引导企业行为，使得企业有充分激励进行“自我规制”。¹⁰通过政府激励和市场配合，促进性规范有效调和政府与市场参与者之间的矛盾，鼓励双方通过合作来解决各种问题。

在促进性规范领域，不同子部门法间的相互协作不仅体现在政策层面的深度整合，更在于通过多元化的策略手段，实现资源的最优配置与高效利用。

第一，同向促进。

第二，反向促进。

2. 限禁性规范的整合与协作

传统法律主要是禁限性规范，不得或应当实施某种行为。经济法既有独特的促进式规制，也沿袭了传统的禁限性规制，但不同于传统法律主要是命令控制式地禁限，经济法领域还有柔性的负面激励性禁限。经济法各子部门法确立禁止性

¹⁰ 参见焦海涛：《论“促进型”经济法的运行机制》，载《东方法学》2011年第5期。

和限制性法规，对市场主体具有不良影响的行为中进行约束。

强制性的限禁性规范在实践中确实取得了一定成效，遏制了破坏或者可能破坏市场经济秩序的行为。

一些“柔性”的规范也能发挥限制性作用。

强制性与柔性的禁限性措施，各有优势，应科学合理地设置各类规范，确保法律既能起到应有的规制作用，又能得到市场主体的普遍认同，从而有效促进经济的健康持续发展。

经济法各子部门法通过限禁性规范对经济活动中可能出现的消极影响的活动进行有效的约束和限制，这些规范通过以下方式，共同发挥作用：

第一，相互补充。

第二，动态关注。

五、规范整合视角下部门法及其相互关系

近年来，领域法观点对部门法传统认识构成了一定的挑战。从经济法体系化的视角出发，可以结合三层次框架，在一定程度上将领域法观点视作部分经济法规范尤其是经济法中的领域群规范整合的一种思路，这有助于推动经济法体系的持续优化和完善。同时，在探讨经济法的规范整合时，不可忽视其与民商法和行政法之间的关系。有英国学者曾指出，经济法应该位于商法与行政法之间，它与商法分享对经济事务的调整，与行政法分担调整政府管理的职能。¹¹按照这一规范整合框架，经济法与民商法的交叉主要体现在市场构建上，与行政法的交叉则主要体现在政府调节方面。

（一）三层次框架下对经济法作为“部门法”的新理解

在上述三个框架下，经济法实际上主要是“工具法”性质。这里的工具并非法律工具主义意义上的工具，而是相对于目标而言的实现一定目标的工具。虽然经济法整个体系也有自己的调整目标，即维护经济稳定与发展，但这个目标比较宏大，具体还可以划分为不同的小目标，每个小目标需要不同的工具规范配合实现。经济法主要的内容，应该就是为各种经济目标提供实现的工具箱，这个“工具箱”里的工具包括：规划、财税、金融、反不正当竞争、反垄断、消费者保护等。针对具体的目标，合理配置工具，有效促进目标的实现。在工具的意义，经济法的使命，则是合理规定这些工具用于实现不特定目标时的一般性使用条件与限制，同时明确在特定目标领域中这些工具如何使用（如在房地产领域）。

领域法学聚焦于社会化工各“领域”内的实际问题，问题出现后，其首要职责是将可能涉及的法律规范（无论源自哪个部门）及其背后的价值导向，进行技术与法理层面的融合。¹²即以问题为中心，“串联”所有需要的法律规范。

从以上分析可以看出，经济法既具有宏观调控、市场规制等工具性属性，也包括产业发展、消费促进、区域协调等问题性或领域性属性。

实际上，领域法的实质观点，在经济法领域早有论及。经济法学者在上世纪关于经济法地位之争时基本上提出了“从领域的角度理解部门法”的实质观点：如史际春教授等主张：“部门法就是为了某某目的而规范某类活动，调整此类活动中形成的各种社会关系的法”“在社会活动的各个领域日趋专业化、技术化的

¹¹ 参见刘剑文、魏建国：《也论经济法和行政法的关系》，载《华东政法学院学报》2003年第5期。

¹² 参见刘剑文、胡翔：《“领域法”范式适用：方法提炼与思维模式》，载《法学论坛》2018年第4期。

时代，立法、执法与学者研究的专家，应当是能够全面掌握民刑、行政、诉讼的法律调整原理，并精通某些业务的专家……而不再是仅能掌握运用某种法律调整手段知识的民法专家、行政法专家等”¹³由此可见，“领域法”的实质内涵，在经济法学者论述中早有论及。

领域法学并未完全脱离了传统部门法，大部分领域法实践都离不开经济法等既有部门法手段的运用。问题导向下，解决问题的策略和目标实现，需要依托各部门法所提供的特定方法和工具。若缺乏对这些工具的深入理解，将难以精准、有效地应对问题。具体来说，市场化程度较高的领域中出现的问题，可以通过构建性规范，着眼于构建和完善市场机制，让市场力量发挥主导作用；而在市场化程度较低的领域中出现的问题，调节性规范的作用就会显现，如金融调节、税收调节等。

因此，在经济法规范整合过程中，传统部门法思维提供了一种纵向的、针对不同问题都有一定适用性的工具方法，而领域法则从横向角度，以问题为核心，将不同子部门法的切面紧密地横向串联起来。前者主要是工具性规范，后者主要是问题性或领域性规范，而这些规范中，既包括构建性规范，也涵盖调节性规范（如促进性规范和禁限性规范）。

（二）规范整合路径下经济法典的结构构造

经济法典内部宜采用“总则+分则”的结构模式。此外，为了弥补经济法典在特定领域或特定问题上的不足，经济法体系还辅以一系列针对性的单行法规。

1. 总则

首先，总则作为经济法典的开篇，是对经济法普遍特性与核心原则的总结，确保了经济法体系的完整性和系统性。

总则的制定并非简单地对法律条文进行堆砌，而是对经济法体系的核心要素进行提炼。

2. 分则

分则作为法典中最为重要的组成部分，详细地规定经济法在实施过程中所采用的各类规制手段以及在不同领域中的具体内容。从规范的角度来看，它可以被划分为工具群和领域群这两大主要板块。

第一，从工具群的角度来说，分则主要关注的是那些用以构建和调节市场的工具和手段。这些规范涵盖了从国民经济发展的市场基础到政府调节的整个过程。其中包括了价格机制、竞争政策等构建性市场手段，以及金融、财税等调节性手段。这些工具在市场中具有至关重要的作用，它们不仅能够推动市场的公平竞争，还能够优化资源的配置，从而推动经济的健康发展。

第二，从领域群的角度来看，分则也对经济活动中的关键领域进行了专门的规定。这种规定涉及产业、区域、消费等多个重要维度，将同一问题下的法律规范进行有效整合。这样一来，不仅使得法律体系更加适应现代法治的要求，也为解决经济活动中的各种问题提供了新的策略和思路。

因此，分则通过构建和调节市场的工具群与规范经济活动的领域群这两大板块，全面而详细地阐述经济法在不同领域的具体规制手段与措施。这种阐述不仅

¹³ 参见史际春：《经济法的地位问题与传统法律部门划分理论报比判》，《当代法学》1992年第3-4期连载；史际春、邓峰：《经济法总论》（第二版），法律出版社2008年版，第124-125页。

有助于我们更好地理解经济法的工作原理，也为我们在实际操作中运用经济法提供了有力的指导。

3. 单行法规

此外，单行法规作为对总则与分则内容的进一步细化和补充，也是不可或缺的。

（三）经济法与民商法、行政法的关系

1. 经济法与民商法的关系

经济法在构建市场基本机制的同时，也肩负着调节市场活动的关键职责。在市场机制的构建中，经济法与民商法在某些层面上存在交集。在调整社会关系中分工合作，共同发挥各自的作用。¹⁴

第一，目标导向不同。民商法侧重于交易机制的构建，详细规定了市场交易中的微观要素，如交易主体、产权归属、交易行为、交易的有效性和交易结果的保护等，涵盖了主体法、物权法、合同法、责任法等多个分支，旨在确保交易的安全、公平和有效。而经济法虽然也与具体交易相关，但其在构建市场机制时，更强调维护一个自由、公平、透明的竞争环境，通过分析交易行为对市场竞争格局的影响，避免不正当竞争和垄断行为的产生，以保障市场的持续发展的活力。

第二，权利保障互补。市场法律制度是一个复合体系，它既包括民商法也包含经济法，两者在市场中相互交织、共同作用。

以消费者的知情权为例，从民法的权利视角出发，可能难以全面、准确地界定其范围。而从经济法角度，可以保障其私权和公权的双重属性。从私权角度看，

《消法》赋予了消费者实体上的诉权，允许当经营者侵犯消费者知情权时，向经营者要求赔偿。从公权角度看，国家和消费者保护组织也通过让经营者披露相关信息来保护消费者知情权。¹⁵从经济法的角度出发，可以更加清晰地体现知情权在促进消费、维护市场竞争中的重要作用。通过合理界定知情权的范围，既可以避免经营者承担过重的负担，也可以确保消费者能够获取到真实、有效的信息，从而做出理性的消费决策。

2. 经济法与行政法的关系

经济法与行政法主要在调节方面存在交叉。在探讨经济法与行政法的关系时，必须明确认识到，两者在主体、目标和方法上的互补性与差异性。

首先，从主体的角度，经济法与行政法虽然都与政府的角色紧密相关，但两者关注的侧重点存在显著差异。

其次，从目标来看，经济法追求的是通过法律手段来优化资源配置，提高市场效率，维护公平竞争秩序。而行政法则旨在确保行政机关在执行法律时能够依法行使权力，保护公民、法人和其他组织的合法权益。

最后，从方法来看，经济法在调节政府与市场关系时，采用的是一种综合性的手段，包括立法、执法、司法等多种方式。而行政法则主要是通过规范行政主体的权力范围和行使程序来保障法律的正确实施。

在具体实践中，经济法与行政法之间的交叉点主要体现在狭义政府对市场进行调节的过程中。当法律授权行政机关进行市场调节时，行政机关既需要遵循经济法中关于资源配置和市场竞争的规定，也需要按照行政法中关于权力范围和行使程序的要求来执行。这种交叉使得经济法与行政法在保障市场经济正常运行方

¹⁴ 参见李玉虎：《民法典时代的经济法体系构造——兼论〈经济法通则〉的结构》，载《财经法学》2020年第2期。

¹⁵ 参见刘蔚文：《论消费者知情权的性质》，载《河北法学》2010年第3期。

面形成了相互补充、相互制约的关系。

（四）社会主义市场经济体制中的诸法协作

二十届三中全会提出，高水平社会主义市场经济体制是中国式现代化的重要保障。

考虑到混合经济具有产权结构的公私并存，市场调节与国家调节并存，政府、市场与企业职能结合，国家决策与企业决策相结合的特点¹⁶，在构建市场经济体系的过程中，民商法与经济法必须紧密合作。民商法所确立的交易制度，作为市场经济的基石，往往需要政府的适度介入以确保其公平与效率。然而，这种政府介入必须受到一般性行政法的严格约束，以确保权力的合法性和正当性。民商法与经济法、行政法的这种差异互补关系共同构成了市场经济法律体系的重要组成部分，共同为市场经济的健康、有序发展提供坚实的法律基础。

¹⁶ 参见李昌麒、岳彩申、叶明：《论民法、行政法、经济法的互动机制》，载《法学》2001年第5期。

数据权益按贡献分配的宪法阐释

高建成*

(南京大学法学院, 江苏南京 210093)

摘要: 如何分配数据权益关涉公民的财产利益保护以及社会内其他不特定公民的义务负担, 属于宪法问题而非纯粹的部门法问题, 需要根据《宪法》第六条展开解释。《宪法》第六条具有具体规则层面以及抽象的原则与精神层面的含义, 其中“按劳分配”与“多种分配方式”规范要件能够涵摄数据权益分配问题。根据《宪法》第六条的规则含义, 分配制度以贡献为实质分配标准, 劳动者或数据要素的所有者在收入分配中享有获得报酬的权利而非更广泛的法权意义上的权利。而法权意义上的数据权利创设, 虽无法通过《宪法》第六条规则取得具体方案, 但可在其宪法精神与原则下获得指引, 即权益应按对生产所做贡献进行分配, 且服务于效率目标。按贡献分配原则兼具事实与目的因素的考虑, 能够为数据权益分配的实践方案与理论论证提供正当性检验。

关键词: 数据权益; 按劳分配; 按要素分配; 宪法解释; 宪法精神

* 基金项目: 国家社会科学基金重大项目“系统论视野下的数字法治基本问题研究”(22&ZD201)。
高建成(1996—), 男, 南京大学法学院博士研究生, 主要研究方向为经济法与数据法。

论中国式现代化背景下经济法的完善：以立法为视角

郭慧民¹、陈鹏鹏²

（北京盈科（厦门）律师事务所 福建省 361001）

摘要：中国式现代化是具有中国特色的社会主义现代化道路，其经济领域的发展尤为引人注目。在经济全球化与信息化交织的今天，中国经济面临着前所未有的机遇与挑战。作为保障经济健康发展的重要法律基石，经济法的完善对于推动中国式现代化进程具有重要意义。随着中国式现代化的不断推进，经济领域的新情况、新问题层出不穷，这对经济法提出了更高的要求，也为其完善提供了广阔的空间。

关键词：中国式现代化；经济法治；立法完善；实现路径

一、引言

从经济法诞生、演进以及改革开放三十多年来我国对经济法基础理论的研究与探讨来看，经济法在某种程度上是经济政策的法律体现，其核心要义在于确保和推动经济发展，充当国家解决社会经济问题的法制工具。经济法学界应对推进新发展理念作出积极回应，同时以新发展理念引导经济法治建设，为经济法理念、基本原则及具体制度注入新的活力，从而更有效地指导实际经济立法、执法、司法和守法，最终为推进新发展理念提供坚实法治保障。

后金融危机时代，金融创新在推动中国金融发展的同时也积蓄了更大的金融法律风险。金融法律的稳定性与金融创新的革新性之间的冲突加剧了金融创新对现存金融秩序的冲击³。对于伴随着金融创新而产生的各类新型金融法律纠纷，现有的金融法律体系无法也无力作出有效的应对。次生性立法权立足于原生性立法，在原生立法外对既存法律规范予以补充和完善，而现有的法律漏洞为次生性立法权的行使提供了基础和前提。在中国“强行政、弱司法”的背景下⁴，金融领域次生性立法权多见于金融监管机关。但需要注意的是，司法机关亦是行使次生性立法权的主体之一。司法裁判不仅是对个案的是非曲直进行法律评判，还应当

¹ 郭慧民，北京盈科（厦门）律师事务所律师。

² 陈鹏鹏，北京盈科（厦门）律师事务所律师。

³ 刘海龙：《后金融危机时代我国金融市场道德风险的伦理防范》，西南交通大学 2014 年硕士学位论文，第二章第三节。

⁴ 申鸣阳：《强监管背景下的金融司法——以金融合同效力裁判为视角》，载《北方金融》2019 年第 12 期，第 62 页。

通过个案解决为社会形成正确的指引。因此，司法机关的次生性立法权不仅仅包括司法过程中的息诉止纷，还应当包括通过司法途径对既存的法律漏洞进行有效填补。事实上，由司法机关行使次生性立法权有利于在填补法律漏洞的同时避免法律之间的重复与冲突，也有利于维护法律的明确性和具体性，使其更能够为大众所了解和熟知，从而在坚守法律的原则与精神中实现法律的价值。

二、次生性立法权的现有配置

（一）由金融监管机关行使

金融领域强监管的特点使得行政机关在行使次生性立法权时发挥着举足轻重的作用。由于金融体系的安全性和稳定性直接关系到经济安全以及国家稳定，从公法角度推动监管立法成为我国乃至其他国家的主流。在我国，金融交易产品或金融交易工具多为金融监管机关主导下推出⁵，而中国人民银行、银保监会、证监会、发改委等部门亦通过制定相应的规范性文件对此进行约束，由此而形成的规章、通知、意见以及指引便构成了次生性立法权行使的主要形式。

毋庸置疑，金融监管机关行使次生性立法权在一定程度上推动了金融行业有序的发展，但“保姆式”的金融监管⁶也带来了更多的风险。监管失灵的问题不可避免：一方面，由于行政首长负责制的存在导致行政首长的意志往往贯穿于金融立法的始终，容易造成金融监管立法的失误；另一方面，一旦金融立法偏离法律而成为金融市场相关主体逐利的工具，那么金融监管立法的地位将会瞬间崩塌。而这些问题单独依靠金融监管机关本身往往是无法彻底解决的。

（二）由金融自律组织行使

随着金融市场属性及竞争性的增强，相关主体需要依据自身发展需要自发地基于共同利益进行自我管理。金融行业协会和金融交易所在金融治理的过程中都发挥着举足轻重的作用。

在金融创新的过程中，金融法律的缺位以及金融监管不足的现象时有发生，这也使得金融行业自律必须通过建立健全行业自律规范及相应的行业信用体系、风险约束体系和从业道德规范。以股权众筹⁷为例，在我国相关证券法律尚有空白之际，证券业协会已有相关意见对金融行业进行指导，这为处于创新阶段的金融行业提供了相应的指导。

⁵ 李芃芃：《论金融衍生品交易的法律监管及中国监管体系重构设想》，中国政法大学2011年博士学位论文，第一章第二节。

⁶ 孟慧莹：《论金融监管中的协调监管原则》，湖南大学2009年硕士学位论文，第四章第二节。

⁷ 张玮：《股权众筹法律监管制度研究》，西南政法大学2015年硕士学位论文，第二章第二节。

不可忽视的是，金融自律组织作为本行业利益的集中代表，具有极强的利益驱动性，由此导致金融自律组织在行使次生性立法权时可能失去应有的公正性，出现相关垄断规则以限制竞争。此外，由于金融自律组织的管理手段较为单一，缺乏强制力的保障使得其作用的对象局限于组织内部成员，无法对市场形成有效约束。

三、司法机关的行使依据

对于次生性立法权，大陆法系国家和地区原则上将其赋予特定的行政机关行使，而英美法系则是由行政机关与司法机关共同行使。在我国法治体系建设的进程中，由立法主导的法律体系已无法满足社会的多样化需求，僵化的立法无法及时有效回应社会的发展，由司法机关行使次生性立法权将成为化解这一问题的关键。

（一）理论基础

考察我国的法律制度发展历程，司法解释的数量与日俱增。国内金融法律体系的构建过程是通过不断试错、摸索而逐步建立而成的。由此可见，中国制定法更倾向于一种建构理性，即注重通过人的理性对法律体系的建构予以把控。以司法机关行使次生性立法权对法律漏洞进行填补，对法律的不足与缺陷进行矫正是法律内在安定性的要求，也符合法律渐进式试错路径。

不可否认的是，原本专属于立法机关的立法权现已部分向司法机关转移。由于立法机关制定的法律无法应付社会发展对其所提出的要求，运用司法解释权创制新的法律规则才能够实现法律续造。根据宪法和法律规定，最高司法机关在法律适用过程中享有相应的解释权，同时允许法官对法律作出一定范围的解释有利于弥补立法实证主义的不足，使法律适用具备可预见性。司法机关行使次生性立法权有利于进一步巩固司法体系，使得法律能够适应社会发展的需要，从而进一步推动金融行业有序、健康发展。

（二）法律依据

依据我国《宪法》⁸的相关规定，法律解释的权力属于立法机关。而司法机关所拥有的司法解释权则是来源于全国人大常委会的委托。1979年颁布的《人民法院组织法》虽然经过了1983年、1986年、2006年以及2018年四次修改，但其中均保留了最高人民法院对属于审判工作中

⁸ 《中华人民共和国宪法》第五十八条。

具体应用法律的问题进行解释及发布指导性案例的权力⁹。《人民法院组织法》作为宪法性法律，为司法机关行使次生性立法权进行了确认。

（三）现实动因

金融交易日趋活跃导致由此引发的金融纠纷案件呈现快速增长的态势。对于既成的法律规则和条文，在语言及环境等诸多因素的影响下，不同主体的立场和价值取向将有所不同，由此所产生的认识与理解也会存在一定的差异。为确保法律适用的统一性，需要通过司法解释等方式解决因法律语言模糊性所带来的问题。以司法机关行使次生性立法权将有利于实现个案公平，使金融法律制度趋于完备。

“迟到的正义非正义”，当金融法律纠纷诉至法院并立案后，司法要进行相应的裁判，即便缺乏法律的规定或法律规定不明确亦或者不同法律规定之间存在冲突，也不能成为法官拒绝裁判的理由。在此情形下，法官需要依靠自身的司法经验、良知以及法律的基本原则和精神，在公平原则的指导下，依据司法解释、指导案例以及日常习惯，运用逻辑分析方法作出公平审判，此时便需要行使次生性立法权从而使社会正义得以伸张。

四、司法机关行使次生性立法权之实现路径

金融司法实践中，由司法机关行使次生性立法权主要体现为司法机关主导，在司法过程或司法环节中使得司法的价值得以彰显。除了以文本法律为载体的正式制度外，金融法律制度还包括金融司法裁判程序、金融司法裁判的法律方法等非正式制度。由司法机关行使次生性立法权的实现路径主要从以下几个方面着手：

（一）司法解释的出台

金融法律解释能够使抽象的法律规范运用到具体个案中。法律解释工作的任务在于立足于现实探寻立法者的意图，并将其适用于待决案件中。在证券案件中，最高院曾通过司法解释对期货市场民事纠纷的法律适用问题¹⁰、虚假陈述民事赔偿案件的审理问题¹¹等相关司法实践争议予以回复。

司法解释作为中国范式的法律解释，与大陆法系的禁止法官解释法律模式以及英美法系允许法官自由解释法律模式存在差异，次生性立法权成为了立法权与司法权外的第三条路。需要注意的是，中国的司法解

⁹ 《中华人民共和国人民组织法》第十八条。

¹⁰ 《最高人民法院关于审理期货纠纷案件若干问题的规定》（一）（二）。

¹¹ 《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》。

释不应当仅仅局限于成文化，司法实践中通过法律方法运用而出现的非文本化表现形式的司法解释也是次生性立法权的重要组成部分。

（二）指导性案例的颁布

指导案例的出现在某种程度上弥补了文本式司法解释时效性和针对性不足的缺点，为司法机关行使次生性立法权提供空间。2010年11月最高院出台的《关于案例指导工作的规定》标志着指导案例对于司法审判的制度作用在制度层面上确立。

案例指导制度设立的初衷在于总结审判经验、统一法律适用、提高审判质量、维护司法公正。两大法系选择司法领域案例作为裁判参考主要是为了协调法律的普遍性与特殊性，从而保证前后判决的一致性与连贯性，实现同案同判及司法公正。需要注意的是，我国的指导性案例制度与英美法系的“遵循先例”制度存在本质区别¹²，指导性案例更多体现法官的智慧、经验以及学识，是其业务能力的重要体现。

通过梳理既有的指导案例后可以发现，裁判要点错误地被作为“类实体、程序性法律”适用于案件裁判中，也常被直接运用于对案件事实的定性上。笔者认为，指导案例的裁判要旨应当明确所依据的上位法，紧扣法律条文，通过立足于金融司法审判实践，以金融领域为试点逐步扩大指导性案例在司法审判中的适用。最高院通过发布指导性案例有利于弥补金融法律的供给不足，制定统一的金融法律适用标准，从而进一步规范金融司法的自由裁量权。

（三）相关典型案例的出台及相关培训的开展

在司法实践中，典型案例相较于指导性案例具有更大的参考价值。部分省、直辖市以及自治区的高级人民法院会通过发布金融法典型案例的方式为本辖区法院司法审判提供参考。最高院于2018年发布的《证券期货纠纷多元化解十大典型案例》为相关案件的裁判提供参考。

除了典型案例的发布外，召开审判业务会议以及组织法官培训等活动也有利于统一司法适用，解决司法过程中所遇到的难题，实现司法尺度统一与维护司法公正的目的，同时也在客观上弥补了法律的不完备。以非成文方式表现的相关举措在司法实践中亦发挥着重要作用。

五、利弊分析

由于金融法律本身的不完备导致其存在无法避免的法律漏洞。作为中立的司法机关需要主动作为，积极主动寻找法律依据进行公正裁判。

¹² 蔡松杭：《法的确定性及灵活性之“舍”与“得”——以两大法系为视角》，载《大庆师范学院学报》2019年第39期，第33页。

尽管我国最高司法机关拥有部分次生性立法权，但在金融创新背景下对于制度空白的填补效果并不十分明显，司法机关未能充分发挥其应有的职能导致不足日益凸显。

（一）优点分析

其一，有利于填补金融法的部分漏洞。司法机关通过制定司法解释、出台答复、批复以及典型案例、指导案例等填补金融法律漏洞¹³，为金融司法审判实践积累了一定经验，也形成了一批成果，扩张了司法机关行使次生性立法权的空间。司法以定分止争为己任，以金融司法解释作为裁判依据既有利于增加裁判的说服力，也有利于促进法律的实施。

其二，有利于为金融新兴领域指明方向。在缺乏法律规定的司法过程中，司法机关、法官对于新兴金融领域发展趋势的思考、对社会需求与风险防范的理解超越了法律条文本身，由司法机关行使次生性立法权有利于在符合现有法律规则与社会政策的前提下发挥司法裁判的创造性。

其三，有利于调整并重塑金融法律秩序。金融司法作为实现金融法治的最后一条防线并不意味着对既存的法律规则的被动应付和消极执行，而是需要通过对金融法律问题进行概括式和抽象化调整，以消除成文法的滞后与僵化，从而为金融创新发展营造空间，为金融行为划清法律边界。

（二）不足之处

其一，相关指导案例作用不大。从现有的金融类指导案例来看，无论是数量、参照依据亦或者效力都有进一步发展的空间。指导案例具有成文法所不具有的具体性和可操作性，是对法律、司法解释具体化的体现。由于金融法律纠纷专业性强，相关法规更新速度快等特点，亟需相关指导案例以明确案件的裁决依据。

其二，司法解释的运行效果不佳。我国金融法领域的司法解释内容多为对法律适用于争议所作出的解释，缺乏替代立法功能和效力的造法性司法解释¹⁴。司法解释的制定过程中应当保证征询、听取意见环节进而保障立法质量。在制定造法性司法解释时应当以宪法、法律及相关法律原则和精神作为依据，法律解释应当服务于法律适用，故应当注重司法解释本身的确定性和规范性。

¹³ 金振豹：《论我国私法领域的司法续造》，中国政法大学2011年博士学位论文，第2页。

¹⁴ 张朔：《“补丁型”司法解释的证成与重塑》，华北理工大学2020年硕士学位论文，第一章第三节。

其三，单纯依靠司法机关的次生性立法权无法实现金融风险防范和金融危机的化解。次生性立法权的实现存在多种路径，各路径之间互为补充。在强调司法机关行使次生性立法权的同时，也不能够忽视其他路径所发挥的作用。金融监管、行业自律规则和金融政策不应被司法机关所取代，只有当金融运行过程中出现法律真空时，才需要挖掘司法机关的优势与潜能，发挥司法机关行使次生性立法权对于金融风险防范所产生的作用。

六、金融司法与金融监管协同机制的构建

（一）必要性分析

1、金融领域所存在的风险无法简单地运用权责话语体系和公正价值予以评价，需要金融监管部门为司法提供技术支持

在现代社会，存在许多纷争与风险无法充分纳入法律权责体系予以衡量¹⁵，部分措施的正当性和合理性无法通过传统权责话语体系、社会公正以及利益平衡等予以解释。对于金融法律纠纷，单纯依靠法官具备的相关司法审判法律专业特长难以得到公正的评判，需要金融监管部门为法官提供相应的知识和技术支持，以便法官能够凭借金融专业知识和智力对个案能否引发金融市场风险及相关风险强度进行判断。

金融法律纠纷的司法解决往往需要从金融监管部门所掌握的相关数据、指标着手对行为的合规性进行审查，一旦司法部门与行政部门之间相互分离¹⁶，不仅导致相关金融法律风险滋生，同时也助长了部分市场主体违反监管规定，大型监管套利行为，为司法解决金融法律纠纷造成阻碍。

2、金融司法与金融监管的分立式治理易导致金融监管机关虚置，从而助长法律投机主义

金融主体所实施的行为审查主要从两个指标着手：其一，从形式上审查是否违反法律、行政法规的相关规定；其二，需要实质性审查是否违反金融监管部门制定的资本充足率、资本收益率、行业集中度等相关风险指标的要求。一旦突破了监管机构相关风险监管要求将极易引发系统性金融风险。若司法与监管二者分离，对于金融监管部门看来违反监管规则的行为可能因为没有违反法律和行政法规的相关规定而被认定为合法。

¹⁵ 王志成、徐权、赵文发：《对中国金融监管体制改革的几点思考》，载《国际金融研究》2016年第7期第35页。

¹⁶ 鲁篱：《论金融司法与金融监管协同治理机制》，载《中国法学》2021年第2期第204页。

金融监管机关原本可以依法对潜在金融风险的相关行为予以处罚，却由于法律与金融监管之间分立最终导致金融监管规则无法产生威慑力，最终消解了金融机构监管的作用。

3、现代金融业存在的信息不对称容易引起金融欺诈甚至是金融危机，需要金融司法与金融监管双管齐下抵御风险

P2P 作为新型的互联网金融兴起，金融监管部门秉持宽松的监管理念¹⁷使其异化为民间非法集资的新路径并进而导致严重的区域性金融风险出现。现代金融交易存在的信息严重不对称导致金融服务者具备更多的信息优势便于欺诈金融消费者。为防止新一轮金融危机的出现，需要金融司法部门与金融监管部门之间相互协作，共同抵御金融风险。

（二）相关制度安排

在现代风险社会中，必须重新审视金融司法与金融监管二者间的关系，在顶层设计上更好地保障金融市场的平稳运行和投资者权益的保护，使金融风险得以更好地防范和治理。

1、金融司法部门与金融监管部门之间相互尊重是协作的前提

构建金融风险协同治理的首要问题是实现金融司法部门与金融监管部门间的相互尊重。金融司法部门作为法律部门的组成部分之一，与作为行政权力部门的金融监管部门之间不可避免地存在矛盾和冲突。

由于司法在金融法律治理方面的知识和手段存在缺失，导致各国愈发强调对行政金融监管部门的尊重¹⁸。虽然没有确立法官无条件适用金融监管规则的制度，但基于金融法律专业的专业性，法官可以对金融监管规则予以参考，并应当充分尊重金融监管机构在符合程序正义要求的情况下所制定的相关风险治理准则和措施。

2、强化法院与金融监管部门间的沟通协调

通过强化司法机关与金融监管部门间的交流和沟通，有利于促使司法机关借此机会了解金融监管规则制度及其背后制定原理，从而在此基础上开展有效的沟通与协作，提高金融司法协作对于资源整合的力度及工作效率。2017 年最高院出台的《关于进一步加强金融审判工作若干意见》中提及，金融司法要加强与金融监管之间的沟通和协调，对于重大疑难的金融案件需要强化与金融监管部门的商谈与沟通。法院可以主动邀请金融监管部门参与案件的商讨或者与金融监管部门共同协商合议

¹⁷ 米晓文：《国内外 P2P 网络借贷监管政策比较研究》，载《北方金融》2019 第 2 期第 33 页。

¹⁸ 丁德圣：《次贷危机后国内外金融监管思路和模式研究》，辽宁大学 2013 年博士学位论文，第六章第二节。

案件，共同开展相应的学术探讨活动及相关法学理论研究，同时邀请相关金融专家、学者作为案件裁判的人民陪审员以促进案件审判的公正性。

金融司法与金融监管协同机制的构建需要法院与金融监管部门共同发力。一方面，法院需要通过金融监管部门了解更多金融风险治理信息，并在此基础上完善对金融市场主体要求，以提高金融风险治理的有效性；另一方面，法院出具的司法意见书、对于典型案例的判决以及对金融司法行为的信息汇总有利于为金融监管部门制定相关规则提供参考，以此提高金融监管治理效能。

3、金融司法对于纠纷的处置范围应由民事扩展至行政、刑事

在金融司法与金融监管协同的大背景下，金融监管为金融司法提供了诸如人员、知识、技术、数据等支持，使得金融司法的纠纷处理能力加强，并有利于借此机会扩大纠纷处置范围，实现金融法律纠纷处理的专业化。

金融司法协同中心作为处置金融法律纠纷的专业化机构，在中国人民银行、银保监会、证监局等有关部门的支持下，可以将纠纷处置由金融借款、保险、出口信用证、互联网金融等传统和新型金融民事案件扩展至金融行政案件、金融刑事案件的处理，同时当好“吹哨人”角色，对于将来可能出现的法律纠纷提前预警，以此实现多部门之间的协作和金融司法协同中心对于金融纠纷解决作用的最大化。

4、促进司法机关与金融监管部门对金融违法行为责任追究的协同

在金融违法者责任的追究上，不仅仅应以司法机关的民事责任承担作为惩戒方式，还应当通过金融监管机构的行政处罚¹⁹加强惩戒的力度。由司法机关与金融监管部门之间协同对金融违法行为责任的追究，一方面有利于提高金融主体的违法成本，另一方面也有利于充分发挥金融司法机关与金融监管部门各自的优势，提高治理效果。

由于目前我国司法机关与金融监管部门之间的融合度不高，导致部分违反金融监管规则的行为在法律的框架内仍被认定为合法有效的。此时，司法机关应将相关情况通报金融监管机构，借助行政处罚方式对其进行处理以达到防范和治理金融风险的目的。

结语

自金融法产生以来，其始终与国家经济政策密切相关。由司法机关行使次生性立法权已不再是一项可有可无的权利，但由于受到非理性因

¹⁹ 周俊：《我国金融监管体制改革初论》，首都经济贸易大学 2006 年硕士学位论文，第三章第一节。

素的影响导致它可能成为弥补金融法律漏洞的试金石，也可能成为颠覆正义的魔杖。故通过金融司法与金融监管协同机制的构建，将有利于发挥金融司法与金融监管各自的优势，实现保障金融市场平稳运行和投资者权益保护的目标。

反垄断法在加快形成新质生产力中的作用：逻辑与建构

黄彦钦*

摘要 新质生产力催生新型生产关系，而新型生产关系的构建离不开法律制度的保障。其中，反垄断法在加快形成新质生产力中起到重要作用，具有坚实的内在逻辑。一方面，反垄断法通过鼓励创新实现新质生产力之“新”，通过保护竞争打磨新质生产力之“质”，其立法目标契合新质生产力的理论内涵；另一方面，反垄断法追求自由以激励技术革命性突破，追求效率以引领生产要素创新性配置，追求公平以促进产业深度转型升级，其价值取向能够造就新质生产力形成的基本条件。今后，要遵循以研发竞争作为重点保护对象、以创新效率作为首要关注价值的建构原则，通过规制标准必要专利滥用行为、落实《公平竞争审查条例》、强化互联网平台反垄断监管等具体举措，进一步建构与加强反垄断法对新质生产力的作用体系，为新质生产力的加快形成提供强大动力和保障。

关键词 新质生产力 反垄断法 保护竞争 鼓励创新

目次

- 一、新质生产力的形成机理
- 二、反垄断法在加快形成新质生产力中的作用逻辑
- 三、反垄断法在加快形成新质生产力中的作用建构
- 四、结语

生产力是人类社会利用、保护甚至改造自然以谋求生存发展的能力，不仅影响着社会的经济水平，还决定了社会结构、政治体制及文化发展的方向，因而常常被置于政治经济学的语境中探讨。以魁奈首次使用“生产力”一词为起点，¹生产力理论在亚当·斯密²、大卫·李嘉图³等经济学家的阐述下日趋成熟，并在李斯特的《政治经济学的国民体系》中初步形成了较为完备的体系。⁴马克思在对李斯特观点进行继承与批判的基础上，从唯物史观的角度运用生产力与生产关系矛盾运动的客观规律，将长期被忽视和遮蔽的视域进行了凸显和整合，⁵并强调科学技术对生产力发展的重要作用。⁶新中国成立以来，生产力概念是贯穿中国共产党治国理政进程的核心范畴，⁷毛泽东指出要“解放生产力”“发展生产力”⁸，邓小平提出“科学技术是第一生产力”⁹的科学论断，江泽

* 作者信息：黄彦钦，中国人民大学法学博士，福州大学法学院副教授、上海交通大学凯原法学院在站博士后。

¹ 参见[法]弗朗斯瓦·魁奈：《魁奈经济著作选集》，吴斐丹、张草纫选译，商务印书馆1979年版。

² 参见[英]亚当·斯密：《国民财富的性质和原因的研究》，郭大力、王亚楠译，商务印书馆1972年版。

³ 参见[英]大卫·李嘉图：《政治经济学及其赋税原理》，郭大力、王亚楠译，译林出版社2011年版。

⁴ 参见[德]弗里德里希·李斯特：《政治经济学的国民体系》，邱伟立译，华夏出版社2009年版。

⁵ 参见史小宁：《从李斯特到马克思：论生产力理论的历史嬗变与价值整合》，载《求实》2011年第5期。

⁶ 参见马克思、恩格斯：《马克思恩格斯选集》（第1卷），中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译，人民出版社2012年版。

⁷ 参见胡洪彬：《习近平总书记关于新质生产力重要论述的理论逻辑与实践进路》，载《经济学家》2023年第12期。

⁸ 《毛泽东文集》（第7卷），人民出版社1999年版，第1页。

⁹ 《邓小平文选》（第3卷），人民出版社1993年版，第274页。

民在“三个代表思想”中引出“先进生产力”¹⁰，胡锦涛则强调发展生产力应当坚持“以人为本”的科学发展观，¹¹这些重要的思想不仅丰富和发展了马克思主义生产力理论，也反映出我国生产力发展水平与先进程度不断提高的客观事实。

2023年9月，习近平总书记在主持召开新时代推动东北全面振兴座谈会时，首次指出要“加快形成新质生产力，增强发展新动能”¹²。“新质生产力”的概念是马克思主义生产力理论中国化时代化的新飞跃，¹³凸显“百年未有之大变局”下中国式现代化关于高质量发展的本质要求，¹⁴代表了未来科技创新的整体趋势。2024年1月，在中共中央政治局就扎实推进高质量发展进行第十一次集体学习时，习近平总书记进一步对新质生产力作出了系统阐释。¹⁵此后，习近平总书记分别在视察天津¹⁶、参加江苏代表团审议¹⁷、在山东济南主持召开企业和专家座谈会¹⁸的过程中发表关于新质生产力的重要讲话。2024年7月，党的二十届三中全会通过《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》，将“健全因地制宜发展新质生产力体制机制”作为推动经济高质量发展的重要战略部署，新质生产力的重要性愈发凸显。

党中央对新质生产力的重要论述迅速引发了学术热潮，在不到一年的时间内学界已经形成了丰硕的研究成果，对新质生产力的理论内涵¹⁹、发展特征²⁰、形成逻辑²¹及实践意义²²有了较为深刻的认识。然而，现有研究多立足于政治学、经济学的学科背景，²³且缺乏对新质生产力实现路径、与其他发展要素之间互动关系的关注，呈现出研究视角单一、研究视野较窄的特点。新质生产力在实现经济高质量发展、推进中国式现代化建设、增强国际竞争力的过程中并不是孤立的要素，其形成与发展都离不开与之相适应的生产关系和上层建筑。其中，反垄断法作为典型的制度上层建筑之一，以鼓励创新为立法目的，贴合新质生产力“创新”的特点，且直接作用于市场，能够促进生产要素在市场中

¹⁰ 《江泽民文选》（第3卷），中央文献出版社2006年版，第261页。

¹¹ 参见《十六大以来重要文献选编》，中央文献出版社2005年版。

¹² 新华社：《习近平主持召开新时代推动东北全面振兴座谈会强调 牢牢把握东北的重要使命 奋力谱写东北全面振兴新篇章》，载新华网2023年9月9日，http://www.xinhuanet.com/2023-09/09/c_1129854063.htm。

¹³ 参进程富富：《大力发展新质生产力 加速推进中国式现代化》，载《当代经济研究》2023年第12期。

¹⁴ 参见周文、许凌云：《论新质生产力：内涵特征与重要着力点》，载《改革》2023年第10期。

¹⁵ 参见新华社：《习近平在中共中央政治局第十一次集体学习时强调：加快发展新质生产力 扎实推进高质量发展》，载中国政府网2024年2月1日，https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202402/content_6929446.htm。

¹⁶ 参见天津日报：《在发展新质生产力上善作善成——二论深入学习贯彻习近平总书记视察天津重要讲话精神》，载天津政务网2024年2月6日，https://www.tj.gov.cn/sy/tjxw/202402/t20240206_6532679.html。

¹⁷ 参见新华社：《习近平在参加江苏代表团审议时强调：因地制宜发展新质生产力》，载中国政府网2024年3月5日，https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202403/content_6936752.htm。

¹⁸ 参见新华社：《风正好扬帆——习近平总书记考察山东并主持召开企业和专家座谈会纪实》，载央广网2024年5月26日，https://news.cnr.cn/native/gd/sz/20240526/t20240526_526718912.shtml。

¹⁹ 参见李政、崔慧永：《基于历史唯物主义视域的新质生产力：内涵、形成条件与有效路径》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2024年第1期；王国成、程振锋：《新质生产力与基本经济模态转换》，载《当代经济科学》2024年第3期，等等。

²⁰ 参见胡莹：《新质生产力的内涵、特点及路径探析》，载《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2024年第5期；姚树洁、张小倩：《新质生产力的时代内涵、战略价值与实现路径》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2024年第1期；盛朝迅：《新质生产力的形成条件与培育路径》，载《经济纵横》2024年第2期，等等。

²¹ 参见张林、蒲清平：《新质生产力的内涵特征、理论创新与价值意蕴》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2023年第6期，等等。

²² 参见石建勋、徐玲：《加快形成新质生产力的重大战略意义及实现路径研究》，载《财经问题研究》2024年第1期；沈坤荣、金童谣、赵倩：《以新质生产力赋能高质量发展》，载《南京社会科学》2024年第1期；贾若祥、王继源、窦红涛：《以新质生产力推动区域高质量发展》，载《改革》2024年第3期，等等。

²³ 参见张峰：《发展新质生产力的政治经济学分析》，载《湖南社会科学》2024年第3期；韩文龙：《新质生产力的政治经济学阐释》，载《马克思主义研究》2024年第3期；翟青、曹守新：《新质生产力的政治经济学阐释》，载《西安财经大学学报》2024年第2期，等等。

自由流动与优化配置。可以说，反垄断法在加快形成新质生产力中起到举足轻重的作用。具体而言，反垄断法以何种逻辑作用于新质生产力的形成？又如何调整才能进一步促进新质生产力的发展？这一系列问题在探索加快形成新质生产力实践路径中不可忽视。因此，本文旨在厘清新质生产力的理论内涵与形成条件，并在此基础上探索反垄断法在加快形成新质生产力中的内在逻辑与路径建构，以期通过法治思维为新质生产力的发展提供一定的理论参考与启发。

一、新质生产力的形成机理

“加快形成新质生产力”是习近平总书记站在党和国家事业发展全局高度，以前瞻的战略思维和深邃的历史眼光，着眼国内外经济发展形势和产业升级现实挑战所提出的新要求，²⁴为实现这一重要使命，首先要对新质生产力的丰富内涵和形成条件进行深入了解与全面把握，这不仅是认识新质生产力内在特征的基本要求，也是探索新质生产力实现路径的逻辑起点。

（一）新质生产力的理论内涵

当前，关于新质生产力内涵的理论阐释视角多元，有学者从时空向度、结构向度、科技向度三方面切入，立体化、层次化地展现新质生产力的内在要求；²⁵也有学者聚焦于数字时代的背景与特征，指出新质生产力本身是以“算力”为代表的新质态生产力。²⁶然而无论是从宏观角度整体理解，还是从微观层面有侧重点地论证，现有研究都意识到新质生产力本质上仍未曾脱离“生产力”的范畴，它与其他生产力的区别主要在于具有“新”与“质”的鲜明特征。

1. 新质生产力“新”之体现

生产力由劳动者、劳动资料和劳动对象这三种生产要素构成，从这一维度理解，新质生产力之“新”主要体现为劳动者、劳动资料和劳动对象的创新。

就劳动者而言，创造新质生产力的劳动者拥有相比于普通工人和技术工人更先进的认识能力和实践能力。²⁷从现实层面考察，受教育程度是劳动力市场中体现劳动者能力的重要信号，²⁸据《中国劳动统计年鉴（2023）》显示，2022年全国范围内就业人员学历为大学本科及以上的占比12.4%，²⁹约是五年前的1.4倍、³⁰十年前的2.2倍。³¹近十年来受高等教育的就业人员占比显著增高，在一定程度上反映出越来越多劳动者已具备形成新质生产力所需的基本素质与综合能力。

就劳动资料而言，新质生产力生产过程中所运用的物质资料或物质条件也产生了巨大的变革。尤其是新型生产工具的出现，往往是劳动资料嬗变的标志，³²也是区分社会

²⁴ 参见蒲清平、黄媛媛：《习近平总书记关于新质生产力重要论述的生成逻辑、理论创新与时代价值》，载《西南大学学报（社会科学版）》2023年第6期。

²⁵ 参见令小雄、谢何源、妥亮等：《新质生产力的三重向度：时空向度、结构向度、科技向度》，载《新疆师范大学学报（哲学社会科学版）》2024年第1期。

²⁶ 参见刘志彪、凌永辉、孙瑞东：《新质生产力下产业发展方向与战略——以江苏为例》，载《南京社会科学》2023年第11期。

²⁷ 参见周文、徐凌云：《论新质生产力：内涵特征与重要着力点》，载《改革》2023年第10期。

²⁸ 参见杨铭、王任远：《受教育程度与农民工性别收入差异——基于动态博弈模型和流动人口监测数据的研究》，载《经济问题》2019年第9期。

²⁹ 根据《中国劳动统计年鉴（2023）》表1-28，2022年全国范围内就业人员受教育程度为大学本科的占比11.1%，受教育程度为研究生的占比1.3%，共计占比12.4%。

³⁰ 根据《中国劳动统计年鉴（2018）》表1-26，2017年全国范围内就业人员受教育程度为大学本科的占比8.0%，受教育程度为研究生的占比0.8%，共计占比8.8%。

³¹ 根据《中国劳动统计年鉴（2013）》表1-30，2012年全国范围内就业人员受教育程度为大学本科的占比5.2%，受教育程度为研究生的占比0.48%，共计占比5.68%。

³² 参见谢加书：《把握新质生产力的内涵及要求》，载党建网2024年3月18日，http://images2.wenming.cn/web_djw/shouye/sixianglilun/lilunqiangdang/202403/t20240318_6751745.shtml。

经济时代的客观依据。从第一次工业革命至第三次工业革命，代表性生产工具经历了由蒸汽机到电力发动机再到计算机的蜕变。当前，在全球迎来第四次工业革命的背景下，³³我国已初步掌握机器人研发、生产技术，初步形成较为完整的机器人产业链，人工智能在未来很长一段时间里将持续构成我国新质生产力的重要劳动资料。

就劳动对象而言，最显著的创新在于其所存在的空间得到了前所未有的拓展。新质生产力超越了传统地理空间范畴的场域维度，³⁴例如数据信息的出现，使劳动对象从线下现实世界向线上虚拟世界转移；又例如太阳能、风能、生物能、地热能、海洋能等清洁能源的发掘，使劳动对象从有形到无形、从陆地到深地深海等领域扩展。

2. 新质生产力“质”之要求

新质生产力关键在于“质优”³⁵，但对于“质”之内涵的理解，早期的研究存在不同的看法。有学者主张“质”表现为高质量的产业基础和发展动能，³⁶是对传统“物质变换”范畴的超越；³⁷也有学者将“质”解释为多个层次，体现为“高质量、多质性、双质效”³⁸或“高质量、高效益”³⁹等。2024年1月，习近平总书记在主持中共中央政治局第十一次集体学习时强调，“新质生产力具有高科技、高效能、高质量特征，是符合新发展理念的先进生产力质态。”⁴⁰根据习总书记的论述，结合“质变量变”原理，笔者认为新质生产力的核心要义是“以新促质”⁴¹，以生产要素的创新引起科技水平和生产效能的量变，也即“高科技、高效能”；累积到一定程度时达到“高质量”的要求，进而实现由一般生产力向符合新发展理念的先进生产力的跃迁。从这一角度来理解，新质生产力的“质”之要求、高质量特征的具象体现，应当最终落点于“符合新发展理念的先进生产力”这一质态。

一方面，新质生产力应当满足先进生产力的要求。先进生产力与一般生产力的首要区别在于“先导性”⁴²，它能对其他生产力进行影响与渗透，从而带动整个社会生产力发展。其次，先进生产力还有高效性的显著特征，⁴³能够产生巨大的效益，而且这种效益并不局限于短期效益，而是兼具短期效益与长期效益、经济效益与社会效益的综合效益。

另一方面，新质生产力还应当符合“创新、协调、绿色、开放、共享”的理念要求和内在品质。“创新”理念不仅体现在生产要素的创新，还体现在新质生产力所催生的“新产业、新模式、新动能”⁴⁴，尤其是战略性新兴产业和未来产业。当前，我国战略性新兴产业涵盖新一代信息技术、高端装备制造、新材料、生物、新能源汽车、新能源、

³³ 参见[德]乌尔里希·森德勒：《工业4.0 即将来袭的第四次工业革命》，邓敏、李现民译，机械工业出版社2014年版。

³⁴ 参见黄慧群、盛方富：《新质生产力系统：要素特质、结构承载与功能取向》，载《改革》2024年第2期。

³⁵ 习近平：《发展新质生产力是推动高质量发展的内在要求和重要着力点》，载《中国新闻发布（实务版）》2024年第6期，第4页。

³⁶ 参见张辉、唐琦：《新质生产力形成的条件、方向及着力点》，载《学习与探索》2024年第1期。

³⁷ 参见戴翔：《以发展新质生产力推动高质量发展》，载《天津社会科学》2023年第6期。

³⁸ 参见蒋永穆、乔张媛：《新质生产力：逻辑、内涵及路径》，载《社会科学研究》2024年第1期。

³⁹ 参见祝红梅、王勇：《发展新质生产力的三个着力点和四个协同路径》，载《河北学刊》2024年第4期。

⁴⁰ 新华社：《习近平在中共中央政治局第十一次集体学习时强调：加快发展新质生产力 扎实推进高质量发展》，载中国政府网2024年2月1日，https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202402/content_6929446.htm。

⁴¹ 李政、廖晓东：《新质生产力理论的生成逻辑、原创价值与实践路径》，载《江海学刊》2023年第6期。

⁴² 参见杨耕：《深刻认识改革的必然性 自觉把握改革的规律性》，载《前线》2013年第8期。

⁴³ 参见李校利：《先进生产力理论研究的深化》，载《生产力研究》2008年第19期。

⁴⁴ 在对科技创新引领现代化产业体系建设问题阐释时，习近平指出，要以科技创新推动产业创新，特别是以颠覆性技术和前沿技术催生新产业、新模式、新动能，发展新质生产力。参见《中央经济工作会议在北京举行》，载《人民日报》2023年12月13日，第1版。

节能环保、航空航天、海洋装备九大产业，⁴⁵未来产业涉及未来制造、未来信息、未来材料、未来能源、未来空间和未来健康六大方向，⁴⁶皆是高科技引领下形成的创新产业，其所培育出的新质生产力质量上必然也符合“创新”的要求。另外，前述产业中的新材料、新能源汽车、新能源、节能环保、未来材料、未来能源等类型还充分反映出，绿色化是新一轮产业变革的重要趋势。“绿色发展是高质量发展的底色，新质生产力本身就是绿色生产力”⁴⁷，可见秉持“绿色”理念也是发展新质生产力的应有之义。“协调”理念要求新质生产力在结构上注重各生产要素之间的协同合作与有机衔接；在空间上因地制宜，聚焦城乡协调与区域协调的统一；在整体上主动完善和发展与新质生产力相适应的生产关系、上层建筑。生产力决定生产关系，而生产关系反作用于生产力，生产关系必须适应生产力发展水平才能进一步激发社会生产力，⁴⁸因而必须坚持“两个毫不动摇”的基本经济制度，进一步深化经济体制改革，并据此调整上层建筑，通过法律制度、国家政策以进一步保障和激发新质生产力的发展活力。

值得注意的是，坚持高水平对外开放作为发展新质生产力的重要上层建筑之一，不仅是“协调”理念的体现，同时也符合“开放”理念的要求。“共享”理念体现了对新质生产力社会效果与最终目标的关注，反映出新质生产力与社会主义本质的密切联系，强调新质生产力应当以“更好满足人民日益增长的美好生活需要”作为价值旨归，⁴⁹让新质生产力的发展成果及经济红利更多、更公平地惠及全体人民，由全体人民共享。

（二）新质生产力的基本条件

结合新质生产力的理论内涵不难得知，新质生产力对其生产要素进行全面创新，是符合“创新、协调、绿色、开放、共享”高质量特征的先进生产力。新质生产力的创新性特征与高质量标准意味着其形成条件相较于传统生产力更为严苛，对此深入研究具有一定的必要性与紧迫性。根据习总书记的论述，催生新质生产力的基本条件包括技术革命性突破、生产要素创新性配置、产业深度转型升级三方面。⁵⁰

1. 技术革命性突破

技术创新的重要性具有充分的理论基础与实践证据予以支撑。“生产力是随着科学和技术的不断进步而不断发展的”⁵¹，早在科学技术尚未完全展露其生产价值的年代，马克思就敏锐察觉并准确揭示出未来科技对生产力的推动作用。新中国成立以后，国家历任领导人更是反复强调科技创新的重要性，从“向科学进军”⁵²，到“科学技术是第一生产力”⁵³“而且是先进生产力的集中体现和主要标志”⁵⁴“建设创新型国家”⁵⁵，再到如今的“创新驱动发展战略”⁵⁶和“建设世界科技强国目标”⁵⁷，充分展现出马克思

⁴⁵ 参见国家统计局《工业战略性新兴产业分类目录（2023）》，国经普办字〔2023〕24号。

⁴⁶ 参见工业和信息化部等七部门《关于推动未来产业创新发展的实施意见》，工信部联科〔2024〕12号。

⁴⁷ 新华社：《习近平在中共中央政治局第十一次集体学习时强调：加快发展新质生产力 扎实推进高质量发展》，载中国政府网2024年2月1日，https://www.gov.cn/yaowen/liebiao/202402/content_6929446.htm。

⁴⁸ 参见周文、何雨晴：《共同富裕的政治经济学要义》，载《消费经济》2022年第4期。

⁴⁹ 参见黄群慧：《新质生产力是符合新发展理念先进生产力的》，载《习近平经济思想研究》2024年第3期。

⁵⁰ 习近平：《发展新质生产力是推动高质量发展的内在要求和重要着力点》，载《中国新闻发布（实务版）》2024年第6期，第4页。

⁵¹ 《马克思恩格斯文集》第5卷，人民出版社2009年版，第698页。

⁵² 1956年1月，中共中央召开全国知识分子问题会议，毛泽东发出“向科学进军”的号召。

⁵³ 《邓小平文选》（第3卷），人民出版社1993年版，第274页。

⁵⁴ 《江泽民文选》（第3卷），人民出版社2006年版，第261页。

⁵⁵ 2006年1月，胡锦涛在全国科学技术大会上的讲话中向全党全社会发出了“坚持走中国特色自主创新道路，为建设创新型国家而努力奋斗”的动员令，并首次提出了建设创新型国家的总体目标、核心内涵和战略任务。

⁵⁶ 新华社：《习近平在省部级主要领导干部学习贯彻十八届五中全会精神专题研讨班开班式上发表重要讲

科技生产力理论在中国实践中的发扬与完善。纵观以往三次工业革命的历史，其代表性生产工具的蜕变与生产力的跃迁也正是根源于从机械技术到电气技术再到信息技术的一次次变革。

具体到加快形成新质生产力的语境之下，技术变革是贯穿生产要素创新的主线，能够催生新质生产力之“新”。劳动者作为生产力最活跃的要素，是推动技术进步的动力源泉，而科学技术向更高标准迈进后也会对劳动者的技能水平起到促动和筛选的反作用，从而进一步提升劳动者的素质和能力，锻造出知识型、技能型、创新型的劳动者队伍，形成与新质生产力发展相适应的劳动力。对于劳动资料的创新，更是以技术突破为前提，以人工智能这一新型生产工具为例，就有赖于深度学习、自然语言处理、计算机视觉等新兴技术的支持。另外，技术创新还能通过开辟新的劳动空间或提高人们对资源的利用能力来挖掘绿色、多元的劳动对象。例如物联网、云计算等技术开发了线上世界，使存在于虚拟空间的信息数据成为新的劳动对象；裂压技术、集成发电技术则让地热能、海洋能等清洁能源进入人们的视野，成为绿色新质生产力的重要组成部分。

当然，技术变革还需要达到原创性、颠覆性的高度，实现革命性的突破，方能满足新质生产力对“质”的要求。新质生产力形成的过程是传统生产力向符合新发展理念的先生产力跃迁的过程，技术上的一般改进、简单量变无法提供这种跃迁所需的巨大动能，只有技术本身实现革命性突破，方能带动生产要素及其组合而成的生产力质变，达到新质生产力所要求的“高质量”质态。

以新质生产力的核心标志“全要素生产率”作为观察对象，⁵⁸也能充分证成技术革命性突破作为新质生产力形成条件的内在逻辑。全要素生产率(Total Factor Productivity, 简称 TFP)起源于索洛(Solow)对经济增长的研究，⁵⁹反映生产过程中各类生产要素综合利用的效率，主要用于衡量资本、劳动之外以技术进步为代表的其他要素对生产效率的贡献。⁶⁰可见，技术进步是提升全要素生产率的主要来源，技术革命性突破能够使全要素生产率大幅提升，进而形成新质生产力。

2. 生产要素创新性配置

随着经济增长理论的深入发展，经济学家发现，全要素生产率的提升不仅源于技术进步，也有赖于资源配置效率的提高、管理模式的改善、生产过程的优化，⁶¹并进一步将全要素生产率定义为“产出中投入要素不能解释的部分”⁶²。因此，生产要素这类重要社会资源的创新性配置能够有效提高资源配置效率及全要素生产率，从而对新质生产力的形成起到强大的助推作用。

同时，新质生产力“新”与“质”的实现也离不开生产要素的创新性配置。一方面，新质生产力之“新”不仅能实现生产要素的创新，还能促成生产要素组合方式的创新。

话强调 聚焦发力贯彻五中全会精神 确保如期全面建成小康社会》，载中华人民共和国商务部网站 2016 年 1 月 18 日，http://m.mofcom.gov.cn/article/zt_wzqh/lanmutwo/201601/20160101237226.shtml。

⁵⁷ 新华社：《习近平：为建设世界科技强国而奋斗》，载新华网 2016 年 5 月 31 日，http://www.xinhuanet.com/politics/2016-05/31/c_1118965169.htm。

⁵⁸ 习近平：《发展新质生产力是推动高质量发展的内在要求和重要着力点》，载《中国新闻发布（实务版）》2024 年第 6 期，第 4 页。

⁵⁹ See R.M. Solow, *Technical change and the aggregate production function*, 39 *The review of Economics and Statistics* 312 (1957).

⁶⁰ 参见易纲、樊纲、李岩：《关于中国经济增长与全要素生产率的理论思考》，载《经济研究》2003 年第 8 期。

⁶¹ E. F. Denison, *Why Growth Rates Differ? Poster Experience in Nine Western Countries*, Washington Bookings Institution, 1967.

⁶² 2018 年版《新帕尔格雷夫经济学大辞典》在全要素生产率词条上明确指出，全要素生产率是产出中投入要素不能解释的部分。范欣、刘伟：《全要素生产率再审视——基于政治经济学视角》，载《中国社会科学》2023 年第 6 期。

马克思指出：“不论生产的社会形式如何，劳动者和生产资料始终是生产的因素。但是，二者在彼此分离的情况下只在可能性上是生产要素。凡要进行生产，就必须使它们结合起来。”⁶³而生产要素的结合方式必然因生产要素本身的变化而动态调整、不断创新。

另一方面，各生产要素发展是不平衡、不稳定的，信息、数据等新型生产要素与劳动、土地、资本等传统生产要素之间存在相互制约和相互促进的关系，只有科学合理地配置不同发展程度的生产要素，方能产生1+1>2的协同效应，使结合而成的生产力符合“协调”的新发展理念、达到新质生产力的高质量标准。

3. 产业深度转型升级

产业是新质生产力的载体，⁶⁴一方面，战略性新兴产业、未来产业等新业态是新质生产力的主要场域⁶⁵、主要阵地⁶⁶；另一方面，“传统产业改造升级，也能发展新质生产力”⁶⁷。可以说，传统产业向“高端化、智能化、绿色化”⁶⁸深度转型升级的过程，就是生成和应用新质生产力的过程。

具体而言，传统产业向高端化转型升级，要求在产业结构上高级化、在要素保障上高质化，最终实现产品供给的高端化，这就强调生产过程中应当以优化生产要素在内的资源配置为导向，注重生产要素组合方式的创新和协同。作用于上述生产过程中的生产力必然符合新质生产力对创新理念、协同理念的要求。传统产业向智能化转型升级，则注重将大数据、云计算、5G、物联网等信息技术与传统产业深度融合，全面推动智能制造，⁶⁹这就意味着具有革命性突破的高新技术能够作用于生产全过程、全要素，从而促进生产要素的创新，实现全要素生产率的大幅提升，而全要素生产率的大幅提升正是新质生产力形成的核心标志。传统产业向绿色化转型升级，要求实现劳动资料、劳动对象及能源结构的绿色化，⁷⁰从而构建清洁高效低碳的工业能源消费结构。⁷¹在这一过程中，需要集中攻克一批新能源关键技术，通过生产要素的优化重塑和科学配置实现经济效益、社会效益和生态效益的统一，在这一绿色环境中形成的生产力不仅符合新质生产力之“新”，同时也将符合新质生产力之“质”所要求的发展理念与先进质态。

二、反垄断法在加快形成新质生产力中的作用逻辑

新质生产力催生新型生产关系，⁷²新型生产关系的总和所构成的高质量经济基础决定相应的上层建筑，而与新质生产力发展相适应的上层建筑可以为新质生产力的形成提供“加速度”。法律制度作为上层建筑的重要组成部分，是新质生产力的坚实保障，尤其是作为“经济宪法”的反垄断法，对加快形成新质生产力起到重要的作用。

（一）反垄断法的立法目标契合新质生产力的理论内涵

《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）第一条规定：“为了预防

⁶³ 《马克思资本论》（第2卷），中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译，人民出版社1975年版，第44页。

⁶⁴ 参见周宏春：《“新质生产力就是绿色生产力”的内涵特征与产业载体》，载《生态经济》2024年第7期。

⁶⁵ 参见刘文祥、赵庆寺：《习近平关于新质生产力重要论述的深刻内涵、重大意义与实践要求》，载《江西财经大学学报》2024年第4期。

⁶⁶ 参见王宇：《以新促质：战略性新兴产业与未来产业的有效培育》，载《人民论坛》2024年第2期。

⁶⁷ 曲永义：《传统产业改造升级也能发展新质生产力（人民观察）》，载人民网2024年6月27日，

<http://theory.people.com.cn/n1/2024/0627/c40531-40265409.html>。

⁶⁸ 《李强作的政府工作报告（摘登）》，载《人民日报》2024年3月13日，第3版。

⁶⁹ 参见工信部等八部门《关于加快传统制造业转型升级的指导意见》，工信部联规〔2023〕258号。

⁷⁰ 参见郭晗、侯雪花：《新质生产力推动现代化产业体系构建的理论逻辑与路径选择》，《西安财经大学学报》2024年第1期。

⁷¹ 参见工业部等七部门《关于加快推动制造业绿色化发展指导意见》，工信部联节〔2024〕26号。

⁷² 参见赵振华：《塑造适应新质生产力的新质生产关系》，载《人民政协报》2024年2月19日，第3版。

和制止垄断行为，保护市场公平竞争，鼓励创新，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益，促进社会主义市场经济健康发展，制定本法。”由此可见，我国《反垄断法》以预防和制止垄断行为作为基本手段，其直接目标在于保护竞争和鼓励创新。而无论是保护竞争还是鼓励创新的目标，都契合新质生产力的理论内涵。

1. 反垄断法通过鼓励创新实现新质生产力之“新”

关于反垄断法是否具有创新的功能、是否应当以创新作为制度目标的论争已经持续了半个多世纪。一方面，经济学对垄断与创新关系的理论争议，直接影响了法学研究者对反垄断法在创新问题上的看法。具体而言，经济学领域中的“熊彼特假说”⁷³、“阿罗式创新”⁷⁴持截然相反的观点，分别肯定和否定垄断对创新的激励作用，而“阿吉翁模型”⁷⁵则持折中观点。另一方面，美国法学界芝加哥学派与民粹主义对反垄断法价值应当一元化还是多元化的论争也加剧了这一问题的分歧。

近年来，随着研究的深入和社会经济的发展，人们逐渐化解了上述争议与分歧。在理论方面，多数学者已经意识到，关于垄断与创新关系的不同经济学说实际上并不会影响反垄断法对创新的作用，这是因为经济学与反垄断法对“垄断”的界定存在偏差，前者主要关注作为市场结构的垄断，⁷⁶而后者集中规制作为违法行为的垄断。⁷⁷另外，数字经济时代所产生的现实需求亦促使研究者不断呼吁将创新作为反垄断法的主要目标，⁷⁸例如新兴的“新布兰代斯学派”（New Brandeis School），在批判现行美国反垄断执法的基础上，主张应更多关注反垄断法对市场创新的影响，⁷⁹力求通过反垄断来实现保护效率、创新、公平、言论自由等目标。⁸⁰

在实践方面，全球范围内的反垄断法立法与司法工作也日益强调创新的重要地位。2004年欧盟的《横向并购指南》将“对创新的影响”纳入判断经营者集中的标准之中，2007年美国司法部和联邦贸易委员会的《反托拉斯法与知识产权：促进创新和竞争》报告中也指出，反垄断法与知识产权法共同拥有改善消费者福利和促进创新的基本目标。2018年德国第九次修订的《反对限制竞争法》也将“创新驱动的竞争压力”作为认定平台经营者市场支配地位的重要考量因素。2022年6月，第十三届全国人大常委会第三十五次会议完成了我国《反垄断法》的首次修订，使“鼓励创新”正式成为《反垄断法》的立法目标之一，这反映了我国对反垄断法创新功能的深刻认识，也回应了党和国家在新发展阶段落实创新驱动发展战略的核心需求。⁸¹可以说，鼓励创新作为反垄断法的立法目标和制度功能，具有深厚的理论基础和现实依据。

在这样的创新目标与机制之下，市场主体往往以降低成本、提高产品质量和收益为目的提高劳动者的素质与技能水平、改良劳动工具、拓展劳动对象，进而实现生产要素的全面创新。从这一角度来说，反垄断法鼓励创新的立法目标完美契合了新质生产力之

⁷³ See Wolfgang Kerber, *Competition, Innovation, and Competition Law: Dissecting the Interplay*, *Dynamic Markets and Dynamic Enforcement* 33 (2017).

⁷⁴ See Kenneth J. Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, Macmillan Education UK, 1972, p. 219-236.

⁷⁵ See Aghion Philippe, et al., *Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship*, 120 *Quarterly Journal of Economics* 701 (2005).

⁷⁶ See Kokkoris, Ioannis, and Tommaso Valletti, *Innovation considerations in horizontal merger control*, 16 *Journal of Competition Law & Economics* 220 (2020).

⁷⁷ 王先林：《反垄断法与创新发展的协调——兼论反垄断与保护知识产权的协调发展》，载《法学》2016年第12期。

⁷⁸ See Ariel Ezrachi, Mariateresa Maggolino, *European Competition Law, Compulsory Licensing, and Innovation*, 8 *Journal of Competition Law & Economics* 595 (2012).

⁷⁹ 参见韩伟：《创新在反垄断法中的定位分析》，载《中国物价》2019年第8期。

⁸⁰ 参见唐要家：《数字平台反垄断的基本导向与体系创新》，载《经济学家》2021年第5期。

⁸¹ 丁茂中：《〈反垄断法〉鼓励创新规范的适用规则及其立法表达》，载《政治与法律》2024年第4期。

“新”，能够积极发挥加快形成新质生产力的作用。

2. 反垄断法通过保护竞争打磨新质生产力之“质”

早在古希腊时期，亚里士多德就在《政治学》一书中提出了“垄断”和“竞争”的概念。⁸²以唯物辩证法的角度来看，垄断作为一种经济现象，是竞争发展的必然结果，⁸³二者是对立又统一的矛盾体。从反垄断法的名称及具体制度出发，对垄断的预防和制止将直接导致促进竞争的结果。结合立法实践，世界各国也无一例外都将竞争作为反垄断法的立法目标。⁸⁴

反垄断法作为经济法的核心，之所以将保护竞争作为最直接的目标，是因为竞争在发展市场经济、发展社会生产力上具有不可替代的作用。斯蒂格利茨认为，竞争具有选择和激励两大功能。⁸⁵其一，竞争遵循“自然法则”，能过滤市场主体，实现稀缺资源的优化配置与流动，并通过以价格讯号为基准杠杆的市场机制实现优胜劣汰；其二，竞争是生产力不断前进的原动力，相比于以往任何的激励机制都更大更快地催生生产效率的攀升和现代科学技术的登峰造极。路德维希也说：“竞争是获致繁荣和保障繁荣最有效的手段。……它保证随着生产力的提高而俱来的种种利益，终归于人们享受。”⁸⁶正如美国联邦最高院在判决中指出的那样，自由市场中竞争力的相互作用能够产生最佳的经济资源配置、最低的价格、最高的质量和最大的物质进步，⁸⁷从而促进生产力的发展。

因此，反垄断法通过保护竞争来打磨新质生产力之“质”的功能体现在方方面面。首先，从最普遍的意义来说，竞争是宇宙中的客观现象，遵循物竞天择、优胜劣汰的自然规律⁸⁸，筛选并留存更高效、具有更先进生产力的企业是竞争的必然结果，久而久之整个市场的生产力便在不断的竞争中得到整体提升，其质量也在竞争中被不断打磨、优化升级。其次，竞争能够使市场充分发挥价格机制，⁸⁹从而激励企业利用各种方式提升资源配置效率和生产效率，不仅包括对生产要素的创新，还包括对组织模式和资源配置的优化、对可持续发展能力的提升、对跨国合作交流的增强、对消费者利益的保护，使生产力的短期效益与长期效益、经济效益与社会效益都得到全面提升，兼具创新、协调、绿色、开放、共享的特质，实现传统生产力向先进生产力的跃迁。最后，结合我国竞争政策的根本旨归，反垄断法能够通过保护竞争消除市场壁垒，破除妨碍生产要素合理配置和商品服务自由流通的垄断障碍，⁹⁰从而畅通国内大循环、构建全国统一大市场，为高质量发展营造公平透明可预期的良好环境。在这一环境中经过激励、筛选后的先进生产力，必然符合高质量发展的要求和新发展理念，具备新质生产力之“质”。

（二）反垄断法的价值取向造就新质生产力的基本条件

关于反垄断法价值取向的论争至今已告一段落，多元论逐渐成为主流观点，世界各国也纷纷为反垄断法设置多维度的价值体系。反垄断法至少包括效率、公平、自由等价

⁸² 参见[古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1997年版。

⁸³ 参见《列宁选集》（第2卷），中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译，人民出版社2012年版。

⁸⁴ 例如，印度《竞争法》规定：“为了本国经济发展，建立一个预防对竞争造成负面影响行为的委员会，以促进和维护市场竞争，保护消费者权益并保证其他市场参与者的交易自由，并对其他相关或附带事项作出规定。”等。

⁸⁵ 参见[美]约瑟夫·E·斯蒂格利茨：《社会主义向何处去——经济体制转型的理论与证据》，周立群、韩亮、于文波译，吉林人民出版社2011年版，第127页。

⁸⁶ [德]路德维希·艾哈德：《来自竞争的繁荣》，祝世康、穆家骥译，商务印书馆1983年版，第11页。

⁸⁷ See M. C. Howard, *Antitrust and Trade Regulation: Selected Issues and Case Studies*, Prentice-Hall, 1983, p.1.

⁸⁸ 参见朱富强：《新自由主义的十大考辨（中）：自由主义的演化及现状》，载《经济社会体制比较》2018年第1期。

⁸⁹ 参见漆多俊、李国海、王健：《经济法学（第五版）》，高等教育出版社2023年版，第4页。

⁹⁰ 参见国家反垄断局：《贯彻落实反垄断法 把社会主义法治优势转化为竞争治理效能》，载《旗帜》2022年第10期。

值取向，⁹¹在此笔者具体分析其与新质生产力的关系。

1. 反垄断法以自由激励技术革命性突破

尽管从各国反垄断立法条文来看，自由价值处于隐而不彰的地位，⁹²但美国最高法院在 *United States v. Topco Association, Inc.* 案中关于“自由企业的大宪章”⁹³的断言就是自由价值在反垄断法中的最直接证明。结合该案中马歇尔大法官的论述可知，反垄断法就是通过保护自由竞争的手段来维护企业的营业自由和整个市场的经济自由。在德国弗莱堡学派的视域中，自由价值更是被视为社会市场经济的基石性价值。⁹⁴

营业自由是反垄断法自由价值的重要组成部分，不仅赋予了国民根据自己的意愿设立并经营企业或者从事合法自由职业的自由权，也赋予了他们相应的拒绝权。⁹⁵具体到市场经济的情境中，营业自由意味着企业为了追求利润可以依法进入和退出某一产业部门，自由从事商事活动，不受非法干扰和障碍。反垄断法在形式上限制企业合并或订立垄断协议的行为、制止企业独占或割据市场的行为、建立公平竞争审查制度，看似是通过国家之手、政府之手干预垄断企业间的契约自由，实质上则是站在整个社会的角度，保障市场主体的营业自由，进而实现市场经济的自由健康发展。这样一种以干预为表象、以自由为实质的法律制度，充分体现了“有效市场+有为政府”的理念，能够优化营商环境、激发各类市场主体活力，促使市场主体充分进行自由竞争，尤其是研发竞争，进而实现技术革命性突破。

2. 反垄断法以效率引领生产要素创新性配置

效率是反垄断法最显著的价值，也是保护竞争最直接的结果。我国《反垄断法》第一条将“提高经济运行效率”作为终极目标，充分体现对效率价值的重视。反垄断法价值之争中，芝加哥学派极力倡导的唯一价值，也正是效率。⁹⁶在该学派视角下，效率主要是指生产效率和资源配置效率。

结合反垄断法的具体制度，抬高价格的垄断行为会导致经营者为了高额垄断利润而忽略市场需求进行不断扩资，造成垄断企业生产过剩和产品积压，生产效率低下，甚至亏损甚至破产，因此反垄断法禁止固定价格、限制生产数量或销售数量的协议；划分市场、限制交易等垄断行为则会使生产要素等资源无法在市场中自由流动，因此反垄断法对分割销售市场或原材料采购市场的协议、独家交易协议、拒绝交易的滥用市场支配地位行为进行了不同程度的限制。

反垄断法以效率作为价值取向，为广大生产经营者营造统一而开放的市场环境，不仅从微观层面调节各生产经营者之间的利益关系，而且从宏观层面促进整个市场资源的高效配置。在反垄断法有效实施的情况下，生产要素能够在市场上自由流动，各市场主体为了实现效率的最大化，也能够根据价格信号反映出的真实供求关系有效调整生产要素的组合方式，最终实现生产要素的创新性配置，提升全要素生产率。

3. 反垄断法以公平促进产业深度转型升级

我国《反垄断法》第一条“保护市场公平竞争”的目的条款将“公平”作为“竞争”的前提条件，反映出对“公平”价值的重视与向往。公平价值其实是所有法律的共同价值，但在不同部门法中的具体内涵却有所差异。民法等传统法强调抽象意义上民事主体的地位平等、机会平等和规则适用平等，然而这种起点平等“并不真正意味着每一个人

⁹¹ 参见孟雁北：《反垄断法（第二版）》，北京大学出版社2017年版，第35页。

⁹² 参见叶卫平：《反垄断法价值问题研究》，北京大学出版社2012年版，第55页。

⁹³ See *United States v. Topco Association, Inc.*, 405 U.S. 596, 610 (1972).

⁹⁴ 参见[德]何梦得主编：《秩序自由主义》，董靖、陈凌译，中国社会科学出版社2002年版，第5页。

⁹⁵ 参见吴越：《经济法思维的宪法指向——兼论经济法学的历史命运》，载《法学论坛》2013年第3期。

⁹⁶ See Robert H. Bork, *Legislative Intent and the Policy of Sherman Act*, 9 *Journal of Law and Economics* 7 (1966).

在进入每一次竞争时的所有四个因素（指出身、运气、努力和选择）与其他人都平等”⁹⁷。当市场经济从自由竞争发展到垄断阶段后，仅有形式公平远远不够，如果不能保证市场参与方在实质上有能力公平竞争，不仅会使市场机制丧失其本身的功能，还可能导致社会阶层过度分化，造成贫富差距过大的后果。

秉持实质公平的价值取向，保护市场中的弱势主体已经成为新时代我国《反垄断法》的特色。在算法合谋、平台“二选一”、捆绑交易、大数据“杀熟”等反竞争行为愈演愈烈的背景下，最典型的市场弱势主体是消费者。我国在新修《反垄断法》中增设对数字经济领域反垄断的原则性规定⁹⁸及轴辐协议的垄断情形⁹⁹，并颁布《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》，足以突出对数字经济下在信息占有方面处于绝对不利地位的消费者的关怀。此外，反垄断法也重视行政垄断中处于劣势地位的企业的利益。部分地方政府在发展经济时只关注眼前和局部利益，缺乏长远发展的眼光，通过倾斜性产业政策赋予本地目标企业强势地位，使其他企业在市场准入、要素获取及发展空间等领域面临重重障碍，最终造成不公平竞争和垄断局面。对此，新修《反垄断法》规定“强化竞争政策基础地位”¹⁰⁰，并引入公平竞争审查制度，严格评估和清理妨碍统一市场和公平竞争的政策措施，¹⁰¹正是反垄断法不断强化公平价值的体现。

三、反垄断法在加快形成新质生产力中的作用建构

反垄断法的立法目标与价值取向契合新质生产力的形成条件和应有之义，是加快形成新质生产力的重要抓手。在加快形成新质生产力的背景下，为最大限度发挥反垄断法的促进和保障作用，使反垄断法产生更大范围和更深层次的影响，还应当着眼于新质生产力的发展需求，从原则和举措入手对反垄断法今后的完善进行合理布局，有效建构反垄断法对新质生产力的作用体系。

（一）反垄断法加快形成新质生产力的建构原则

确立反垄断法在加快形成新质生产力作用上的建构原则，有助于把握新质生产力发展的现实需求，明确反垄断法落实具体举措的基本方向。对新质生产力的理论内涵与形成条件进行考察，我们不难发现，创新的主导作用贯穿始终。这就要求反垄断法应当作出相应调整，在立法目标和价值取向上都更侧重对创新要素的关注。

1. 以研发竞争作为反垄断法的重点保护对象

科技创新是发展新质生产力的核心要素，¹⁰²新质生产力形成所需的技术革命性突破本质上也是原创性、颠覆性的科技创新。研发竞争是企业创新的重要方式之一，日益影响市场条件和市场参与者的行为，不仅带来了新产品和技术，还能够将领先的技术差距转化为持续存在的竞争优势，¹⁰³激励企业对其产品、服务、工艺等推陈出新，形成动态竞争的新局势。¹⁰⁴在数字时代之下，全球已经进入“高科技冷战时代”¹⁰⁵，面对美国等西方国家技术封锁与垄断瓶颈的双重挑战，我国更需要发挥有效市场和有为政府的协同机制，保护和强化国内市场中的研发竞争，通过研发竞争牵引原创性、颠覆性创新和技

⁹⁷ 参见[美]布坎南：《自由、市场与国家》，吴良建、桑伍、曾获译，北京经济学院出版社1989年版，第190页。

⁹⁸ 参见《中华人民共和国反垄断法》第9条。

⁹⁹ 参见《中华人民共和国反垄断法》第19条。

¹⁰⁰ 参见《中华人民共和国反垄断法》第4条。

¹⁰¹ 参见《中华人民共和国反垄断法》第5条。

¹⁰² 参见《习近平在湖南考察时强调：坚持改革创新求真务实 奋力谱写中国式现代化湖南篇章》，载《人民日报》2024年3月22日，第1版。

¹⁰³ 参见张杰军：《反垄断、创新与经济发展》，知识产权出版社2008年版，第42-43页。

¹⁰⁴ 参见周万里：《数字市场反垄断法——经济学和比较法的视角》，载《中德法学论坛》2018年第1期。

¹⁰⁵ 王文：《全球科技竞争进入“高科技冷战时代”》，载《中国科学院院刊》2024年第1期。

术革命性突破，最大程度释放企业及市场创新的“聚集—溢出”效应，方能加快形成新质生产力，提高我国在国际社会中的科技竞争力。

因此，在保护竞争、鼓励创新的目标前提下，今后反垄断法还应当强化对研发竞争的保护力度，提高对科技垄断的警惕。一方面，限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品的垄断协议将严重限制研发竞争，应当予以有效认定、严格规制。另一方面，研发竞争与具体的市场关系密切相关，参与研发的市场主体为了争夺未来的市场份额，容易自发形成特定竞争关系，构成以创新研发为载体的市场范围，¹⁰⁶而这种研发市场的认定难以适用传统标准，若不及时完善将不利于研发竞争的保护，有必要从动态竞争的角度将研发诱因、研发能力、竞争压力等因素纳入评估范畴，进一步完善研发市场的认定标准。

2. 以创新效率作为反垄断法的首要关注价值

将研发竞争作为反垄断法的重点保护对象是加快形成新质生产力的必然要求，但这并不代表竞争越充分越好。事实上，完全竞争的理想状态需要具备市场自由、交易者众多、产品同质等完善的市场条件，在现实生活中很难实现，即使实现了也容易引发企业间的恶性竞争，反而降低了分配效率。对此，美国经济学家克拉克初步形成了有效竞争理论的观点，主张市场不完美的因素能促使企业不断创新、实现经济技术进步，从而使竞争更有效。¹⁰⁷

然而，如何衡量竞争的“有效”性？芝加哥学派在将效率作为反垄断法唯一价值追求的同时，也将其作为实施竞争政策的重要指标，并以当代经济学主流的静态分析方式将效率界定为生产效率¹⁰⁸与配置效率¹⁰⁹。然而新兴的奥地利学派则认为这种静态效率忽略了动态市场和创新的重要性，创新型企业的进入、颠覆性创新的发生、商业模式的变化都会影响静态效率所需的均衡状态，¹¹⁰应当更多地关注市场中潜在的动态性和破坏性影响，把关注焦点转移到动态效率之上。¹¹¹动态效率将时间维度引入效率的分析之中，把企业家看作是具有创造性、协调性的行动者，其在动态市场竞争中的“协调”与“创造”是动态效率的应有之义。¹¹²

我们可以发现，动态效率与新质生产力的核心标志“全要素生产率”在构成上高度相似，都不约而同地强调创新对效率的突出贡献。由此可见，在新产业、新业态、新商业模式为基础的“三新”经济之下，创新不仅是催生新质生产力的关键要素，也是衡量动态市场有效竞争的重要指标。这就意味着在反垄断法实践过程中，需要实现效率这一价值取向从静态到动静兼顾的转变，尤其将动态效率中的创新效率作为判断垄断行为的首要关注价值和保护有效竞争的重要考量因素，避免因过度反垄断而导致规模经济效益丧失，削弱企业依靠技术创新和研发竞争获取合法市场地位的动力，与新质生产力的要求背道而驰。

（二）反垄断法加快形成新质生产力的建构举措

¹⁰⁶ See J. R. Gilbert, S. C. Sunshine, *Incorporating dynamic efficiency concerns in merger analysis: the use of innovation markets*, 2 *Antitrust Law Journal* 569 (1994).

¹⁰⁷ See J. M. Clark, *Toward a Concept of Workable Competition*, 30 *The American Economic Review* 241 (1940).

¹⁰⁸ See Joseph F. Brodley, *The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare, and Technological Progress*, 62 *New York University Law Review* 1025 (1987).

¹⁰⁹ See Herbert Hovenkamp, *Distributive Justice and the Antitrust Laws*, 51 *George Washington Law Review* 5 (1982).

¹¹⁰ See Roboert D. Atkinson, David B. Audretsch, *Economic Doctrines and Approaches to Antitrust*, *School of Public & Environmental Affairs* 1 (2014).

¹¹¹ See D. I. Waked, *Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choice*, 38 *Seattle University Law Review* 945 (2014).

¹¹² 参见[西班牙]赫苏斯·韦尔塔·德索托：《经济学的新探索》，朱海就译，上海财经大学出版社2021年版，第11页。

在以研发竞争作为重点保护对象、以创新效率作为首要关注价值的原则引领下，反垄断法需要采取具体举措在制度上作出相应的调整，从而为新质生产力的形成营造良好的创新环境，提高资源配置尤其是生产要素配置的效率，做好产业发展规划，以科技创新带动产业创新。

1. 明确知识产权与违法垄断的界限，规制标准必要专利滥用行为

在市场经济条件下，垄断与竞争是相伴而生的现象，¹¹³存在此生彼长的关系。在以动态效率尤其是创新效率为首要关注价值的前提下，正如前文所述，完全竞争的状态很难达到，且不利于实现动态效率的最大化。相应地，垄断也并非一无是处，一方面，它能够通过形成规模经济而降低长期的边际成本，使整个行业提供更低价更高质的产品或服务；另一方面，垄断利润尤其是知识产权垄断所带来的利润也确实能够在一定程度上激励企业有更多的资金投入于研发，提高其创新效率。从这一角度出发，合法且适度的垄断为技术革命性突破开辟了可能空间，有必要重新厘清违法垄断与合法垄断的范围。

在合法垄断中，最典型且与新质生产力关系最密切的是知识产权。知识产权本身是法律赋予创新者的一种“合法垄断”权利，¹¹⁴但不当行使知识产权以排除、限制竞争的行为不仅在私法领域构成对权利的滥用，还将在公法领域构成反垄断法所规制的“违法垄断”。可以说，在知识产权保护和应用的过程中，反垄断法是悬在头顶上的一把利剑。在新经济、新业态不断发展的今天，知识产权中最容易触碰反垄断法红线的是权利许可，尤其是标准必要专利。反垄断领域著名的“华为公司诉美国 IDC 公司案”¹¹⁵“华为公司诉康文森公司案”¹¹⁶“美国高通公司案”¹¹⁷等都是由标准必要专利的滥用所引起。

标准必要专利（Standard Essential Patents, SEP）是指为实施技术标准而不得不使用的专利。¹¹⁸当某类技术标准成为行业或者国家标准而对相关企业产生强制性要求时，与标准必要专利相关的技术许可将涉及公共利益。¹¹⁹而知识产权人容易出于追求经济利益的目的和机会主义的心理，滥用市场支配地位、滥用禁令请求权以收取高昂的专利许可费用，¹²⁰即所谓的“专利劫持”（patent hold-up）¹²¹。若不及时解决专利劫持问题，将会使最终消费者的产品价格被过度抬高，甚至扼杀整个市场的创新。¹²²因此，如何有效区分标准必要专利的合法许可与不当滥用，并进行合理规制，以维护技术标准的开放性和社会公共性，就成为反垄断法当下的一个重要任务。

目前，在标准必要专利滥用的反垄断法规制中，相关市场、滥用行为及禁令救济等方面仍然存在较大的分歧和不确定性，未来应当采取如下举措细化实践中的具体操作：一是在相关市场及市场支配地位的认定上，应当充分考虑技术因素和商业因素的可替代性，并兼顾未来的潜在竞争关系；二是在滥用行为的判定上，可以采取“封锁+提价”的分析步骤，尤其警惕绕开 FRAND 承诺限制进行搭售，从而间接提高标准必要专利价

¹¹³ 参见王翀：《论反垄断法的价值目标冲突及协调》，载《政法论丛》2015年第3期。

¹¹⁴ 参见吴汉东：《“平台经济+数字知识产权”的反垄断问题研究》，载《法治研究》2024年第2期。

¹¹⁵ 参见广东省高级人民法院（2013）粤高法民三终字第305、306号民事判决书。

¹¹⁶ 参见最高人民法院（2019）最高法知民终字第732、733、734号之一民事裁定书。

¹¹⁷ 参见《国家发展改革委对高通公司垄断行为责令整改并罚款60亿元》，载国家发展和改革委员会网站2015年2月10日，https://www.ndrc.gov.cn/xwtd/xwfb/201502/t20150210_955999.htm。

¹¹⁸ 参见王晓晔：《标准必要专利反垄断诉讼问题研究》，载《中国法学》2015年第6期。

¹¹⁹ 参见丁亚琦：《标准必要专利信息披露反垄断规制研究》，载《湖南师范大学社会科学学报》2021年第4期。

¹²⁰ 参见王晓晔、丁亚琦：《标准必要专利卷入反垄断案件的原因》，载《法学杂志》2017年第6期。

¹²¹ See M. A. Lemley, C. Shapiro, *Patent holdup and royalty stacking*, 85 *Texas Law Review* 1991 (2006).

¹²² 参见黄武双、谭宇航：《标准必要专利许可谈判中的“劫持”“反劫持”消解机制研究》，载《知识产权》2023年第2期。

格的行为；在禁令救济的规制上，需要综合考量过错程度及对竞争市场的影响，¹²³在权衡各方利益的基础上决定禁令救济是否适用。唯有如此，方能有效排除滥用标准必要专利的反竞争行为，为加快形成新质生产力营造良好的创新环境。

2. 发挥有效市场与有为政府的作用，贯彻落实《公平竞争审查条例》

我国《反垄断法》是有效协调市场与政府关系的法律制度。该法设定了反垄断法行政执法机构，¹²⁴对垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中三种市场垄断行为进行监管与规制，这是通过更好发挥政府作用来维护市场在资源配置中所起的决定性作用。更重要的是，我国《反垄断法》建立起具有中国特色的公平竞争审查制度，¹²⁵对政府过多干预市场而损害竞争的行政垄断问题进行事前防范，实现市场功能与政府权力的合理平衡，从而提高市场中的资源配置效率。

具体而言，在审查对象方面，《条例》将“法律”补充纳入了公平竞争的审查范围；¹²⁶在审查标准方面，《条例》进一步理清了各细分标准的结构，增设了兜底条款，特别是在商品和要素自由流动标准上纳入“阻碍本地经营者迁出的规定”的新情形，保障了经营者的自由迁移权，促进商品和生产要素在不同区域的市场之间无障碍流动；¹²⁷在审查力度方面，《条例》要求市场监管部门参与重大政策措施的二次审查，¹²⁸并设立抽查、举报处理和督查三重监督机制，不仅赋予了市场监督管理部门更大的审查权限与责任，而且为公平竞争审查制度提供了更加刚性有力的监督保障；在例外规定方面，《条例》新增了促进科学技术进步和增强国家自主创新能力的例外情形，¹²⁹符合反垄断法鼓励创新的立法目标及新质生产力对科技创新的核心需求。

“徒法不足以自行。”在《条例》出台之际，反垄断法执法部门需要进一步采取一系列有力措施推动其贯彻落实。一是要利用专题培训、知识竞赛等形式组织学习《条例》的具体内容，从而提升其在公平竞争审查中的业务能力；二是要加快制定公平竞争审查的具体实施办法，推进《公平竞争审查制度实施细则》的修订工作，完善会同审查工作机制，健全《条例》实施的配套制度；三是要充分发挥市场监管总局的统筹作用，加强各地区、各部门的信息共享和横向协同，持续督促并跟进各地落实情况，及时推广先进经验做法，凝聚更大的公平竞争治理合力。

3. 兼顾数字经济与实体经济的治理，强化互联网平台反垄断监管

数字经济是指以使用数字化的知识和信息作为关键生产要素、以现代信息网络作为重要载体、以信息通信技术的有效使用作为效率提升和经济结构优化的重要推动力的一系列经济活动。¹³⁰有学者基于生产力理论构建测度指标，从城市层面探索数字经济对新

¹²³ 参见郭壬癸：《标准必要专利禁令救济的法律边界：本体、类型化及规范界定》，载《荆楚法学》2022年第6期。

¹²⁴ 参见《中华人民共和国反垄断法》第9条、第10条。

¹²⁵ 参见《中华人民共和国反垄断法》第5条。

¹²⁶ 《公平竞争审查条例》第2条规定：“起草涉及经营者经济活动的法律、行政法规、地方性法规、规章、规范性文件以及具体政策措施（以下统称政策措施），行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织（以下统称起草单位）应当依照本条例规定开展公平竞争审查。”

¹²⁷ 《公平竞争审查条例》第9条第1项规定：“起草单位起草的政策措施，不得含有下列限制商品、要素自由流动的内容：（一）限制外地或者进口商品、要素进入本地市场，或者阻碍本地经营者迁出，商品、要素输出；……”

¹²⁸ 《公平竞争审查条例》第14条规定：“拟由县级以上人民政府出台或者提请本级人民代表大会及其常务委员会审议的政策措施，由本级人民政府市场监督管理部门会同起草单位在起草阶段开展公平竞争审查。起草单位应当开展初审，并将政策措施草案和初审意见送市场监督管理部门审查。”

¹²⁹ 《公平竞争审查条例》第12条第2项规定：“起草单位起草的政策措施，具有或者可能具有排除、限制竞争效果，但符合下列情形之一，且没有对公平竞争影响更小的替代方案，并能够确定合理的实施期限或者终止条件的，可以出台：……（二）为促进科学技术进步、增强国家自主创新能力的；……”

¹³⁰ 参见《二十国集团数字经济发展和合作倡议》，载2016年G20峰会官网2016年9月20日，

质生产力发展的机制与效应，研究结果表明，数字经济在推动发展新质生产力上具有显著的空间溢出效应，且产业生态尤其是产业内的激烈竞争在其中起到重要的调节与加速作用。¹³¹由此可见，当代反垄断法不仅要维护实体经济领域的公平竞争秩序，同时也要兼顾数字经济领域相关企业的反垄断治理，方能更好地推动数字经济与实体经济深度融合，以数字经济的健康发展引领传统产业深度转型升级，从而加快形成新质生产力。

互联网平台是数字经济时代下具有代表性的新型商业组织，给反垄断分析与监管带来了新的挑战。一方面，平台企业因切换成本、规模经济、数据自我优待等因素所引起的网络效应，使经济力量出现向少数平台集中的趋势，更容易形成垄断的市场结构；¹³²另一方面，平台企业的运营往往涉及双边或多边市场，在界定相关市场时所涉及的因素多且复杂，传统的 SSNIP 测试方法在适用上存在一定难度。此外，以事前审查为主的经营集中认定制度极易因数字经济的动态性而导致假阳性错误或假阴性错误，预测难度显著增加。¹³³

针对数字经济所带来的挑战，有必要积极努力探索应对方案，以强化互联网平台的反垄断监管。首先，应当进一步完善互联网平台垄断分析框架，坚持以创新效率作为首要关注价值，深入评估竞争对手相关市场的生存空间，并考察大型平台企业的行为是否对创新造成负面影响。其次，要提升反垄断执法机构的监管水平，加强其对互联网平台垄断技术与手段的熟悉程度，优化数字经济领域反垄断分析的理论与方法。最后，必须严格限制互联网平台自我优待行为。自我优待是指平台运营者通过制定平台规则或者利用自己独特的资源，更加优待自身业务的行为，¹³⁴会产生歧视竞争者、损害消费者福利的负面效应。因此反垄断执法机构应当督促互联网平台履行信息披露义务，并对平台的数据和算法进行定期访问与追踪，以增强对自我优待行为的监管力度。

四、结语

新质生产力理论的提出，丰富和发展了马克思主义生产理论，是推动高质量发展的关键着力点。新质生产力之“新”体现在劳动者、劳动资料、劳动对象上的创新，新质生产力之“质”要求其符合新发展理念、具备先进生产力的质态。在形成机理方面，技术革命性突破、生产要素创新性配置、产业深度转型升级是催生新质生产力的关键要素和基本条件。

在党的二十届三中全会强调“健全因地制宜发展新质生产力体制机制”的背景下，反垄断法这一上层建筑起到了重要作用。反垄断法以鼓励创新、保护竞争作为立法目标，契合新质生产力的理论内涵；以自由、效率、公平作为价值取向，能够造就新质生产力的形成条件，对新质生产力的加快形成具有清晰的作用逻辑。为进一步建构反垄断法在加快形成新质生产力中的作用，需要加强对研发竞争、创新效率的关注，规制标准必要专利的滥用以明确知识产权与违法垄断的界限，落实《公平竞争审查条例》以更好发挥有效市场与有为政府的作用，加强互联网平台垄断行为的监管以促进数字经济与传统经济的融合发展。

http://www.g20chn.org/hywj/dncgwj/201609/t20160920_3474.html。

¹³¹ 参见郎元柯：《数字经济对新质生产力的作用路径及政策效应——基于产业生态的视角》，载《社会科学家》2024年第3期。

¹³² 参见刘戒骄：《数字平台反垄断监管：前沿问题、理论难点及策略》，载《财经问题研究》2022年第7期。

¹³³ 参见孙晋：《数字平台垄断与数字竞争规则的建构》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2021年第4期。

¹³⁴ 参见孟雁北、赵泽宇：《反垄断法下超级平台自我优待行为的合理规制》，载《中南大学学报（社会科学版）》2022年第1期。

论经济法责任形式的现代化

——以个人信息保护为例

蒋博涵*

(华东政法大学经济法学院, 上海 201620)

摘要: 积极责任在经济法责任形式的现代化转向中占据重要位置, 其通过肯定性法律后果来激励行为人模范履行义务、行使权利, 注重治理主体的多元化、治理手段的柔性化以及治理效果的经济化。在传统的消极责任体系下, 个人信息保护面临监管成本高昂、治理效果不佳的困境, 而积极责任能够弥补消极责任功能的不足, 构建个人信息处理的激励与约束双轨格局。积极责任在个人信息保护中的应用主要通过以下路径展开: 一是明确声誉奖励的实体标准和程序要求, 来激励经营者合规处理个人信息; 二是以维权奖励提升消费者个人信息保护动力, 对经营者形成有效外部约束。

关键词: 经济法责任; 中国式现代化; 积极责任; 个人信息保护

党的二十届三中全会通过的《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》强调, “推进国家治理体系和治理能力现代化”, 责任形式的现代化转向是治理体系和治理能力现代化的应有之义。积极责任作为近年来兴起的新型责任形式, 与传统的消极责任形式相区别, 强调行为人的肯定性法律后果, 注重治理主体的多元化、治理手段的柔性化以及治理效果的经济化。在经济法具体实践中, 积极责任可以充分发挥其对经营者、消费者以及社会组织等的激励作用, 促成法律所意欲达成的价值目标。特别是在面对数字经济下的新问题时, 例如在个人信息处理行为的规制中, 一味适用作为惩戒手段的消极责任可能会阻碍创新、影响数据的有序流通利用, 积极责任的引入实则为治理对象创设了一个自我规制的空间, 既可以推动治理的外部成本内部化, 还可以提高对法律的遵从度, 实现成本收益分析下个人信息治理的经济化。

一、经济法责任形式的现代化趋势: 积极责任

(一) 积极责任是对传统法律责任形态的革新

何为责任? 《现代汉语词典》将责任解释为“分内应做的事”。¹这是对责任一词最基础的理解。而在实际运用及学理诠释中, 对责任的解释则普遍限缩在消极责任的语义之中。有学者认为责任是作为不符合已确立的法律标准的行为的一个结果,²此种观点是单纯地从消极方面理解责任。有少数学者鲜明地提

* 作者简介: 蒋博涵, 法学博士, 华东政法大学经济法学院助理研究员、师资博士后, 主要研究方向: 市场规制法、经济法基础理论, 邮箱: zzulawjiang@163.com。

¹ 商务国际辞书编辑部:《现代汉语词典》, 商务印书馆 2017 年版, 1329 页。

² [美]罗斯科·庞德著, 王保民、王玉译:《法理学(第四卷)》, 法律出版社 2007 年版, 146 页。

出了与之相左的论断。譬如有学者认为应从更广义的层面理解责任的内涵，责任不仅与消极反应相联系，也同诸如表扬的积极反应相联系。¹皮特·凯恩对只关注责任的惩罚性的学术倾向进行了思辨，其认为人们既可以对坏的结果负有责任，亦可以对好结果负有责任。²

在法理学的诸多论著中，法律责任的内涵主要有如下两种观点：其一，承担法律责任意味着一个人在法律上对一定行为负责。³其二，法律责任意味着违背法律之规定时应受一定制裁或应受某种不利益。⁴这两种观点可以看作是对法律责任的广义理解与狭义解释。相应地，在经济法中，经济法责任也是主要呈现出这两种观点的分野，且以狭义说为主。即多数观点认为，经济法责任大抵是因经济法主体违反经济法规范所产生的不利后果（否定性法律后果）。⁵亦有学者提出了富有创新性的观点，即经济法责任应包括积极责任，如授予“产品质量免检单位”荣誉、对经济法主体给予奖励等。⁶经济法积极责任是经济法主体模范地实施经济法法律所提倡的行为时所产生的肯定性法律后果。积极责任的提出是对法律责任“消极后果说”的突破与革新，这也是经济法法律责任区别于其他部门法法律责任之处。为了充分发挥法律的威慑作用，刑法体系对明确违反特定行为给予制裁这种形式的法律责任；民法体系强调平等法律主体关系以及意思自治、契约自由的理念，故民事法律责任多强调等价补偿或恢复原有状态。不论是民事法律责任还是刑事法律责任都强调了违反特定法律规范所承担的不利后果，而在涉及政府、企业、社会组织多方法律关系的经济法体系中，经济法责任还强调了角色的责任和相应的激励机制，也就是积极责任。规定了肯定性后果的积极责任在经济法运行中能够产生激励正效应。其通过对达成某种行为或符合某种条件的适用对象一定的精神肯定或物质给予，从而实现对该种行为的倡导。

（二）积极责任是治理现代化的必然趋势

积极责任与侧重惩罚违法行为人的消极责任不同，其运作机理是通过奖励来激励社会多元主体参与到治理中，例如激励经营者自我规制、鼓励消费者积极维权以及行业协会等发挥监督作用。这与治理现代化的意蕴不谋而合。一方面，治理现代化需要多元主体共同治理，这不仅仅与治理成本相关，也与治理水平相连。不同类别主体有着相区别的价值追寻，在这个过程中很容易产生利

¹ [美]约翰·马丁·费舍、[美]马克·拉维扎著，杨韶刚译：《责任与控制：一种道德责任理论》，华夏出版社 2002 年版，第 2 页。

² [澳]皮特·凯恩：《法律与道德中的责任》，罗李华译，商务印书馆 2008 年版，第 48 页。

³ [奥]凯尔森著，沈宗灵译：《法与国家的一般理论》，商务印书馆 2013 年，第 65 页。

⁴ 郑竞毅编著：《法律大辞书》，商务印书馆 2012 年版，第 1189 页。

⁵ 参见杨紫煊、徐杰主编：《经济法学》（第六版），北京大学出版社 2012 年版，第 114 页；黄河、王兴运主编：《经济法学》（第三版），中国政法大学出版社 2013 年版，第 79 页；王先林等著：《经济法学专题研究》，法律出版社 2013 年版，第 72 页。

⁶ 刘大洪主编：《经济法学》，中国法制出版社 2007 年版，第 109 页。

益冲突。¹譬如，消费者意欲达成质优价低的消费，而经营者倾向于从消费者处获取更多的对价。多元主体共同治理实质上是多元利益协调的过程。在共同治理语境下，治理走向是政府、市场、消费者利益的博弈与选择的结果，社会公众对政策的接受度和内心认同感也在主动逐益过程中得以提升。此外，将“多元共治”嵌入政府治理当中，对于弥补政府自身调制能力的不足、降低政府规制成本亦有所助益。²另一方面，国家治理现代化也表现在治理方式的多元，既需要消极责任形式发挥威慑惩罚作用，也需要积极责任形式发挥倡导激励作用。一个法治国家若没有消极责任存在，则难以形成秩序井然、行为有度的法治格局；但仅仅规定消极责任是远远不够的，其在引导社会主体自觉守法、自发维护秩序方面是薄弱的，积极责任的引入能使国家治理模式合乎自由、效率的根本价值准则。传统观点认为，法律规范设定的结果在于创设、消灭或改变某种行为义务，相应地这种义务对应的通常是消极责任。而积极责任则会赋予行为人获取奖励的权利，常与经济法的提倡性规范相联结，作为模范遵守提倡性规范的肯定性法律后果。积极责任的出现，能够调动更多的主体实施立法所倡导的行为，是提倡性规范法律后果的重要表现形式。事实上，主体所实施的具体行为与法律后果的连接表达了立法者的“利益评价”，实施契合“利益评价”的行为则会产生积极责任。

（三）积极责任在经济法中的独特功用

法律具有指引、评价、预测、教育、强制等规范功能，³积极法律责任的整体功能主要是发挥其对主体行为的激励作用，同时也辅之惩罚功能。规定了肯定性后果的积极责任通过对达成某种行为或符合某种条件的适用对象一定的精神肯定或物质给予，从而实现对某种行为的倡导或激励。积极责任多以奖励这种形式表现出来，具体包括认可质量型奖励、税收优惠型奖励、维权型奖励、社会监督型奖励等等。

经营者承担积极责任意味着肯定性法律后果的产生，对经营者具有一定的激励作用，以下以认可质量型奖励和税收优惠型奖励为例进行分析。当企业的产品质量或质量管理方法远高于行业标准、国家标准或国际标准时，行政管理部门将根据法律及具体标准对企业予以奖励。这是国家对企业生产质量的高度认可，《产品质量法》第六条第二款⁴即是如此。这种奖励通常是一种精神奖励，对企业而言是一种荣誉，能够使其树立良好的企业形象或品牌形象，对其提升销量及扩展市场等都大有裨益。除了精神奖励之外，积极责任还会对经营者采用物质形式奖励。例如，在宏观调控领域，涉及税收优惠的政策性福利，可以

¹ 参见侯东德：《董事会对短期主义行为的治理》，载《中国法学》2018年第6期。

² 参见张守文：《经济法的法治理论构建：维度与类型》，载《当代法学》2020年第3期。

³ 付子堂：《法律功能论》，中国政法大学出版社1999年版，第41页。

⁴ 《产品质量法》第六条第二款：对产品质量管理先进和产品质量达到国际先进水平、成绩显著的单位和个人，给予奖励。

看作是对满足特定条件的企业的一种奖励。《企业所得税法》设立专章“税收优惠”，详细列明了税收优惠的对象、条件、优惠幅度。高新技术产业、小微企业等国家重点扶持、发展的对象多受此激励作用，发展过程中产生集聚效应，并因此不断撬动和升级投资、消费这些“经济双循环”重要因子。¹

二、个人信息保护适用积极责任的理论逻辑

（一）单一消极责任下个人信息保护效果不佳

消极责任在个人信息处理行为的规制中扮演着重要的角色，但不容忽视的是，其也存有一定的局限性，通过消极责任来保障各种利益只局限在特定范围内。²第一，单一的消极责任模式无法有效缓解政府承担的监管成本压力。制裁意味着公权力机关施加一定的不利益在违法行为人身上，这会产生多方面的成本，既包括前文所提及的监管成本、转移成本，也包括违法行为人所承担的违法成本。在单一制裁模式下，有限执法资源与高昂政府监管成本间的冲突难以有效调和。第二，单一的消极责任模式也难以有效增益消费者整体福利。在已知违法行为的制裁后果情形下，经营者的自我调整大致分为两类：一是遵守法律，避免实施违法行为；二是尽可能地规避法律，或者逃避法律的制裁。第一种情形之下，企业以立法为导向，被动地实施应对之策，而非主动地提高产品的信息安全性能以及优化个人信息处理模式。可以说，提升消费者整体福利的行为激励严重不足，难以形成共赢的治理格局。第二种情形之下，违法行为的发生概率并未降低，同时还有可能产生“规制俘获”的问题。³在经营成本一定的前提下，在“规制俘获”上花费的成本将会挤占提高产品质量、增加消费者福利的支出。第三，若责任惩罚幅度的设置与比例原则相悖，则会产生负外部性。如果对个人信息损害行为的制裁畸轻，产生的负外部性集中表现为无法形成对个人信息处理者的有效威慑。若违法收益高于违法成本，那么在“趋利”心理的作用下，违法行为将会有所增加，从而造成社会整体利益的受损。但若畸重，也会产生负外部性。一方面，个人信息处理者可能不会采取及时止损措施，不能有效避免个人信息损害后果进一步扩大，从而导致程度更加严重、范围更为广泛的个人信息损害。另一方面，重罚可能会导致对产业创新和发展的损害。在资本一定的前提下，企业在重罚之下付出较多的违法成本，那么企业用于投入研发等事项的资金就会缩减，长此以往，企业的竞争力、市场的活力都会有所下降。

（二）积极责任能够弥补消极责任功能的不足

1. 积极责任降低规制成本

¹ 蒋博涵：《经济法的提倡性规范：理论形塑与实践因应》《经济法论坛》2022年第1期。

² [美]罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，北京，商务印书馆，2010年版，第35页

³ 参见[英]科林·斯科特：《规制、治理与法律：前沿问题研究》，安永康译，北京，清华大学出版社，2018年，第356页。

若是单纯地依靠消极责任来威慑违法违规行为，政府监管成本则十分高昂。积极责任强调发挥非政府主体的作用，多管齐下对经营者不当收集行为纠偏，倡导社会多元主体共治，能够有效降低政府的监管成本。一方面，积极责任直接激励经营者自我实施法律所倡导的行为，审慎收集个人信息。这就能够将监管者的监管成本部分转移到经营者身上，减少因信息不对称带来的额外执法成本。另一方面，积极责任所激励的行业监督、消费者监督能够部分弥补政府监管资源稀缺的缺陷，对个人信息处理行为施以非强制性压力，从而实现政府规制的减负。在政府主导的强监管模式下，政府对个人信息处理主动实施监管行为，而有限的监管资源与庞大的被监管群体间的平衡难以实现。积极责任的引入能够推动违法行为审查触发机制的转变，从监管主体主动审查转向由社会监督触发的被动审查。

2. 积极责任增加经营收益

当经营者模范地遵守个人信息处理的合法、正当、必要原则时，会产生积极法律后果。个人信息处理行为的消极责任多采用声誉罚，譬如监管部门对违法违规收集个人信息的APP进行公示，减损了涉事企业的声誉，企业的社会形象大打折扣，消费者的认同感降低，最终影响企业的经营收益。而积极责任包括质量认可型奖励，个人信息安全系数高也属于高质量的一种表现，对产品的信息安全性能进行肯定是对企业声誉的嘉奖，有利于提高产品的用户量和使用频次，从而产生更多的经营收益。从消费者视角观之，积极责任的引入也将增加其维权收益。积极责任中的维权型奖励要求违法经营者超额赔偿维权消费者，以此达到鼓励消费者维权、惩罚违法经营者的目的。但在经济法体系中，目前《消费者权益保护法》并未对个人信息权益保护行为设置积极责任，有待补缺。

三、个人信息保护适用积极责任的实践路径

（一）个人信息保护的声誉奖励

声誉奖励的形式包括但不限于荣誉称号、公开褒奖等等，其中，“白名单”制度是声誉奖励形式的典型制度映射。当经营者模范地遵守个人信息处理的“合法、正当、必要和诚信原则”以及具体规则时，监管部门可以依照特定程序将此类经营者纳入“白名单”。被纳入“白名单”的经营者能够实现商业声誉的正向增益，更加具有市场竞争力。消费者在选择APP或网站时会优先考虑“白名单”企业，从而为相关企业带来更多的收益。此即好声誉本身为企业带来的奖励。“白名单”的展现形式可以不局限于名单的公示，可通过“白名单”标识的呈现来进一步扩大“白名单”产生的社会效应。为了使“白名单”制度行之有效，防范制度异化风险，需要明确进入“白名单”的实体标准和程序要件。¹

¹ 刘大洪、蒋博涵：《论个人信息保护的声誉激励》，《学习与实践》2023年第1期。

实践表明，个人信息处理的现存问题主要集中在必要原则以及知情同意规则的遵守上。因此，“白名单”的实体标准也重点围绕必要原则及知情同意规则展开。必要原则要求个人信息处理应以实现处理目的所必要的最小范围为限。¹处理目的的明晰化和准确化是前提，必要性衡量是关键。处理目的应以书面形式呈现，且避免过于宽泛、笼统，尽可能精简、准确。实现目的所必要的最小范围意味着尽可能少地处理个人信息，特别是敏感类个人信息，例如若处理非敏感类个人信息即可实现目的，则不应处理敏感类个人信息。知情同意规则落实的关键在于经营者告知义务的履行。经营者除了告知消费者法律明确规定的事项外，还应当注意告知内容的行文是否简洁明了、通俗易懂，涉及个人信息权益的重要信息是否被重点标识。

若无程序正义，实体正义也难以实现。为了保证“白名单”的公正性和有效性，应同时对“白名单”的入选程序作出规定。“白名单”的确定主要经过以下流程：首先，由企业对照“白名单”的入选标准提出申请；而后由监管部门组织评审委员会对申请人进行评选，确定拟入选“白名单”的企业；随后，由监管部门向社会公示拟入选的企业名单，公示期内若收到异议则进行核实并公布核实结果，公示期满后再次公布最终确定的“白名单”。公示的时间间隔可以借鉴证监会推行的证券公司“白名单”制度，²采取逐月公示的方式。“白名单”是动态变化的，“可进可出”，已进入白名单的企业也会面临着因审查不合格而退出的风险，因此其亦会不断提升个人信息处理合规水平。在此种动态竞争之下，行业整体的个人信息保护水平将有所提升，个人信息保护的技术水平有望实现突破，例如匿名化技术的革新。

（二）个人信息保护的维权奖励

维权奖励是积极责任的重要表现形式之一，由经营者对消费者予以超出损失的赔偿既可以鼓励消费者更好地维护权益，又可以对违法处理个人信息的经营者予以惩戒。低维权收益以及高维权成本降低了理性经济人的维权动力。在此逻辑前提之下，适当提高维权收益能够激励更多的消费者提起诉讼。虽然《消费者权益保护法》虽在消费者权利章节中明确了“个人信息依法得到保护的权利”以及监督的权利，但未涉及维权奖励制度。而域外立法对侵犯个人信息权益行为的规制，则相对充分地保障了消费者的维权收益。譬如《纽约市生物识别信息法》规定生物识别信息权益受到侵害的个人有私人诉讼权，可获得法定赔偿金，从“每次因疏忽而违规”的500美元到“每次故意或轻率违规”的5000美元不等，以及合理的律师费、专家费和其他诉讼费用等费用。³此外，

¹ 参见刘权：《论个人信息处理的合法、正当、必要原则》《法学家》2021年第5期。

² 《证监会公布首批证券公司“白名单”》

<http://www.csrc.gov.cn/csrc/c100028/c349fbb9a53b943df860fe09efd942d01/content.shtml>。

³ See New York City Administrative Code § 22-

1203[EB/OL].<https://codelibrary.amlegal.com/codes/newyorkcity/latest/NYCAAdmin/0-0-0-42626>.

《加利福尼亚州消费者隐私法》规定，因企业违反了实施和维持与信息性质相适应的合理安全程序和惯例以保护个人信息的义务，而致使消费者未经加密和未编辑的个人信息受到未经授权的访问和渗透、盗窃或披露的，每起事件每位消费者则可以要求“赔偿不少于100美元且不多于750美元的损害赔偿或实际损害赔偿，以较高者为准”。¹最新生效实施的《加州隐私权法》继承沿袭了这一规定。当实际损失低于法律规定的最高赔偿数额时，消费者可以向经营者主张超过实际损失的赔偿金额，超出的部分实际上是对维权经营者的奖励，是因维权行为引发的积极法律后果。这对于我国个人信息保护法律制度的完善具有一定的启发意义。

根据我国《个人信息保护法》第69条²和已有的司法实践，当消费者获得的赔偿依照“个人因此受到的损失”确定时，可能会存在损失数额较少的情形；当依照“个人信息处理者因此获得的利益”确定时，由于每条个人信息的获利可能是几毛到几元不等，消费者能够获得的赔偿微乎其微。而最低赔偿数额的设置则能够减缓消费者的维权惰性，此制度能够使其获得超出实际经济损失的赔偿，亦即对维权的奖励。当然，在鼓励消费者维权诉讼的同时也要尽量避免激励负效应的产生，即法院相关诉讼案件的激增、巨额赔偿的产生。为了减轻大量消费者诉讼可能产生的巨额赔偿压力，《纽约市生物识别信息法》规定消费者提起诉讼前须提前30天通知经营实体，如果经营实体在30天内完成对违反事项的补救，则可以免于向消费者支付法定赔偿金。未来可以借鉴此种立法设计，明晰赔偿金额的范围，同时设置通知前置条款。而赔偿金额范围的设置也有不同的选择：其一，笼统规定违法处理行为赔偿金额的上下限，赔偿数额由法官根据诉讼请求和违法处理行为危害性自由裁量；其二，对个人数据违法处理行为进行划分，对危害程度不同的处理行为分别设置不同的赔偿区间。但对个人数据违法处理行为进行划分又存在划分标准和行为归类的问题，若立法过于精细化将难以适应不断变化的新模式、新问题，故笔者倾向于第一种赔偿金额设置的方法。维权型奖励是经济法特有的调整方法，其能够对消费者产生正向激励，并对经营者产生负向激励。消费者在维权收益的激励之下，更有动力去提起诉讼，以实现消费者个人信息权。经营者面对高额诉讼赔偿的压力，也会更加自觉地规范数据处理行为。

结语

经济法积极责任和经济法消极责任一同构成了经济法责任体系，且经济法

¹ California Consumer Privacy Act of 2018, California Legislative Information[EB/OL]. http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?division=3.&part=4.&lawCode=CIV&title=1.81.5.

² 《个人信息保护法》第69条第2款规定，“前款规定的损害赔偿责任按照个人因此受到的损失或者个人信息处理者因此获得的利益确定；个人因此受到的损失和个人信息处理者因此获得的利益难以确定的，根据实际情况确定赔偿数额。”

积极责任也是经济法与其他部门法相区别的的关键一环。积极责任对社会主体发挥作用的基础在于理性经济人会在成本收益考量的基础上实施行为，“两利相权取其重”。其经济法责任体系中有其独特的作用与价值，其能以较低的成本产生良好的社会效应，引导行为人的价值选择，在个人信息保护中能够引导、激励治理对象自我规制，推动治理的现代化转向。

合作经济组织法人的规范解释、发展境况与法律续造

黎桦 徐洪斌 吴航帆^①

【摘要】合作经济组织属于互益法人，其设立目的具有同业互助性质；在内部组织上遵循人合性，亦体现适度、有限的资合性；在政策待遇上具有公共性与扶持性。我国主流的合作经济组织类型主要有供销合作社、农民专业合作社、信用合作社三类，改革开放以来三类合作社面临着不同的发展境况。制约我国合作经济组织法人发展的主要因素有：一是政府与市场的关系，合作经济组织经常遭遇政府不当干预和市场优胜劣汰的双重挤压；二是对合作经济组织的立法回应不足，使合作经济组织的法律制度建设长期落后于现实需求。为保障我国合作经济组织健康发展，助力乡村振兴扎实推进，应结合实际进行法律续造：一方面，要以合作经济组织统一立法取代合作社单项立法，制定完备的“合作经济组织法”；另一方面，着手构建起合作经济组织的支持性政策法规体系，主要包括合作经济组织的身份识别监管机制、系列政策支持系统、农产品流通渠道培育制度与反垄断法适用豁免地位等。

【关键词】民法典；合作经济组织法人；农民专业合作社；供销合作社；信用合作社。

《中华人民共和国民法典》（以下简称民法典）第96条、第100条将“城镇农村的合作经济组织法人”作为一类“特别法人”进行了规定。除这两条内容外，民法典没有就合作经济组织法人的具体形态、组织结构、运行规则做更细致的表述。近年来，伴随着“全面推进乡村振兴工作”的全面开展，以农民专业合作社、供销合作社为代表的各类合作经济组织形式不断参与经济社会活动，并在其中显现出重要地位，国家也先后出台了一批有关培育和振兴合作经济组织发展的政策。但是，由于民法典并未对合作经济组织法人的性质、功能、具体类型、治理结构等做出较明确和细化的规定，加之在民商事活动实务中，合作社也没有发挥如同公司制企业法人在促进投资、增进效率、繁荣经济等方面更为重要的作用，社会公众对合作经济组织缺乏系统的了解。2022年底，因湖北、宁夏等地的供销合作社重建规划取得了一定成就，相关新闻媒体对此进行了报道。这本是一则正面新闻，却由于相关公众不熟悉供销合作社性质和功能，单单凭借各自的经验判断，将此解读为“开倒车”“搞计划经济”，把供销社推向了“风口浪尖”。^[1]

因此，在民法典全面贯彻实施、深入推进乡村振兴工作的背景下，我们有必要对合作经济组织法人进行系统梳理和规范解释，明晰其法人性质、组织特征和运行逻辑，澄清社会公众普遍存在的对合作经济组织法人的信息盲区或误解。同时，也有必要在此基础上，对我国改革开放以来各类合作经济组织的发展境遇进行一次系统的梳理和检讨，反思其不足。并在合作经济组织发展存在的缺憾与不足的基础上，对合作经济组织法人的制度续造做出整体法律设计。

一、民法典中“合作经济组织法人”的规范解释

（一）合作经济组织的内涵界定与法人类型归属

法人的类型结构在民法典编纂过程中历经多次讨论。最终，民法典在“结构主义”和“功能主义”的两种法人类型结构争论中，采取了功能主义的立法倾向，即我国的法人类型结构更

^①本文系湖北省哲学社会科学重大项目“新时期高校‘习近平法治思想课程体系创新机制研究’”（20BFX117）阶段性成果。黎桦，湖北经济学院法学院教授，研究方向：经济法学。徐洪斌，湖北省浠水县人民检察院三级高级检察官，研究方向：刑事司法。吴航帆，法律硕士，湖北省浠水县人民检察院第三检察部副主任，研究方向：刑事司法、基层党建。

倾向于依照法人在国家构想的社会整体中担当的具体职能来进行划分,更侧重于法人分类的本土资源利用和满足现实生活中对立法的需求。^[2]与之相比,结构主义的立法倾向则更侧重于满足私人需要并为个体活动提供制度支持,故而,结构主义的法人类型构建常常以“公法人-私法人”和“社团法人-财团法人”为基本结构展开。而我国民法典则采取了“营利法人-非营利法人”的框架,这一分类更专注于区分不同法人在实践中的功能取向。但是,单纯“营利-非营利”的二分法逻辑难以涵盖现实中我国各类情势复杂的法人类型。因此,要通过“特别法人”的兜底式规定,使民法典的法人类型更加周延,更符合我国经济社会运行的现实状况。^[3]通过特别法人制度,民法典的法人类型体系“让内化进法典化之中的法人制度真正成为治国理政的实践工具,而不仅仅只是停留在纸面上的精巧理论模型”。^[4]

我国民法典明确规定合作经济组织法人是一类特别法人。但是,如果依照“营利-非营利”的功能主义逻辑进路细究,合作经济组织法人在本质上是处于二者中间状态的“互益法人”,我国较早期的研究中也有将其称之为“中间法人”的。^{[5](P.79)}所谓“互益”,是指此类法人的设立目标,既不像营利法人力图实现成员收益的最大化,又不像纯粹的公益法人追求社会整体或不特定多数人的公共利益,而是以满足设立或加入法人的社会群体间共同利益为目的。^[6]亦即,他立足于解决的是成员之间在社会经济活动中有关生产、生活等方面的互助性、协作性需求。在我国,绝大多数合作经济组织法人被冠以“某某合作社”的称呼。而根据“国际合作社联盟(International Co-operative Alliance,以下简称 ICA)”的定义,合作社是指“自愿联合起来的人们通过共同所有、民主管理的组织形式实现其共同的经济、社会与文化目标及需求的自治性联合体”。ICA还申明了合作社的七项基本原则:包含自愿和开放的社员制;民主的社员管理;社员的经济参与;自治与自立;教育、培训和宣传;合作社间的合作;关心社区。^[7]

事实上,依照学理上对互益法人的界定,除了合作经济组织法人以外,一些依托于共同身份、职业或爱好而成立的同乡会、行业协会、商会、学会、俱乐部等,亦属于互益法人的范畴。在我国,与合作社不同的是,此类法人经常登记注册为“社会团体法人”,依照民法典所界定的法人类型框架,社会团体法人被归入到非营利法人的范畴。换言之,在现行民法典所设置的法人类型框架下,除合作经济组织法人外,其他互益法人是被视为非营利法人的一类子类型予以规制的。^②之所以出现这一状况,是因为在中国社会计划经济的发展历史上,合作社曾长期作为集体经济或公有制经济的承载体和实践形式,具有重要的政治和经济功能。在进入社会主义市场经济后,这些功能也以特定的形式保留、传承下来,并在新的时代语境中有所演化和发展。^[8]这就使得合作经济组织在我国实践中的法人类型中具有较明显的特殊性,最终被特别对待,归类为特别法人。

^②民法典第 87 条第二款规定:“非营利法人包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。”第 90 条规定:“具备法人条件,基于会员共同意愿,为公益目的或者会员共同利益等非营利目的设立的社会团体,经依法登记成立,取得社会团体法人资格;依法不需要办理法人登记的,从成立之日起,具有社会团体法人资格。”据此可知,我国民法典原则上将纯粹的公益目的与“会员共同利益”(互益)目的均纳入到非营利法人的范畴,仅单纯在非营利法人体系中排除了合作经济组织法人,将其归类为特别法人而已。因此,在制定民法典的研讨阶段,即有一种反对性的研究观点认为,如果依照“营利法人”与“非营利法人”的二分法逻辑,那应当将合作经济组织法人界定为非营利法人,而非特别法人。更多分析,可参见孙晓红,师子祥:《合作社法人类型辨》,中北大学学报(社会科学版),2020年第2期。

（二）合作经济组织法人的独特法律属性

与其他法人类型相比，合作经济组织法人具有以下三个方面的特殊法律属性：

首先，合作经济组织法人在设立目的上具有同业互助性。合作经济组织致力于解决的是具有同类需求的全体成员在生产、生活上的协作性、互助性目标，如融通生产生活资金、发掘和维护产品的经销渠道等，在满足这些需求的过程中，合作经济组织所从事的生产经营活动可能有所盈余，但盈余本身不是此类法人运行的目的，而是在满足成员需求前提下的附带结果，因此有别于营利法人所追求的资本利益最大化原则。^[9]与此同时，合作经济组织所追求的上述目标，又仅局限于成员范围内的利益需求。它并不关注归属于同类行业，也并未加入到该组织其他主体的利益范围，这又使其区别于中国的行业协会、慈善团体等非营利法人。后者作为一种法人形态，具有超越成员范围的整体公共利益追求。

其次，合作经济组织法人在内部组织上遵循人合性，但亦体现适度、有限的资合性。既然合作经济组织以解决成员间互助性、协作性需求为运行目的，那么就不能适用在公司制企业法人中所遵循的资本多数决规则即“一股一票”，而是要原则上奉行“一人一票”规则。对待合作经济组织的决策性事务，各成员之间不论其身份、规模、影响力和实际出资额，都平等地享有一票表决权。亦即，合作经济组织主要依循“人合性”而非“资合性”的组织规则。在盈余回报方面，合作经济组织也并非依照成员的入资比例分配盈余，而是根据成员实际参与交易的比例，即谁对合作经济组织的互助性、协作性功能“贡献率”高，谁的盈余分配就高，这实质是一种“按劳分配”而非“按资分配”的人合性逻辑。^{[10] (P. 58-59)}但是，在合作经济组织的实践发展过程中，上述纯粹的人合性逻辑不断面临冲击和挑战。毕竟，使合作经济组织保持纯粹的人合性，虽有利于坚守“我为人人，人人为我”的互益法人性质，但也会抑制资本效率。如果不论出资比例大小，在表决权和盈余分配权上不享有特殊待遇，就意味着资本参与合作经济组织运作没有意义。因而，不论国内还是国外，在合作经济组织的实践运作中，都会适度引入资合性的运行逻辑，但要对其进行严格限制。在我国改革开放实践中，这种人合性与资合性相互结合的制度变迁方式，在相当长一段时期被冠以“股份合作制”的称谓。^[11]在《中华人民共和国农民专业合作社法》（以下简称《农民专业合作社法》）中，为增强“资本下乡”带来的助农惠农效率，第22条特别规定，在农民专业合作社保持“一人一票”的表决原则基础上，特别允许出资额或者与本社交易量（额）较大的成员可按合作社章程规定享有附加表决权，但附加表决权总票数不得超过本社成员基本表决权总票数的百分之二十。^{[12] (P. 108-111)}在美国，对农民专业合作社进行规定的《凯普沃斯蒂德法》（Capper-Volstead Act）中，则规定出资水平较高的农业生产者成员可以获得更高的投资年回报率，但该回报率不得超过8%的上限。通过这种规定，可以在适度鼓励资本效率的前提下，仍能确保合作经济组织的运营以维护成员的互助性利益需求为目的。^[13]

最后，合作经济组织在政策待遇上具有公共性与扶持性。立足于合作经济组织的同业互助性和人合性特征，充分发挥对于增进社会弱势群体、社会边缘群体的互助互惠的重要功能，如农民、手工业者、个体经营者等。正因如此，相较市场经济发达的城市，农村、乡镇反而更有可能成为合作经济组织繁荣的社会区域。实践中，很多合作经济组织在履行其互益性职责过程中，一定程度上缓解了政府在基础设施建设、提供公共服务、提高社会保障等方面的公共责任，发挥着重要的“社会中间层组织”的功能。^[14]因此，很多国家都会为符合一定条件的合作经济

组织设置一些扶持性的公共政策，这包括但不限于信贷支持、财政支持、产业政策、反垄断适用豁免等。^{[15] (P.58)} 在我国，基于农民专业合作社、供销合作社在拓展农产品流通渠道、增进农民协作与互助等方面发挥作用，合作经济组织也经常成为承载“助力乡村振兴”相关公共政策的重要载体。^[16] 合作经济组织这种政策待遇上的特殊地位，是一般企业法人所不可能拥有的。

二、改革开放以来我国各类合作经济组织法人的发展境况

合作经济组织法人并无统一的类型划分，不同国家和地区、不同社会公众群体根据各自经济社会发展需求通过立法来予以组织和运作。在我国，自改革开放以来，主流话语体系下的合作经济组织类型主要有供销合作社、农民专业合作社、信用合作社三类。^③ 在三类合作社的发展境况中，由于政府与市场两种机制的交互影响和作用，不同合作社迎来了不同的命运，有的“涅槃重生”，有的则“偃旗息鼓”。

（一）供销合作社：从政府管制到政府培育

供销合作社是我国历史最为悠久、规模最为庞大的合作经济组织，源头可以追溯到新中国成立前的1922年，中共湘区委员会组建的“安源路况工人消费合作社”。^[17] 新中国成立后，供销合作社逐步改造为计划经济体制下的国营零售商贸系统。彼时的供销合作社作为合作经济组织的身份和功能已经淡化，本质上是行政力量在商品供销领域的延伸。^[18] 改革开放后，供销合作社经历了数次改革尝试，其法律性质也一直在合作经济组织法人、机关法人、企业法人不同身份之间摇摆不定。^[19] 但是，依照2015年《中共中央、国务院关于深化供销合作社综合改革的决定》，供销合作社的改革目标是“与农民联结更紧密、为农服务功能更完备、市场化运行更高效的合作经济组织体系”。亦即，供销合作社最终仍回归了合作经济组织法人的自身定位，并着重强调它在助力“三农”方面的属性和功能。依照章程，供销合作社将自身定位为“为农服务的以农民社员为主体的集体所有制的合作经济组织”，在“创新农业生产服务方式和手段，推进新农村现代流通网络建设，提升农产品流通服务水平”等方面发挥重要功能。^④

在具体运行实践中，鉴于供销合作社本身具有传承自计划经济体制的运作传统和编制基础，故而，现实中的供销合作社在具备合作经济组织法人的基本性质之外，仍具有浓重的政府培育色彩，具有一定的“准行政性”。其突出表现是：我国的供销合作社系统主干是依照与行政管理系统相类似的科层式设计组织的，从最底层的基层社到逐级设置的联合社依次展开，塔尖是作为全国供销合作总社。除此之外，各级基层社、联合社还通过组建企业集团、行业协会、社会组织等形式，参与产业链、供销链、价值链的培育。^[17] 这些机构具有自身独立的法人人格，依照我国民法典的归类，其在性质上可归类为企业法人、社会团体法人或事业单位法人。^⑤ 近年来，我国供销合作社在助力“三农”建设方面发挥了重要作用。但其一直以来遵循的行政化运作逻辑，亦招致较多诟病。在供销合作社实际运行中，作为合作社成员的农业生产者、个体

^③除供销合作社、农民专业合作社、信用合作社以外，我国在改革开放初期还曾经短期存在过一些“非主流”的合作社，如住宅合作社、保险合作社等，但要么仅存在于一些特殊的社会时期，在短期运作后便消亡，要么对社会经济发展产生的作用极度有限，不具有典型性。故此，对此类合作社，本文不做展开分析。

^④参见《中华全国供销合作总社章程》第2条、第8条。

^⑤比如，作为独立企业法人的中国供销集团有限公司即是中华全国供销合作总社全资设立的企业，与之相类似，总社、供销集团等还通过全资、参资等形式设立了中华棉花集团有限公司、中国农业生产资料集团公司、新合作商贸连锁集团有限公司等；而在设立事业单位、社会组织方面，则有中华合作时报社、中华全国供销合作总社管理干部学院以及多个研究所、研究机构。

经营者难以发挥其意志和作用，存在着以政府干预意志取代成员决议的倾向。严格来讲，与其说当前的各级供销合作社及其联合社系统属于合作经济组织，倒不如说它们更像是机关法人、集体所有制企业法人和合作经济组织法人一种独特的“混合体”。

（二）农民专业合作社：从政府培育到市场决定

农民专业合作社是在农村家庭承包经营基础上，农产品的生产经营者或者农业生产经营服务的提供者、利用者，自愿联合、民主管理的互助性合作经济组织。^⑥此类合作社是在改革开放后，伴随着农村土地家庭联产承包责任制的改革探索，农民在农业生产经营活动市场化改革的浪潮下，基于自愿互利、民主管理的原则组建、运营并发展的一类合作经济组织。^[20]因此，相较供销合作社，农民专业合作社虽在实践中不乏政府培育和扶持的色彩，但它更主要的是基于市场驱动和农民自主选择所产生的合作社类型。在运行过程中，也主要交由市场自由竞争予以优胜劣汰，这与上文述及的供销合作社呈现明显不同。整体来看，在我国各类合作社中，农民专业合作社从整体逻辑和运行实践视角来看，都是最符合民法经典理论模型的合作经济法人。

通过组建农民专业合作社，农户克服了生产经营活动中的分散化局面，提高了协作性、组织性和专业性，这对拓展农产品流通渠道、促进农户增收和农业发展均具有重要作用。^[21]农民专业合作社所具备的这些功能，倒逼立法对其予以系统化规范和保护。故而，早在2006年10月即通过了《农民专业合作社法》（2017年修订，新法于2018年7月1日起实施），该法是迄今为止我国唯一一部对合作经济组织法人的设立规范、成员资格、组织和运行等进行系统规定的专门立法。

通过农民自愿联合组建、法律制度日趋健全规范、市场竞争自主淘汰，再加上政府必要的引导、培育和扶持，我国的农民专业合作社的发展状况已呈现出繁荣之势。截至2020年5月的统计数据表明，全国依法登记的农民专业合作社已达到222.54万家，成立联合社1万多家，其中的入社农民成员超过6600万人，农民专业合作社已可辐射带动全国超过一半农户。^[22]另一方面，由于农民专业合作社主要遵循市场自由选择、自由竞争的逻辑，在合作社发展实践中，也难免出现了一些缺憾。比如，在一些地方合作社的发展实践中，逐渐出现了农业大户或入资较高的经营者侵袭其他普通农户搞“一言堂”的局面。这使部分合作社作为农民互助组织的性质被架空，而更类似于普通的以营利为目的、遵循资本多数决的企业组织。^[23]另外，由于基层政府在实践中往往会为一些符合要求的合作社提供倾斜优待优惠措施，导致实践中出现了一些寻找农户挂名、包装的所谓“假合作社”“空壳合作社”，并通过这些虚假的合作社进行政策套利的不良现象。^[24]

（三）信用合作社：从市场决定到市场淘汰

城市信用合作社、农村信用合作社，是我国改革开放以前即存在的两类合作经济组织类型。彼时，我国实行计划经济体制，政府管制过强，他们难以称得上是真正的合作经济组织。改革开放后，我国的城市、农村信用合作社回归到做实和强化合作制金融的路线，立足于解决普通城市居民、个体工商户、农民等弱势群体在生产、生活等方面的互助性金融需求。“通过资金和信用联合的方式，将成员个人的资金化零为整、续短为长，续集闲散资金，并将这些资金转化为流通性生产资金，实现成员之间的资金余缺调剂。”^{[25] (P. 62)}

但是，在社会主义市场经济建设的浪潮下，信用合作社在脱离政府过度管制后，亦丧失

^⑥参见《农民专业合作社法》第2条。

了来自公权力的直接支持，被动卷入完全的市场优胜劣汰的竞争环境之中。此时，信用合作社面临着规模更大、盈利能力更强、商业属性更浓郁的商业银行金融体系的挑战。与之相比，仅立足于解决弱势的个体成员间互助性金融需求的信用合作社竞争乏力，逐渐展露出颓势。^[26]在这一过程中，我国的金融业监管机构也将发展的重心逐渐转向现代商业银行体系，合作制金融开始被视为信用合作社在转向商业银行体系改革过渡阶段的产物。依照这一指导思想，2003年，国务院出台了《深化农村信用社改革试点方案》，要求“积极探索和分类实施股份制、股份合作制、合作制等各种产权制度”，实际上是鼓励农村信用合作社改制为营利法人属性的农村商业银行。2005年，银监会、中国人民银行、财政部、国家税务总局联合发布了《关于进一步推进城市信用社整顿工作的意见》，要求加快推进城市信用合作社的整顿和市场退出工作。在这之后，一部分农村信用合作社、城市信用合作社退出了市场，另一部分则渐进式地改制为农村商业银行或城市商业银行。如今，城市信用合作社已经完全退出了我国历史舞台。一部分农村商业银行仍在名称上保留了“农村信用社”“农村信用合作社”或“农村合作银行”的称呼，但其法律性质早已与合作经济组织法人无关。换言之，我国的信用合作社最终在市场化改革的浪潮中被自然淘汰了。

三、制约我国合作经济组织法人发展的主要因素

通过上文对供销合作社、农民专业合作社和信用合作社发展境遇的依次分析可知，改革开放以来，我国各类合作经济组织的发展均面临一定的发展困境。整体而言，与更受公众关注、在社会经济发展中发挥作用更大的各类企业法人相比较，合作经济组织法人依然属于我国民事主体类型体系中的“非主流”。其在解决各类弱势群体，尤其是农民的互助性、协作性需求方面，仍然存在明显的局限性。笔者认为，制约我国合作经济组织法人发展的制约因素主要有两个方面：

（一）合作经济组织发展的“夹缝地带”：政府与市场关系的二律背反

在我国改革开放进程中，政府与市场的关系问题一直是影响各个领域的发展前景与制度规划的核心议题。在经济转轨过程中，政府的职能也面临转型，在一些依靠市场自由竞争和优胜劣汰法则即可解决的经济领域或社会事务中，政府选择有序退出，节制其不必要的干预和管制措施；与之相对应，市场的力量则在改革开放过程中得以释放，市场在资源配置中的决定性地位受到重视，市场发挥作用的力度和广度明显扩张。^[27]基于这一逻辑，在改革开放过程中，我国各类合作社都经历了政府干预力度的限缩，“准行政性”色彩在改革开放过程中被适度淡化。但是，相较以公司为代表的营利法人，合作经济组织并非市场的“宠儿”。其所立足于解决的互助性、协作性经济需求，更受各类社会弱势群体、边缘群体的青睐。如果仅按照创造财富、增进效率、繁荣经济的市场化标准，合作经济组织法人并无竞争力。这就使得合作经济组织陷入了一种政府与市场关系的“二律背反”逻辑之中：在理论上，只有政府退出干预才能使得合作经济组织回归其本源属性；但在社会主义市场经济的浪潮下，合作经济组织在脱离政府干预后，又“被迫与完全以营利为目的的企业法人展开竞争，而前者通常在逐利性上表现不佳，渐渐被优胜劣汰的残酷规则排斥出市场。”^[28]

我国三类合作经济组织法人的发展窘境，在一定程度上反映出政府与市场的矛盾关系，信用合作社是改革开放后政府退出力度最大、最彻底的。但也因此而过早、过快地失去了政府的培育，最终在商业银行金融体系的强势竞争压力下选择改制、完全退出市场。与之相对应，供

销合作社则在计划经济时代保持着更深厚的政治基础，这种体制上的惯性使供销合作社在改革开放后也能一直保持至今，甚至有所发展壮大，但依托政府支持也使其陷入了“路径依赖”。迄今为止，供销合作社经历几轮改革，依然难以做实其合作经济组织的实质，本质上仍是公权力意志的变相延伸。与信用合作社、供销合作社相比，农民专业合作社在政府与市场关系的处理上较为均衡，堪称我国最“名副其实”的合作经济组织法人。但在政府、市场两种力量的交互影响下，农民专业合作社一直存在诸多法人治理困境：一方面，市场决策的过分逐利倾向使合作社内部的大资本、大农户话语权被过分集中，合作社存在“企业化”的变异倾向；另一方面，基层政府出台一些针对合作社的扶持、优待措施，又有被“搭便车”的风险，从而诱导了一批“假合作社”“空壳合作社”的产生。

（二）合作经济组织立法的“时空错位”：立法迟滞性与不对称性并存

改革开放以来我国的营利法人立法历程表明，适时的立法能为特定经济领域或市场主体的健康发展提供引领和推动作用。在民法典出台以前，以《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）为代表的单行立法体系，已经为我国营利法人的规范化发展提供了充分的指引，有关公司制企业法人的设立条件、成员关系、内部的法人治理结构、外部的运行与交易规范等都有了系统规范，且《公司法》自1994年实施以来，几乎每隔5至8年时间即根据社会环境变迁进行一次系统修正。^⑦除公司法以外，还有《中华人民共和国全民所有制工业企业法》《中华人民共和国城镇集体所有制企业条例》等单行法对“其他企业法人”进行系统规定。^[29]与之相比，在我国改革开放40多年间，除《农民专业合作社法》之外，几乎没有涉及合作经济组织的任何单行立法。在民法典实施以前，我们甚至无法在法律层面明确合作经济组织是否具有法人地位。这就使得现实生活中活跃着的绝大多数合作经济组织都在“法外空间”运转，这些组织主要依托一些临时性的政策措施和松散的乡规民约、入社合同等予以调整。其设立条件、成员关系、治理结构、行为规则等方面存在大量的制度空白，合作经济组织的实践运行与立法进程出现了严重的“时空错位”。

除了立法的迟滞以外，合作经济组织立法的不对称性亦是一个值得重视的问题。尽管在实践运行中存在供销合作社、农民专业合作社、信用合作社等多种合作经济组织形态，但除农民专业合作社以外，针对其他合作社没有真正意义上的立法。这或许能从一个侧面解释，为什么在诸多合作社中，仅农民专业合作社还算有一个可以梳理和考察的“正常”的发展进程，毕竟它还通过立法实现了必要的制度供给。从规范内容上来看，《农民专业合作社法》的很多基础性规定完全可以适用到所有合作经济组织领域，并非是农民专业合作社所特有的制度。那么，除农民专业合作社以外，其他合作社是否可以套用该法人治理结构？在社会经济运行实践中，不同的社会群体是否可以根据自身的经济需求创设新的合作社类型？这些合作社在符合何种条件时，才构成民法典“合作经济组织法人”的法定资质？对这些问题，目前的法律体系还没有明确予以回应。

四、我国合作经济组织法人的法律续造

民法典正式明确了合作经济组织作为特别法人的身份和地位，就合作经济组织制度构造的全部问题，这仅是开始。由于民法典只是完成了对合作经济组织法人属性的宣示性规定，有

^⑦ 《公司法》自1994年实施以来，在1999年、2004年、2013年、2018年各自进行了一次系统性修正，且目前新一轮修正的《公司法》草案也正在进行审议。

关其设立目的、成员身份、内部组织、运行规则、政策待遇等具体问题，依然缺乏明确的规范指引。因此，有必要在民法典之外，对合作经济组织法人进行系统性的制度续造，使其克服发展中存在的局限性，从真正意义上解决各类弱势群体，尤其是农民的互助性、协作性需求。整体而言，这种法律续造主要包含以下两个方面：

（一）立法模式改进：从合作社单项立法到合作经济组织统一立法

如前所述，除《农民专业合作社法》以外，目前还没有其他合作经济组织立法，导致合作经济组织的现实运行一直缺乏系统的法律指引。针对合作经济组织的立法讨论，存在两种不同的倾向：第一种是分散立法模式，即仿照《农民专业合作社法》的成功经验，针对其他合作社分别制定单行法律，如《供销合作社法》《信用合作社法》等；第二种则为统一立法模式，即制定一部统一的《合作经济组织法》，使其可以对各类合作社实现有效调整和规范。^[28]

合作经济组织立法模式的选择主要取决于如下两组关系：一是合作经济组织一般规定与特别规定之间的关系。不论何种合作社，其设立和运行均需要符合很多共通的法律规则，另外再根据合作社自身的独特需求设置一系列特别规定。因此，如果采取分散式的立法，各单行合作社法之间将不可避免地存在高度类似甚至完全相同的法律规则，这就存在耗费立法资源、重复和分立法律规范的缺憾。与之相比，采取统一立法模式的《合作经济组织法》，则可通过“一般规定+特别规定”的结构解决此问题。二是合作经济组织的静态现实与发展前景之间的关系。我国改革开放以来合作经济组织的发展境遇表明，合作社的具体运作形态并非一成不变，有些合作社可能会在历史演化过程中消亡（如信用合作社），有些合作社则可能因为社会环境的变化而发生重大改革，或产生全新的合作社类型。故而，如果采取分散式的立法，将有可能因为时过境迁而使一些单行合作社法丧失适用空间，同时又“会对实践中产生的新型合作社立法回应十分被动和消极，出现新产生的合作社类型暂时无法可依的现象。”^[28]与之相比，在统一立法模式中，此类问题可通过《合作经济组织法》中的合作社一般规定予以回应和调整。事实上，基于鼓励各类社会弱势群体通过组建合作社提高彼此协作性的考虑，合作经济组织的具体类型本身即应当保持必要的开放性。亦即，不论基于何种目的，只要其成员关系和组织规范符合合作经济组织的一般要求，即有必要通过特定的注册登记程序，使其以“某某合作社”的名义合法化运作。这便决定了，依照“存在一种合作社，就制定一部单行立法”的逻辑和手段，必然无法满足社会发展现实需求。

综上所述，合作经济组织统一立法模式更适合我国经济社会发展的现实需求，其具体立法策略应为：在现行《农民专业合作社法》所取得的立法经验总结的基础上，将其扩充、改造为《合作经济组织法》。所以，笔者认为，该法应当包含如下三部分内容：

其一，在原《农民专业合作社法》中具有普遍性意义的规范基础上，对其进行必要的修正，升格为合作经济组织法人的一般规定，此部分规定适用于所有的合作经济组织。这部分内容应包括但不限于：合作经济组织的基本法人性质和特征；设立合作经济组织的程序和条件；合作经济组织的成员资格及彼此关系；决议机制和盈利分配机制；法人治理结构；运行中的规则及其法律责任，等等。

其二，在前述合作经济组织一般规定基础上，另外，对农民专业合作社、供销合作社等一系列现实中存在的合作社类型进行专章特别规定，明确这些合作经济组织单独适用的法律制度。比如，针对农民专业合作社，可基于鼓励资本助农惠农的考虑，对出资额或与本社交易量

(额)较大的成员享有的附加表决权或额外盈余分配权作出规定。针对供销合作社,则可基于规范和限制其“准行政化”属性的考虑,对其组织和行为规则做出更多的约束,并应明确各级合作社及其联合社之间仅存在宏观指导关系,而非行政机构上下级之间的命令与服从关系。

其三,在该法最后一部分对《其他合作经济组织》进行补充规定。本部分内容应当明确,对于现实中可能存在的诸类新型合作社,其成立、组织和运行要适用上述第一部分的一般规定。如果这些合作社的性质与农民专业合作社、供销合作社等存在相似之处,则可参照适用上述第二部分的各合作社特别规定。

(二) 配套制度建设: 构建合作经济组织支持性政策法规体系

除了制定系统、完备的《合作经济组织法》之外,还应当立足于合作经济组织围绕关怀社会弱势群体,尤其是助力“三农”方面,为其打造一整套支持性政策法规体系,促进合作经济组织进一步发挥其在公共服务和社会治理方面的正向功能。如前所述,合作经济组织法人在创造财富、增进效率方面的秉性远不如营利法人,将两类法人置于同样的商业化标准,完全依照市场优胜劣汰的逻辑予以处置,对合作经济组织并不公平,它会使其隐含的帮扶弱势群体、增进社会公共服务的作用受到抑制。政府对合作经济组织法人施以扶持和优惠待遇是必要的,但是,这种扶持待遇建立在两个前提之上:其一,它是一种间接的、引导性的扶持,而非直接的政府干预,更不是以政府管制来取代合作经济组织成员的民主决议;其二,这种扶持必须建立在规范化、法治化、平等化的前提之上,不应在扶持过程中寻租创租、滥用公权力。概而言之,针对合作经济组织的支持性政策法规体系,包括但不限于如下三个方面:

一是建立健全合作经济组织的身份识别监管系统。在我国合作经济组织运行实践中,一直存在以政策套利为目的的“假合作社”“空壳合作社”现象,^[24]要设立有效的身份识别监管系统应对这一问题。具体来说,政府可在针对合作经济组织支持性政策的运行和监督过程中,设置针对各类合作社的“黑名单”和“白名单”,并根据现实情况的变化而对名单进行调整。所谓“黑名单”是指,如有证据表明合作经济组织存在虚假情形,如存在庞大虚假的挂名成员,在实际决议时遵循资本多数决,或盈余分配中未按照成员贡献率分配等情形,则表明该合作社实质上不具备合作经济组织之实质,应排除在政策优待范围之外。所谓“白名单”是指,政府会在日常监管中识别那些“优质”合作社,此“优质”合作社并不以盈余分配水平高低为标准,而是主要取决于其法人治理结构的健全性、解决成员互助需求的水平、公共服务能力等方面,此类合作社会成为政府设置优待支持措施时的优先考虑对象。

二是构建合作经济组织的信贷、财政等系列政策支持体系。在上述有效的身份识别监管系统支持下,即可针对各类合作经济组织在不同经济领域和社会群体中的实际作用,与之匹配一系列在信贷、财政等相关的政策支持体系。鉴于新时代我国合作经济组织在助力“三农”方面的实践作用已得到充分体现,这套政策支持体系应当优先围绕农村基础设施建设、农产品供销渠道开拓、农民生活条件改善等方面展开。并通过融资支持、财政补贴、政府优先采购等多样化的形式,进一步发挥合作经济组织的功能。在设置和实施这些政策支持体系过程中,要杜绝实践中基层政府存在的“嫌贫爱富”问题,对规模大、成员多、GDP 贡献量大的合作社存在过多的政策优待偏好。否则,会诱发实践中存在的通过“假合作社”进行政策套利的行为。^{[12] (P. 188)}亦即,要确保政策支持体系均衡化、平等化实施,并符合竞争中性原则。

三是培育和鼓励农村合作经济组织开拓农产品流通渠道,并在此基础上赋予农村合作经

济组织反垄断法适用豁免资格。在实践中，农业生产经营活动向来存在“上游弱、下游强”的结构性特征。^[30]基于对自然地理条件和特定物流渠道、销售渠道的依附性，上游农业生产者通常对特定的下游农产品流通商具有较大的依赖性，这使农产品的下游流通商通常对农业生产经营活动具有较大的议价能力和话语权，进而可能在农产品采购过程中对农民进行盘剥，影响其增收。^[31]此时，通过农村合作经济组织将农民联合起来，培育、发掘特定的农产品流通渠道，有利于提高农民相较于下游农产品流通商的议价能力，同时，还有利于提高我国农产品的流通效率、造福消费者。^{[12] (P. 183-186)}对此，《中华人民共和国农业法》第 27 条予以典型体现，未来有必要通过相关细致化的政策法规供予以进一步落实，强化农村合作经济组织在拓展农产品流通渠道方面的功能。但是，农业生产者通过合作经济组织协同构建和开拓农产品流通渠道的行为，有可能因构成“垄断协议”而招致反垄断审查。对此问题，国际上诸多国家均对农业生产者及其组建的合作社设置了反垄断法适用豁免资格。^[32]在我国，《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）亦有相关法律条文对此有所体现，但该规定在实践中一直存在一些疑难之处有待明晰。^⑧在《反垄断法》基本规定基础之上，国务院反垄断委员会可以联合农业农村部出台《关于农业领域的反垄断指南》，让农业合作经济组织在开拓、发掘农产品流通渠道过程中，获得反垄断适用豁免资格的基本条件、主体范围、行为范围和限制性措施。

五、结语

在民商事法律制度的整体运行中，任何一类法律主体均有其自身无可取代的功能、地位和作用，合作经济组织法人亦不例外。相较于以公司为代表的营利法人，合作经济组织法人仅致力于解决成员的互助性需求，其在推进经济发展中的“贡献率”不大，因而在整体社会经济运作中显得不够重要。但事实上，通过合作经济组织法人的规范运行，可以提升一些容易受忽视的社会弱势群体的利益，有助于增进社会和谐和实现共同富裕。从这个角度来看，合作经济组织法人既是政府公共服务的“减压阀”，又是社会治理压力的“缓冲器”。本文结合合作经济组织的运行现状，对我国合作经济组织法人的内涵、性质、发展境况进行系统分析，并在此基础上为合作经济组织法人的法律续造提供了一整套改进建议。通过调研、撰文等途径，希望能促进我国相关领域的法律法规进一步完善，对推动我国各类合作经济组织的健康发展、助力乡村振兴工作高效推进有所裨益。

^⑧ 《反垄断法》第 69 条规定：“农业生产者及农村经济组织在农产品生产、加工、销售、运输、储存等经营活动中实施的联合或者协同行为，不适用本法。”该规定中的“农村经济组织”显然包含各类农村合作经济组织。但是，实践中，本条的适用存在较多疑难之处，比如，属于豁免范围的“联合或者协同行为”究竟包含哪些具体的垄断行为，作为豁免主体的“农业生产者及农村经济组织”是否包含下游农产品流通商，等等。更多分析，可参见邱隽思，段宏磊：《中国农业反垄断执法的省思与改进——基于对〈反垄断法〉第 56 条的再审视》，《学习与实践》2019 年第 1 期。

参考文献:

- [1]石青川.“风口浪尖”的供销社[J].中国经济周刊,2022(21)。
- [2]蔡立东.法人分类模式的立法选择[J].法律科学(西北政法大學学报),2012(1)。
- [3]黎桦.特别法人制度的法律构造及制度展开——以《民法典》第96~101条为分析对象[J].法商研究,2022(4)。
- [4]陈小君.《民法典》特别法人制度立法透视[J].苏州大学学报(法学版),2021(1)。
- [5]魏振瀛.民法[M].北京:北京大学出版社,2000。
- [6]陈晓军.论互益性法人[J].比较法研究,2008(3)。
- [7]International Co-operative Alliance. Statement on the Co-operative Identity[EB/R]. adopted in Manchester (UK) 23 September 1995, <http://www.gdrc.org/icm/coop-principles.html>。
- [8]郭铁民.中国共产党领导百年农民合作社发展的“三个逻辑”[J].福建论坛(人文社会科学版),2021(12)。
- [9]孙晓红,师子祥.合作社法人类型辨[J].中北大学学报(社会科学版),2020(2)。
- [10]孙晓红.合作社立法模式问题研究[M].北京:知识产权出版社,2012。
- [11]傅晨.农村社区型股份合作制产权制度的演进与困扰[J].学海,2006(3)。
- [12]邱隽思.反垄断法农业适用除外制度研究[M].北京:知识产权出版社,2022。
- [13]Donald A. Frederick. Antitrust Status of Farmer Cooperatives: The Story of the Capper-Volstead Act[J]. Cooperative Information Report 59, 2002(9)。
- [14]张占江.政府与市场和谐互动关系之经济法构建研究——以社会中间层主体为路径[J].法律科学(西北政法学院学报),2007(3)。
- [15]陈岷,赵新龙,李勇军.经济法视野中的合作社[M].北京:知识产权出版社,2016。
- [16]唐任伍,叶天希,孟娜.供销合作社助力乡村振兴的历史演变、内在逻辑与实现路径[J].中国流通经济,2023(1)。
- [17]洪涛.中国供销合作社百年及未来发展趋势[J].物流研究,2022(4)。
- [18]李玉蓉.供销社、物资流通与计划经济:计划商业体制的逻辑与困境(1948-1962)[J].中国经济史研究,2022(6)。
- [19]徐旭初,黄祖辉.转型中的供销社——问题、产权与演变趋势[J].浙江大学学报(人文社会科学版),2006(3)。
- [20]孙平章,李载明.农民为什么要自愿组建专业合作社——对绵阳市农村七一五个专业合作社的浅析[J].农村经济,1992(3)。
- [21]章群,牛忠江.市场与法治:农民专业合作社法人治理中的动态利益平衡[J].河北法学,2011(1)。

- [22]佚名. 农民专业合作社发展研究报告[J]. 中国合作经济, 2021 (2)。
- [23]曾志庆. 困境与抉择: 农民专业合作社高质量发展路径研究——基于广元市国家级示范社的调查[J]. 甘肃农业, 2022 (10)。
- [24]苑鹏. 中国特色的农民合作社制度的变异现象研究[A]//全志辉. 农民合作社发展中的问题与法律规制[C]. 北京: 社会科学文献出版社, 2016。
- [25]姜庆丹. 金融发展权视角下农村合作金融法制创新研究[M]. 北京: 法律出版社, 2016。
- [26]段宏磊. 供给侧改革视野下农村合作金融的法制改进[J]. 山西农业大学学报 (社会科学版), 2018 (2)。
- [27]刘大洪. 论经济法上的市场优先原则: 内涵与适用[J]. 法商研究, 2017 (2)。
- [28]刘大洪, 邱隽思. 我国合作经济组织的发展困境与立法反思[J]. 现代法学, 2019 (3)。
- [29]黎桦. 民法典第 76 条“其他企业法人”的规范解释与制度续造[J]. 西南民族大学学报 (人文社会科学版), 2022 (10)。
- [30]黎桦. 法人人格权理论的再证成与制度构建[J]. 江海学刊, 2020 (6)。
- [31]于左. 中国农产品价格过快上涨的垄断因素与公共政策[J]. 中国价格监管与反垄断, 2014 (5)。
- [32]R. Shyam Khemani. Application of Competition Law: Exemptions and exceptions[R]. New York and Geneva: UNCTAD/DITC/CLP/Misc.25, 2002, 1。

正向激励性经济法后果的规范实现

李建欢*

摘要：正向激励性经济法后果的实现过程面临规范性不足的问题，尚未形成以权利义务为核心的法律关系，对于实现过程中的主观公法权利的关注不足。主观公法权利理论具有引入经济法理论的可能性，与正向激励性经济法规范的价值、目标和功能之间具有适应性。利用法律关系元形式理论构建完整的“权利-义务”法律关系。正向激励性经济法后果的规范实现过程涉及正外部性问题、法律商谈理论、主动激励问题。规范实现过程应当包含“法律事实审核”和“给付义务履行”两个主要阶段。其中涉及不同的权利义务配置关系，以公法上的请求权及其相应的义务为核心。优化正向激励性经济法后果实现的规范进路包括立法上规范依据的补充和实施上解释逻辑的完善。

关键词：正向激励性经济法；经济法规范；经济法后果；主观公法权利；法律关系

* **作者简介：**李建欢（1997—），北京大学法学院 2024 级博士研究生，研究方向：经济法学，电子邮箱：lijhcyx@163.com，联系电话：15507711300。

习近平法治思想指导下经济法的发展与创新

李晓辉*

摘要：在习近平法治思想的指导下，经济法的发展与创新体现在理论和实践两大方面。在理论方面，习近平法治思想确认和重申了经济法理论中“市场决定论”的经济基础；提出在竞争中性原则下实现要素市场化配置的财税法治保障；推动新时代区域协调发展战略将使经济法政府调节论的主体范围扩展到中观层面的“区域主体”；提出最大限度减少政府“直接配置”和“直接干预”的改革方向，有利于从权利与义务、职权与职责的视角阐释经济法定义；通过审视经济行政执法、诉讼与仲裁的优势所在，助力经济法实现从“有效”实施到“高效”实施的跨越。在实践方面，“双循环”新发展格局战略的提出将使经济法律制度的构建依循“国内着手、国际着眼”和“立足国内，影响世界”的基本方针；习近平法治思想指导构建新时代中国特色社会主义财税法律体系；推动我国加快加入《政府采购协定（GPA）》的进程；通过优化营商环境创新性地将仲裁引入经济纠纷多元纠纷处理机制；引导在经济法实施中构建经济、民事与行政“三审合一”模式。

关键词：习近平法治思想；经济法；发展；创新

一、问题的提出

习近平法治思想的形成和发展“蕴含着深厚的实践逻辑、理论逻辑和历史逻辑”^①，是马克思主义法治理论“中国化的新发展新飞跃”^②，是当前和今后“全面依法治国的根本指导思想”^③，二十届三中全会也再次提出“坚持全面依法治国，在法治轨道上深化改革、推进中国式现代化”，努力实现“切实在法治轨道上推动经济发展”^④。因此，经济法学研究也应在习近平法治思想的指导下，积极回应新时代背景下经济法的发展与创新。从整体上而言，在习近平法治思想的指导下，经济法的发展与创新可以划分为理论与实践两大方面。在理论方面，经济法学研究目前面临习近平法治思想形成这一伟大的历史背景和难得的发展机遇，主要包括构建新时代背景下中国特色的市场与政府法治关系，在充分肯定市场对资源配置“决定性”作用的基础上，着重强调政府在经济发展中的领导、引导、控制、纠偏与构建作用，^⑤探索在社会主义市场经济条件下实现政府调节社会经济发展的目标，“建构经济法学自主知识体系”^⑥，积极推动形成可供其他国家借鉴的“新时代中国特色经济法学理论”。在实践方面，在我国自2010年起成为世界第二大经济体后，开始在经济战略和法治建设方面展现出向“大国经济”迈进的新特点。2020年5月以来，习近平总书记和党中央结合我国发展阶段、发展环境和发展条件的新变化，强调要加快推动形成“双循环”新发展格局，提出“国内法治和涉外法治”共同推进的思想，使我国开放型经济向更高层次发展，这将使未来经济法治实践和制度构建

* 李晓辉，男，1980年生，法学博士，厦门大学法学院助理教授，硕士生导师。

① 张文显：《习近平法治思想的实践逻辑、理论逻辑和历史逻辑》，载《中国社会科学》2021年第3期。

② 王晨：《习近平法治思想是马克思主义法治理论中国化的新发展新飞跃》，载《中国法学》2021年第2期。

③ 张文显：《习近平法治思想是全面依法治国的根本指导思想》，载《法学》2021年第12期。

④ 张守文：《论在法治轨道上推动经济发展》，载《法学论坛》2024年第3期。

⑤ 参见《习近平法治思想概论》编写组：《习近平法治思想概论》，高等教育出版社2021年版，第157页。

⑥ 张守文：《面向中国式现代化 建构经济法学自主知识体系》，载《光明日报》2024年1月19日，第11版。

围绕“立足国内，影响世界”的方针展开。在国内立法方面，需要积极构建现代财政法律体系，注重社会主义市场经济条件下营商环境的完善；在涉外立法方面，通过加强国际经济法治的合作与协调，加快推进加入《政府采购协定（GPA）》的进程，最终通过经济法实施的完善推动推进中国式现代化和全球治理体系的变革。

二、习近平法治思想指导下经济法理论方面的发展与创新

在习近平法治思想的“十一个坚持”中，有两个是直接指导经济法理论创新的，即“坚持中国特色社会主义法治道路”和“坚持建设中国特色社会主义法治体系”^①，这对经济法理论的构建具有决定性意义。当前，在全世界都在关注中国经济高速、健康和协调发展奇迹的背景下，肇始于垄断资本主义形成时期并与经济危机相伴而生的经济法学传统理论受到了普遍的关注，而中国特色的市场与政府关系、政府适度干预理念以及政府协调社会经济发展的系统化立法和司法等均是成功经验和制胜法宝。自2017年10月习近平总书记在党的第十九次全国代表大会上首次提出“中国特色社会主义进入了新时代”以来，我国社会的主要矛盾、经济发展状况、社会治理模式等均呈现出与此前相比不同的特征，这也决定了经济法理论研究需要进行必要的反思和革新，以展现在空间与时间双重维度上的中国特色。实际上，在理论构建方面，我国的经济法从诞生之初就不排斥对他国先进经验和有效制度的借鉴和学习，例如初创时期的纵横统一论、综合经济法论、学科经济法论、经济行政法论等都可以在前苏联法学中找到其影子。在借鉴学习的过程中，我们也逐渐发现我国特殊的社会经济制度和市场结构，产生了对国外经济法理论进行“本土化改造”^②的必要性。实际上，经济法本身就具有很强的本土性，我国的经济法学研究业也十分关注对“‘中国式’市场与政府”^③问题的研究，注重归纳和总结出中国特色和中国经验。

（一）“市场决定论”的提出重申和确认了经济法理论的经济基础

在经济基础方面，社会主义公有制从一开始就是我国经济法建立的基础，被认为“中国的经济需要维持相当的公有制”^④，至今国有经济控制社会经济命脉的市场结构仍未改变，撇开这些基础和现况是无法构建适合我国经济发展的经济法理论体系的，同时这也带来如何处理好市场调节与政府调控的关系问题。在改革开放以来四十余年的经济体制改革实践中，我国从来就不是仰赖单一的市场机制或者单一的政府调控，被认为“经济法是最能合理有效地处理国家与企业或者政府和市场（主体）之间的关系”^⑤。与此同时，党的十九大报告、十九届四中全会报告、《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》和二十大报告等均不断重申和强调要把中国特色社会主义制度与市场经济有机结合起来，不断完善政府的市场规制能力和宏观调控能力。实际上，从很大程度上讲，我国改革开放之后经济持续且快速发展经验的之一就是国家能动地取代私人企业家的部分作用而促进经济发展，比如，政府在交通、通讯、新能源、高新技术研究与开发等领域扩大支出，促进私人投资，加速技术进步，提高相关产业的国际竞争力，而不仅仅局限于弥补市场失灵问题。^⑥与此相对应的是，对政府作用和国家干预的过分强调，“削弱了国家在市场面前的谦抑态度和市场经济的尊严”^⑦，不利于充分发挥市场

^① 《习近平法治思想概论》编写组：《习近平法治思想概论》，高等教育出版社2021年版，第157页。

^② 秦国荣：《经济法学基本理论研究的困境与出路》，载《南京师范大学学报（社会科学版）》2004年第5期。

^③ 管斌：《混沌与秩序：市场化政府经济行为的中国式建构》，北京大学出版社2010年版，第286页。

^④ 史际春、赵忠龙：《中国社会主义经济法治的历史维度》，载《法学家》2011年第5期。

^⑤ 刘文华：《经济法路向何方？》，载《河北工业大学学报（社会科学版）》2017年第1期。

^⑥ 参见漆多俊：《中国经济法理论之创新与应用——30年回顾与启示》，载《法学评论》2009年第4期。

^⑦ 单飞跃、徐开元：《从国家的经济干预到经济的宪法治理——经济法理论基础的转换》，载《社会科学战线》2021年第5期。

的高效资源配置作用，需要重新作出平衡。

在对市场作用的认识方面，1992年党的十四大提出的让市场在资源配置中起基础性作用，标志着我国将建立市场经济作为经济体制改革的目标。2013年党的十八届三中全会提出，处理好政府和市场的关系是全面深化改革的核心问题，要使市场在资源配置中起到决定性的作用，与此同时更好地发挥政府的作用。从“基础论”到“决定论”体现出我国政府对市场规律的充分尊重，被认为“维护公平竞争和竞争中立成为‘市场决定论’的‘标配’及内在要求”^①，同时注重发挥政府在引入竞争、促进技术进步、适时调控保持宏观经济稳定、调节收入分配差距、促进共同富裕等方面的积极作用，这将从根本上奠定我国经济法理论构建的经济基础，创造性地将社会主义公有制、市场调节与政府调控有机结合起来，^②解决了在新时代中国特色社会主义条件下经济法理论构建的基础。

（二）在竞争中性原则下实现要素市场化配置的财税法治保障

习近平法治思想的“第八个坚持”提出，在重点领域、新兴领域和涉外领域“必须要加强和改进立法工作”^③，其中就包括对要素市场化配置背景下的财税法治保障立法。改革开放40余年来，我国97%的商品已完全实现市场化供给和定价。与之相比，要素市场化配置的进度相对滞后，主要体现在要素市场化配置范围相对有限、要素价格形成机制尚不健全、要素全国范围内流动仍存在体制机制障碍等，需要进一步加速推进要素市场化配置的改革进程。2019年4月发布的《关于促进中小企业健康发展的指导意见》，提出了竞争中性原则，并将在市场准入、财税、金融、公共服务等方面为所有类型企业创造公平和便捷的营商环境。2020年4月发布的《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》，提出要实现要素价格市场决定、流动自主有序、配置高效公平的目标，同时需要更好发挥政府作用，健全要素市场运行机制。随后，《关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》和《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》（以下简称“十四五规划和2035年远景目标”）也提出，要健全各类生产要素由市场决定报酬的机制。

从发展趋势看，要素市场化配置改革需要一系列配套制度的协同推进，而财税作为国家治理的基础和重要支柱，能够在优化土地、劳动力、资本、技术和数据要素市场化配置以及维护市场统一和促进社会分配公平等方面发挥重要作用。在实践中，可以通过相关财税立法的方式优化产业链和引导各类要素向先进生产力积聚，“税收之所以能够对资源配置进行控制，就是因为它能够控制资源的生产要素”^④，借以达到优化要素配置结构和提高要素配置效率的作用。具体而言，在确定市场对资源配置的决定性作用后，在要素市场化配置改革中，财税法能够起到整合土地市场税费构成的作用，能够在二次分配中缩小居民收入差距，能够通过避免征收单独的资本利得税理顺资本要素的市场化配置，能够通过技术中介的税收倾斜和出台区域税收优惠政策予以补缺。同时，要素市场化配置还需要明确央、地财政事权与支出责任的划分、构建地方公共财政的基本框架和相对完整的地方税体系、加大国有资本收益上缴公共财政的比例以及完善国债二级市场流通市场等配套改革的协同推进，进一步破除要素自由流动的障碍。

在传统经济学中，生产要素一般包括土地、劳动力、资本和技术四大类，我国将数据作为生产要素首次单独列出，影像了当前互联网大数据时代的新特征。与其他要素相

^① 孙晋：《公平竞争原则与政府规制变革》，载《中国法学》2021年第3期。

^② 参见张守文：《论经济法中的国家主体》，载《现代法学》2024年第1期。

^③ 《习近平法治思想概论》编写组：《习近平法治思想概论》，高等教育出版社2021年版，第193页。

^④ 吴弘主编：《宏观调控法学——市场与宏观调控法治化》，北京大学出版社2018年版，第233页。

比,首次被列入的数据要素市场化相对滞后,其存在数据“孤岛”现象阻碍了全国甚至是全球市场的形成,数据不开放、标准不统一和信息不共享直接影响新经济、新技术和新模式的发展。2020年5月,中共中央、国务院发布《关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》,提出加快培育发展数据要素市场,建立数据资源清单管理机制,完善数据权属界定、开放共享、交易流通等标准和措施,发挥社会数据资源价值。未来应该区分数据类型施以不同的应对之策。首先,具有公共产品属性的基础性数据,例如气象、交通运输、企业登记、各类经济发展指数等,应该由政府出资予以收集或者购买并免费向社会公开;其次是企业或事业单位法人在经营过程中收集的不涉及个人隐私的信息,对此可以在确权之后通过市场交易和按质付费形成竞争性价格。基于此,建议在数据要素市场化配置的早期,在政府财政资金的支持下,通过向政府机关征集、自行采集或者由企业义务上报等方法,借助推进数字政府建设的助力,加快完善数字化基础设施,建立公益性统一数据服务体系,在保障安全的情况下加强数据的有序共享,平等地向社会公开基础性数据,加速数据成果的转化和应用。在后期条件成熟时,对于企业或事业单位法人在经营过程中收集的数据,政府可以通过搭建市场化的交易平台,在有限范围内共享和收费使用,成立类似于“数据银行”的机构,推进数据资源整合和开放共享。与此相对应,财税法律制度在数据市场培育的初期主要是体现为财政直接投入和免征增值税等,在后期主要体现为免征或者减征所得税等税收优惠措施。

（三）新时代区域协调发展战略丰富和发展了经济法的政府调节主体理论

从各国的发展历程看,阶段性的区域经济发展不平衡往往是重要特点之一。在进一步发展的过程中,经济相对落后区域对一国经济的制约和限制作用就会凸显出来,这时候为了保持经济发展旺盛的活力,就必须通过政策性的倾斜加大对落后区域的开发力度,逐步实现区域协调发展的目标。我国作为人口众多、国情复杂、区域发展差距明显的超大型国家,其区域协调发展实践自20世纪90年代便已经展开,走出了一条由区域经济非协调发展到协调发展之路,大体而言从“沿海地区先行开放”到“经济特区”,从“西部大开发”到“中部崛起”,从“东北振兴”到“粤港澳大湾区建设”,呈现出逐步递次推进的基本走向,并通过发挥率先发展起来地区的示范带动作用,推动增长态势向欠发达地区延伸和辐射,达到实现共同富裕的总目标。

特别是党的十八大以来区域协调发展战略推进,与此前的阶段相比无论是广度还是深度均有深化和提升,未来无疑将形成“新时代区域协调发展战略”^①,并实现对政府全面依法治国理论的丰富和发展。^②具体而言,十八大提出将“区域协调发展机制基本形成”确立为2020年全面建成小康社会的目标任务;十八届五中全会将“协调发展”列为“五大发展理念”之一;十九大报告强调要“建立更加有效的区域协调发展新机制”;2018年9月发布的《关于建立更加有效的区域协调发展新机制的意见》也提出,要“加快形成统筹有力、竞争有序、绿色协调、共享共赢的区域发展新机制”,2018年11月发布的《中共中央国务院关于建立更加有效的区域协调发展新机制的意见》,明确了到2020年、2035年和2050年分别要达到的区域协调发展目标;2020年5月发布的《关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》提出构建区域协调发展的新机制,争取逐步形成优势互补和高质量发展的区域经济布局。

与其他部门法相比,经济法与区域协调发展战略无论在理论基础方面还是具体法律制度构建方面均具有较高的内在一致性。经济法的整体性、政策性和促进性理念与区域协调发展相契合,体现为政府从社会整体利益出发,通过政府经济调节行为对微观市场

^① 参见武英涛、刘艳苹:《习近平新时代区域协调发展战略思想研究》,载《上海经济研究》2019年第6期。

^② 参见公丕祥:《法治发展的区域分析——一种方法论的讨论》,载《法学》2018年第5期。

进行监管和对宏观经济进行调控,“具有典型的‘经济结构利益关系调整法’特征”^①。在区域协调发展战略下,政府经济调节行为的主体除了各级政府之外,还应该包括各类具有独立经济利益的“区域主体”^②,并通过培育区域内统一市场构建区际共同市场,具体体现为在各种领域不同类别的“区域协同发展协议”^③,最终“逐步形成全国统一市场”^④。具体而言,政府区域调节行为在微观领域体现为利用市场监管法律制度,通过公平竞争审查破除妨碍区域公平竞争的规定和做法,并预先设定区域市场发展目标和规划,一般表现为“一种带有预见性和规范性的事先调节”^⑤,将区域市场优势与长期发展目标相结合,为建设统一开放、竞争有序的市场体系提供制度保障,使市场运行和经济长期发展目标有机地衔接,“有效推动产业和市场的一体化”^⑥。政府区域协调调节行为在宏观领域体现为利用宏观调控法律制度,通过战略规划、产业政策、激励措施、经济参数预测、“区际利益补偿”^⑦等间接手段,并注重实行能有效平衡双方利益的、建立在平等协商和广泛征求意见基础上的柔性执法和协商性执法,使市场和政府双重失效的概率和影响幅度降到最低限度,将成为政府在未来宏观调控中扬长避短的重要领域。

因此,新时代区域协调发展战略将成为社会主义市场经济条件下,各区域主体在尊重经济规律的情况下利用经济法参与、干预和协调经济发展的成功范例。如果从新时代区域经济协调发展战略与经济法理论的契合性来看,“促进区域协调发展,体现了经济法的重要功能与调整目标的统一”^⑧,有利于“维护和促进社会经济协调、稳定和发展”^⑨,也将经济法政府调节论的主体范围从宏观调控主体和微观规制主体扩展到中观层面的“区域主体”,与此相对应“区域协调发展促进关系是经济法的重要调整对象”^⑩,从而丰富和发展了经济法的政府调节理论。

(四) 最大限度减少政府“直接配置”和“直接干预”背景下的经济法定义阐释

2020年5月发布的《关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》指出:“最大限度减少政府对市场资源的直接配置和对微观经济活动的直接干预,……更好发挥政府作用,有效弥补市场失灵”。最大限度减少政府“直接配置”和“直接干预”的提出,直接涉及到政府的权力与职责与市场主体的权利与义务的划分问题,具体表现形式就是各级政府提出的权力清单和问责措施,这实际上为经济法定义的研究开拓了新的思路 and 方向。长期以来,由于受其他部门法以调整对象为中心的定义范式的影响,“我国学界一直是从调整对象角度定义经济法”^⑪,大体而言经济法定义可以总结为“经济法是调整×××社会关系的法律规范的总称”,这也是学者们长期以来探索的结果,而根据不同学者提出的调整对象范围,“从而形成五种代表性的观点,由此产生了中国经济法的五种主要学说”^⑫。

^① 陈婉玲:《我国经济法的观念更新与当代转向——以经济结构调整为中心》,载《法学》2017年第7期。

^② 陈婉玲:《经济结构调整对传统法律主体理论的超越——以经济法区域经济调节为视角》,载《法学》2014年第10期。

^③ 张守文:《区域协同展的经济法解析与促进》,载《当代法学》2021年第5期。

^④ 张守文:《区域协调发展与市场统一的法治保障》,载《华东师范大学学报(哲学社会科学版)》2024年第1期。

^⑤ 吕忠梅、陈虹:《政府经济行为的法律规制》,载《经济法学评论》2002年第2期。

^⑥ 孟庆瑜:《论京津冀协同发展的立法保障》,载《学习与探索》2017年第10期。

^⑦ 陈婉玲:《区际利益补偿权利生成与基本构造》,载《中国法学》2020年第6期。

^⑧ 张守文:《区域协调发展的经济法理论拓展》,载《法律科学》2021年第4期。

^⑨ 漆多俊:《经济法基础理论(第5版)》,法律出版社2017年版,第86页。

^⑩ 丁庭威:《促进区域协调发展的经济法路径——以“发展规划法”的制定为中心》,载《地方立法研究》2021年第4期。

^⑪ 薛克鹏:《经济法的再定义——以规范对象为视角》,载李昌麒、岳彩申主编:《经济法论坛(第10卷)》,法律出版社2013年版,第18页。

^⑫ 刘水林:《经济法定义的逻辑反思》,载李昌麒、岳彩申主编:《经济法论坛(第13卷)》,法律出版社2014

从逻辑学上看,当前经济法的定义方法体现了“属+种差”的基本公式,“属”即是大家所公认的“法律规范的总称”;“种差”体现为“特定的社会关系”,对其认识的不同成为各学说的区别所在。^①而依据现有经济法定义研究方向展望未来的趋势,显然这种定义范式容易带来难以与其他部门法调整对象厘清的困顿,这一点已经在我国过去40余年的研究历程中被反复证明。这一争议在前苏联期间就长期存在并一直持续到其解体也没有统一的定论,反而成为经济法形成独特的法律观念和方法论的障碍之一,“如果把独特的观念和方法论作为流派形成的标志的话,中国经济法诸论实质上是一个流派,没有本质差别”^②,其对社会关系内容描述的用词差异和范围认知方面的分歧并不大。因此,如果后续仍然依循当前经济法定义研究路径,诸论中的定义阐释仍会原地踏步,而与其他部门法在调整对象方面的纷争也会一直持续下去,不利于对经济法体系、制度的完善,无法满足对日新月异的社会经济发展发挥指导意义的需求。

在理论构架中,法理学中的法律关系理论以权利和义务为内容,这是抽象于平权型的民事法律关系,在普遍适用到其他部门法时就会面临“权利义务概念却涵盖不住法律关系中的权力因素”^③的困局。这一点在经济法定义研究中同样存在,鉴于经济法主体包括政府、经营者和消费者(或称个体社会成员)三方^④,学者们在探讨经济法律关系时就形成了权利与义务、职权与职责相对应和相结合的复合结构形式。因此,法理学学者们提炼经济法的定义时一般是从权利与义务、职权与职责视角展开,在平等的经济法主体之间设定权利和义务,在涉及国家(政府)为一方主体时通过职责的设置来规范和约束行政权力在经济法领域的行使。从法理的角度看,“经济法”是一个规则概念,它表现为“规定经济活动主体权利义务以及政府在经济建设和经济管理中的职权职责的规则集合”^⑤。这样的概念表述从法理学最关注的权利与义务、职权与职责视角,反映了经济法与法理学期以来对话与合作的成果,体现了对经济法主体权利与义务、职权与职责的抽象和概括,通过对各方主体权利和义务的明确,利用职责约束政府职权在经济领域的行使,既避开了与其他部门法调整对象厘定的问题,又可以兼容各个时期的社会经济基础并兼顾未来发展的需要,为经济法定义下一步研究提供启示和指导。

具体而言,在最大限度减少政府“直接配置”和“直接干预”背景下,未来的经济法定义应当更加注重经济法主体的权利与义务、职权与职责研究,它们构成了经济法定义研究的基本框架。例如,《经济法学》编写组将经济法主体权利划分为调制主体的权利(职权)与调制受体的权利,前者包括宏观调控权和市场规制权,后者包括经营者权和消费者权;经济法主体的义务主要体现为作为调制受体的经营者的义务,包括保护消费者权益的义务、公平竞争的义务和依法接受调制的义务;经济法主体的职责一方面体现为调制主体怠于履行或者不恰当行使宏观调控权和市场规制权时可能面临的间接性的行政责任,另一方面体现为调制主体对调制受体可能承担的国家赔偿责任,但是这种国家赔偿责任不是调制主体违法行为所致,而是调制主体正常履行职权仍然对调制受体的人身或者财产造成损失时国家所给予的补偿。^⑥当前,越来越多的学者也开始从经济法主体的权利与义务、职权与职责入手展开研究,认为“经济法主体的成立应当以经济

年版,第3页。

^① 参见张守文主编:《经济法学》,北京大学出版社2018年版,第8页。

^② 刘水林:《经济法定义的逻辑反思》,载李昌麒、岳彩申主编:《经济法论坛(第13卷)》,法律出版社2014年版,第13页。

^③ 童之伟:《法律关系的内容重估和概念重整》,载《中国法学》1999年第6期。

^④ 李友根:《论经济法主体》,载《当代法学》2004年第1期。

^⑤ 殷继国、阳雨璇:《寻找经济法中的法理——“经济法中的法理”学术研讨会暨“法理研究行动计划”第七次例会述评》,载《法制与社会发展》2019年第6期。

^⑥ 参见张守文主编:《经济法学》,高等教育出版社2018年版,第80-88页。

法权利能力为标准”^①，在立法和司法实践中应该“充分尊重其（各类主体）权利并保障其合法权益”^②，并且“通过具体的权利和义务规则以及法律责任规则”^③落实对个体权利保护与社会公共利益维护的平衡。可见，经济法学者们已经在实际的制度构建中自觉引入了权利与义务、职权与职责的安排，下一步需要将此嵌入到经济法的相关立法之中。

（五）助力经济法实现从“有效”实施到“高效”实施的跨越

2020年11月，习近平总书记在中央全面依法治国工作会议上提出的“第八个坚持”中，明确要坚持建设中国特色社会主义法治体系，加快形成高效的法治实施体系，而长期以来存在的经济法的实施问题也期待借助此次习近平法治思想的指导实现从“有效”实施到“高效”实施的跨越。在实践中，经济法的实施既体现为经济法律规范得到主动遵守或者由双方自行协商解决，又体现为经济法主体之间的争议通过行政执法、诉讼、仲裁等途径予以解决。在经济法实施中，经济法律关系主体往往包括政府、经营者和个体社会成员三方，因此经济法的实施既包括各平等的市场主体之间的争议处理，又包括各市场主体与拥有市场规制权和宏观调控权一方的政府发生争议后的解决。具体而言，经济法的实施既包括政府部门依据经济法律法规开展的行政执法以及由此引发的行政诉讼，又包括处于平等地位的经济法主体之间的民事诉讼，部分涉嫌犯罪的行为还需要适用刑事诉讼的方式予以惩处。同时，由于经济法主体之间合法有效的仲裁协议可以阻止人民法院对同一经济纠纷和争议的管辖权，那么将经济纠纷和争议通过仲裁协议提交仲裁委员会裁决也是经济法实施的另一高效的途径。在实践中，经济行政执法的量天面广与经济诉讼的无处安身的反差与分工协同；经济诉讼特别诉讼程序构建与“三大诉讼法”相关制度的借用与创新；仲裁在经济法实施中的扩张、变通与创新等均是现阶段经济法高效实施需要突破的难点问题。而对于经济法领域的刑事诉讼，鉴于“刑事司法权保留于普通法院自身”^④的需要，因此不在此展开探讨。在未来经济法的高效实施中，需要正确认识和摆正行政执法、诉讼与仲裁之间的关系，并根据经济法的理念进行特别的制度安排。

首先，在经济行政执法方面，需要理性认识经济行政执法在经济法实施中的重要地位，既对其专业性和高效率等优势予以肯定，又对其扩张与膨胀可能带来的消解经济司法应有的权能和完整性保持关注。由于行政执法本身所具有的专业性、高效率等优势，因此行政执法在经济法实施中的重要作用已经被大家所公认，被认为“行政执法对于保障经济法的实施具有极其特殊的重要意义”^⑤“这与传统的刑法、民商法、行政法方面的案件大量由司法机关来审理是有很大不同的”^⑥。在我国经济法中，长期以来大多数经济法学者认为“经济法的实施主体主要是政府，而不是法院”^⑦，主要体现在执法主体和范围方面的广泛性。与此同时，大量经济法纠纷通过行政机关的经济行政执法予以实施，在体现行政机关专业性和高效率优势的同时也带来了不少负面的影响。一方面，经济纠纷解决过于依赖行政执法，可能导致经济法实施效果与行政机关的执法能力和水平呈现正相关关系，实践中各地的执法标准难以统一，甚至个别地方在一段时期内曾出现地方保护的倾向。另一方面，行政执法权力的不断扩张与膨胀，被认为“这种对经济

^① 邓伟：《经济法主体何以成立？——以经济法权利能力为中心》，载《华东政法大学学报》2020年第1期。

^② 张守文：《经济法的法治理论构建：维度与类型》，载《当代法学》2020年第3期。

^③ 薛克鹏：《建构与宪法相融的经济法——兼论政府与市场经济的关系》，载《法学杂志》2021年第1期。

^④ 佘化强：《法院的类型、创设权归属及其司法权配置》，载《中外法学》2020年第5期。

^⑤ 李昌麒、岳彩申主编：《经济法》，法律出版社2013年版，第282页。

^⑥ 张守文：《论经济法的现代性》，载《中国法学》2000年第5期。

^⑦ 李昌麒、岳彩申主编：《经济法》，法律出版社2013年版，第282页。

违法判断权力的垄断消解了司法应有的权能和完整性”^①，因此在实践中需要重视行政执法与诉讼的合理分工问题。

其次，在经济诉讼方面，经济法作为出现较晚的现代法，在诉讼程序构建方面的典型特点是大量借用了“三大诉讼法”的程序和制度，这种借用关系对于产生较晚的经济法有其合理性的一面，因为大部分的经济纠纷在司法实践中通过借用民事、行政和刑事诉讼程序是可以完成的，因此这种借用关系无疑是经济和高效的。与此同时，在借用“三大诉讼法”与经济法特别诉讼程序之间如何协调问题上，我们应该持开放的态度，即借用“三大诉讼法”并不妨碍创制经济法特别诉讼程序，二者的结合才是更为合理的选择。从早期的经济审判庭的审判实践看，缺乏一套与经济法司法实施相适应的诉讼程序，“是导致审判机关改弦易辙的重要原因之一”^②，因此有必要从经济诉讼程序创新方面有所突破。由于在经济诉讼中，可能同时涉及到个体社会成员、经营者和政府三方，而且侵害的利益既包括经济法各方主体的利益又包括社会整体利益，所以考虑能否在未来恢复专门的经济审判机构（经济审判庭或者经济法院）的情况下，借鉴当前在环境资源审判庭中实行的民事、行政与刑事“三审合一”模式，实行经济、民事与行政“三审合一”的诉讼制度，由同一审判庭对不同经济法主体的利益损失予以弥补的同时兼顾到社会整体利益的维护，这是目前权宜性地分散在其他审判庭中分别予以判决和执行所难以达到的高效率。

最后，在仲裁适用的选择方面，在经济法纠纷与争议适用仲裁方面，既需要扩大适用范围并发挥仲裁灵活、简便、高效等优势，又需要根据经济法的理念做出必要的变通和创新，以便更好地通过特别制度安排实现对经济法主体权利的保护。根据仲裁一般规则，经济法主体之间合法有效的仲裁协议可以阻止人民法院对同一经济法争议的管辖权，而且往往更加经济、便捷和高效。现阶段，虽然提交仲裁的经济法争议范围呈现逐渐扩大趋势，但是传统仲裁理论需要根据经济法实施的需要做出必要的变通适用，在理念上关注对社会整体利益的维护，在价值追求上体现了对相对弱势一方的倾斜性保护，^③因此，未来需要突破传统的仲裁理论进行变通和创新适用，包括消费者小额消费免费仲裁、强制仲裁、优先选择仲裁或者在某些情况下禁止使用仲裁等。

三、习近平法治思想指导下经济法实践方面的发展与创新

我国是当今世界唯一以立法白皮书的形式确认经济法是一个独立部门法的国家，经济法学被认为很可能是中国法学对世界法学体系的重大贡献之一，特别是我国构建的建立在社会主义公有制基础上的“中国式”市场与政府关系及其经济法律制度体系，已经成为推动社会经济持续、快速和健康发展的全球典范并可供其他国家借鉴学习。具体而言，习近平法治思想对经济法实践的发展创新集中体现为“双循环”新发展格局的提出对经济法律制度的构建起到导向作用、指导构建新时代中国特色社会主义财税法律体系、应对政府采购法国际化的挑战、优化营商环境评价指标体系、创新经济法司法实施机制等方面。

（一）“双循环”新发展格局将改变经济法制度构建的重点和方向

2020年5月以来，习近平总书记、党中央结合我国当前发展阶段、发展环境和发展条件的变化，强调要推动形成“以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局”（简称“双循环”新发展格局），使我国开放型经济向更高层发展。从发展趋

^① 陈婉玲：《经济法责任论》，中国法制出版社2005年版，第304～305页。

^② 曾东红、肖江平：《进路：经济法总论研究反思——以总论中调整对象的地位及其演进为例》，载《学术研究》2002年第8期。

^③ 参见李昌麒：《直面中国经济法学的贡献、不足与未来》，载《法学家》2009年第5期。

势看,我国长期以来的“外向型”经济模式将转变为“以国内大循环为主体、国内国际双循环相互促进的新发展格局”,这实际上也是“大国经济”健康发展的客观要求。我国自2010年开始成为世界第二大经济体后,无论是经济体量还是竞争力均不断增强,虽然到2020年底我国的人均GDP排在世界第63位,还没有成为真正意义上的经济强国,但是这仍然标志着我国已经从发展中大国转变为世界经济大国。这一由量变到质变的深刻变化将使我国未来经济发展和法律制度建设打上深深的“大国经济”的烙印,过去传统的发展理念和经济立法重点均需做出相应的改变。“大国经济”有不同于小国经济的特点,它是由于一国自身的禀赋和特征所形成一种独特的优势,包括巨大的国内市场、完善的政治体制、独特的经济制度以及丰富的资源优势等,^①对照上述条件我国无疑符合大国经济的主要特征。

今后,我国国内市场及其要素价格的变化将在客观上对世界市场起导向作用,国民经济发展的动力开始转变为主要仰赖国内市场和国内资本,“中国经济增长主要依靠内生动力”^②,也即“以国内大循环为主体”,相应地经济法的立法、司法和基础理论研究也应适时增加“国际调节”^③的内容。习近平法治思想的“第九个坚持”提出,要统筹推进国内法治和涉外法治,因此经济法理论与实践也应进行相应的转变与革新,贯彻“国内着手、国际着眼”和“立足国内,影响世界”的基本方针,借以回应国际组织、国际条约和其他国家法律等的限制性规定。

“国内着手”和“立足国内”是强调我国未来的经济增长主要依靠内生动力和全产业链的构建,这与我国此前所强调的我国企业“走出去”的发展方向相比是颠覆性的,因此在经济法律制度构建上需要更加重视统一的国内市场和完善的竞争法律制度。2019年12月,国家市场监督管理总局等四部门发布《关于开展妨碍统一市场和公平竞争的政策措施清理工作的通知》,重点清理和废除妨碍平等进入和退出市场、限制商品和要素在地区之间自由流动等四类妨碍统一市场构建和公平竞争的规定。特别是对于2020年1月1日以后出台的政策措施,均需先通过公平竞争审查。2020年5月发布的《关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》,提出社会主义市场经济体制的进一步完善需要建立健全统一开放的要素市场,这些制度改革均是重视国内统一市场构建的体现。

“国际着眼”和“影响世界”是强调更加开放的市场环境和主动融入世界经济发展的趋势不能动摇,即使在当前反全球化思潮、贸易保护主义日益抬头的背景下也不能改变,但是这也对政府通过完善立法提高市场监管和宏观调控能力提出了更高的要求。“对世界经济有相当的影响力”^④被认为是衡量一国经济是否达到大国经济的标准之一,历史上一个大国的形成和崛起总是体现为经济总量的增大以至于对国际经济产生巨大的影响。反之,一个大国的衰落往往体现为对国际经济影响力的持续降低。首先,要“国际着眼”和“影响世界”必须先主动融入世界经济,遵循和适应国际规则。出于历史的原因,我国作为后发国家,错过了参与制定国际经济领域规则的机会,但是这并非我们自我封闭的理由,即使是做出让步和付出一定的经济代价也要积极融入。例如,我国虽然已经加入WTO 20多年,但是仍然没有加入WTO《政府采购协定》,当前我国已经提交了7份出价清单,被认为已经达到了各主要参加方的一般水平,未来加入之后其非歧视原则、透明度原则等将体现在《政府采购法》和《招标投标法》的修改之中。^⑤其次,

^① 参见欧阳晓、生延超:《大国经济研究述评》,载《湘潭大学学报(哲学与社会科学版)》2009年第4期。

^② 欧阳晓:《习近平大国经济战略思维简论》,载《人民论坛·学术前沿》2015年第15期。

^③ 漆多俊:《中国经济法理论之创新与应用——30年回顾与启示》,载《法学评论》2009年第4期。

^④ 刘瑞:《解释小国变大国的经济变量》,载《人民论坛》2015年34期。

^⑤ 参见盛杰民、吴韬:《多边化趋势——WTO〈政府采购协议〉与我国政府采购立法》,载《国际贸易》2001年第4期。

“国际着眼”和“影响世界”要求我国积极参与制定尚未成型的国际规则，特别是“必须考虑国际协定与条约所建立的市场竞争规则”^①。例如，包括我国在内的诸多国家都在反垄断法中规定了域外适用制度，但是在实践中却因缺乏国际法的基础而难以落实。目前，在反垄断立法方面，欧美各主要发达国家越来越注重反垄断的区域化和国际化协调，探索能够在WTO框架下建立一个对垄断行为进行有效规制的国际协调机制，特别是关注反垄断法律责任承担的国际化，必要时开展国际反垄断法的立法活动，^②我国也应积极应对这种新的变化。

（二）指导构建新时代中国特色社会主义财税法律体系

习近平法治思想的“第六个坚持”提出，建设中国特色社会主义法治体系是全面依法治国的“总抓手”^③。对照全面依法治国的需要，经济法需要继续构建新时代中国特色社会主义财政法律体系。基于前期构建现代财政制度的丰富成果，考虑到各项财税法律规范之间的立法协调需要，建议在2020-2035年间完成新时代中国特色社会主义财政法律体系的构建。

首先，在预算法治完善方面，新《预算法》确立了建立“全面规范、公开透明”预算的目标，但是预算制度与税收制度的协调仍存在诸多问题，跨年度预算平衡机制需要及时改进税收征管理念和方式，税收优惠、税式支出、免税收入范围等需要立法予以规范，同时通过立法约束财政转移支付、国债等也是不可或缺的。未来立足于财政体制改革与税制改革中需要互相协调推进的方面，建议在税收征管中落实《预算法》中规定的滚动预算和跨年度预算平衡机制、逐步实现税收优惠与税式支出的法治化、发挥《财政转移支付法》缩小地区差距的作用、制定《国债法》约束政府发债等。

其次，对于税收法定原则的落实，已经取得了重大进展，现行税制中的18种税收已完成企业所得税、个人所得税、车船税、车辆购置税、环境保护税、烟叶税、船舶吨税、耕地占用税、资源税、契税、城市维护建设税、关税和印花税法共13种税收的立法工作；土地增值税、增值税、消费税已经出台征求意见稿并公开征集了意见；房地产税正在起草完善中，房产税和城镇土地使用税将被房地产税取代，因此暂未列入立法计划，建议2035年前全面落实税收法定原则，根据轻重缓急安排立法并调整、撤并和开征部分税种。

再次，在进一步完善分税制的背景下，探索构建适合我国国情的央、地财政事权与支出责任相适应的分权模式，构建起完整的地方税体系。就未来新分税制的发展趋势而言，一方面，应借鉴大多数市场经济国家的经验，摒弃集权型的财政分权模式，采取中央对地方适度分权的混合型财政分权模式，赋予地方政府一定程度的独立事权与支出责任、财权、预算权和发债权，在县级及其以上构建“一级政权、一级事权与支出责任、一级财权、一级预算、一级举债权”的财政分权框架。另一方面，我国分税制体制改革应符合我国国情，即我国的财政分权应是在中央主导下的财政分权，表现为关于中央与地方间事权与支出责任、财权、发债权由中央立法决定，地方仅在此基础上被授予或分享一定的立法权或决策权。

最后，推动建立促进收入分配公平的财税法律制度，努力实现发展成果由人民共享

^① 李华武、吕明瑜：《经济发展新常态视域下的并购反垄断与产业政策关系论》，载《贵州社会科学》2019年第2期。

^② 在国际反垄断法立法方面，1947年的《哈瓦那宪章》、1951年联合国经社理事会起草的《国际反垄断法协定（草案）》和1980年联合国大会通过的《管制限制性商业惯例的一套多边协定的公平原则和规则》均有涉及规范国际贸易领域限制竞争行为的内容。2002年联合国贸发会议制定了《竞争法示范法》，为建立全球统一的竞争法提供了可供借鉴的范本。参见刘宁元、司平平、林燕萍：《国际反垄断法》，上海人民出版社2009年版，第328-335页。

^③ 《习近平法治思想概论》编写组：《习近平法治思想概论》，高等教育出版社2021年版，第157页。

和实现共同富裕的最终目标。2021年8月召开的中央财经委员会第十次会议强调，要在高质量发展中促进共同富裕，构建合理的初次分配、再分配和三次分配的制度安排，逐渐形成中间大而两头小的橄榄型分配结构，真正实现收入分配方面的公平正义。这是党中央在2020年如期完成消灭绝对贫困之后适时提出的新目标和新要求，将使全体人民朝着第二个百年目标和共同富裕扎实迈进。而在市场经济条件中，能够与居民收入分配直接对接的基本上就是财税，但是我国现行财税法律制度并不充分具有这样的功能，未来的财税改革和税收立法需要在平衡国与民、央与地、高收入与低收入的关系上发挥积极作用，体现出财税法律制度的分配正义观。

（三）推动我国加快加入《政府采购协定（GPA）》的进程

习近平法治思想的“第九个坚持”提出，坚持统筹推进“国内法治和涉外法治”^①，这为我国积极加入WTO的《政府采购协定（GPA）》提供了理论支撑。2018年4月，习近平总书记在博鳌亚洲论坛2018年年会上宣布，我国将加快加入GPA的进程，提出积极应对我国政府采购法国际化挑战的举措。2019年5月，我国提交了最新的第7份出价清单，对采购实体和采购对象范围均作了进一步扩充，达到了GPA各参加方的一般出价水平。GPA要求其参加方的相关法律法规在加入时符合GPA的原则性规定。在加入GPA的谈判中，欧盟、美国等参加方多次要求我国政府完善政府采购法律制度，国内外学者也普遍认为加入GPA的主要挑战在于国内政府采购法律制度的调整和完善。^②

2020年5月，我国向WTO提交了《中国政府采购国情报告（2020年更新版）》，通报了自2008年第一次提交国情报告10多年来，我国政府采购相关法律法规文件变化和政府采购改革进展等情况。当前，我国的政府采购法律制度构建需要考虑与GPA原则性规定之间的衔接问题，尤其是在当前《政府采购法》和《招标投标法》（以下简称“两法”）并存的情况下，还需要重新梳理政府采购法律框架和具体规定。从整体上看，与GPA规则衔接将使国内政府采购法律制度面临国际化的挑战，建议立足GPA的原则性规定，把握国内法在立法目的、原则、采购方式等方面的“变”与“不变”，并在救济环节分别发挥缔约阶段公法救济和履约阶段私法救济的优势，借以充分保障供应商的合法权利。

同时，由于加入GPA的门槛较高，因此GPA的非参加方一般选择在区域性国际贸易协定中增加政府采购议题来开放政府采购的国际市场。^③2016年2月，美国主导签署了包含12个成员方的《跨太平洋伙伴关系协定（TPP）》，包含成员间政府采购市场开放、政府采购规则的国际化等内容，后因美国的退出而搁置。我国在当前加入GPA受阻的背景下，可以在“一带一路”国家战略下，以更加灵活和务实的策略开放政府采购国际市场，为未来加入GPA积累必要的经验。就其进展而言，2019年6月，我国和以色列在双边自由贸易协定（BFTA）第六轮谈判时首次引入了政府采购议题；2020年11月，我国签署的《区域全面经济伙伴关系协定》（RCEP）中也包含了政府采购的议题。相比较而言，第二个选择更加可行和务实，使我国可以暂时跳出GPA框架，通过立法和修法积累相关经验后再向GPA参加方开放政府采购市场。

（四）通过优化营商环境创新性地将仲裁引入经济纠纷多元纠纷处理机制

习近平法治思想的“第六个坚持”和“第八个坚持”提出，坚持“要建立有力的法治保障体系”“法治是最好的营商环境”^④，积极为纠纷处理提供多元化的处理机制。以

^① 《习近平法治思想概论》编写组：《习近平法治思想概论》，高等教育出版社2021年版，第208页。

^② 参见宋雅琴、万如意：《政府采购、贸易自由化与发展——政府采购贸易自由化理论综述与批判》，载《世界经济研究》2012年第7期。

^③ 参见关兵：《从美国自由贸易协定看其政府采购市场的开放趋势》，载《财会月刊》2018年第4期。

^④ 《习近平法治思想概论》编写组：《习近平法治思想概论》，高等教育出版社2021年版，第167、195页。

仲裁在经济法中的运用为例，自2020年1月1日开始实施的《优化营商环境条例》第66条和第68条，将仲裁作为构建多元化纠纷解决机制的重要组成部分。实践中，仲裁作为一种国际通行的纠纷解决机制，其程序灵活简便、专家断案、一裁终局、成本相对低廉等优势，正好契合了市场经济尊重市场主体平等地位、降低成本、讲求效率、实现共赢的基本要求，因此赋予市场主体在法定条件下的仲裁选择权就成为优化营商环境的重要举措之一。

党的十八大以来，习近平总书记和党中央全面推进依法治国，各级政府通过采取更加有力的法治举措推动营商环境的优化。从当前的国际综合排名来看，根据世界银行最新发布的《2020年营商环境报告》，在世界上190个经济体的综合排名中，我国总体排名在第31名，营商环境的改善取得跨越式发展。再从世界银行在商业法规和产权保护等方面的横向和纵向比较来看，在营商环境改善最显著的前10个经济体中，我国位列第三。在我国，与市场主体权利和义务直接相关的立法除了民商法、行政法、国际法等之外，还包括经济法。尽管尚存争议，但是“中国是当今世界惟一以立法宣言的形式确认经济法是一个独立法律部门的国家”^①，经济法与其他部门法一起共同组成了中国特色的法律体系。现阶段，在全球范围内放松对仲裁适用条件限制的背景下，仲裁以其自身的优势在我国经济法实施中不断地扩张其适用领域。

在经济法纠纷处理中，我国长期以来倚重行政执法和民事诉讼，有意或无意地忽视了利用赋予经济法律关系中相对弱势一方优先选择仲裁的权利，或者在立法中直接规定强制仲裁，抑或在某些情况下禁止使用仲裁，以达到经济法维护社会整体利益的立法理念和对相对弱势一方倾斜性保护的价值追求。具体而言，仲裁在经济法实施中的扩张主要体现在反垄断争议、政府采购合同履行阶段争议、证券和银行业争议等领域；就仲裁在经济法实施中的变通而言，小额消费免费仲裁和互联网金融“一键仲裁”等通过对传统仲裁规则和程序的变通适用而获得新的生机；仲裁在经济法实施中的创新主要表现在通过有悖于仲裁自愿原则的强制仲裁和赋予相对弱势一方优先选择仲裁的制度安排，达到对名义上平等而实质上不平等的经济法律关系双方权利义务的再平衡。而上述这些扩大和变通仲裁规则的立法和修法举措，对于优化经济法主体的营商环境无疑是大有助益的。

（五）引导在专门的经济审判机构中构建经济、民事与行政“三审合一”审理模式

习近平法治思想的“第八个坚持”提出，坚定不移地推进法治领域改革，“坚持符合国情和遵循司法规律相结合”^②。对照上述要求，经济法领域存在的突出问题集中体现在经济法的司法实施方面。自2000年8月各级人民法院相继撤销经济审判庭以来，经济法理论与司法实施之间的直接通道就被切断，相关的诉讼只能权宜性地被分散在民事、行政和刑事审判庭中通过借用和扩宽“三大诉讼法”的程序和规则进行审理。十八届四中全会后，以审判为中心的司法体制改革全面展开，各地纷纷设立各类专门法庭、专门法院、巡回法庭等改革举措，部分回应了此前司法实践中暴露出来的不合理和不适应问题，但是纵观整体改革进程，并未直接涉及到经济审判制度的构建问题。在专门经济审判机构缺失的背景下，通过对实践中大量经济诉讼分散审理的分析，认为虽然当前法院内设机构的设立、受案分工、案由归类等仍与现行部门法分类大体一致，但是在涉及竞争、消费者权益保护、财税、金融等领域案件日益增多的背景下，设立专门经济审判机构是切实可行的，因为“在2000年前后设立大民事审判庭时，任何人当时也

^① 单飞跃：《中国经济法部门的形成：轨迹、事件与特征》，载《现代法学》2013年第4期。

^② 《习近平法治思想概论》编写组：《习近平法治思想概论》，高等教育出版社2021年版，第202页。

未能预料到十几年之后分出了如此多的专业审判庭和专业法院”^①。而且，为了与专业的经济审判机构相配套，需要构建能够体现经济法理念和价值的特别诉讼程序。

就专门经济审判机构的恢复与重建而言，现阶段各地已经创新性地设立的消费者权益保护法庭、旅游法庭、金融法庭（院）等，部分弥补了借用民事、行政与刑事审判庭审理所带来的不足，“突显设立经济审判庭是极为必要的”^②。从各国的诉讼实践来看，诉讼的类型并不是固定化的和一成不变的，它往往伴随着法律调整的社会关系的深度和广度的扩展而不断发展变化。实际上，各国法院体系的构建并无定制，在符合法治原理和保证司法权有效行使的前提下，完全可以基于本国的法治实践需要设立专门的法院或者审判庭，参考的标准包括部门法律体系、案件数量及其重要程度、阶段性经济和社会发展目标等。^③例如，在经济审判方面，白俄罗斯、乌兹别克斯坦等国家都设有专门的经济法院^④，加拿大、德国、美国等则设有竞争法院、财政法院或税务法院等。因此，通过整合现有消费者权益保护法庭、旅游法庭、金融法庭（院）等，再加上未来根据需要设立的竞争法庭、财政法庭、税务法庭等，可以共同协力完成经济法各个部门法的审判工作，在条件成熟时可以整合为经济审判庭或者建立专门的经济法院，这样的制度设计更有利于经济法的理念和价值贯彻到经济审判工作之中。

就适用的诉讼程序而言，当前的经济诉讼基本上是被分散在民事、行政和刑事审判庭中，通过借用和拓宽“三大诉讼程序”来权宜性地满足实践中对经济审判的需求。但是，这种借用和拓宽模式带来的最大问题是它忽视了经济法理论对司法实践的指导作用，使经济法理论与立法、司法活动难以形成完整的闭环，从长期看不利于经济诉讼专业化的建设。与此同时，在当前经济诉讼实践中，无论是在立案和举证环节，还是审理和执行环节均产生了构建特别诉讼程序的制度需求，具体的表现形式不一，既包括设立各类专门的法庭或者法院，也包括出台涉及反垄断法实施的司法解释、通过修改消费者权益保护法规定举证责任倒置规则和公益诉讼规则等，同时还表现为在预算、税收等方面难以通过借用和拓宽“三大诉讼程序”来解决诉讼主体缺失等问题。因此，未来的合理化的经济诉讼程序构建，除了借用和拓宽“三大诉讼程序”之外，还应该借鉴在海事法院中实行的《海事诉讼特别程序法》，适时出台“经济诉讼特别程序法”，作为未来在专门的经济审判机构中适用的重要程序之一。

与此同时，由于经济法纠纷往往会涉及到经营者、个体社会成员和国家三方，因此容易产生经济、民事、行政与刑事相互交叉的案件。在未来建立专门的经济审判机构后，可以借鉴在知识产权审判庭与环境审判庭中实行的“三审合一”模式，^⑤采用经济、民事与行政“三审合一”的诉讼审判制度，这样可以有效解决经济、民事与行政纠纷相互交叉的困境。而对于经济法领域的刑事案件，由于考虑到前期试点地区在知识产权审判庭与环境审判庭中开展刑事审判活动所存在的现实问题，^⑥而“将刑事审判权锁定于刑事审判庭，消除以任何方式肢解刑事司法权的隐患”^⑦，更利于刑事案件的处理，因此并未将刑事案件一并纳入审理。

^① 付大学：《PPP 合同争议解决之司法路径》，载《上海财经大学学报》2018 年第 5 期。

^② 叶姗：《再议制定经济法通则的必要与可能》，载《人大法律评论》编辑委员会组编：《人大法律评论（2016 年卷第 3 辑）》，法律出版社 2017 年版，第 326 页。

^③ 张守文：《经济法司法理论之拓补》，载《法学论坛》2017 年第 5 期。

^④ 张守文：《经济法院的经济法思考》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2007 年第 5 期。

^⑤ 中华人民共和国最高人民法院编：《中国环境资源审判（2019 年）》，人民法院出版社 2020 年版，第 44 页。

^⑥ 参见王继君、高冰雁：《民事与行政交叉案件审理模式探析——以“二审合一”审理模式的构建和完善为视角》，载《法律适用》2011 年第 3 期。

^⑦ 佘化强：《法院的类型、创设权归属及其司法权配置》，载《中外法学》2020 年第 5 期。

结语

习近平法治思想的提出，镜像了我国当前社会的主要矛盾、发展目标、治理方式等诸多方面所呈现的变迁态势，是马克思主义法治理论中国化的最新成果，集中关注中国特色社会主义制度与市场经济的结合，特别注重促进国外引进和借鉴的经济法律制度在我国落地生根。2020年5月发布的《关于新时代加快完善社会主义市场经济体制的意见》也提出：“把中国特色社会主义制度与市场经济有机结合起来”。这也决定了新时代中国特色经济法建设和经济法学理论研究必须进行回应性的反思和革新，“展示其中国特色、实践特色、时代特色”^①，立足大国经济和“双循环”的新时代背景并展现其在时间与空间双重维度上的中国特色，以习近平法治思想为指导和引领，努力形成可供其他国家借鉴的“新时代中国特色经济法理论”。

具体而言，在习近平法治思想的指导下，经济法理论的发展与创新主要体现以下五大方面：一是习近平法治思想重申和确认了经济法理论“市场决定论”的经济基础，创造性地将社会主义公有制、市场调节与政府调控有机结合起来，解决了在新时代中国特色社会主义条件下经济法理论构建的基础。二是在竞争中性原则下实现要素市场化配置的法治化，在要素市场培育的早期注重财政投入并在后期注重税收优惠措施的作用，达到优化配置结构和提高效率的目的。三是新时代区域协调发展战略将经济法政府调节论的主体范围扩展到中观层面的“区域主体”，丰富和发展了经济法的政府调节主体理论。四是在最大限度减少政府“直接配置”和“直接干预”背景下，从权利与义务、职权与职责视角审视和阐释经济法的定义，并通过明确保护和利用市场主体的权益和职责约束政府职权在经济领域的行使。五是正确认识和摆正行政执法、诉讼与仲裁之间的关系，并根据经济法的理念进行特别的制度安排，助力经济法实现从“有效”实施到“高效”实施的跨越。

在习近平法治思想的指导下，经济法实践的发展创新主要体现在以下五大方面：一是“双循环”新发展格局战略的提出将使经济法制度的构建依循“国内着手、国际着眼”和“立足国内，影响世界”的基本方针。二是习近平法治思想指导构建新时代中国特色社会主义财税法律体系，考虑到各项财税法律规范之间的立法协调需要，建议在2020-2035年间完成新时代中国特色社会主义财税法律体系的构建。三是推动我国加快加入《政府采购协定（GPA）》的进程，立足于GPA的原则性规定，把握国内法在立法目的、原则、采购方式等方面的“变”与“不变”，并在救济环节分别发挥缔约阶段公法救济和履约阶段私法救济的优势，借以充分保障供应商的合法权利。四是通过优化营商环境创新性地引入经济纠纷多元纠纷处理，创新性地赋予市场主体在法定条件下的仲裁选择权。五是借鉴当前在环境资源审判庭中实行的民事、行政与刑事“三审合一”模式，引导在经济法实施中构建高效的经济、民事与行政“三审合一”模式。

^① 张文显：《深化习近平法治思想研究要在体系化、学理化上下功夫》，《光明日报》，2024年7月19日，第11版。

论我国经济法学近二十年来研究方法之流变、评价与展望

林清升^{*}，中国人民大学法学院

摘要：近二十年来，中国经济法学研究方法总体上朝着方法种类不断丰富、方法使用不断深入的趋势进行演变。从价值分析方法的运用到逻辑分析、实证分析方法的勃兴，从其他社会科学研究方法的广泛应用到法教义学等法学研究方法的重新重视，经济法学研究方法的流变大致符合学科发展的规律，各类方法都在经济法学研究中发挥过积极作用，但同时也存在一定的不足和局限性，学者们在使用相应研究方法时需要保持警醒。经济法学研究在确定研究方法时须坚持具体问题具体分析的基本原则，随着经济法学基础理论和制度的逐渐完善，未来中国经济法学研究整体上应采用以法教义学等法学研究方法为主、以其他社会科学研究方法为辅的研究方法，坚守经济法学的法学本质与立场。

关键词：经济法学；经济法学研究方法；社会科学研究方法；法教义学研究方法

^{*} 林清升、2002年、男、福建省福州市、中国人民大学法学院经济法学硕士研究生、北京市海淀区、100872、联系电话：18159092972、电子信箱：qingsheng_lin@foxmail.com。

论我国行业自律规则与国家实定法的双向互动*

林慰曾*

(湖南大学 法学院, 长沙 410082)

摘要: 当前我国立法机构、行政机关和司法机构以直接适用、选择适用或参照适用的形式把行业自律规则融入国家治理活动。行业协会等主体在行业自律规则中援引国家实定法的主要目的是说明制定依据、作为基本原则或概括性引入相关法律法规。前者扩充了国家治理规则的内容、数量并强化其专业性, 构成事实层面的委托立法, 间接强化行业自律规则的辅助地位。后者有助于从宏观层面增加行业自律规则的正当性, 但是容易弱化国家实定法的方向指引与行为规范功能, 诱发行业自律规则的公信力危机。行业自律规则与国家实定法的双向互动根植于行业共同体与国家在探索行业治理规则、协调内外监管和推动多层次治理方面的努力。此过程是一种双向互动而非单边影响的关系, 应当坚持市场优先原则与程序正当原则, 明确行业自律规则对于国家实定法的优先援引顺序, 稳步探索行业治理规则, 深化行业共同体与国家合作治理的水平。

关键词: 行业自律规则; 行业协会; 多层次治理; 合作治理; 治理现代化

目录

一、引言	2
二、行业自律规则与国家实定法双向互动的现状	3
(一) 国家实定法援引行业自律规则的主要表现	3
1. 立法机构参照行业自律规则制定法律	3
2. 行政机关认可行业自律规则作为行业标准和处罚参考	3
3. 司法机构援引行业自律规则进行说理或裁判活动	4
(二) 行业自律规则援引国家实定法的主要表现	5
1. 通过引致条款从宏观层面强化行业自律规则的正当性	5
2. 行为条款中通常不会援引国家实定法	6
三、行业自律规则与国家实定法双向互动的反思	6
(一) 国家实定法援引行业自律规则的方式反思	7
1. 法律的不完备性蕴含了不同规范与主体相互合作的基础	7
2. 构成事实层面的委托立法	7
3. 援引活动间接强化行业自律规则的辅助地位	8
(二) 行业自律规则援引国家实定法的方式反思	9

* 基金项目: 国家社科基金重大专项“社会主义核心价值观融入行业规章制度体系建设的法治路径研究”(20VHJ007)的阶段性成果。

* 作者简介: 林慰曾, 法学博士, 湖南大学法学院助理教授, 主要从事经济法、商法研究, 通讯邮箱为 linwz4563@163.com, 联系电话为 18883104563。

1.目的性强，未能有效发挥国家实定法的方向指引功能.....	9
2.行为规范功能弱，容易诱发行业自律规则的公信力危机.....	10
四、行业自律规则与国家实定法双向互动的优化路径.....	11
（一）行业自律规则与国家实定法双向互动的关系定位.....	11
（二）行业自律规则与国家实定法双向互动的援引原则.....	12
1.市场优先原则.....	12
2.程序正当原则.....	13
（三）行业自律规则与国家实定法双向互动的援引顺序.....	14
五、结语.....	15

一、引言

行业自律规则是行业协会等行业自律组织及其成员自主制定并实施的社会规范，包括但不限于自律公约、职业道德规范和行业团体标准。“加强行业自律”“制定和实施行业自律规则”等相同或类似的提法频频出现在我国国民经济不同门类的法律法规之中，成为各行业立法“不约而同”的共同内容，立法者试图藉此在保障相关实定法稳定运行的同时发挥行业自律规则的专业优势，促成灵活、高效的规范体系。与此相反，行业协会等主体在制定、完善行业自律规则的时候常常未能有效落实国家实定法的原则或精神，部分行业自律规则因为缺乏足够的公正性与合理性而招致社会层面的广泛批判，^①行业自律规则常常未能与国家实定法形成良好的互动状态。

既有研究主要从静态视角论证特定领域行业自律规则的功能，^②或是基于行业共同体或特定国家机关的视角，论证行业自律规则或国家实定法对另一方规则的影响，^③未能从动态视角全面、充分地认识行业自律规则与国家实定法的互动关系及意义。理顺行业自律规则与国家实定法的互动关系有助于形成行业自律规则与国家实定法的具体协调方案，深度协调政府与市场关系，^④充分发挥官方主体与民间主体、国家实定法与行业自律规则的合作优势。文章尝试跨越公、私法与部门法学科的传统思路，从动态而非静态、系统而非孤立的视角找到行业治理的平衡点，探寻行业治理规则的优化路径。文章首先明确我国行业自律规则与国家实定法双向互动的现状，随后分析二者双向互动的基础原理，反思二者未能实现良性互动的的原因，最后提出

^① 相关阅读材料可以参加鹿艺佳：《演出票不退换的“行规”能改改吗》，载《北京日报》2023年6月16日第10版；袁钢明：《汽车金融服务费是“行规”还是“行业毒瘤”》，载《价格理论与实践》2019年第5期；丁英：《手机流量宜视为消费者有权自由支配的商品》，载《人民法院报》2015年6月24日第7版；刘浦泉：《京消协：宾馆“12点结账”损消费者权益》，载《新华每日电讯》2008年6月17日第1版。

^② 相关研究可以参见廖倩：《我国私募基金管理人自律机制的优化研究》，载《西南民族大学学报（人文社会科学版）》2022年第9期；赵海乐：《数字贸易谈判背景下的个人信息保护行业自律规范构建研究》，载《国际经贸探索》2021年第12期；王璐、王世赞、尤铮：《国际视野下第三方教育评价机构的规范、认证与行业自律行为研究》，载《现代教育管理》2020年第5期。

^③ 相关研究可以参见陈伟：《作为规范的技术标准及其与法律的关系》，载《法学研究》2022年第5期；王贵松：《民间技术标准的行政利用》，载《财经法学》2022年第5期；董淳鄂：《商业行规的司法适用——实证考察与法理阐释》，载《清华法学》2020年第1期；谭欣：《金融行业自律规则在商事裁判中的适用》，载《当代金融研究》2019年第2期。

^④ 肖海军：《论我国商会制度的源起、演变与现状》，载《北方法学》2007年第4期。

优化二者双向互动的具体路径，提升行业自律组织与国家合作治理的水平。

二、行业自律规则与国家实定法双向互动的现状

（一）国家实定法援引行业自律规则的主要表现

行业自律规则通常适用于行业共同体的内部成员，但是它并不排斥对外交流活动，反而频频被立法机构、行政机关和司法机关援引作为工作依据，发挥补充和发展国家实定法的功能。

^①行业自律规则若是能够妥善平衡行业发展和社会需要，将规则的治理成效外溢到社会，则可能被融入官方主导的国家实定法体系。

1. 立法机构参照行业自律规则制定法律

市民社会中的民事行为和商事交易繁复交织，社会分工更加复杂和精细，^②法律难以充分回应社会实践的多样化需求，^③商业技术和经营模式的创新常常对既有法律和制度提出挑战。^④为了维护稳定的秩序，人们需要明确的规则，这种强烈的需求难以被限定在国家实定法有限的文字之中，行业自律规则等非强制性规范在治理活动中愈加重要。^⑤立法者发现部分行业自律规则贴近商业实践和社会生活，内容成熟度高，在化解相关纠纷、维持公共秩序和推动行业发展等方面具有积极作用，所以愿意将此类行业自律规则吸收为国家实定法。此类规则能够很好地平衡业内成员、行业共同体和社会利益，填补国家实定法未能及时跟进的领域，因此被立法机构融入国家实定法体系。

立法机构援引行业自律规则的主要表现是立法者参照行业自律规则制定法律，有选择地从行业自律规则中吸收合理内容。比如，2016年诸多科研院所、通信企业、互联网公司、数据公司共同签署了《数据流通行业自律公约》，该公约明确了数据交易、共享、转移的基础行为规范，其内容中相当一部分的行为标准被2021年《个人信息保护法》《数据安全法》等法律吸收。

2. 行政机关认可行业自律规则作为行业标准和处罚参考

部分行业自律规则因为专业优势被行政机关纳入行政法规，典型情况是行政机关将行业自律组织等团体制定的行业标准吸纳为国家标准。民间技术标准与官方技术标准之间具有转化、并存或替代关系，^⑥《国家标准管理办法》第16条明确了以团体标准为代表的行业自律规则向法定标准的转化条件：当团体标准取得优良的治理实效之后，如果满足法定的转化程序，可以

^① 李红勃：《行业规章参与社会治理的理论证成与法治化路径》，载《中州学刊》2023年第10期。

^② 段丙华：《商法独立的逻辑和体系：基于组织化交易论》，载《中国法学》2024年第4期。

^③ 范健：《〈民法典〉之后中国商法理论与实践面临的问题与思考》，载《法学杂志》2023年第3期。

^④ 宋亚辉：《回应商业模式创新的市场规制理论》，载《环球法律评论》2022年第4期。

^⑤ See Vander Maelen Carl, *Hardly Law or Hard Law? Investigating the Dimensions of Functionality and Legislation of Codes of Conduct in Recent EU Legislation and Normative Repercussions thereof*, 47 *European Law Review*, 2022(6): 752-772.

^⑥ 王贵松：《民间技术标准的行政利用》，载《财经法学》2022年第5期。

被吸纳进入国家标准的体系。^①根据全国团体标准信息平台的数据，截至2024年2月29日，社会团体公布的团体标准按产业和社会分布统计，其中工业类共38277项标准，占比49.1%，服务业类共17357项标准，占比22.26%，农业类共12853项标准，占比16.49%，社会事业类共9470项标准，占比12.15%。^②非本行业从业者难以在短时间内熟悉产品的技能标准、产品规格、原材料、质量、价格等内容，^③行政机关工作人员即使不眠不休，也难以掌握如此多的专业知识。正因如此，在保障官方主导地位的前提下，将部分公正、合理、成熟的行业团体标准上升为国家标准是一项必要工作，既有助于减轻标准制定者的负担，也有助于提升标准的专业性，避免制定出与实践不相符合的行业标准。

除此之外，部分行业自律规则被行政机关援引作为处罚参考。相关行业自律规则在内容方面逐渐形成了组织规范、人员规范、业务规范等诸多规定，在形式层面逐渐形成了行业自律组织章程、自律性公约、倡导性规则、交易规则等立体式的规范格局。此类行业自律规则扩充了治理规则的数量并强化了行业治理的专业性，因此被行政机关援引作为特定行业管理的参考。从其背景来看，参与公共管理的主体呈现出多元化趋势，行业自律规则成为行业协会等自律组织依法合规治理的产物，满足了行政监管所要求的专业性和确定性，丰富了行政监管的规则依据，因此被援引进入国家实定法体系。

3. 司法机关援引行业自律规则进行说理或裁判活动

一方面，行业自律规则能够成为法官说理的依据，强化裁判行为的正当性。法官在司法活动中引入行业自律规则能够在坚持国家实定法的前提下发挥行业自律规则的专业性优势，弥补法官在技术理解、案件信息方面的劣势，执法者或法官有时候会主动了解行业自律规则的内容，厘清特定商业模式的运行逻辑。^④此时行业自律规则发挥了解释行为模式、导入评价体系、引导和适用裁判规则等多项功能，作为补充性规则辅助法官进行司法裁判活动。法官援引行业自律规则的主要原因是利用行业自律规则进行解释与说明活动，该情况在裁判文书中通常被法官表述为“当事人的行为符合法律法规和行业规范”。

另一方面，行业自律规则能够成为司法裁判的补充依据，在国家实定法缺乏明确、具体规定的时候填补国家实定法在行业治理领域的疏漏。国家实定法是法官裁判的主要依据，行业自律规则是法官裁判的补充性依据。举例言之，在徐某与交通银行股份有限公司青岛分行信用卡纠纷一案中，二审法院将《中国银行卡行业自律公约》作为裁判依据之一。^⑤本案的争议焦点在于银行是否有权收取逾期还款利息及滞纳金。具言之，其一，双方签订的《交通银行太平洋个人双币贷记卡领用合约》《交通银行太平洋双币贷记卡章程》不违反法律法规的强制性规定，系双方真实的意思表示。徐某到期未能支付还款，根据前述合约，银行收取息费的行为有效。

^① 《国家标准管理办法》第16条规定：“对具有先进性、引领性，实施效果良好，需要在全国范围推广实施的团体标准，可以按程序制定为国家标准。”

^② 全国团体标准信息平台官网：《团标大数据》，<http://www.ttbz.org.cn/Home/Show/71424>，最后访问日期2024年4月27日。

^③ 康宁：《在身份与契约之间：法律文明进程中的欧洲中世纪行会》，社会科学文献出版社2023年版，第87页。

^④ 董淳鄂：《商业行规的司法适用：实证考察与法理阐释》，载《清华法学》2020年第1期。

^⑤ “徐平与交通银行股份有限公司青岛分行信用卡纠纷一案”，具体参见山东省青岛市中级人民法院民事判决书（2016）鲁02民终6883号。

其二，根据《中国银行卡行业自律公约》第14条，^①银行履行了收取息费的时间和程序要件，即银行提前3天通知了徐某。因此，法院最终驳回了徐某的上诉请求，维持一审法院的原审判决。其三，本案中有关信用卡的自律公约是法官裁判的主要依据之一，与国家实定法共同构成了纠纷解决的具体规范。当事人既需要遵守国家实定法关于合同订立、诉讼程序的规定，也需要遵守信用卡行业的自律规则。其四，有关信用卡的积分规则、收费规则、逾期利息及计算方式等是商业银行信用卡业务的专业性知识，它们主要集中规定于行业自律组织章程、自律公约、行业标准等行业自律规则之中，通过规则的运行实效和行业协会的推广逐渐成为业内普遍遵守的规则。总而言之，在国家实定法无明确规定的前提下，行业自律规则能够成为司法裁判的参考和依据，引导法官查明案件事实并理清各方关系，作出公正合理的判决。

（二）行业自律规则援引国家实定法的主要表现

行业自律规则通常具有专业水平高、信息内容全面、灵活性强的优势，^②积极促成简约治理，但是它的制定者并非国家机关，因此容易受到各方主体关于规则公正性、合法性等方面的质疑。为了克服这一问题，行业自律规则的制定者不仅从形式层面积极借鉴国家实定法的制定经验与规则体例，也从内容层面在行业自律规则中规定了引致条款并积极落实国家实定法的指引，有效链接起民间规则和官方规则。

1. 通过引致条款从宏观层面强化行业自律规则的正当性

行业自律规则主要通过引致条款吸收国家实定法进入自身的规则体系。所谓引致条款，是指在本体规则内部引入其他规则，以此实现不同规则之间的有效衔接。引致条款不同于转介条款，前者是主动将外部规则引入自身体系，后者是转介适用外部规则，二者的主体规则不同。引致条款能够在保持原有规则主导地位的同时引进外来规则，充分保障行业自律规则处于一个主导规则的地位，因此被行业自律规则的制定者所采纳。此时外来规则主要发挥辅助作用，制定者试图借此充分发挥原有规则和外来规则的双重优势。

对于行业共同体而言，行业自律规则援引国家实定法的主要目的是从宏观层面强化行业自律规则的正当性。主要包括以下几种情况：其一，说明行业自律规则的制定依据。国家实定法能够作为行业自律规则的法定依据，被写入相关行业自律规则的目的条款。譬如，《广告行业抵制庸俗低俗、奢靡之风广告自律公约》第1条就开宗明义地指出，^③《中华人民共和国广告法》（下称《广告法》）是本公约的制定依据。其二，作为一种通用的基本原则。国家实定法能

^① 《中国银行卡行业自律公约》第14条规定：“成员单位应努力提升信用卡服务质量，为持卡人提供人性化的用卡服务，倡导各信用卡发卡行建立信用卡还款“容差服务和容时服务”或对贷记卡透支额在免息还款期内已还款部分给予利息减免优惠：（一）成员单位为持卡人提供“容时服务”，应为持卡人提供一定期限的还款宽限期服务，还款宽限期自到期还款日起至少3天；持卡人在还款宽限期内还款时，应当视同持卡人按时还款。（二）成员单位为持卡人提供“容差服务”，如持卡人当期发生不足额还款，且在到期还款日后账户中未清偿部分小于或等于一定金额（至少为等值人民币10元）时，应当视同持卡人全额还款”。

^② 朱国华：《行业协会信用制度研究》，同济大学出版社2015版，第33-34页。

^③ 《广告行业抵制庸俗低俗、奢靡之风广告自律公约》第1条规定：“广告是引导消费、拉动内需、促进经济增长的重要力量，也是传播先进文化、弘扬道德风尚、构建和谐社会的重要载体。抵制庸俗低俗、奢靡之风，坚持正确导向、传播先进文化、弘扬新风正气，是广告行业义不容辞的社会责任。为强化行业自律，规范行业行为，中国广告协会根据《中华人民共和国广告法》等法律法规及相关政策规定，制定本公约。”

够指导行业自律规则的制定活动。相关表述为“遵纪守法原则”“依法合规原则”“文明守法”等。行业自律规则如果想要获得长久、稳定的实效，行业共同体在制定行业自律规则时就应当恪守国家实定法划定的边界。其三，将本行业法律法规概括性引入特定的行业自律规则。比如，《互联网搜索引擎服务自律公约》第5条表述为“严格遵守国家有关法律、法规、规章和政策”，^①此时在行业自律公约中引入的国家实定法被限定为与互联网搜索引擎治理相关的法律法规，排除了非必要的法律法规，增加了相关条款逻辑的严密性。

2. 行为条款中通常不会援引国家实定法

与国家积极援引行业自律规则的情况相比，行业协会等自律组织在行业自律规则中援引国家实定法的情况相对较少，行业自律规则鲜有在援引国家实定法的同时保持自身的主导地位。虽然行业自律规则向国家实定法学习了成文形式和规则体例，但是这不属于规则之间的相互衔接，而是规则制定者在形式层面向国家实定法学习的成果。

行业自律规则在诸如行为规范的细节层面不会援引国家实定法，这与二者的定位、性质和适用顺序密不可分。细言之，其一，行业自律规则不仅具有约束共同体成员的功能，也具有探索和创新治理规则的功能，通常而言具有相比于国家实定法的优先适用顺序，国家实定法很大程度上建立在行业自律规则对市场的探索基础之上。如果行业自律规则援引国家实定法作为行为规范，不符合行业自律规则与国家实定法的规则分工，违背行业自律规则与国家实定法的常规适用顺序，增加行业治理的成本和难度。应当认识到，行业自律规则不以取代国家实定法为目标，而是在国家实定法之外填补行业监管的空白、疏漏或不足之处，建立、完善行业发展的具体规范，维护行业发展的必要秩序。其二，理论上引入的外部规则将发挥辅助作用，原有规则依然保持主导地位，但是由于行业自律规则的民间法属性，如果行业自律规则在行为规范中援引国家实定法，相关行业自律规则的主导地位容易被实定法所替代，二者将形成一种非此即彼的替代而非合作关系。其三，行业共同体之间通常具有一定的业务联系，部分主体可能具有血缘或亲缘关系，业内成员之间关系紧密。熟人社会中非法律的因素更加重要，不宜在关系紧密的行业共同体之间简单套用主要适用于陌生人的法律规则。高强度监管应当是一种偶然状态，^②在自发秩序能独立运行、有效管理的地方，应当避免人为引入外部规从而加剧治理的复杂性，也避免官方规则及制度对于民间规则及自发秩序的挤出效应。^③

三、行业自律规则与国家实定法双向互动的反思

当前，我国立法机构、行政机关和司法机构主动把行业自律规则融入国家实定法及其规则体系，以直接适用、选择适用或参照适用的形式将行业自律规则融入国家治理活动，扩充治理规则内容、数量并强化其专业性。行业协会等民间主体在行业自律规则中援引国家实定法的主

^① 《互联网搜索引擎服务自律公约》第5条规定：“严格遵守国家有关法律、法规、规章和政策，依法开展互联网搜索引擎服务，自觉遵守行业公约和规范，主动加强行业自律，努力营造健康有序的互联网搜索引擎服务环境。”

^② See Sunstein R. Cass, Maximin, 37 Yale Journal of Regulation, 2020(3): 940-979.

^③ [美]埃莉诺·奥斯特罗姆：《公共资源的未来：超越市场失灵和政府管制》，郭冠清译，中国人民大学出版社2015年版，第34-35页。

要目的是从宏观层面说明制定依据、作为基本原则或概括性引入相关法律法规，强化行业自律规则的正当性。这种不同规则之间的互动实质是借用另一方规则的优势弥补本体规则不足之处，二者良好的互动状态有赖于诸多现实条件，援引的实际效果有待进一步考察与分析。

（一）国家实定法援引行业自律规则的方式反思

在行业治理这样一个参与主体众多、覆盖面广泛、灵活多变的公共领域，维护稳定的公共秩序实非易事。对于立法机构、行政机关或司法机构而言，虽然它们能够发挥制定规则或裁判的功能，明确行业发展的制度框架与具体规范，切实影响行业成员的利益与行为，但是它们在更多时候扮演了外部的旁观者，选择尊重行业自律组织率先依据行业自律规则自主治理的活动，而非直接干预行业共同体自主治理的行为。

1. 法律的不完备性蕴含了不同规范与主体相互合作的基础

法律具有不完备性，具体表现在以下几个方面。其一，适用范围有限。法律的数量与内容有限，不可能调整所有的社会关系。譬如，以稳定性和权威性为主要优势的国家实定法难以在短时间内回应具有“融通”性质的元宇宙、非同质通证、去中心化监管等技术创新带来的变化，^①人们需要灵活的治理规则及时应对市场衍生的新问题。其二，适用顺序不占优势。强制性的法律很多时候并未发挥预想中的积极作用。^②大多数情况下法律是一种广谱性质的默认规则，^③现实中的具体争议往往由争议主体依据非法律规则在非官方机构私下解决。其三，制定流程正规但复杂，调整缓慢，商事领域此现象更加突出。^④国家立法活动包含了立法规划、征求意见、论证协商、草拟初稿、形成草案、报请批准等步骤，涉及立法机构、司法机构、执法机构、专家学者和社会公众等多个主体。^⑤换言之，国家实定法往往需要在不同主体之间反复博弈，而且涉及国家机构的管理体制、财政预算和协调工作，使得立法成本居高不下。

2. 构成事实层面的委托立法

现代社会未形式化的行政行为在税务执法、环境执法、金融监管等领域广泛存在，发展出各种细分的领域，国家实定法往往对此类新问题缺乏明确、具体的规定，传统的治理主体应接不暇。由于官方主体受到的限制较多，由灵活的行业自律组织及行业自律规则对此进行回应不失为一项可靠选择。富有能动性和效率性的行业自律组织尝试回应现实需求，建立了团体法性质的行业自律规则，成为了改造私法规范、承接公法职能的重要力量。^⑥包容的体制有助于预留行业发展的必要时间和容错空间，形成激励市场与创新治理方式的深度协调。^⑦

^① 唐林焱：《Web3.0 治理：制度机理与本土构建》，载《华东政法大学学报》2023年第6期。

^② See Azeredo Catarina Machado et al, Are Laws Restricting Soft Drinks Sales in Brazilian Schools Able to Lower their Availability? 54 *Revista Saude Publica*, 2020: 1-11.

^③ 桑本谦：《民间借贷的风险控制——一个制度变迁的视角》，载《中外法学》2021年第6期。

^④ 李建伟：《论商事习惯的法源位阶》，载《中国法学》2022年第5期。

^⑤ 封丽霞：《“全过程人民民主”的立法之维》，载《法学杂志》2022年第6期。

^⑥ 叶林：《私法权利的转型——一个团体法视角的观察》，载《法学家》2010年第4期。

^⑦ 刘权：《数字经济视域下包容审慎监管的法治逻辑》，载《法学研究》2022年第4期。

对于国家而言,将剩余立法权或规则制定权分享给具有公共管理职能的行业自律组织不失为一项可靠选择。为社会主体自主治理的活动预留适当空间是法治社会的应有之义,^①行业自律规则成为补充立法和行政监管的社会规范。以成文法为主导依据的治理模式当然重要,但它主要通过国家机关制定并实施,难以深入到各行业内部并提供精细化的处理方案。社会在某种程度上是由道德、惯例、民间规范和法律相互作用的场域,强调一种灵动的治理模式,重视治理规则的实效性,人们在面对难题时会选择一种或几种最具有现实针对性的依据。引入新的规则有助于在发挥传统规则功能优势的同时回应行业发展衍生的新问题。

立法机构、行政机关等主体在制定规则时经常面临选择难题:明确行业治理规则、维护市场诚信和鼓励行业创新的目标通常不可兼得。^②如果轻易介入行业自治的领域,容易因为冗长的程序降低社会公众的满意度。此外,因为缺乏必要的经验,新规则的内容往往有待进一步完善,导致官方回应问题的效果欠佳。立法机构、行政机关等面对行业治理衍生的问题时常常持有谨慎态度,往往会采取试点的方法,在总结经验和反思教训之后制定法律法规,渐进地完善行业治理规则,技术性强的专业领域更是如此。立法“迟缓”现象既与立法者面临的有效信息不足、专业知识匮乏等因素有关,^③也与立法者谨慎和负责任的态度有关。盲目的立法活动可能产生意想不到的副作用,人为拉高制度试错的成本。“不是现在”法则已成为国家推迟正式决定的一个普遍准则。^④然而,在国家探索出合适的治理规则以前,市场亟待一个临时而有效的治理规则回应各种现实问题。此时行业自律规则有助于回应行业乃至社会治理的现实需求,它上承实践中的法律法规,下接社会生活中的道德和习惯,不是照搬某一类国家法或民间法,而是依“法无禁止即可为”的原则而独立存在。^⑤行业自律规则若是能够得到良好运行,不仅能够提升行业的规范化和法治化水平,而且能够在降低国家治理成本的同时为国家优化行业治理提供切实可行的规则样本。

3. 援引活动间接强化行业自律规则的辅助地位

在立法机构、行政机关和司法机构援引行业自律规则的时候,行业自律规则被视为辅助性的治理依据用以完善相应治理活动,强化了行业自律规则的辅助角色和工具属性。这一过程具有较强的目的性,往往未能形成行业自律规则与国家实定法的双向互动和良性循环,侧面反映出行业自律规则与国家实定法的合作成效有限,二者呈现出一种此消彼长的关系。^⑥

与不同国家机构在治理实践中主动援引行业自律规则的积极表现相比,行业自律组织在行业自律规则中援引国家实定法相对较少,大多数情况下行业自律规则及行业自律组织成为相对弱勢的治理依据及主体。实践中国家提供了大多数的公共产品,国家实定法成为人们惯性适用和依赖的规则,人们对行业自律规则主动适用、优先适用和直接适用得少,行业自律规则需要

^① 陈柏峰:《中国法治社会的结构及其运行机制》,载《中国社会科学》2019年第1期。

^② See Chris Brummer and Yesha Yadav, *Fintech and the Innovation Trilemma*, 107 *Georgetown Law Journal*, 2019(2): 235-306.

^③ See Sunstein R. Cass, “We Test”: An Imagined Regulatory Future, 13 *Journal of Benefit-Cost Analysis*, 2022(3): 269-280.

^④ See Sunstein R. Cass and Vermeule Adrin, *The Law of “Not Now”: When Agencies Defer Decisions*, 103 *Georgetown Law Journal*, 2014(1): 157-195.

^⑤ 李克杰:《国家治理现代化视域下的法律、道德与组织规范关系》,载《北方法学》2015年第3期。

^⑥ 徐爱国:《现代社会中的民间法——folk law的域外法学考察》,载《法学评论》2023年第6期。

解决规则适用中的遇冷问题。应当认识到，在国家实定法之外人们还会受到道德标准、舆论压力、潜在规则等因素的影响。当进入到某一行业内部，人们往往还会根据本行业的实际情况，对从业者施加更高的道德标准和随附义务。行业自律规则是一种不容忽视的社会规范，其实效性为行业共同体自主治理的活动提供了正当性来源。一味地轻视行业自律规则与行业共同体自主治理的行为不利于行业共同体积极、稳步探索治理规则，也不利于合理分配有限的监管资源。援引主体如果未能充分认识行业自律规则及其自律模式的独立地位，容易在社会治理领域陷入国家中心主义的思维误区，难以构建多层次的治理体系。

当前我国法治国家和法治政府的建设活动取得了积极成效，颁布了一系列的法律法规，形成了比较完善的法律体系和制度规范，在简政放权、加快转变政府职能、推进“放管服”改革、构建权力清单制度等方面取得了显著成果。经历了“大规模立法阶段”之后，中国特色社会主义法治体系已基本形成，法治水平发展到了新的阶段。^①建设法治社会成为继法治国家、法治政府之后的时代主题，行业法治正是法治社会的重要内容，难以被法治国家和法治政府所替代。国家机关在援引行业自律规则的过程中有必要向社会公众说明援引行业自律规则的必要性，论证相关行业自律规则的功能优势以及与本领域的契合性，避免社会公众把行业自律规则单纯视为国家实定法的简化版或附属品。

（二）行业自律规则援引国家实定法的方式反思

作为社会规范的具体表现，行业自律规则不是国家实定法的翻版，而是行业自律组织探索治理规则、完善行业自律的重要依据。行业自律规则的制定者需要平衡各方利益，他们需要确保规则的合法性与正当性，避免业内成员和社会公众减损对他们的信任度，这特别需要参考国家实定法的原则和精神等内容，避免行业自律规则出现不合理的规定，强化行业自律规则的社会公信力。

1. 目的性强，未能有效发挥国家实定法的方向指引功能

行业自律规则不是国家实定法，行业自律组织亦不是官方机构，正因如此，二者的权威容易受到社会公众的质疑。行业自律规则制定者的民间主体身份在一定程度上影响了行业自律规则的权威性和普及度，行业自律规则的制定者迫切需要强化自身规则的正当性。^②

在行业自律规则援引国家实定法的过程中，行业成员及自律组织从被动的规则适用对象转变为主动的规则制定与实施主体。正如前文所述，行业自律规则的制定者试图在行业自律规则的总论部分引入国家实定法，说明行业自律规则的制定依据与原则，或者概括性引入相关法律法规，借用国家实定法的权威强化行业自律规则的正当性。这有助于从形式层面强化行业自律规则的合法性与公信力，但是这种宏观指引的方式在实践中不一定落实到位。部分行业自律规则未能有效落实国家实定法的原则和精神，弱化了国家实定法对行业自律规则的方向指引功

^① 徐显明：《论坚持建设中国特色社会主义法治体系》，载《中国法律评论》2021年第2期。

^② 部分行业自律组织可能因为接受行政委托和授权而临时取得了行政主体的身份，但是这依附于行政机关，行业协会等民间自律组织无法独立行使该项公共权力。从身份和属性来看，它们还是非官方的民间组织。虽然有少部分的行业自律规则在特定条件下被国家机构主动吸纳为成文法的一部分，但是大部分行业自律规则并不具备法律效力，属于民间社会规范。

能。

行业自律规则以行业共同体为中心，是行业利益的集中表现，与社会公共利益的冲突不可避免。此类治理规则将民间机构及其主要成员视为规则制定者，赋予其对相对方进行规制或约束的权力，客观上强化了民间规则制定者的地位。因为个体利益与集体利益在内容、方向等维度并不完全一致，行业共同体往往面临少数成员与多数成员、行业短期利益与行业长期利益的矛盾。一旦制定者将行业内部成员的利益置于一个过度优先的地位，容易产生不合理的行业自律规则，忽视消费者利益和社会公共秩序。比如，“禁止顾客自带酒水”的行业规定成为了我国市场经济发展初期餐饮行业自律组织确立的成文规则，武汉市餐饮业协会曾经颁布经营规范，明文禁止消费者自带酒水。营业自由应以尊重社会秩序和习惯为前提，^①这一过度维护本行业利益而无视消费者和公共利益的行业自律规则招致多方声讨，该行业自律规则经过媒体的广泛报道，最终以武汉市餐饮业协会删除该规范而告终。^②此行业自律规则不区分消费场合与消费习惯，无区别地剥夺消费者自带酒水的权利，无疑是对消费者正当权利的不合理限制。有的行业自律规则过度重视本行业的利益和效率，忽视了社会公平，产生了价值谬误和方向偏差。有必要矫正此类行业自律规则的错误方向，使行业自律规则聚焦于人们认同的主流价值，强化行业自律规则内容的合理性，提升社会公众对行业自律规则的认可度。

2. 行为规范功能弱，容易诱发行业自律规则的公信力危机

行业自律规则与国家实定法具有不同的适用范围，行业自律组织等在行业自律规则中鲜有援引国家实定法作为行为依据。行业自律规则的制定者在总则援引行业自律规则的主要目的是从宏观层面强化行业自律规则的正当性，但是在具体内容中不一定能够有效落实国家实定法的原则和精神，为制定不合理的行业自律规则、纵容行业共同体的不当行为埋下隐患。

理想中由行业自律规则所建构的自律模式是一种结合行业特色的专业型和法理型治理，不同行业自律规则共同促成市场规则之间的良性竞争，从而孕育出能够明确市场交易要求、化解成员矛盾、维护行业秩序、协调外部关系的成熟规则。这种行业自治规则主导的治理模式不仅是一种规则之治，而且可能包含了技术治理、算法治理等新理念，试图将创新的负效应控制在合理范围。^③但是这种行业自律与成员自我规制的方式是否能够有效达成治理目标，或者说在何种程度上达成了治理目标需要进一步的考察。行业自律规则在制定时隐藏的价值偏差会通过自身的行为条款表现出来。除此之外，行业自律规则容易被本行业的大企业所裹挟，此时相应行业自律组织制定的行业自律规则或作出的裁决可能缺乏必要的公正性和说服力，出现行业自律规则被错误制定、解释和适用的现象。

比如，在网络金融行业发展的初期，从业者短视地将金融科技应用于规避监管和谋取套利，^④造成了针对小微群体的掠夺性贷款和暴力催收。该行业自律组织早期颁布的行业规定利率畸

^① 陈景善：《商事自由中的行政监管与司法判断界分》，载《行政法学研究》2021年第4期。

^② 郑铁峰：《饭店酒厂均获利自然不会破行规》，载《中国消费者报》2009年4月17日第A1版。

^③ See Eyert Florian, Irgmaier Florian and Ulbricht Lena, Extending the Framework of Algorithmic Regulation the Uber Case, 16 *Regulation and Governance*, 2020(1): 23-44.

^④ 林慰曾：《中国金融科技出海东南亚的实践、反思及提升路径》，载《云南社会科学》2022年第2期。

高，对消费者保护不到位，忽视了金融公平和防范金融风险的需求。^①这迫使成员和社会公众放弃成本更低、效率更高、回应更快的行业自律规则，转而寻求成本、效率和回应速度不占优势的法律进行救济，使人们重新回到国家权威型治理的道路，强化了人们对行政组织等国家机构和实定法的惯性依赖。鉴于网络金融行业自身未能实现行业的稳定发展，监管者从最初的包容监管、原则监管发展到专项治理的运动式监管和规范化监管，^②监管力度层层加码，终于将网络金融行业拉回到健康发展的轨道。弃用行业自律规则而选用成文法客观上暴露了行业共同体在治理规则层面无法自给自足的窘况。如此一来，行业自律规则所承载的推动行业自律、降低治理成本、激励成员创新等作用受到削弱，它所构建的合作治理、简约治理与创新治理的真实效果也将在现实中接受大众的拷问，进一步加剧并固化行业自律规则乃至行业共同体的弱势地位。

究其原因，行业协会等非官方主体在履行公共职能时往往缺乏与公权力相伴的严格审查，承继公共管理职能的行业自律组织及其工作人员的素质差异性大，水平参差不齐，存在被行业精英和利益集团俘获、以权谋私的风险。此时，相关行业协会制定的行业自律规则可能无法充分代表行业共同体的长远利益，反而被部分成员利用牟取不当利益，^③造成相关行业自律规则缺乏足够的合理性、公正性与合法性。人们需要来自国家的外部干预修正行业自律规则运行中的错误方向，即通过法律明确行业发展的原则和道路，框定从业者大致的行为边界，防止行业自律规则方向失偏。举例观之，银行业的自我监管与外部监管离不开国家实定法和行业自律规范。这种协调表现在监管主体职能范围的划分等领域。细言之，《商业银行法》等实定法详尽规定了关于商业银行最低注册资本金额、资本充足率等内容，明确要求商业银行应有充足的经营能力和资格开展金融业务，防范金融风险。监管者制定的强制性规范提供了必要的规则框架，设定了各方初始的行为边界，而银行业内部专业化和精细化的内容则由行业自律规则等成本更低、效率更高的规范加以填充。银行业的行业自律规则在人员培训、资格准入、行业研究、自律管理、行业惩戒等方面发挥了积极作用，进一步提升了行业的治理水平。此时，行业自律规则遵从了国家实定法划定的适用范围和边界，与国家实定法形成了良性分工，共同提升了银行业的治理水平。

四、行业自律规则与国家实定法双向互动的优化路径

非同质规范之间的合作有助于达成一种互补状态，行业自律规则与国家实定法在相互独立的同时任何一方均可能从对方吸收合理成果，借以完善自身规则的形式、内容和体系。单纯依靠行业自律规则或国家实定法难以充分回应当前社会复杂的治理需求。

（一）行业自律规则与国家实定法双向互动的关系定位

^① Chris Brummer and Yesha Yadav, *Fintech and the Innovation Trilemma*, 107 *Georgetown Law Journal*, 2019(2): 235-308.

^② 许多奇：《互联网金融风险的社会特性与监管创新》，载《法学研究》2018年第5期。

^③ See Michael L. Barnett, *One Voice, But whose Voice? Exploring What Drives Trade Association Activity*, 52 *Business and Society*, 2013(2): 213-244.

行业自律规则与国家实定法之间是一种双向互动而非单边影响的关系。这种双向互动关系根植于行业自律组织与国家在行业治理层面的交流活动,积极促成行业共同体与国家的合作治理,从而使市场内生秩序和国家建构秩序和谐统一于治理现代化的进程之中。

一方面,行业自律规则需要国家实定法明确制度边界,避免行业自律规则的合法性危机。与国家实定法相比,行业自律规则具有专业度高和适用弹性等优势,不足之处则主要表现为民间主体制定规则的能力相对不成熟,可能陷入权威性不足、内容不完备、执行力欠佳的恶性循环,导致行业自律规则偏离有效治理的目标。规则是集体生活的合意,也是社会秩序的象征,^①行业自律规则是否能够达成化解业内纠纷、维护公共秩序、推动行业发展的治理目标,不仅取决于行业共同体的努力,而且取决于行业自律规则是否有效落实了国家实定法的指引方向和制度边界,而不是单纯从形式上援引国家实定法。监管者相对于公民和行业自律组织具有优势的地位,^②法律不会导致社群的衰落,反而可以帮助社会成员及行业自律组织建立并完善自主治理的规则,这主要表现为国家实定法对行业自律规则宏观层面的方向指引。行业自律组织与成员的行为不可避免地涉及公共领域,此时应当辅以必要的外部监管,促成行业自律规则与国家实定法的合作。换言之,行业自律规则在何种范围内可以自由探索治理的新规则,哪些领域是法律保留的禁止性事项,这些都有赖于国家实定法的明确规定。

另一方面,国家实定法需要行业自律规则率先发挥探索治理规则的功能,筛选出与市场相适应的治理规则,降低国家制定行业治理规则的成本和难度。作为行业成员共识的体现,行业自律规则凝结了行业内部的常识、原理和规律,能够以降低重复博弈的方式提高效率,具有广泛的价值基础和成员基础。此规则有助于促成行业共同体主导的简约治理模式,这种简约治理模式不同于国家主导的治理活动。前者主要依靠行业自律规则,重视事前监管和内部监管;后者主要依靠国家实定法,以事后监管和外部监管为主。

(二) 行业自律规则与国家实定法双向互动的援引原则

为了规范并提升援引的效果,行业共同体与国家机关在援引对方规则的时候应当坚持市场优先与程序正当原则,深化行业共同体与国家合作治理的水平。

1. 市场优先原则

市场优先原则强调援引主体首先应当在本体规则内寻求解决问题的依据,在本体规则能够有效化解纠纷或维持行业秩序的时候保持谦抑,避免问题复杂化。当确有必要引入外部规则的时候,援引主体应当以满足现实治理需求为援引标准,有效解决行业治理中的问题,而不是以满足个体偏好或组织利益为援引标准。

一方面,在行业协会等自律组织能够依法合规、自主治理的时候,包括立法机关、行政机关或司法机关在内的国家机关应当坚持市场优先原则,让当事人和行业自律组织率先发挥自我调节作用,尊重专业人士的处理意见,对行业自律组织依法合规、自主治理的活动保持信任,

^① [美]詹姆斯·马奇等:《规则的动态演变》,童根兴译,上海人民出版社2005年版,第7页。

^② 叶小兰、王方玉:《法律父爱主义语境下立法过失的生成与纾解》,载《华侨大学学报(哲学社会科学版)》2022年第3期。

避免出现“外行指导内行”的现象。社会与国家的分离促成多元化的治理规范和纠纷解决机制，^①人们之所以对行业自律组织等团体的自治治理活动持有积极态度，很大程度上是因为作为私人团体的集体组织在监督标准、监督时间和监督成本方面能够形成持续性优势。^②频繁适用国家实定法去处理行业日常治理中的细节反而不利于化解各类矛盾，也容易使国家实定法因为实效羸弱而被削弱了权威，产生监管规则和对象不匹配的问题。

另一方面，当确有必要在国家实定法或行业自律规则中援引对方规则的时候，应当选择内容成熟度高、实践效果好、争议小的外部规则融入本体规则的体系。此时援引外部规则的目的是弥补本体规则难以克服的不足之处。比如，行业自律规则等社会规范不一定有效率，而且可能欠缺必要的公正性，贸然将行业自律规则引入国家实定法体系不仅使社会公众质疑国家实定法的权威，也可能造成规则适用的混乱。行业自律规则有时细化了国家实定法，内容成熟度和遵守率高；有时逃逸了国家实定法，容易激化各方矛盾。不是所有的行业自律规则均可以被援引进入国家实定法体系。国家实定法的援引对象是那些内容合理、成效显著、与国家实定法无实质性冲突的行业自律规则。再比如，行政机关可以参考行业团体标准制定国家标准，弥补行政机关工作人员在专业知识领域的疏漏，制定与行业发展相适应的行业标准。

2. 程序正当原则

在行业自律规则与国家实定法的互动过程中，援引主体应当坚持程序正当原则，说明援引对方规则的必要性，强化援引流程的规范性，提升援引行为的说服力。坚持程序正当原则有助于合理选定援引对象，避免出现拒绝援引对方规则、过度援引对方规则、援引错误规则等问题，通过必要的前置程序保障合适的外部规则进入本体规则的体系，切实提升治理实效。

一方面，国家实定法在援引行业自律规则的时候应当履行下列程序要求。其一，说明现有国家实定法关于该问题或领域的现状与不足之处，且该问题或领域暂时不具备制定国家实定法的客观条件。其二，论证相关行业自律规则的优势与契合性，即现阶段相关行业自律规则在专业技术水平、可操作性、实效性维度具有国家实定法难以达成的功能，能够更好地在该领域达成治理目标，国家实定法此时需要相关行业自律规则的帮助。其三，诠释援引行业自律规则的行为具有可行性，被援引的行业自律规则与现行实定法体系相吻合，行业自律规则的内容不违背国家实定法的制度方向和强制性规范。概言之，这种说明活动应当使社会公众认识到相关行业自律规则的独特作用，即行业自律规则在国家实定法难以覆盖或有效规制的领域大显身手，有效解决了那些个人通过简易协商或国家实定法难以有效回应的公共治理难题。

举例说明程序正当原则在司法机构援引行业自律规则中的应用。^③包含英国、美国在内的判例法国家对商事行业自律规则的认可度较高，我国法院对此采取开放但谨慎适用的态度。法律续造须承担额外的论证责任，^④法院在司法活动中不会照搬行业自律规则，而是需要仔细考察特定行业自律规则的合法性、合理性以及与本案的契合性，规范对行业自律规则的援引流程。

^① 刘晓红：《论我国民事纠纷多元化解决机制的现代化》，载《东方法学》2023年第2期。

^② See Veronica Root Martinez and Caitlin-Jean Juricic, *Toward More Robust Self-Regulation Within the Legal Profession*, 69 *Washington University Journal of Law & Policy*, 2022(6): 241-273

^③ 立法机构与行政机关通过法定程序将行业自律规则上升为国家实定法，已有较为明确的规定，争议性较小。

^④ 陈坤：《法律解释与法律续造的区分标准》，载《法学研究》2021年第4期。

如果行业自律规则无法通过前置筛选程序，那么它将被剔除进入国家实定法体系。譬如，对于“禁止自带酒水”的行业规定，法官不会一概认可其合理性，而会根据行业性质、是否以合理方式履行告知义务等手段综合判断其是否合理。^①一方面，对于以饮料、酒水为辅助售卖品的餐饮等行业，“禁止自带酒水”的行业自律规定明显违背消费者权益保护的要求，此类行业自律规则无法获得司法机构的认可。另一方面，对于以酒水为主要盈利来源的酒吧、歌厅等行业，消费者自带酒水的行为有违利益平衡和公平原则，此时大众和社会对该行业“禁止自带酒水”的行业规定或相关场景门口的提示具有较高的容忍度。

另一方面，在行业自律规则援引国家实定法的时候，程序正当原则贯穿于行业自律规则的制定、修改和反馈环节。细言之，其一，行业协会等主体在探索行业治理规则的时候可能忽视了现行法律体系的既有规定，诱发行业自律规则与国家实定法的冲突，造成行业自律规则的合法性危机。因此，有必要在行业自律规则的总论或者前序位置融入国家实定法，提醒行业共同体在落实国家实定法的前提下稳步探索行业治理规则。其二，对于那些不满足合理性、协调性、可操作性等标准的行业自律规则，业内成员与行业自律组织可以通过效果评估程序检验相关规则的治理实效，发现规则的错误、不足或疏漏，提醒规则制定者及时更新并公开修订后的行业自律规则。其三，有学者认为包括行业自律规则在内的社会规范应当比照实定法建立备案审查机制，完善必要的监督程序。^②行业共同体可以通过备案审查机制在事前、事中阶段检验行业自律规则的实效，评估行业自律规则的合法性等内容。在私人监管运行有效的地方，更严格的公共监管将失去生存土壤。^③其四，如果国家实定法发生变化并导致与行业自律规则的冲突，人们应当理性看待这种规则冲突的现象，不应将此问题归咎于行业自律组织等主体。为了回应国家实定法的变化，行业自律规则的制定者应当根据国家实定法及时修改相关行业自律规则，使行业自律规则保持与国家实定法一致的方向。

（三）行业自律规则与国家实定法双向互动的援引顺序

行业自律规则援引国家实定法的顺序优先于国家实定法援引行业自律规则的顺序。前者的援引活动逐渐探索出成熟的行业治理规则，为后者的援引活动提供了良好的规则样本。后者的援引活动构成对相关行业自律规则及其制定者的认可，推动相关行业自律规则上升为国家实定法，进一步促进行业自律规则与国家实定法之间的良性互动，共同提升行业治理的水平。

第一，行业自律规则不仅具有约束成员和推动行业自律的功能，而且具有探索治理规则、激励规则创新的功能。这一过程需要获得国家的合法性认可，首先表现为国家对行业自律组织参与公共管理的身份认可。作为规则制定者的行业自律组织在国家实定法引导下而成立，国家实定法间接襄助相关行业自律规则的建设，能够减少社会公众对于行业自律组织及行业自律规则的质疑。具体包括两种形式：一是行政授权，主要体现于银行、证券、保险等行业。二是行政委托。中国 1979 年行业管理改革揭开了行业管理模式转变的序幕，这种治理模式的变化使

^① 相关案例参见“李冰诉华星影城案件”，具体见北京市第一中级人民法院民事判决书（2004）民终字第 11105 号判决书，该案消费者反对影城禁止自带酒水的行业规定最终获得了法院支持。

^② 刘作翔：《构建分种类、多层次社会规范备案审查的具体机制》，载《法学论坛》2022 年第 2 期。

^③ See Malhotra Neil, Monin Benoit and Tomz Michael, Does Private Regulation Preempt Public Regulation, 113 *American Political Science*, 2019(1):19-37.

行业的治理主体、依据和关系发生了深刻变动。^①

第二，行业共同体自主治理的规范效应如果想要外溢到社会公共生活，不仅需要成员积极参与，而且需要在落实国家实定法的前提下探索治理规则，平衡个体成员、行业共同体和社会公共利益。行业自律规则需要国家实定法襄助自身的规则体系，这不仅表现为宏观层面的方向指引，也需要将国家实定法的原则、精神或理念落实到行业自律规则的行为规范，避免援引国家实定法时出现过度功利的倾向。

第三，市场经过参与者的广泛实践后往往能够筛选出富有成效的行业自律规则，为国家实定法提供良好的规则样本和实践基础。对于社会公众而言，国家实定法拥有行业自律规则难以媲美的公信力，民间习惯法规范具有转型升级的现实需求。^②如果行业自律规则能够在维持本行业秩序的同时妥善处理好与其他社会主体的关系，则可能被国家机关融入实定法体系。具体而言，一方面，立法机构或行政机关援引的对象被限定为治理效果良好的行业自律规则。行业自律规则贴近商业实践和社会生活，能够为大众提供一个稳定的规则体系和评价尺度。立法者既可能吸收其精神或原则，也可能将其直接纳入国家实定法。另一方面，如果行业自律规则难以有效平衡各方利益，它至少能够以较低的成本进行多次“规则实验”或“治理试错”。倘若这种规则带来了足够的负外部性，在行业自律规则的运行体系内这种规则创新的试错成本较低，破坏性小，避免了盲目立法带来的损失和对各方信心的冲击。

五、结语

行业自律规则为行业共同体从依赖国家监管到构建自律型监管提供了一种可行的依托，它并不排斥国家的公共治理或个体的自我规制，而是试图在国家、社会和个人的互动中形成一种行业治理的最优解。这一综合治理的体系将特定的治理主体、治理规则和治理模式相匹配，形成行业自律和国家监管的有效分工，侧面展现出行业治理从政策治理、法律治理到社会治理的积极变化，行业自律规则与国家实定法的双向互动正是这一变化的主要变项之一。一方面，国家对行业自治领域预留了必要的制度空间，保持一定的治理弹性，形成了合适的监管尺度。另一方面，行业共同体在国家实定法的宏观指引下积极探索合适的治理规则，形成了与国家治理体系并列的行业自治体系。动态的治理模式和规则体系能够更好地应对行业治理中的难题，也可以提升行业治理的韧性，形成行业简约治理与国家综合治理并行的立体式格局。这需要行业自律规则与国家实定法共同发挥作用，削减规则之间的摩擦，也强调治理的依据必须是良法，^③是一种动态而非静止的过程。为了综合发挥社会控制和法律控制的双重优势，有必要实现行业自律规则与国家实定法的双向互动，提升行业自律组织与国家合作治理的实效。

^① 张经：《行业协会商会规范发展资料汇编》，中国工商出版社 2007 年版，第 370 页。

^② 杨官鹏：《论行政法原则与民间习惯法之融合——以条例法规范为契合点》，载《民间法》2021 年第 3 期。

^③ 张文显：《中国法治 40 年：历程、轨迹和经验》，载《吉林大学社会科学学报》2018 年第 5 期。

建构中国自主经济法学知识体系的关键词

刘博涵

内容提要 厘清价值理念、锚定核心理论、明晰体系化进路是建构中国自主经济法学知识体系亟待解决的基础问题。培育市场、发展经济作为经济立法的核心任务使效率成为中国经济法学的主导价值，社会效率对效率的修正与中国式现代化的共同富裕目标相契合，公正的价值立场是经济法学作为法学学科的应然规定性和内在精神。科学理论的产生有赖于经验事实的归纳和公理命题的演绎，经济法学的公理理论可欲且可求。“规制”客观描摹了现代国家为维持经济系统功能有效性对经济的干预，能够同时涵摄政府对经济的宏观调控与微观管理，因而“规制论”是经济法学的核心范畴。体系性是建构中国自主经济法学知识体系和完善经济立法的题中之义，需统合领域法学研究范式和部门法学研究范式，在单行立法的基础上渐进地推进统合性立法。

关键词 自主知识体系 经济法学 价值立场 经济规制 体系化进路

目次

引言

一、公正的价值立场

二、政府的经济规制

三、统合的体系化进路

四、结语：建构科学化、体系化的中国经济法学

引言

“创建中国经济法学是我国法律、法学领域内的一次思想大解放，一场现代化的大变革”。^①不同于对发源于欧洲大陆、成熟于自由资本主义时期的传统部门法理论的承继与借鉴，经济法学在中国的萌芽与发展从一开始便与中国经济体制改革同气连枝、共生共荣。在改革开放初期，计划主导、国家优位、权力本位仍然是彼时中国经济社会的底色和基调，处于前现代发展阶段的经济法以“纵横统一论”忠实映射了“有计划的商品经济”的基本要义，诠释了强制性经济社会变迁过渡期中进取性与妥协性的矛盾特质；^②随着社会主义市场经济体制的确立，基于市场机制的经济自由思想渐成主导，经济法学的学科内涵全面更新，实现了从权力经济到权利经济、从政府干预到干预政府、从一元利益到多元利益、从指令到均衡的观念转变，^③经济法重新定位为市场经济中约束经济活动的法律形式。

中国经济法学在改革开放四十余年丰富的经济立法和法治实践的基础上逐步形成并发展壮大，“中国”二字不仅昭示着知识的本土性和中国特色，更意在宣示对普世经济法理论的抵制与改造。正鉴于此，经济法学被认为是中国最有可能对世界法学和法制发展做出贡献的领域之一。^④虽然中国经济法学取得了丰硕的研究成果，却依然面临诸如“基础理论极为贫弱，细节研究却异常繁荣”“理论对实践的解释力孱弱”“理论散乱难成体系”的质疑和指摘。在建构中国自主法学知识体系的集体行动中，经济法学自主知识体系的建构无疑是其中重要一环。前述问题既是中国经济法发展进程中的历史遗留，也是中国经济法学向新向深发展的

^① 刘文华：《中国经济法是十一届三中全会思想路线的产物》，载《法学家》1999年第Z1期，第205页。

^② 参见刘红臻、肖乾刚：《走向现代性：中国经济法学发展的历程与启示》，载《法制与社会发展》2003年第1期，第31页。

^③ 参见邱本：《经济法流派述评与经济法观念更新》，载《当代法学》1994年第2期，第36-37页。

^④ 参见张守文：《经济法理论的重构》，人民出版社2004年版，序第3页。

理论源点。“用主题词的方式呈现中国法学知识图像，是我们了解中国法学现实境况与未来走向的一种简明可为的有效方式。”^⑤正鉴于此，本文以“公正的价值立场”“政府的经济规制”和“统合的立法进路”三个主题词对建构中国自主经济法学知识体系的基础问题展开论述。

一、公正的价值立场

价值论是经济法学基础理论的重要组成部分，是关系到经济法学学科建设未来命运的一个本源性命题。一般来说，法的价值是人与法律之间的一种需要与被需要的特定关系，因而法的价值可以分为内在的客观功用价值和外在的主观评判价值。具体到经济法的价值而言，经济法的价值除了对客观经济法效用的记录与描述，更重要的侧面在于对理想经济图景的描画和意义世界的塑造。这是因为法治经济的建设决定了法治中国建设的成效，而理想经济图景和意义世界的塑造与建设则决定了法治中国建设的成败。^⑥这不仅关系到我国的市场经济建设是资本主义的，还是社会主义的，还关系到法治经济建设的目标定位与制度行动。经济法价值的提取与求得是一个艰辛的过程，而这一任务完成之时，也是经济法学走向成熟之际。

（一）源起殊途与公平价值诉求易位

英国哲学家休谟将人类知识分为事实知识和价值知识两类，前者只关心事实的真相是怎样的，其不是真就是假，即“是”与“不是”的命题，后者则关心事情应该是怎样的，是“应当”与“不应当”的命题。^⑦康德以此为基础把世界分为事实世界和价值世界，事实世界是人们可以经验到的现实世界，价值世界则是人们在经验到现象之外的本体世界，是真正自觉自由的世界。人类的法律生活同样可以分为法的事实世界和价值世界，前者由法律事实、法律关系和法律规范等元素构成，是最直接的客观世界，后者是潜藏在法律规范及其调整法律关系背后的规范意义与价值理念。^⑧价值之于法律规范犹如思想之于人类活动。任何一部法律，其本身是属于法的事实世界的，但法律规范中必定蕴含着归属于法的价值世界的价值理念。例如，金融法所关注的是金融体系的有序运转，但它所追求的价值则是金融交易契约的完整履行、金融监管的包容审慎，更进一步在于追求金融资源的合理配置以及社会本位理念。^⑨人们见到金融市场的有序运转，更感受到金融资源的“按需分配”以及由此带来的实体经济发展和物质生活水平提升。

在人类的价值视域中，一切美好而有意义的准则、观念都可能是价值的体现，因而价值是多元的。也正因如此，对于法的价值体系，学术界并无统一的认识。尽管如此，在学者们不尽相同的学说中，通过“提取公因式”还是可以发现法的核心价值。申言之，尽管不同学者在不同时期对法的价值有着许许多多不同的见解，但公平、正义、自由、平等、秩序、人权等价值都或多或少地出现在人类千百年来对法治的美好向往中，区别仅仅是不同时期、不同部门法的侧重有所不同罢了。经济法作为法体系中的一个部门，其价值与一般法的价值、其他部门法的价值有着共性，但又有特殊性。经济法的价值体系包含着诸如自由、安全、秩序、效率、公平、正义等一般法的价值，但就其产生背景和调整任务分工来看，经济法诞生于19世纪末生产和其他各方面社会化的场域之下，主要涉及经济领域和经济生活，因而社会性与经济性是确立经济法价值时最需要着重考量的两个标准。^⑩一般来说，社会性特征统摄着经济法的公平、正义价值，经济性特征则涵摄了经济法的效率、秩序价值。

从“法尚公平”的角度来说，公平应为法的首要价值。就经济法而言，西方经济法产生的社会根源缘于放任市场自发作用引致的经济、社会问题。当西方社会发展到垄断资本主义

^⑤ 姜涛：《中国法学知识谱系建构的主题词》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2010年第5期，第3页。

^⑥ 参见姜涛：《法治中国建设的社会主义立场》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2017年第1期，第12页。

^⑦ 参见[英]休谟：《人性论》（下册），关文运译，商务印书馆1980年版，第509-510页。

^⑧ 参见卓泽渊：《法的价值论》（第三版），法律出版社2018年版，第17-18页。

^⑨ 参见刘盛：《现代金融体系视野下的金融法：理念信守与制度表达》，载《政治与法律》2022年第11期，第80-95页。

^⑩ 参见漆多俊：《经济法基础理论》（第五版），法律出版社2017年版，第165页。

阶段，大的垄断企业凭借其雄厚的资本实力和经济统治力操纵国民经济命脉、压榨劳工牟取垄断利润，严重影响经济的可持续发展。在这样的背景下，经济法带着对社会公共利益的关切应运而生。经济法以实现经济公平和社会公平为己任，以“有形的手”积极作用于市场失灵领域，追求经济的持续、稳定增长和社会的良性运行。^①与之不同的是，中国经济法的生成逻辑并非西方国家意义上由自由经济到国家干预的历史进路，而是在社会生产力十分低下、生活物资十分匮乏的计划经济体制下向市场经济转型，以市场经济的手段解放生产力、发展生产力。在此过程中，中国经济法的主要使命在于培育市场、发展经济。^②为此，促进市场高效运行是中国经济法的核心任务，中国经济法的首要价值取向自然是效率而不是公平，因为在彼时物质极度匮乏的中国主要矛盾是“寡”而非“不均”。

从社会心理学的角度讲，什么越稀缺，我们越强调什么。尽管党的十九大报告指出我国社会的主要矛盾已经由“人民日益增长的物质文化需要同落后的社会生产之间的矛盾”转化为“人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾”，但作为发展中国家，经济建设在可以预见的将来仍然会长期是中国的主导政策之一。在这样的现实背景下，只要部门法具有“经济成分”或者经济性，就理所当然地被视为应予强化效率价值优先实现，经济法的经济性特征也是被用以支撑中国经济法学效率价值优位的一个重要理由，中国经济法学由此被贴上效率价值的“专属标签”。事实上，经济法在中国诞生的原因就在于对市场帕累托最优资源配置效率的追求，经济法在中国的历史使命很大程度上就在于对具有充分竞争性的市场机制的培育。据此，从经济法在我国产生的原因及其承担的社会任务出发，很容易得出效率或者效益是经济法的主导价值取向。需要追问的是，对效率价值的追求能否上升为中国经济法学的基本价值立场？亦即效率应当成为中国经济学最高的价值取向吗？

（二）走出经济效率价值至上的迷思

“效率已经成为中国经济法学的主导价值”这一命题或许不一定成立，但中国的经济立法和经济法学说中具有很高的效率“含量”是确证无疑的。以被誉为现代经济法核心的反垄断法为例，我国《反垄断法》第1条即开宗明义地将“提高经济运行效率”确立为该法的立法目的之一。除此以外，“提高能源利用效率”是我国《节约能源法》的重要立法目的、“提高资源利用效率”是我国《清洁生产促进法》和《循环经济促进法》的重要立法目的。《水法》《民用航空法》等法律有关于提高水资源、机场资源利用效率的规定，《审计法》《政府采购法》等法律还有关于提高审计、采购工作效率的规定。在经济法学说方面，许多文献都间接提及或者明确支持效率在中国经济学中的优先地位。例如，李昌麒教授在论及经济法较之行政法克服市场失灵的优越性时即提出，“经济法自其产生之日起，就一直以追求效率而兼顾公平为己任，效率是经济法追求的最主要价值。”^③此外，还有学者从多元价值冲突的位阶排序角度指出经济法的价值具有多元性，但当其多元价值发生冲突时，经济法应当以效率作为其基本价值。^④

效率价值悄无声息地在我国经济学知识体系中占据主导地位的原因除了前述建立、巩固、发展社会主义市场经济体制的现实需求之外，其背后还有实用主义哲学思潮的“西风东渐”以及经济学研究方法遮蔽下的价值理念入侵。实用主义作为现代哲学的一个重要派别，诞生于19世纪70年代并在20世纪成为一种主流思潮。它从行为的实际效果来理解、解释人

^① 参见韩桂君：《公平：经济法的终极关怀——质疑“效率优先，兼顾公平”》，载《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》2008年第2期，第121-122页。

^② 参见陈云良：《转轨经济法学：西方范式与中国现实之抉择》，载《现代法学》2006年第3期，第174-181页。

^③ 李昌麒、应飞虎：《论经济法的独立性——基于对市场失灵最佳克服的视角》，载《山西大学学报（哲学社会科学版）》2001年第3期，第29页。

^④ 参见徐士英、魏琼、瞿向前：《经济法的价值问题》，载漆多俊主编：《经济法论丛》第1卷，中国方正出版社1999年版，第25-40页；张英：《论经济法的基本价值取向》，载《法律科学（西北政法学院学报）》2004年第4期，第47-52页；臧东娥：《经济法的基本价值取向新论》，载《学术交流》2008年第6期，第27-30页。

类行为与行动，倡导“有用即真理，无用即谬误”。在实用主义思潮影响下，“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”被无数人奉为圭臬。在此背景下，中国对法律治理方式的认知也首先是实用主义或者工具主义的，法律被视为一种“有用”的工具而引入。此外，经济分析方法带来的法学方法论革新也促进效率在法的价值体系中逐渐走向中心位置。经济分析方法通过定量的方式赋予各项事件不同比例权重，在此基础上建立数理模型用以认知、解释诸如法律责任轻重与违法率之间的关系。由此，我们自然而然地通过“投产比”的效率思维来探究法律制度供给与经济发展之间的关系，进而以对经济发展的正相关、负相关、不相关关系评判法律制度的效用，决定法律制度的修订与存废。

从某种程度来说，正是效率价值及其分析方法的引入才使中国经济法学的价值研究焕然一新。^⑮但是，如果不对经济分析方法保持必要的警醒、无限扩大经济分析的界限，势必造成“效率优先”价值的泛滥以及经济法学价值观的“唯利是图”。就经济法学中的效率价值而言，我们需要区分经济学的效率和经济法学的效率。效率指向成本与收益分析模式，关注的是资源的“投产比”。经济学视域下的“资源”可以是资本、原材料等有形资源，也可以是法律制度、管理体系等无形资源。就此而言，经济法律制度作为一种工具、手段，似乎只是经济学广泛的成本与收益分析框架中的一个要素，这也是“经济学帝国主义”能够在经济法学研究中“大行其道”^⑯的重要原因。问题的重点是，这里的收益是什么？谁之收益？没有微观经济体就没有国民经济，因而国家也鼓励企业家实现其资本回报率最大化，企业家私人收益最大化是经济学直接追求的效率，但这仅是一种个体效率、局部效率。企业家在追求个人收益最大化的过程中往往倾向于剥削利益相关者并把部分成本转嫁给他们，以及在产品流通的各个阶段和渠道中攫取他人所得。对此，国家必须从总体利益的角度来调控微观经济体的运作和扩张，必须通过适当的市场监管维持良性竞争、打击虚假信息，确保经济活动符合增加社会福利的宏观经济目标。^⑰这样的总体效率、全局效率才是经济法学追求的效率价值。

在研究经济法学价值的著述中，“效率”毫无疑问是一个高频词汇，但经济法学中的效率价值多数是以“实质效率”“社会效率”“整体效率”的面目予以呈现的。也就是说，源于经济学的效率价值在引入经济法学的过程中进行了某种程度的“自我修正”。正如有学者指出的那样，效率价值在经济法中当仁不让地占据着核心地位，因为经济法本身就是制度追求效率的产物。但是，经济法追求的不是个体效率，而是包含充分就业、经济增长、环境保护等诉求在内，体现着公共利益的社会效率，亦即社会整体福利的增加和国家的可持续发展。^⑱因此，经济法学中的效率价值关注的虽然也是经济法律制度的成本和收益问题，但经济法学关注的收益是法律制度作用于经济社会后整体上产生更佳资源配置效果。经济学更为关注“做大蛋糕”，而不太关注这个“蛋糕”是否是通过不正当竞争、攫取他人利益而获得。经济法学固然也关注“做大蛋糕”，但更为关注“做大蛋糕”的过程以及“蛋糕”的分配。从这个角度来说，经济法学追求的最高价值与其说是效率，毋宁说是公正。

（三）经济法治的社会公正价值归位

党的十一届三中全会将党和国家的工作重心全面转移到社会主义现代化建设上来，“经济工作是当前最大的政治，经济问题就是压倒一切的政治问题。”^⑲“贫穷不是社会主义”“以经济建设为中心”“效率优先，兼顾公平”等政治话语为民众所熟知并成为整个社会的行动指南。

^⑮ 参见尹亚军：《重识经济法学：中国变迁与理论出路》，法律出版社2023年版，第208页。

^⑯ 参见李树：《经济学帝国主义下的法律经济学运动》，载《社会科学》2004年第1期，第52-58页。

^⑰ 参见格泽高兹·W.科勒德克、郭妍彬、廖舟：《新实用主义经济学：属性、目的和方法》，载《国外社会科学》2021年第5期，第120页。

^⑱ 参见邓峰：《经济法学漫谈：正义、效率与社会本位》，载史际春、邓峰主编：《经济法学评论》第四卷，中国法制出版社2003年版，第67-72页。

^⑲ 邓小平：《邓小平文选》（第二卷），人民出版社1994年版，第194页。

在此背景下成长起来的中国经济法学吸收了效率价值并革新了人们对公平、正义、自由、秩序等既有法律价值的认识，“效率的增进最终会给全体社会个体带来利益的增进，因而效率是最大的公平、整体的公平”。²⁰“效率优先”获得广泛认同并大有扩张之势，几乎成为中国经济法学最为显著的标签。然而，从政治话语、社会行动的“实然”中推导属于意义世界之“应然”的经济法价值，在方法论上就已经“误入歧途”，因为法的价值观形成于法律制定之前，有的很模糊、很朦胧，甚至是不自觉的自发意识。²¹正因如此，价值选择、价值判断在某种程度是类似于“一千个读者有一千个哈姆雷特”的无解难题。尽管如此，有一点却是可以明确的，那就是法的价值不是从具体实践中推导出来而是在某个目标、意义追求的指引下直接设定的，亦即法的价值问题本身是不能被推导、被证明的，它需要我們进行选择、设定。

在社会主义中国发展市场经济，需要回答“市场经济”与“社会主义”之间的关系。一般认为，市场经济重视个体营利性，强调经济效率，保障私有财产权、尊重独立个体的价值创造与财富积累是其重要特征。²²而社会主义强调社会公益性，通过社会这个整体来保障对资本和产品的拥有、控制，以公众利益作为自身所追求的目标进行财富分配、管理。从这个意义上来说，崇尚个人权利、自由竞争和政府最小化的市场经济与追求社会公益、均衡发展和国家调控的社会主义似乎“水火不相容”，因而大部分西方自由主义经济理论学者认为“市场经济”与“社会主义”二者只能取其一而不能结合。事实上，这样的观点混淆了“目的”和“手段”。市场经济与计划经济相对应，都是发展经济的手段。市场是中性的，与其紧密相连的不是资本主义而是工业化，只要追求工业化，必然选择市场。市场经济是目前最能激发劳动者积极性、促进生产力发展的经济体制模式。而社会主义要回答的是发展经济为了什么目的这一根本性问题。对此，习近平总书记指出，“共同富裕是社会主义的本质要求，是中国式现代化的重要特征。”²³

经济法表面上是调整政府与市场、垄断与竞争的法律，但最终实际涉及两个层面的问题，即经济发展问题和社会公正问题。前一个问题关注经济发展的速度，后一个问题则关注经济发展的成效，决定社会主义市场经济建设的成败。在改革开放初期，我们更关注经济发展模式是否适应生产力水平，能否解放生产力、发展生产力，也就是能否“将蛋糕做大”；而当经济发展到一定程度、生产力发展到一定水平之后，我们需要追问这种经济发展模式能否持续、经济发展与社会公平之间的关系如何处理、雇佣者与劳动者巨大的贫富分化如何缩小等问题，这些问题都将我们引向一个终极问题——我们发展经济的最终目的是什么？社会主义中国发展市场经济不同于资本主义国家的地方在于追求共同富裕，经济法学与经济学最大的不同在于法学更加重视正义，消除社会不公，保护社会与经济上的弱者，为国民生存、发展创造最基本的条件。²⁴由此，在中国式现代化、共同富裕的目标指引下，中国经济法学的基本价值立场应当设定为社会公正，它本身即为标准，就是终点。如不如此，社会公正势必仍会被囚禁于经济效率的“牢笼”之中。

在中国经济法学发展四十余年后的今天“重提”经济法学的价值立场，一个重要的原因在于长期以来我国学界对经济法的价值研究混乱繁杂，二十多年前的“争议搁置”²⁵导致当前学界对具体经济法律制度的研究在相当程度上停留在工具性、实用性的层次，缺乏能够统

²⁰ 徐士英、魏琼、瞿向前：《经济法的价值问题》，载漆多俊主编：《经济法论丛》第1卷，中国方正出版社1999年版，第37页。

²¹ 参见卓泽渊：《法的价值论》（第三版），法律出版社2018年版，第139页。

²² 参见张守文：《中国式现代化、共同富裕及其经济法理论解析》，载《当代法学》2024年第1期，第59页。

²³ 习近平：《扎实推动共同富裕》，载《求是》2021年第21期，第2页。

²⁴ 参见姜涛：《法治中国建设的社会主义立场》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2017年第1期，第15-16页。

²⁵ 我国学界对经济法学价值的研究成果主要集中在2005年之前，此后的学术资源逐渐转向经济法分论的具体问题研究。参见郑钰：《经济法价值理念研究二十年：一个文献综述》，载李昌麒、岳彩申主编：《经济法论坛》第12卷，法律出版社2014年版，第20-32页。

摄经济法律制度的法理思想和精神内核，这致使经济法学作为一个独立法律部门的法学品质始终得不到应有的彰显。正如冯果教授所指出的那样，理论界与实务界对经济法价值理念的聚讼未决导致我国经济立法实践精神游离、理念缺失，这也是导致我国经济法学理论贫困、幼稚的根源。²⁶立足当代中国丰富多彩的法治实践，运用洞察力改进中国当代法治实践的理论化提炼，是建构中国自主法学知识体系的津渡。²⁷经济法学与经济学的价值立场不容混同，公正的价值立场是经济法学作为法学学科的应然规定性和内在精神，是统摄经济法理论与实践的核心和关键。明确了这一点，方能保证中国自主经济法学知识体系的建构沿着正确的方向发展。

二、政府的经济规制

本体论、价值论、规范论、运行论等中国经济法学基础理论在很大程度上源于对民商法、行政法等传统部门法的参照，其功能意义更多指向证成经济法学的独立部门法地位，相关理论对经济法律实践的解释、指导能力十分羸弱。诚如李昌麒教授所指出的那样，当前中国经济法学对于现实生活中典型的经济立法以及散见于其他法律中的经济法规范，仍然缺乏具备足够统一认识和解释能力的核心理论，这一定程度上阻碍了经济法学作为专门的法学学科所应具备的对法律实践活动的理论证成和理论指导功能的发挥。²⁸经济体制改革、数字经济发展为具体经济法律制度的研究提供了丰富的研究素材，但中国自主经济法学知识体系何以建构、一以贯之的核心理论是什么仍是一个隐而未发、藏而不露的问题，有待学界思索、探悉。

（一）经济法学的公理理论是可欲而不可求的吗？

理论是科学研究最一般的表达形式，因其对现象所作描述、阐释的有效性，对问题所作预测的准确性以及提供行动方案的可行性而具有科学性。科学的创新必须能够有助于人们对自然界、人类社会诸现象和问题作出更深入、更完整、更接近客观真实的理论解释，并能够据此寻求合适的行动方案 and 问题的解决方案。²⁹从这个意义上来说，理论有两个方面的目标：其一是说明和解释，其二是预测和控制。尽管几乎所有的理论都同等地、普遍地追求这两个目标，但由于学科属性、研究方法的不同，不同学科在这两个目标上总是有所偏重的。就社会科学而言，经济学、社会学、人类学等学科侧重于“发现”人类社会现象中的“规律”，因而其理论目标侧重于解释，而对于法学来说，尽管规律的发现可以为规则的创制提供基础，但规律本身并不是规则，法学的理论旨趣侧重于“创制”行为的“规则”。³⁰因此，作为法学学科的经济法学不能以认知、理解和解释为理论旨趣，至少不能止步于此。然而，中国经济法学的理论研究整体上并未准确认知“规则之学”的学科定位，法外学科的理论成果为不少学人津津乐道，但并未与法学知识有机融合成为有效的理论知识。

实证研究发现，尽管中国经济法学的研究队伍十分庞大、核心期刊发表的经济法学论文数量不在少数，但近年来关于经济法总论、经济法基础理论的研究成果常年不足10%。在“多研究些问题，少谈些主义”的号召下，经济法学界从过去单纯关注经济法基础理论研究转向注重实用性研究，从务实变成了唯实，总论研究逐渐淡化，甚至出现厌恶、否弃经济法总论研究的倾向。³¹造成这种现象的原因是多方面的，除了研究者主观上的畏难和怠惰之外，经济法学本身所涉研究对象广泛、理论框架边界不清的客观现实加剧了提炼经济法核心理论

²⁶ 参见冯果：《经济法的价值理念论纲》，载张守文主编：《经济法研究》第14卷，北京大学出版社2014年版，第99-102页。

²⁷ 参见喻中：《论中国自主法学知识体系的建构》，载《现代法学》2023年第4期，第11-12页。

²⁸ 参见李昌麒主编：《经济法理念研究》，法律出版社2009年版，第2-3页。

²⁹ 参见艳玉、冠鹏：《理论解释力：科学创新的本质》，载《社会科学报》2000年6月15日，第3版。

³⁰ 参见周林军：《规律与规则之间——简论经济学对法学的渗透》，载李昌麒主编：《经济法论坛》（第5卷），群众出版社2008年版，第38页。

³¹ 参见蒋悟真：《经济法总论研究之检视——以近年来法学主流刊物论文为视角》，载《法学评论》2011年第6期，第61页。

命题的难度。通过逻辑实证的归纳主义产生公理理论为许多学者默认，既有研究在尝试提炼经济法核心理论时不可避免地对客观的经济法律规范进行了“裁剪”，舍弃了部分经济法律文本或者法律群以追求理论的体系完整和逻辑自洽，但这样的理论提炼一方面显示出较强的主观性，另一方面因不符体系的例外情形较多而难以得到学界的广泛认同。那么，追求公理化的经济法学理论是注定会失败的遥远梦想吗？

以经验事实和逻辑方法为基础的西方科学哲学实证主义运动及至逻辑实证主义达到顶点，但波普尔的批判理性主义启示我们，对经验事实的归纳不见得是产生理论的科学方法。虽然归纳的样本越多，结论是真的概率就越大，但由于我们进行归纳的事实数量总是一个定量，而科学理论是具有普遍性的全称命题，其对象是无限的，试图通过归纳的方法产生科学理论无异于南辕北辙。³²波普尔指出，一个科学理论的产生并不是归纳经验事实的结果，而是科学家想象力创造的产物，科学家在其想象力创造的前提下进行演绎推理，在推理中用经验否定理论。据此，科学理论产生的逻辑方法是演绎主义的，即“演绎检验法”。³³从辩证唯物主义的认识论来看，单纯的归纳主义和演绎主义都失之于片面。事实上，科学理论的形成都经历了从“存在命题”到“全称命题”的“惊险的跳跃”（马克思语），没有对经验事实的归纳得出“存在命题”，科学家的想象力创造便是“无根之木，无源之水”，同样地，没有科学家想象力对“存在命题”的抽象和拔高，作为“全称命题”的科学理论也不可能被提出。因此，在一个科学理论的产生过程中，归纳和演绎是不可分的，是一个思维过程的两种不可或缺的方法。³⁴

中国经济法经过几十年的发展，除了一些有关价值判断的论争和对经济法律文本规则的解释之外，其基础理论仍然让人感到不踏实，这背后的原因在于既有的知识积累没能确立一个基本的理论假设（逻辑起点）。由于理论假定的缺位，理论方法和工具选择都失去了立足点，经济法学更不可能形成自己独特的理论方法和研究工具，而这是导致中国经济法理论整体上缺乏解释力的一个根本性原因。³⁵前面的论述厘清科学理论的产生路径对我们追求经济法的公理理论至关重要，这使我们不再忧心对“存在命题”的归纳不能周全地涵盖所有经济法律文本和法律群，也不再畏惧提出的“全称命题”在一定程度被证伪，因为科学理论本就是绝对性和相对性的统一。就其绝对性一面来说，理论需要在经验上能够被证实；就其相对性一面而言，科学理论毕竟是一种假设，是可错的，应当容许被证否。在丢弃了对经济法公理理论是“绝对真理”“全称命题”的“思想包袱”之后，我们便可以轻装上阵地探求据以建构中国自主经济法学知识体系的核心理论了。

（二）维持经济系统功能有效性的政府经济介入

在现代市场经济中，政府基于稳定、恢复经济系统良序运行的经济职能介入市场经济运行，以弥补、修复市场经济系统自生运行过程中的缺陷和不足。在民主法治社会，政府“有形之手”介入市场经济运行作为一种“必要的恶”由权威的立法机关规定其正当性、合理性，经济法律便规定、承载了政府介入经济系统的这一社会功能需求，因而经济法律和政府的经济干预是形式与实质的关系。需要特别指出的是，经济法律不是政府介入经济系统的“宣言

³² 试以一例展示波普尔对归纳主义的批判：通过对经验事实的观察，我们看到“甲乌鸦是黑的”“乙乌鸦是黑的”……“N乌鸦是黑的”，于是归纳出“天下乌鸦一般黑”的理论命题。在“天下乌鸦一般黑”的理论指引下，虽然我们再观察一只乌鸦其为黑的可能性很大，但“天下乌鸦一般黑”绝不是具有普遍性的全称命题。事实上无论我们观察到多少只黑乌鸦都不能得出“天下乌鸦一般黑”的结论，因为我们无法看到所有的乌鸦。我们观察到的乌鸦总是有限的，而“天下乌鸦”是一个无限的对象，有限与无限之比总量趋近于零。

³³ 参见[英]波普尔：《科学知识进化论：波普尔科学哲学选集》，纪树立编译，生活·读书·新知三联书店1987年版，第18页。

³⁴ 参见宫玉宽：《论证实原则与证伪原则的对立——在逻辑实证主义和波普尔之间》，载《科学技术与辩证法》2001年第6期，第27页。

³⁵ 参见岳彩申：《理论的解释力来自哪里：中国经济法学研究的反思》，载《政法论坛》2005年第6期，第24-25页。

书”和“说明书”，而是内在地包含着一定社会功能期待的。对经济法学公理理论的发掘离不开对经济法社会功能期待的理解，这一理解在法律诠释学上被称为“前理解”，它不纯粹是感受的过程，反而经常是理解主体想象的先行自我理解，³⁶正如波普尔认为科学理论是科学家想象力创造之物那样。因此，探求经济法学公理理论不仅是归纳经验事实的过程，更是积极建构的过程，而被学术共同体普遍接受的前理解就构成经济法教义学知识体系演绎的公理理论。对此，研究者必须承担起建构和说理的双重学术责任。³⁷

一般认为，“市场失灵—国家干预”是认知、理解经济法社会功能的经典模式。经济法作为一个独立法律部门诞生于19世纪与20世纪之交的西方资本主义国家。生产社会化和垄断形成后，市场缺陷及其引发的市场失灵导致失业率上升、收入分配不公、贫富差距加剧、社会矛盾激化和群体性运动频发，这迫使西方政府以颁布强制性法令的方式扭转市场的无序状态，籍此让社会经济结构和运行保持协调、稳定，进而使整个社会得以安定和发展。但这是一种“唯西方”的认知模式，有学者即指出“市场失灵—国家干预”脱离中国实际，背离国家政策法律，将引发经济法的理论危机，并将中国经济法学引向危险的未来。³⁸的确，“市场失灵—国家干预”模式描摹了经济法在西方国家的社会实践情况而具有理论说服力，但对于中国的经济法实践来说，这一模式并不全面。其一，经济法在中国的产生根源并不是“市场失灵”，而是经济体制改革；其二，经济法在中国并非单纯是修复市场缺陷的工具，在一定程度上还是经济政策、产业政策的承载者，包含着国家的经济发展目的和国民的公正价值期待。

普遍的经济实践表明，现代市场经济系统的良好运行需要政府以“维持经济系统功能的有效性”为根本动因从两个方面加以介入：一方面，建设、完善市场经济系统良序运行所需的外部条件，包括无形外部条件和有形外部条件。前者表现为政府在法律上建立产权制度，并以恰当的纠纷解决制度和司法救济机制保护产权，妥善解决市场交易过程中可能产生的各种纠纷。后者表现为政府或者国有企业对水电油气等基本生产资料和高速公路、铁路等市场生产、交易必须的公共产品的供给。政府的介入表现为对上述外部条件的培育、建设，并将其内化为经济系统的固有条件。然而，“市场失灵—国家干预”认知模式仅仅关注到“国家干预”对经济系统固有机制、要素的修复，忽视了经济系统正常运行所需的外部条件。申言之，市场机制“无形的手”发挥作用的核心在于人的逐利性会驱使市场主体从事满足市场需求的生产活动，但生产、交易的顺利进行还需要产权制度、纠纷解决机制、违约救济渠道等外部条件的保障，它们对于经济系统的正常运行和功能发挥如同生产资料和货币制度一样重要。³⁹西方国家的经济制度在很大程度上是在资本主义萌芽、发展的过程中自发形成的，但对于从计划经济体制转向市场经济体制转型的中国来说，自发形成上述经济制度成本过高、缺乏效益，因而需要政府“有形的手”加以培育和建设。正是由于西方国家和中国在形成、建立市场经济体制的路径不同，导致“市场失灵—国家干预”认知模式对经济系统运行良序所需外部条件的忽视，而这恰恰是中国培育、建设市场经济体制需要重视的。

另一方面，纠正、修复市场机制缺陷导致的经济系统自主运行失序。社会主义市场经济的底层逻辑仍然是市场经济，因而限制竞争、不正当竞争等市场机制固有的缺陷和障碍同样不可避免地会出现在中国的市场之中。对此，“禁止导致功能失序的行为”在中国同样是政府介入经济系统的重要动因，表现为经济法律对垄断和不正当竞争行为违法的设定。在这个层面上，中国经济法与西方经济法表现出高度的“基因相似性”。

³⁶ 参见[德]阿图尔·考夫曼：《法律哲学》（第二版），刘幸义等译，法律出版社2011年版，第51页。

³⁷ 参见刘凯：《经济法学科学化的法教义学路径》，载《政法论坛》2020年第1期，第68页。

³⁸ 参见刘文华：《中国经济法“干预论”之批判》，载《首都师范大学学报（社会科学版）》2017年第6期，第61页。

³⁹ 参见[匈牙利]卡尔·波兰尼：《经济——有制度的过程》，载[美]马克·格兰诺维特、[瑞典]理查德·斯威德伯格编著：《经济生活中的社会学》，瞿铁鹏、姜志辉译，上海人民出版社2014年版，第39页。

综上所述，建构中国自主经济法学知识体系需要将经济法整体性的社会功能期待予以显性化，并据以将分散的经济法律规定分类、集合、整理成统一的经济法律规范体系，认知、检验和评判整个经济法立法、执法过程，以此限制、平衡经济法实践过程中的非理性因素。

“维持经济系统功能的有效性”是政府介入经济的根本动因和基本原理，“市场失灵—国家干预”认知模式仅仅描摹了政府介入经济纠正、修复市场机制缺陷导致的经济系统自主运行失序层面，在这一层面中国经济法因为同样植根于市场经济而与西方经济法“同源”，但在建设、完善市场经济系统良序运行所需外部条件层面，中国因为从计划经济向市场经济转型的特殊发展背景，政府介入经济的这一功能期待更加凸显。因此，中国的经济法学可以总结为“外部条件建设+市场缺陷修复—国家干预”，“国家干预”是西方与中国经济法共同的表现形式，但在社会功能期待上中国的侧重方向和价值承载不尽相同。

（三）涵摄宏观调控与微观管理的政府经济规制

从“维持经济系统功能有效性”的社会功能期待来说，“国家干预”是经济法发挥社会功能的表现形式。但是，如果直接将“国家干预”作为经济法核心范畴的理论表达，将不自觉地吧政府和经济系统分别视为干预的“主体”和“受体”，而这种只一般性地将政府视作经济系统约束对象、看守因素或外生力量而存在的观点与现代市场经济政府已成为其内在因素的客观事实并不相符，这样的认知对经济法理论和实践都十分有害。事实上，经济职能的嵌入早已从根本上改变了政府只作为一个政治主权组织具有的属性与特征，政府已成为市场的内生因素之一，成为推动经济社会发展、利益平衡协调和资源公正分配的动力源。⁴⁰鉴于政府介入经济活动对于整体社会福利的提升，政府的经济介入在向来信奉市场万能的西方资本主义国家也得到了部分学者的支持和辩护，这种市场生产、交易活动仍然主要由私人进行，但同时通过政府经济职能对私人活动加以干预和限制的经济运行模式被西方法律经济学学者称为规制国（Regulatory State），⁴¹“规制”（Regulation）被用以描述政府的经济角色及其经济职能，成为经济法和经济法学的核心范畴。

以20世纪30年代“大萧条”、70年代“滞胀”和2008年次贷危机为分界点，西方资本主义国家先后掀起了规制（regulation）、缓和规制（de-regulation）与重建规制（re-regulation）的世界性潮流，在此背景下关于规制与规制法（Regulatory Law 或 Regulation Law）的研究呈爆炸式增长，“规制”这一术语亦迅速传入我国。然而，作为理论原点的“规制”在其基本内涵尚未厘清的情况下便迅速泛化，对中国经济法的理论和实践造成了负面影响。我国学界当前在广义、中义、狭义和最狭义四个层面使用“规制”一词，广义的“规制”泛指对行为的任何规范和控制，中义的“规制”指的是法律对社会关系的规范和调整，狭义的“规制”特指政府或者国家依据法律授权或者规定对经济、社会进行调控监管，最狭义的“规制”专指行政机关通过制定政策、规章制度和具体行政行为实施的监管。⁴²从这样的分类来看，似乎经济法中的“规制”属于中义的“规制”，但这样的感性认识并不正确，而且恰恰是“法律规制”层面使用“规制”遮蔽了这一术语对于经济法的独特内涵。

随着“规制”在法学研究中的泛化，法律调整在很多场合下被通约为法律规制，出现了民商法规制、刑法规制和行政法规制等等用法。但从“规制”的产生缘由和发展脉络来看，其与法律调整概不能画上等号，将法律调整等同于法律规制势必引起法律调整性质以及法治理念方面的歧义和误解。首先，“规制”具有强烈的公法内涵，而法律调整包含公法、私法两造，因而如果法律规制是一个可以接受的法学术语，其含义也小于法律调整。在此意义来说，

⁴⁰ 参见冯辉：《论经济法学语境中的“经济国家”》，载《法学家》2011年第5期，第164-174页。

⁴¹ 参见[美]凯斯·R·桑斯坦（Cassie R. Sunstein）：《权利革命之后：重塑规制国》，钟瑞华译，中国人民大学出版社2008年版，第2页。

⁴² 参见史际春、冯辉：《“规制”辨析》，载史际春主编：《经济法学评论》（第17卷），中国法制出版社2017年版，第5-7页。

“民商法规制”着实是一种不可接受的用法。作为私法的民商法，多数法律规则来源于私人交往自发形成，法律只不过是记录、确认了相关交往规则而已。也正是基于这个原因，高度尊重意思自治的“有约定从约定，无约定从法定”才成为民法的一项重要原则。具有强制属性的“规制”与遵从自治的“民商法”严重龃龉。其次，经济法规制与行政法规制都指向政府规制，但前者仅限于经济领域而后者更为广泛。虽然在“经济国家”业已生成的当下，政府的行政职能有相当多都属于经济职能，从外延界分经济法规制和行政法规制有相当的难度甚至是无法完成的任务，但如果实质地考察，就能够发现在经济法规制与行政法规制是内容和形式的关系。以竞争法的执行为例，经济法规制关注规制的行为是否有碍竞争、是否破坏市场秩序进而判断是否违法，但这一过程是行政监管部门通过行政执法的过程实现的。综上所述，“法律规制”是一种不甚严谨的用法，更不能与“法律调整”等同视之。作为经济法学核心范畴的“规制”是狭义上的“规制”，特指政府依据法律授权或规定，对经济进行的调控和监管。经济法规制和行政法规制都在这一层面使用“规制”一词，但二者是内容和形式的关系。

如果经济法中的“规制”是狭义的“规制”，那么其与最狭义的“规制”是什么关系呢？从逻辑上很容易推知二者是包含与被包含的关系，那么除最狭义“规制”之外，经济法中“规制”的补集是什么呢？对这一问题的回答，关系到“规制论”能否成为统摄经济法学全局的核心理论。当前我国主流的经济法理论体系包含“经济法总论”和“经济法分论”两大部分，“经济法分论”进一步细分为“宏观调控法”和“市场规制法”两个部分。长期以来，我国将“宏观调控”和“市场规制”并列二分，就此而言“规制论”似乎难以涵摄“宏观调控”的相关内容。宏观调控是政府为了避免经济周期中的低谷、促进经济增长，通过货币、财税等调控手段，对总供给、总需求、总价格等宏观经济变量施加影响的调控活动。⁴³无论从逻辑还是从实践的角度来看，宏观调控与市场规制同样属于政府“有形的手”对经济系统的介入，其与市场规制的区别只不过是宏观调控着眼于经济稳定、经济增长和公平分配等更为宏观、全局的经济目标罢了，但二者均属于政府对经济运行的介入。可见，以政府经济规制为核心的“规制论”能够同时涵摄政府对经济运行的宏观调控和微观管理。“规制”以经济法为载体，与经济法同源共生、同质一体，经济法的内容即政府的经济规制，政府规制经济的法律形式即是经济法。⁴⁴“规制论”是建构中国自主经济法学知识体系的核心理论，以“规制论”检验、发展经济法的理念、原则和法规范能够增强经济法的理论解释力，促进经济法治、理论和实践的良性循环。

三、统合的体系化进路

随着经济法各主要板块的重要法律日臻完备，⁴⁵以功能设计和规范建构为主要目标的立法论研究范式在经济法学界逐渐式微。我国当前的经济法立法表现为问题导向的各子部门单行立法，⁴⁶同样以问题导向、实践导向为特征的领域法学研究范式被认为为法学知识生产提供了全新的思维模式，在如火如荼的部门经济法研究中大有取代部门法研究范式的势头，被提倡者称为是“一场静悄悄的革命”。⁴⁷然而，经济法各单行法之间衔接不畅、概念抵牾的问题已经开始显现，各自为阵的单行经济立法不应是经济法立法论研究“功成身退”的终点。领域法学研究范式是否具有恒久的生命力尚未可知，但其“只见树木不见森林”的范式短板

⁴³ 参见[美]保罗·萨缪尔森、威廉·诺德豪斯：《宏观经济学》（第19版），人民邮电出版社2012年版，第64页。

⁴⁴ 参见薛克鹏：《规制的经济法属性及构成要素——〈民法典〉背景下的经济法理论变革》，载《现代法学》2022年第3期，第127-128页。

⁴⁵ 在宏观调控法板块，有财税法领域的《预算法》《政府采购法》《企业所得税法》《税收征收管理法》等，金融法领域的《人民银行法》《商业银行法》《银行业监督管理法》《证券法》《保险法》等；在市场规制法板块，有《反垄断法》《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》《产品质量法》等诸多法律。

⁴⁶ 参见尹亚军：《“问题导向式立法”：一个经济法立法趋势》，载《法制与社会发展》2017年第1期，第68-80页。

⁴⁷ 参见梁文永：《一场静悄悄的革命：从部门法学到领域法学》，载《政法论丛》2017年第1期，第64-76页。

极有可能“反噬”理论知识的体系性建构。中国自主经济法学知识体系的建构需要选择怎样的方法进路及其可能为经济法的立法完善提供怎样的智识支撑是本部分要重点探讨的问题。

（一）经济法的体系性立法需要与立法统合进路

据不完全统计，目前我国仅在全国人大层面制定的属于经济法部门的法律就已有 80 余部，在七大部门法中位居第二位。由于经济立法的综合性、复杂性，在一部法律中往往同时包含属于多个部门法的法律规范。如果依据严格的经济法理论，在归属于民商法和行政法部门的法律中也存在大量经济法规规范，因而从部门经济法的视角观之，经济法立法在我国表现得极为破碎。对此，有学者指出，分散立法使得经济法律在我国的司法、执法实践中仅注重对局部、单行法规规范的解释和适用，忽视了经济法作为维护整体社会经济利益之法的体系性功能。例如，脱离经济法对整体经济秩序法益保护的司法自觉，极易使消费者权益保护落入单纯的私法救济；脱离税收对整个宏观经济调控、保障功能的执法自觉，可能将税收征管仅仅理解为征税机关和单一纳税人之间的行政关系，造成适法偏差。经济法立法的分散和破碎已经严重影响我国经济法制的竞争力和长期发展潜力。⁴⁸有鉴于此，有必要在提炼经济法基本原理、原则和规则的基础上，推进经济法的体系性立法，以便运用统一的经济法规则针对复杂的经济社会问题进行符合法治精神的综合规制，更好地实现经济法的制度功能。⁴⁹

随着作为成文法高级形式的《中华人民共和国民法典》颁布施行，法典化成为部门法体系性立法最为“显性”的路径，一场几乎所有部门法的法典化运动正蓄势待发。毋庸讳言，《经济法典》的制定是几代中国经济法学人的“夙愿”。⁵⁰早在改革开放之初便有学者呼吁制定体系性的经济法，但囿于彼时学术积累贫乏以及立法经验不足，学界的普遍共识是先制定《经济法纲要》《经济基本法》《经济法通则》等纲领性法律，待条件成熟再制定《经济法典》。事实上，即便在经济法理论已达成诸多共识、⁵¹单行经济立法已基本完备的当下，制定抑或编纂经济法典仍然可欲而不可求，这是因为法典的稳定性、封闭性特征与经济法的回应性、开放性需求存在根本性矛盾。以法律责任制度为例，民事责任经过数百年的发展演进已相对地类型化固定，我国《民法典》便在第 179 条以列举的方式规定了承担民事责任的十一种类型。与之不同的是，经济法所涉领域广阔、立法数量巨大，各类主体的法律地位、行为类型和权义结构等存在诸多不同，无法适用统一、无差别的责任形式，并且随着经济立法的发展，新型经济法法律责任形态仍在不断涌现。⁵²经济法典的制定或者编纂无论对法学理论还是对立法技术都是极大的挑战。

尽管立足当下追求“大一统”《经济法典》的“终极理想”依然遥不可及，但法律的体系化并不是全有或者全无的状态，并且法典只是特定法律的“应然”表现形式，而非“较佳或最佳”表现形式。⁵³在观念上，我们需要对法典化“祛魅”，但在方法论上，法典化所奉行的体系化进路仍应是经济法立法的发展方向。诚如拉伦茨指出的那样，作为形式整全性和方法论体系性统一的法典，其体系化的方法为后世法律所传承，成为法律科学化的法门，辅以法学家的理论演绎，形成了法教义学的核心方法之一。⁵⁴法学之所以具有科学性，内在原因即在于法学具有一以贯之的基础价值，已经形成富有逻辑的知识结构体系，并且法学科学性的增进也需要从法学的理论体系和话语体系着力拓掘。⁵⁵那么，在法典化和单行法之间，是否有“形而中”的经济法体系化立法进路呢？或许，在既有的单行立法的基础上进行立法统合，

⁴⁸ 参见刘凯：《法典化背景下的经济法统合性立法》，载《法学》2020年第7期，第106页。

⁴⁹ 参见张守文：《经济法的立法统合：需要与可能》，载《现代法学》2016年第3期，第64页。

⁵⁰ 参见程信和、曾晓昀：《经济法典：经济法集成化之历史大势》，载《政法学刊》2021年第1期，第92-101页。

⁵¹ 参见邱本：《论经济法的共识》，载《现代法学》2013年第4期，第18-23页。

⁵² 参见张守文：《经济法新型责任形态的理论拓掘》，载《法商研究》2022年第3期，第3-15页。

⁵³ 参见陈景辉：《法典化与法体系的内部构成》，载《中外法学》2022年第5期，第1184页。

⁵⁴ 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第125页。

⁵⁵ 参见王利明：《试论法学的科学性》，载《法治研究》2022年第3期，第3页。

分门别类地不断提升立法层级和立法质量，使整体经济法作为一个系统更好地发挥作用是当前更为现实的立法选择。

经济法的立法统合是在大量单行经济立法的基础上，对相关经济法规的统一和整合。它不以一步到位的法典制定或者法典编纂为目标，而是期望通过对单行经济法律的“立改废”并辅之必要的法律编纂和法律解释，不断优化经济法法律体系的结构和功能，实现经济法立法质量及其体系性的螺旋式升级。⁵⁶事实上，经济法的立法统合在我国已悄然进行。以税制改革为例，为降低企业税负、避免重复征税，我国从2016年起全面推行税制的“营改增”。作为对改革的回应，国务院首先废止了《营业税暂行条例》同时修改了《增值税暂行条例》，实现了相关税收法规在国务院行政法规层次的立法统合。随着《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出“落实税收法定原则”，财政部、国家税务总局牵头起草的《增值税法（征求意见稿）》在2019年向社会公开征求意见。在此基础上，司法部综合各方面意见，会同财政部、税务总局修改形成的《增值税法（草案）》《增值税法（草案二次审议稿）》分别在2022年、2023年向社会公开征求意见。在可以预见的未来，作为我国第一大税种的增值税将实现横向、纵向的立法统合。

（二）领域法学范式与部门法学范式的螺旋演进

直接以特定行业或者具体问题为中心，在法律文本上表现出强烈公私融合属性是经济法立法的重要特征。⁵⁷这一立法模式直接影响了我国经济法学的研究进路。有学者即指出，如果部门法学研究范式被不恰当地无限扩张、甚至遮挡人们观察和思考法律问题的视线，那么部门法学研究范式很可能成为法学理论发展和法治实践的羁绊，影响社会经济生活中一些重大法律问题的系统、有效解决。⁵⁸当前我国经济法学界几乎放弃了整体意义上的经济法学理论研究，大规模转向并聚焦于更为具体的“专业槽”或“问题域”，这从中国法学会在经济法学研究会之外另辟平级的证券法学研究会、财税法学研究会、消费者权益保护法研究会等专门研究团体即可见一斑。应当说，经济领域具体而现实的法律问题使针对性的专门立法和理论研究成为必要，事实证明这样立法模式和理论研究也是卓有成效的。以问题为导向，以特定经济社会领域全部与法律有关的现象为研究对象，融经济学、政治学和社会学等多种研究范式于一体的交叉性、开放性、应用性和整合性的“领域法学”研究范式在这样的背景下被提出。

事实上，领域法学研究范式的提出并不是全新创见，在某种程度可以说是古典论题学在法学研究中的复兴。在古代欧洲，为了驳斥脱离实际、“被到处运用而有伤风化的论辩术”，⁵⁹亚里士多德将推理分为诡辩的推理和辩证的推理，前者以“似是而非”的前提作为自己的推理依据，后者以“或然性的知识”“普遍接受的意见”作为推理依据。论题学即属于“辩证的推理”，其特点在于从或然性之中去寻求命题和结论。由于或然性的原理、知识或者普遍接受的意见本身即具有可争辩的性质，几乎所有辩证的问题都被称为“论题”，因而论题学辩证的目的在于“或者引人选择和避免，或者引人得到真理和知识，或者它自身就能解决问题，或者有助于解决其他某个问题”。⁶⁰也就是说，法学作为论题学的本身“质料逻辑”决定了其并非建立于普遍真实的原理，因而法学存在的意义便在于尝试寻求问题的可能解答。

而自17世纪以来，受理性主义和科学主义思想的影响，法学亦转向强调“科学”（公理）推理、知识确定性、精确性和普遍性之严格规准的实证主义，按照自然科学标准构想法律公

⁵⁶ 参见张守文：《经济法的立法路径选择》，载《现代法学》2023年第1期，第123页。

⁵⁷ 以特定行业为中心的典型立法有《证券法》《商业银行法》《广告法》等，以具体问题为中心的代表性法律有《反垄断法》《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》等。

⁵⁸ 参见刘剑文：《论领域法学：一种立足新兴交叉领域的法学研究范式》，载《政法论丛》2016年第5期，第4页。

⁵⁹ [德]特奥多尔·菲韦格：《论题学与法学——论法学的基础研究》，舒国滢译，法律出版社2012年版，第11页。

⁶⁰ 参见舒国滢：《寻访法学的问题立场——兼谈“论题学法学”的思考方式》，载《法学研究》2005年第3期，第13页。

理体系成了法学的新风尚。经过数代“公理方法派”法学家们的改造，法学逐渐脱离其原本的知识形态和方法基础，变成了一套越来越科学化抑或数学化的理论知识体系，成为抽象、非情境、不及物的法律概念及其推理系统，⁶¹部门法的划分以及《法国民法典》《德国民法典》的问世即是法学“公理学化”最直观的表现。然而，现代社会的复杂性和强关联性使传统公理化的法学理论和法律体系越来越不敷使用，在经济法领域要实现民法典那样宏观意义的体系性立法几乎是不可能完成的任务。经济法的单行法立法模式在这样背景下广泛推行，沉寂多年的论题学法学范式得以复兴，并在立法实践、司法裁判、法律解释和法学研究中广泛运用。当然，当前的领域法学范式虽然与古典论题学法学有着很强的相似性，但作为“2.0版的论题学法学”，领域法学仍然带有一定程度的体系性思维特质。

那么，中国经济法学的未来发展趋势是走向彻底的领域法学化吗？领域法学范式是否终将取代经济法学的部门法学范式呢？事实可能并非如此。从金融法、财税法、竞争法等代表性领域经济法学的研究情况来看，它们都以既已发展成熟的民商法学、行政法学和刑法学等部门法学理论为基础或者底色，同时引入经济法学、社会学和人类学等法外学科知识，在一定程度上，领域法学可以说是部门法学理论和法外学科知识的运用与整合。当然，领域法学范式在寻求具体问题解决的过程中也会产生新的法学理论，但这样理论知识必然显示出极强的“局部性”和“地方性”，其如果其要上升为一般性的法学理论，势必要置于部门法学理论中进行检视和修正。正如有学者指出的那样，部门法学和领域法学的关系应当是部门法学理论是所有可能之领域法学的基础，领域法学践行、发展和修正部门法学的研究成果，二者在相互审视中螺旋式前进、上升。⁶²由此可见，在经济法学中，领域法学范式是理论知识创新、发展的进路，部门法学范式是理论知识的最终沉淀、归宿。那么，这对我国未来的经济法立法完善和理论研究有何启示呢？

（三）自主知识生产引导统合性立法的理论自觉

通过以上分析可以看到，为了回应经济建设的现实需要，灵活应对在此过程中暴露出的种种问题，以问题为导向、循序渐进的立法策略无疑是立法者的最优选择。随着单行经济法律的相对完备以及法教义学的全面勃兴，“法律不是嘲笑的对象”深刻影响着经济法学者对经济法问题的观察视角和思考方式，许多学者纷纷采取了“抛开理论和体系、专注工具和方法”的学术策略，⁶³领域法学研究范式在这样的背景下被提出并为部分学者所提倡。然而，领域法学不过是古典论题学法学的当代“复兴”，该范式迎合了经济法学的回应性、开放性需求而更贴近问题的解决，但过分看重具体问题或者领域的重要性导致资源错配、忽视领域与领域之间的相互关联和影响、缺乏一以贯之的价值诉求和理论主张等弊端可能造成理论学说的自说自话以及规范制定中的隐蔽冲突，很可能使领域化的经济法学发展后劲不足。事实上，从论题学法学范式提倡、摒弃、复归的发展历史即可以看到，非体系化的领域法学研究范式只是经济法学知识生产、体系生长的过渡形态，而非最终定格形态。

基于对领域法学和部门法学上述辩证关系的整体认知，在数字经济飞速发展，相关单行法律制定和领域法研究“热闹非凡”的当下，追求整体性、系统性经济法立法的“体系前研究”⁶⁴不应彻底归于沉寂，亦即经济法学的理论研究不能完全追随单行的实定法“亦步亦趋”，在注重回应实践问题的同时仍需继续深入探索部门法基础理论，发挥法学理论研究对经济法立法完善的引导功能。对此，基于经济法学的学科特点，有以下两点需要特别强调：（1）坚

⁶¹ 参见舒国滢：《走近论题学法学》，载《现代法学》2011年第4期，第5-6页。

⁶² 参见尹亚军：《重识经济法学：中国变迁与理论出路》，法律出版社2023年版，第272页。

⁶³ 参见张继恒：《法教义学的勃兴对经济法意味着什么》，载《现代法学》2016年第1期，第184页。

⁶⁴ 陈甦教授在《体系前研究到体系后研究的范式转型》一文中提出随着“中国特色社会主义法律体系”基本形成，中国的法学理论研究应从以立法论为中心的“体系前研究”转向以法律适用为中心的“体系后研究”。参见陈甦：《体系前研究到体系后研究的范式转型》，载《法学研究》2011年第5期，第3-19页。

持经济法学的公正价值立场。问题导向的领域法学研究范式需要整合不同学科的研究方法、学术资源，在此过程中不同学科的价值立场往往为表象的理论成果所遮蔽，而作为法学学科的经济法学有自己的价值立场和社会功能，对此应有清楚的学科认知并不在交叉学科的研究过程中扭曲或者丧失；（2）追求体系性经济法立法目标。直接问题的解决是领域法学研究范式的题中之义，但我们不能止步于此，不能不做甚至否定增强一致性、逻辑性、体系性的理论努力，部门经济法学体系必定也只能是在领域法学研究范式中一个个具体研究中逐渐丰富、完善。⁶⁵

谋求经济法的立法统合及其由低向高的体系化需要以经济法学术理论的成熟为先导，而经济法学知识的体系性和自洽性则为学术理论成熟的显性标志。建构中国自主经济法学知识体系需要有经济法学知识体系化并以之引导体系性经济法立法的理论自觉性和学术使命感。然而，经济法学知识的体系化是一件“知易行难”的艰巨任务。一方面，经济法学的开放性即决定了很难将其体系化；另一方面，既有的体系化努力也一直未有实质性突破。⁶⁶事实上，由于经济法调整范围和调整对象的广泛性、复杂性，以事实归纳为方法进路，以“全称命题”为终极目标建构经济法学知识体系在某种程度上本身就是“缘木求鱼”。从需要和可能两个侧面来看，我们需要的是一个逻辑自洽、理论连贯的经济法学体系，而就当前来说，经济法学基本原理的体系化⁶⁷能够在最低限度实现这一目标诉求。“维持经济系统功能有效性的政府经济规制”提出了贯穿整个经济法学的理论主张，这为经济法学体系的建立提供了可能性，经济法教材知识和经济法律规范均以之为基础体系性地展开。

作为对上述理念的具体应用，我国当前的经济法统合性立法策略应是“经济基本法+经济单行法”的“一核多元”体系构造。作为“一核”的“经济基本法”是从诸多单行经济法律的“偶连公式”中提炼的基本范畴，是以社会整体经济利益为逻辑起点建构的经济法原则体系，以政府经济权力范畴为核心建构的经济法规则体系，⁶⁸其主要作用在于确保经济法外部逻辑和内部价值的和谐统一；“多元”的“经济单行法”主要以分行业、分领域的单行法形式呈现，在效力层级上既包括全国人大制定的经济单行法律，也包括行政法规、部门规章以及地方性法规和规章等。经济单行法的保留是为了保持经济法律的开放性、回应性，由其具体承担经济政策的法律化并对不同行业、不同领域的经济法律关系进行具体调整。要落实“一核多元”的经济法立法统合进路，当务之急是研究、制定《经济法总则》，适时对部分单行经济法律规范群进行次级立法统合。前述税制法律的统合便属于经济法的局部体系化现象，这种由低向高、由局部向整体的体系化必然是相关法律经由“立改废释纂”漫长的“进化”过程。总之，建构中国自主经济法学知识体系需有体系性研究的理论自觉，引导我国经济立法进入更高层次的体系性。

四、结语：建构科学化、体系化的中国经济法学

在中国特殊经济体制改革背景下成长起来的经济法学在我国经历了从理论借鉴到自主发展、从传统理论到现代范式、从工具主义到经济法治的路径转变，这表达了一种对普适经济法理论的抵制和修正，“中国经济法学”作为一个独特的理论命题被学者所提出。⁶⁹也正因如此，经济法学可以说是我国最具有“自主知识产权”的部门法学。在研究内容上，我国经济

⁶⁵ 参见孙少石：《知识生产的另一种可能——对社科法学的述评》，载《交大法学》2016年第1期，第46页。

⁶⁶ 北京大学肖江平教授和西南政法大学王烈琦都曾尝试建构“全称命题”式的经济法学体系，但都因有不符合体系的例外情形而搁浅。参见肖江平：《经济法学体系的构造——兼论经济法体系》，载杨紫烜主编：《经济法研究》（第3卷），北京大学出版社2003年版，第58-98页；王烈琦：《论经济法的知识特征与经济法教学体系的重构》，载王瀚主编：《法学教育研究》（第13卷），法律出版社2015年版，第107-119页。

⁶⁷ 参见蒋悟真：《迈向法理学的中国经济法学》，载《法商研究》2008年第3期，第78页。

⁶⁸ 参见刘凯：《经济法体系化的系统论分析框架》，载《政法论坛》2022年第2期，第164页。

⁶⁹ 参见尹亚军：《“中国经济法学”：一个理论命题的形成》，载岳彩申、盛学军主编：《经济法论坛》（第21卷），法律出版社2018年版，第14-28页。

法学研究经历了从“门户之争”到“细节研究”的巨大转向，从研究初期生搬硬套、简单嫁接传统法学宏大叙事的抽象理论以证明经济法的独立性，⁷⁰到晚近“以问题为导向”专注于服务经济发展需要、回应经济社会现实问题解决。在此过程中，竞争法、财税法、金融法纷纷“抛弃”部门经济法而“自立门户”。⁷¹经济法基础理论陷于“与实践脱节”“抽象而空洞”“缺乏解释力”的指摘难以自救，经济法分论研究广泛引入经济学、社会学和人类学等法外学科学术资源深入问题内部，却又面临解释性而非建构性、个体性而非整体性、局部性而非系统性的理论困境。

“建构中国自主法学知识体系，是法学领域的一场深刻革命。”⁷²以此为契机，中国自主经济法学知识体系的建构需要走出分论研究“去理论化”的歧途，着力理论解释力的提升，围绕理论的科学化、体系化成为中国经济法学研究未来的发展方向和目标。对此，我们必须谨记：第一，随着经济学方法和话语“侵入”经济法学的还有隐藏于背后的“效率至上”取向，而这影响了经济法学的法学品格，还会引发社会的不公平问题。朴素的公平正义价值承担着评价社会行为的功能，其本身就是评价标准，关乎法律的权威树立和维持。对“公正的价值立场”的坚持是经济法学作为法学学科的题中之义，并应将其贯穿于经济法的各领域、各环节；第二，“维持经济系统功能的有效性”是民众对经济法整体性的社会功能期待，也是政府介入经济的根本动因和基本原理。“政府的经济规制”能够同时涵摄作为政府“有形的手”对经济运行的宏观调控和微观管理。“规制论”是建构中国自主经济法学知识体系的核心理论，应以之检验、发展经济法的理念、原则和法规范，增强经济法的理论解释力；第三，单行经济立法、统合性经济立法以及与之对应的领域法学研究范式、部门法学研究范式均是互为条件、螺旋演进的关系。中国自主经济法学知识体系的建构需在领域法学一个个具体研究中逐渐丰富、完善，在此过程中应努力增强理论的一致性、逻辑性、体系性，并以此促进经济法的“统合性立法”。

Abstract: Clarifying values, anchoring core theory, and clarifying the way of systematization are the basic issues that need to be addressed in order to construct China's independent knowledge system of economic law science. Cultivating the market and developing the economy as the core task of economic legislation makes efficiency the leading value of China's economic law science. The revision of social efficiency to efficiency is consistent with the goal of common prosperity of Chinese path to modernization. The value of fair is the natural stipulation and internal spirit of economic law science as a discipline of law. The genesis of scientific theories depends on the induction of empirical facts and the deduction of axiomatic propositions. The axiomatic theory of economic law science is both desirable and achievable. "Regulation" objectively portrays the economic intervention made by modern countries to maintain the functional effectiveness of the economic system, encompassing both the government's macro regulation and micro management of the economy. Therefore, "regulation theory" is the core category of economic law science. Systematization is essential for constructing China's independent knowledge system of economic law science and improving economic legislation. It requires the integration of domain law research paradigms and departmental law research paradigms, and the gradual promotion of integrated legislation on the basis of separate legislation.

⁷⁰ 参见甘强：《在传统与现代之间：经济法“面向法学”的发展进路》，载王红霞主编：《经济法论丛》（第42卷），中南大学出版社2023年版，第75-79页。

⁷¹ 截至2023年6月，已有北京大学、中央财经大学、厦门大学等6所院校在经济法之外将“财税法学”列为自主设置二级学科，中央财经大学、西南财经大学将“金融服务法”“金融法学”列为经济法之外的自主设置二级学科。

⁷² 张文显：《论建构中国自主法学知识体系》，载《法学家》2023年第2期，第3页。

促进型经济法的文本考察、逻辑范式与体系优化 ——基于经济法律文本的实证分析

刘建初*

内容提要 经济法作为促进发展之法在全面深化改革，推进中国式现代化建设的进程中发挥着重要的法治保障作用。综合运用法律文本的实证分析方法，从专门性、功能性和地方性三大视角对促进型经济法进行文本的考察和梳理，在此基础上系统运用“结构—行为—绩效”逻辑范式对促进型经济法的结构、行为和绩效进行分析，从而发现法律文本蕴含的逻辑问题。针对产生的逻辑问题从立法论层面对立法理念体系、立法程序体系和立法技术体系进行全面优化，从实施论层面对执法实施体系、司法实施体系和守法实施体系进行系统优化，通过对促进型经济法的立法论和实施论两大体系进行耦合优化，推动促进型经济法朝着体系化、规范化和法治化的方向发展和演进，进而在法治轨道上发挥促进型经济法促进经济高质量发展的价值功能，为推进中国式现代化建设贡献经济法治力量。

关键词 经济法 促进型经济法 促进型立法 法律文本 实证分析

目次

- 一、问题的提出：中国式现代化发展演进中的促进型经济法
- 二、促进型经济法的文本考察：梳理多元化的促进型经济法
- 三、促进型经济法的逻辑范式：运用结构—行为—绩效范式
- 四、促进型经济法的体系优化：耦合立法论—实施论体系
- 五、结论：理性优化促进型经济法推进中国式现代化的发展

一、问题的提出：中国式现代化发展演进中的促进型经济法

中国式现代化是在改革开放中不断发展演进的，而全面深化改革是推进中国式现代化继续向前发展的不竭动力。《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》中明确进一步全面深化改革应当聚焦构建高水平社会主义市场经济体制，充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用，建成现代化经济体系，推动高质量发展。全面深化改革，推进中国式现代化离不开法治保障，经济法无疑发挥着关键的保障作用。首先，经济法是“现代法”，相比较于传统的部门法，经济法在精神追求上、背景依赖上和制度建构上具有突出的现代性，¹经济法的现代性特征与中国式现代化的发展要求相契合。其次，经济法是“促进发展之法”，经济法以其内含的大量发展导向型规范所形成的发展型经济法制度促进中国式现代化的发展。²最后，经济法是“政府干预经济之法”，为政府正确处理其与市场之间的关系提供法治手段，使其在法治轨

* 刘建初，北京市广盛律师事务所律师，电子邮件：liujianchu1997@163.com，联系电话：13966919395。本文系2024年度广西现代经济法学“十四五”规划重点课题“人工智能产业促进型经济法立法问题研究”（课题编号：202402）的阶段性研究成果。

¹ 参见张守文：《论经济法的现代性》，载《中国法学》2000年第5期，第56-64页。

² 参见张守文：《经济法的发展理论初探》，载《财经法学》2016年第4期，第16页。

道上实现有效市场与有为政府的双向促进。³

经济法主要分为两类即一类以限制和禁止为目的,称为限禁型经济法;一类以鼓励和促进为目的,称为促进型经济法。在改革开放和市场经济发展的初期,为了实现有法可依并且基于政府发挥经济管理职能的需要,大量的限禁型经济法相继颁布,这些限禁型经济法为构建公平、有序、稳定的社会主义市场经济秩序发挥了重要的保障作用。然而“传统立法为在社会秩序中创制一定程度的稳定而作的努力,在某种程度上又给该制度输入了抗动态的惰性”,⁴传统立法所孕育形成的限禁型经济法在经济转型时期面临诸多发展问题时无法及时有效地进行回应,其弊端便日益凸显。相比较于传统立法,促进型立法是用产业政策对国家经济发展的薄弱环节和弱势行业、新兴行业进行适当的调控、引导、鼓励、扶持,以消弭因为发展的不均衡而造成的一种立法模式。⁵促进型立法通过对传统立法的继承与扩展,在立法领域上填补了提供公共产品等市场失灵的基础薄弱领域的法律空白,是对传统立法模式的一种创新。⁶与此同时,中国式现代化是物质文明和精神文明相协调的现代化,因此“法律秩序必须进行变化,它必须时刻记住那些它向国家、道德、经济、个人自由、向前发展的精神和物质文化的所有要求所肩负的工作”。⁷经济法因势利导,稳中求变采取促进型立法所孕育形成的促进型经济法能够克服限禁型经济法所存在的局限性,在特定领域的特定问题的解决上比传统的限禁型经济法更具有优越性,⁸促进型经济法能够在法治轨道上为中国式现代化建设发挥关键的推动促进作用。

“经济法学是一门研究经济法现象及其发展规律的科学,这就决定了它必须取材于丰富的经济法律、法规及其他相关法律、法规。”⁹伴随着改革开放和社会主义市场经济的发展,我国在经济法领域制定并实施了大量的经济法律、法规,这些经济法文本是经济法学研究的丰富矿藏,值得不断挖掘和探索。然而,传统研究促进型经济法的思路更多的是从宏观理论角度对促进型经济法进行理论建构和路径完善,对于隐藏在经济法律文本背后的逻辑问题缺乏足够的关注,对于具体的促进型经济法文本梳理浅尝辄止。本文将立足于经济法领域现行实施的经济法律文本,综合运用法律文本的实证分析方法,从专门性、功能性和地方性三大视角对促进型经济法进行文本考察,从而梳理还原多元化的促进型经济法面貌。在文本考察的基础上运用“结构—行为—绩效”逻辑范式,从宏观、中观和微观维度分析促进型经济法的结构问题,从类型化的视角分析促进型经济法的促进行为,从价值论的视角分析促进型经济法的绩效价值,从而发现经济法律文本蕴含的底层逻辑问题。针对促进型经济法所产生的逻辑问题进行体系优化,在立法论层面围绕促进型经济法的立法理念体系、立法程序体系和立法技术体系进行全面优化,在实施论层面围绕促进型经济法的执法实施体系、司法实施体系和守法实施体系进行系统优化,通过对立法论和实施论两大体系进行耦合优化,推动促进型经济法朝着体系化、规范化和法治化的方向发展和演进,进而在法治轨道上发挥促进型经济法促进经济高质

³ 参见刘大洪:《“中国式现代化”与有为政府的经济法促进》,载《政治与法律》2023年第8期,第2-4页。

⁴ [美]E.博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第345页。

⁵ 参见李艳芳:《“促进型立法”研究》,载《法学评论》2005年第3期,第103页。

⁶ 参见陈昶屹:《论“促进型立法”的形成背景》,载《北京行政学院学报》2005年第1期,第68页。

⁷ [德]奥托·基尔克:《私法的社会任务:基尔克法学文选》,刘志阳、张小丹译,中国法制出版社2017年版,第128页。

⁸ 参见焦海涛:《论“促进型”经济法的优越性》,载《安徽大学学报(哲学社会科学版)》2010年第4期,第154-155页。

⁹ 程信和:《经济法基本权利范畴论纲》,载《甘肃社会科学》2006年第1期,第145页。

量发展的价值功能，为推进中国式现代化建设贡献经济法治力量。

二、促进型经济法的文本考察：梳理多元化的促进型经济法

“文本分析或许比其他任何技术都更多地革新着法律实践。在法律领域，文本分析的重心在于分析案件判决、合同、制定法和其他法律文本。”¹⁰综合运用法律文本的实证分析方法全面系统地研究促进型经济法离不开对经济法律文本的考察梳理，对促进型经济法进行文本考察的前提是明确界定我国现行经济法律的数量范围。本文主要将基于国家法律法规数据库中统计的86部经济法，结合促进型经济法的特征从专门性、功能性和地方性三大视角系统梳理多元化的促进型经济法。

（一）专门性视角下促进型经济法的文本考察

专门性是指在经济法中存在以“促进法”命名的法律专门促进国家经济社会发展过程中的薄弱环节、弱势产业和新兴产业的发展。国家法律法规数据库中共计有86部经济法，其中有6部专门以“促进法”命名的经济法（见表1），称之为形式意义上的促进型经济法，是最能够体现促进型经济法特征的法律规范形式。6部以“促进法”命名的形式意义上的促进型经济法具体为促进环境保护和资源节约的《循环经济促进法》《清洁生产促进法》；促进特定经济产业的如电影产业中的《电影产业促进法》、农业中的《农业机械化促进法》；促进特定经济主体的《中小企业促进法》；促进特定经济战略的《乡村振兴促进法》。

基于对表1横向和纵向视角的梳理，可以得出如下结论：第一，《乡村振兴促进法》是一部侧重要求国家政府机关部门承担更多职责的促进型经济法，其职权职责类规范条款数量最多，要求有关的职能部门履行促进乡村振兴发展的职责。第二，《中小企业促进法》是一部积极运用多种促进行为手段措施综合促进中小企业发展的促进型经济法，其激励扶持类规范条款数量最多，更加侧重赋予中小企业各种权益而减轻中小企业的法律义务和法律责任。第三，《循环经济促进法》是一部侧重要求市场经济主体承担更多义务的促进型经济法，其权利义务类规范条款数量最多，要求有关的市场经济主体节约资源和保护环境。第四，《电影产业促进法》是一部侧重要求电影产业主体严格履行义务，并且设置更多的法律责任规范条款从而规范市场秩序的促进型经济法。第五，《清洁生产促进法》是一部规范条款分布相对均衡的促进型经济法，其宣示倡导性规范条款数量最少，更加注重具体促进行为手段措施的落实而减少软法性质的规范条款。第六，《农业机械化促进法》和《中小企业促进法》中缺乏表彰奖励类规范条款，从保持促进型经济法表彰奖励类规范完整性的角度出发，应当予以完善，针对为农业机械化和中小企业发展作出突出贡献成绩的单位和个人予以表彰和奖励。

表1 专门性视角下促进型经济法的文本考察

国家法律法规数据库中共计有86部经济法，其中有6部以“促进”命名的经济法。

法律名称	促进章节	条款数	规范条款类型					
			宣示倡导类	激励扶持类	表彰奖励类	职权职责类	权利义务类	法律责任类
			1、2、3、4、5、 6、7、8、13、15、	28、58、60、 61、62、63、	11(1条)	9、10、12、14、19、20、21、 22、23、25、26、27、29、30、	39(1条)	73(1条)

¹⁰ [美] 凯文·D. 阿什利：《法律分析的前景：从法律文本中提取更多含义的方法论》，黄子耿译，载《法律方法》第45卷，第261页。

乡村振兴促进法	第八章扶持措施	74条	16、17、18、24、34、43、53、54、74（19条）	64、65、66、67（10条）		31、32、33、35、36、37、38、40、41、42、44、45、46、47、48、49、50、51、52、55、56、57、59、68、69、70、71、72（42条）		
农业机械化促进法	第六章扶持措施	35条	1、2、4、5、8、9、10、35（8条）	26、27、28（3条）	无（0条）	3、6、7、11、12、17、18、22、23、29（10条）	13、14、15、16、19、20、21、24、25（9条）	30、31、32、33、34（5条）
循环经济促进法	第五章激励措施	58条	1、2、3、4、7、11、34、58（8条）	42、43、44、45、46、47（6条）	48（1条）	5、6、8、12、13、14、16、17、18、24、25、27、28、35、37、41（16条）	9、10、15、19、20、21、22、23、26、29、30、31、32、33、36、38、39、40（18条）	49、50、51、52、53、54、55、56、57（9条）
中小企业促进法	第二章财税支持第三章融资促进第四章创业扶持第五章创新支持第六章市场开拓第七章服务措施	61条	1、2、3、7、33、38、39、43、46、61（10条）	8、9、10、11、12、14、15、16、17、18、19、20、21、22、23、25、26、27、28、29、30、31、32、34、35、36、37、40、41、42、47、48（32条）	无（0条）	5、6、24、44、45、51、52、56、58（9条）	4、13、49、50、53、54、55（7条）	57、59、60（3条）
电影产业促进法	第四章电影产业支持、保障	60条	1、2、3、4、6、11、36、43、59、60（10条）	27、28、37、38、39、40、41、42、44、45（10条）	10（1条）	5、7、8、12、15、17、18、23、24、25、35、46、57（13条）	9、13、14、16、19、20、21、22、26、29、30、31、32、33、34、58（16条）	47、48、49、50、51、52、53、54、55、56（10条）
清洁生产促进法	第四章鼓励措施	40条	1、2、3、6、40（5条）	9、16、31、32、33、34（6条）	30（1条）	4、5、7、8、10、11、12、13、14、15（10条）	17、18、19、20、21、22、23、24、25、26、27、28、29（13条）	35、36、37、38、39（5条）
章节条款统计	11章	328条	60条	67条	4条	100条	64条	33条

（二）功能性视角下促进型经济法的文本考察

功能性是指在经济法中存在不以“促进法”命名的法律，但是这些法律中或通过设置促进章节的方式或通过设置促进条款的方式来发挥促进型经济法的促进功能。实际上，“在每个法律制度中都有一些具有促进性的规范而非强制性的规范。在这类规范中，有赋予个人以权利的规范、授予组织以权力的规范以及对政府机构制定政策的自由裁量权

领域进行确定的规范”。¹¹在经济法中便存在这种具有促进性的规范，这种经济法实质上发挥着促进型经济法的促进功能，称之为实质意义上的促进型经济法。国家法律法规数据库中共计有 86 部经济法，其中有 80 部不以“促进法”命名的经济法（见表 2），考虑到实质意义上的促进型经济法是以促进章节和促进条款的方式发挥促进功能，故在文本考察时针对性地对促进章节以及促进条款中的激励扶持类和表彰奖励类 2 种规范条款进行考察梳理。¹²鉴于宣示倡导类、职权职责类、权利义务类和法律责任类 4 种规范条款并非促进型经济法所独有的内容，例如限禁型经济法或者是其他部门法中均存在，故对 80 部经济法中存在的上述 4 种规范条款不纳入考察梳理的范围。

表 2 功能性视角下促进型经济法的文本考察

国家法律法规数据库中共计有 86 部经济法，其中有 80 部不以“促进法”命名的经济法。

法律名称	促进章节	条款数	规范条款类型	
			激励扶持类	表彰奖励类
会计法	未设置	51 条	无（0 条）	无（0 条）
农业技术推广法	第四章农业技术推广的保障措施	39 条	15、27、28、29、30、33（6 条）	8（1 条）
关税法	第四章税收优惠和特殊情形关税征收	72 条	32、33、34、37（4 条）	无（0 条）
粮食安全保障法	未设置	74 条	6、26、28、41（4 条）	9（1 条）
对外贸易法	第九章对外贸易促进	69 条	51、52、54（3 条）	无（0 条）
畜牧法	第八章保障与监督	94 条	10、37、38、57、58、70（6 条）	7（1 条）
黄河保护法	第七章促进高质量发展 第九章保障与监督	122 条	89、97、100、101、102（5 条）	19（1 条）
农产品质量安全法	未设置	81 条	无（0 条）	无（0 条）
黑土地保护法	无章节	38 条	3、22、23、24、25（5 条）	7（1 条）
反垄断法	未设置	70 条	无（0 条）	无（0 条）
湿地保护法	未设置	65 条	36（1 条）	8（1 条）
种子法	第八章扶持措施	94 条	14、63、66、67、68（5 条）	4（1 条）
审计法	未设置	60 条	无（0 条）	无（0 条）
个人信息保护法	未设置	74 条	无（0 条）	无（0 条）
海南自由贸易港法	第四章财政税收制度第六章产业发展与人才支持第七章综合措施	57 条	18、20、25、26、27、28、29、30、44、46、47、 51（12 条）	无（0 条）
印花税法	无章节	20 条	12（1 条）	无（0 条）
数据安全法	未设置	55 条	无（0 条）	无（0 条）
草原法	未设置	75 条	32、35、48（3 条）	7（1 条）
民用航空法	未设置	215 条	无（0 条）	无（0 条）
广告法	未设置	74 条	无（0 条）	无（0 条）
进出口商品检验法	未设置	39 条	无（0 条）	无（0 条）
动物防疫法	第十章保障措施	113 条	60、82、83、85、86（5 条）	14（1 条）
长江保护法	第七章保障与监督	96 条	63、73、75、76（4 条）	16（1 条）
出口管制法	未设置	49 条	无（0 条）	无（0 条）

¹¹ [美]E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2017 年版，第 263 页。

¹² 有学者从专门规范性法律文件、专门章节和专门条款三个视角对我国法律激励文本进行类型化考察，不仅仅面向经济法部门，还面向民法、刑法和行政法等部门法。参见胡元聪：《我国法律激励的类型化分析》，载《法商研究》2013 年第 4 期，第 36-45 页。

城市维护建设税法	无章节	11条	6(1条)	无(0条)
契税法	无章节	16条	7(1条)	无(0条)
台湾同胞投资保护法	无章节	14条	无(0条)	无(0条)
森林法	未设置	84条	5、7、29、62、63(5条)	13(1条)
资源税法	无章节	17条	6(1条)	无(0条)
反不正当竞争法	未设置	33条	无(0条)	无(0条)
车船税法	无章节	13条	无(0条)	无(0条)
建筑法	未设置	85条	无(0条)	无(0条)
外商投资法	第二章投资促进	42条	13、14、16、17、19(5条)	无(0条)
港口法	未设置	62条	无(0条)	无(0条)
产品质量法	未设置	74条	无(0条)	6(1条)
电力法	未设置	75条	36、47(2条)	9(1条)
预算法	未设置	101条	无(0条)	无(0条)
耕地占用税法	无章节	16条	7(1条)	无(0条)
车辆购置税法	无章节	19条	9(1条)	无(0条)
企业所得税法	第四章税收优惠	60条	25、26、27、28、29、30、31、32、33、34、36 (11条)	无(0条)
环境保护税法	第三章税收减免	28条	12(1条)	无(0条)
船舶吨税法	无章节	22条	无(0条)	无(0条)
计量法	未设置	34条	无(0条)	无(0条)
节约能源法	第五章激励措施	87条	59、60、61、62、63、64、65、66(8条)	67(1条)
旅游法	第三章旅游规划和促进	112条	23、24(2条)	5(1条)
个人所得税法	无章节	22条	4(1条)	无(0条)
电子商务法	第五章电子商务促进	89条	11、64、71(3条)	无(0条)
烟叶税法	无章节	10条	无(0条)	无(0条)
公路法	未设置	87条	21(1条)	10(1条)
标准化法	未设置	45条	无(0条)	9(1条)
网络安全法	第二章网络安全与促进	79条	16、20(2条)	无(0条)
煤炭法	未设置	67条	17(1条)	无(0条)
水法	未设置	82条	无(0条)	11(1条)
航道法	未设置	48条	无(0条)	无(0条)
防洪法	第六章保障措施	65条	49、50、51(3条)	无(0条)
资产评估法	未设置	55条	无(0条)	无(0条)
深海海底区域资源勘探开发法	未设置	29条	15(1条)	无(0条)
税收征收管理法	未设置	94条	无(0条)	无(0条)
铁路法	未设置	74条	无(0条)	9(1条)
烟草专卖法	未设置	43条	无(0条)	无(0条)
邮政法	未设置	87条	无(0条)	无(0条)
政府采购法	未设置	88条	9(1条)	无(0条)
注册会计师法	未设置	46条	无(0条)	无(0条)
渔业法	未设置	50条	21(1条)	5(1条)

农业法	第六章农业投入与支持保护	99条	16、20、32、33、35、37、38、39、40、41、43、45、46、51、52、86（16条）	8（1条）
水土保持法	未设置	60条	4、31、33（3条）	9（1条）
石油天然气管道保护法	未设置	61条	无（0条）	无（0条）
可再生能源法	第六章经济激励与监督措施	33条	18、24、25、26（4条）	无（0条）
矿产资源法	未设置	53条	无（0条）	9（1条）
进出境动植物检疫法	未设置	50条	无（0条）	无（0条）
统计法	未设置	50条	无（0条）	8（1条）
企业国有资产法	未设置	77条	无（0条）	无（0条）
银行业监督管理法	未设置	52条	无（0条）	无（0条）
反洗钱法	未设置	37条	无（0条）	无（0条）
中国人民银行法	未设置	53条	无（0条）	无（0条）
海域使用管理法	未设置	54条	35、36（2条）	9（1条）
价格法	未设置	48条	26、27、29（3条）	无（0条）
乡镇企业法	无章节	43条	18、19、20、21、22、23、24（7条）	无（0条）
全国人民代表大会常务委员会关于外商投资企业和外国企业适用增值税、消费税、营业税等税收暂行条例的决定	无章节	3条	无（0条）	无（0条）
第五届全国人民代表大会常务委 员会关于批准《广东省经济特区条例》的决议	未设置	26条	12、13、14、15、16（5条）	无（0条）
章节条款统计	促进章节 19 部、未设置 47 部、无章节 14 部	4760 条	38 部无 42 部 157 条	55 部无 25 部 25 条

（三）地方性视角下促进型经济法的文本考察

地方性是指地方立法机关为了贯彻实施形式意义上的促进型经济法，结合本地区的实际情况制定相应的地方性法规。在地方立法实践中，存在大量的执行性地方性法规，这是《立法法》第 82 条第 1 款第 1 项的规定即“地方性法规可以就下列事项作出规定：为执行法律、行政法规的规定，需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项。”6 部专门以“促进法”命名的形式意义上的促进型经济法在各地区具体实施过程中形成了大量的促进型经济法执行性地方性法规。通过运用国家法律法规数据库对地方性法规进行检索，最终发现 31 个省、自治区、直辖市针对 6 部专门以“促进法”命名的形式意义上的促进型经济法结合地区实际制定了 98 部省一级地方性法规（见表 3）。

表 3 地方性视角下促进型经济法的文本考察

31 个省、自治区、直辖市针对 6 部以“促进法”命名的经济法结合地区实际制定的 98 部省一级地方性法规。						
省份名称	乡村振兴	农业机械化	循环经济	中小企业	电影产业	清洁生产
北京市 3	促进条例	促进条例	无	促进+发展条例	无	无
天津市 4	促进条例	促进条例	无	促进+发展条例	无	促进条例
上海市 2	促进条例	无	无	促进+发展条例	无	无
重庆市 3	促进条例	促进条例	无	促进条例	无	无

内蒙古自治区 2	无	(牧) 促进条例	无	促进条例	无	无
宁夏回族自治区 3	促进条例	促进条例	无	促进条例	无	无
新疆维吾尔自治区 3	促进条例	促进条例	无	实施+办法	无	无
西藏自治区 2	促进条例	无	无	促进+发展条例	无	无
广西壮族自治区 3	促进条例	促进条例	无	促进条例	无	无
黑龙江省 2	促进条例	无	无	促进+发展条例	无	无
吉林省 3	促进条例	管理条例	无	促进+发展条例	无	无
辽宁省 2	无	促进条例	无	促进+发展条例	无	无
河北省 4	促进条例	管理条例	发展+条例	促进条例	无	无
河南省 3	促进条例	促进条例	无	发展促进条例	无	无
山东省 5	促进条例	促进条例	条例	促进条例	无	促进条例
山西省 3	无	条例	促进条例	促进+发展条例	无	无
甘肃省 4	促进条例	管理条例	促进条例	促进+发展条例	无	无
陕西省 4	促进条例	管理条例	促进条例	实施+办法	无	无
青海省 4	促进条例	管理条例	促进条例	促进+发展条例	无	无
四川省 3	促进条例	管理条例	无	实施办法	无	无
云南省 3	无	管理条例	无	促进条例	无	促进条例
贵州省 3	促进条例	管理条例	无	促进条例	无	无
湖南省 4	促进条例	管理条例	无	实施+办法	无	实施+办法
湖北省 3	促进条例	促进条例	无	实施+办法	无	无
江西省 3	促进条例	管理条例	无	促进条例	无	无
安徽省 3	实施+办法	促进条例	无	促进条例	无	无
浙江省 3	促进条例	促进条例	无	促进+(微)+发展条例	无	无
江苏省 4	促进条例	管理条例	促进条例	促进条例	无	无
福建省 3	促进条例	管理条例	无	促进+发展条例	无	无
广东省 4	促进条例	管理条例	实施+办法	促进+发展条例	无	无
海南省 3	促进规定	管理条例	无	(特区) 促进+发展条例	无	无
部数统计	27 部	28 部	8 部	31 部	0 部	4 部

三、促进型经济法的逻辑范式：运用结构—行为—绩效范式

“在寻找法律的过程中，正确地理解法律规范的逻辑性质和逻辑关系，是不可或缺的。”¹³逻辑问题是法学研究过程中必须正视和解决的问题，尤其在面对不同核心命题的研究时，关注其逻辑问题有助于形成理性的认知结论。

(一) 促进型经济法的结构分析范式

“结构是法律制度的一个基本的、明显的组成部分。制度的结构是法律制度要素的骨架，是持久的模型，体制性的架构，是将程序保持在轨道之内的坚硬的骨骼。”¹⁴因此，在研究促进型经济法时应当对其结构问题进行系统化的分析，具体为宏观维度对促进型经济法中央和地方之间形成的立法结构进行分析，中观维度对促进型经济法中职权

¹³ 王洪：《法律逻辑的基本问题》，载《政法论坛》2006年第6期，第114页。

¹⁴ [美] 劳伦斯·M. 弗里德曼：《法律制度》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社1994年版，第16页。

职责和权利义务的配置结构进行分析,微观维度对促进型经济法中规范条款的类型结构进行分析,从而发现促进型经济法存在的结构逻辑问题。

1. 宏观维度:中央地方的立法结构

从宏观维度来看,促进型经济法在中央和地方之间形成的立法结构揭示了现阶段促进型经济法存在的逻辑结构问题。目前中央层面形式意义上的促进型经济法共计6部,地方层面通过地方立法即制定执行性地方性法规的方式贯彻实施这6部促进型经济法,但是立法实践中央地之间关于促进型经济法形成的立法结构在立法数量、立法质量和立法协调性3个方面均存在不同的问题。首先,在立法数量方面,通过前文从地方性视角对促进型经济法进行文本考察,可以了解到目前31个省、自治区、直辖市针对6部促进型经济法共计制定了98部省一级执行性地方性法规。针对《电影产业促进法》目前暂未存在相对应的省一级执行性地方性法规,地方是否有必要对《电影产业促进法》制定执行性地方性法规需要根据地方电影产业和电影市场的发展现状进行综合评估。《乡村振兴促进法》和《农业机械化促进法》2部促进型经济法对应的执行性地方性法规数量较多,仅部分地区未制定,但是未制定的地区应当及时跟进立法,推动本地区“三农”问题的法治化发展。现阶段促进型经济法在地方立法层面存在数量欠缺的便是《循环经济促进法》和《清洁生产促进法》,这2部促进型经济法的立法目的在于节约资源、保护环境,实现可持续发展。实际上,“地方立法在我国法律体系中特有的价值是,地方立法机关结合本地实际情况,作出更接近于本地现状的规定,弥补法律规定过于原则、缺少可操作性的弊端。”¹⁵然而,地方立法在《循环经济促进法》和《清洁生产促进法》这2部法律层面存在的数量缺失,实际上不利于贯彻实施促进型经济法中的规范条款,不利于本地区经济的可持续发展。其次,在立法质量方面,中央层面的促进型经济法中存在大量的宣示倡导性规范条款,这促使中央层面的促进型经济法存在法律空洞化的现象,“法律空洞化是指立法风格简略、粗犷,法律的完整性、周延性、精确性和普适性不足,没有实质内容,可操作性差,从而导致法律的控制力不足,法律仅剩一个空壳甚至连外壳都没有的现象。”¹⁶鉴于中央层面的促进型经济法存在法律空洞化现象,地方层面的执行性地方性法规沿着立法“抄袭”的路径对中央层面的促进型经济法进行重复化规定,同质化的内容异常严重,这种立法“抄袭”导致地方立法灵活性和针对性不强,影响地方立法质量的提高,损害我国法律体系的完整和统一。¹⁷最后,在立法协调性方面,“经济法领域对多个行业的分别立法,在整体上会体现出更大的复杂性、差异性,由此可能影响相关行业发展的公平性和行业立法的协调性,这是此类立法的局限”,¹⁸鉴于促进型经济法自身存在的局限性,地方在针对促进型经济法制定执行性地方性法规时同样面临着立法协调性的问题。与此同时,立法协调性其本质是利益分配的协调,不同地区综合考虑本地区发展利益而制定的执行性地方性法规不可避免地会与中央层面的促进型经济法之间产生不一致。

2. 中观维度:权责义务的配置结构

从中观维度来看,促进型经济法对调制主体的职权与职责,调制受体的权利与义务的配置存在逻辑结构问题(见表4)。从表4的纵向视角来看,促进型经济法中的调制主体其职权职责类条款明显多于调制受体的权利义务类条款,调制主体的职责类条款明显超过职权类条款,调制受体的义务类条款明显超过权利类条款,呈现出失衡状态。基

¹⁵ 向立力:《地方立法发展的权限困境与出路试探》,载《政治与法律》2015年第1期,第72页。

¹⁶ 邢会强:《政策增长与法律空洞化——以经济法为例的观察》,载《法制与社会发展》2012年第3期,第120页。

¹⁷ 参见孙波:《试论地方立法“抄袭”》,载《法商研究》2007年第5期,第5页。

¹⁸ 张守文:《经济法的立法路径选择》,载《现代法学》2023年第1期,第129页。

于权利义务一致性的原则，调制主体的职权与调制受体的义务，调制主体的职责与调制受体的权利应当形成匹配均衡，而目前促进型经济法中调制主体职责类条款和调制受体义务类条款较多，而调制主体职权类条款和调制受体权利类条款较少，这种差异化非均衡性的配置结构不利于促进型经济法的良性运行。

表4 促进型经济法的结构分析范式——权责义务的配置结构

法律名称	条款数	调制主体		调制受体	
		职权类	职责类	权利类	义务类
乡村振兴促进法	43条	68(1条)	9、10、12、14、19、20、21、22、23、25、26、27、29、30、31、32、33、35、36、37、38、40、41、42、44、45、46、47、48、49、50、51、52、55、56、57、59、69、70、71、72(41条)	无(0条)	39(1条)
农业机械化促进法	19条	11、12、17、18(4条)	3、6、7、22、23、29(6条)	16、19、21、25(4条)	13、14、15、20、24(5条)
循环经济促进法	34条	14、16、17、18、28(5条)	5、6、8、12、13、24、25、27、35、37、41(11条)	10(1条)	9、15、19、20、21、22、23、26、29、30、31、32、33、36、38、39、40(17条)
中小企业促进法	16条	56(1条)	5、6、24、44、45、51、52、58(8条)	50、53、54(3条)	4、13、49、55(4条)
电影产业促进法	29条	17、18、24、25、35、46、57(7条)	5、7、8、12、15、23(6条)	14、22、31、58(4条)	9、13、16、19、20、21、26、29、30、32、33、34(12条)
清洁生产促进法	23条	13(1条)	4、5、7、8、10、11、12、14、15(9条)	28、29(2条)	17、18、19、20、21、22、23、24、25、26、27(11条)
条款统计	164条	19条	81条	14条	50条

3. 微观维度：规范条款的类型结构

从微观维度来看，促进型经济法在对具体的规范条款进行设计时，不同类型的规范条款所形成的结构存在逻辑结构问题，鉴于前文表1对形式意义上的促进型经济法规范条款进行了类型化分类即促进型经济法规范条款分为6类即宣示倡导类、激励扶持类、表彰奖励类、职权职责类、权利义务类和法律责任类。宣示倡导类条款是指促进型经济法中存在的6种具体类型的规范条款，即立法目的条款、适用范围条款、概念解释条款、施行日期条款、政策宣示条款、原则方针条款，这种宣示倡导类条款主要是从形式上完善法律的结构内容，从内容上重申法律的政策取向，这些条款并不对具体的调制主体或调制受体设定行为模式和法律后果。

(二) 促进型经济法的行为分析范式

“法律的重要作用，就是通过对人类行为的规范，来实现对权利配置和利益分配的调整。”¹⁹法律的调整对象是行为，行为理论是法学理论中的重要组成部分。就促进型

¹⁹ 张文显：《法学基本范畴研究》，中国政法大学出版社1993年版，第124页。

经济法而言，深入分析促进行为既能够丰富促进型经济法的行为理论，又能够发现促进型经济法在实践中存在的不足，从而优化完善促进行为以期充分发挥促进型经济法的促进功能。促进型经济法中典型的促进行为主要包括财政促进行为、税收促进行为、金融促进行为，这也是经济法重要的宏观调控手段（见表5）。此外，促进型经济法中还存在非典型的促进行为，这些非典型的促进行为共同构成了综合促进行为。

1. 促进型经济法的财政促进行为

财政促进行为是财政法体系下所调整的法律行为，在财政法体系中财政促进行为具体分为预算行为、国债行为、政府采购行为、转移支付行为等。²⁰促进型经济法通过运用法定的财政促进行为从宏观上为促进对象予以财政资金支持，从而保障社会经济秩序，促进经济的稳定增长。

2. 促进型经济法的税收促进行为

税收促进行为是税法体系下所调整的法律行为，在税法体系中税收促进行为其实质上是税收优惠。税收优惠是指国家为了实现对经济和社会进行宏观调控的目的，按照法律规定的条件和程序，采用对特定纳税人纳税义务减免的方式所作出的间接财政支出行为。²¹税收优惠从本质上来看是征税主体对纳税人税收的减免，有学者将税收优惠界定为授益征税行为，授益征税行为是指征税主体为相对人设定权益或免除义务的征税行为。

²²

3. 促进型经济法的金融促进行为

金融促进行为是金融法体系下所调整的法律行为，在金融法体系中金融促进行为具体分为货币政策、股权融资、融资担保、债券、期货、保险等。金融是提高生产力的“粘合剂”和“催化剂”，是宏观经济调控的重要经济杠杆。²³在促进型经济法中运用法定的金融促进行为来解决调制受体的资金融通难题，从而释放调制受体的投资活力，助力特定促进对象的发展。

4. 促进型经济法的综合促进行为

综合促进行为是宏观调控法体系下所调整的法律行为，在宏观调控法体系中综合促进行为是除了财政促进行为、税收促进行为、金融促进行为之外的其他具有宏观调控功能的促进行为。综合促进行为实际上体现了经济法综合性的特征，“综合性是指经济法调整是将各种法律调整手段有机结合之综合调整”。²⁴

表5 促进型经济法的行为分析范式

鉴于农业机械化促进法中部分条文设置2个条款分别规定不同的促进行为，部分条文同时包含2种促进行为，故进行条款拆分统计。					
法律名称	条款数	财政促进行为	税收促进行为	金融促进行为	综合促进行为
乡村振兴促进法	10条	58、60、61、62（4条）	无（0条）	63、64、65、66（4条）	28、67（2条）
农业机械化促进法	3条	26.2、27、28.2（3条）	26.1、28.1（2条）	27（1条）	无（0条）
循环经济促进法	6条	42、43、47（3条）	44（1条）	45（1条）	46（1条）
中小企业促进法	32条	8、9、10、12、34、40、 47（7条）	11、25、26、32（4条）	14、15、16、17、18、19、20、 21、22、23、35、41、42（13 条）	27、28、29、30、31、36、 37、48（8条）

²⁰ 参见张守文：《财税法学》，中国人民大学出版社2018年版，第29页。

²¹ 参见王霞：《税收优惠法律制度研究：以法律的规范性及正当性为视角》，法律出版社2012年版，第8页。

²² 参见施正文：《税收程序法论——监控征税权运行的法理与立法研究》，北京大学出版社2003年版，第225页。

²³ 参见张守文：《经济法学》，北京大学出版社2018年版，第164页。

²⁴ 史际春、邓峰：《经济法总论》，法律出版社2008年版，第67页。

电影产业促进法	10 条	27、28、37 (3 条)	38、45 (2 条)	40、41 (2 条)	39、42、44 (3 条)
清洁生产促进法	6 条	9、16、31、32 (4 条)	33、34 (2 条)	无 (0 条)	无 (0 条)
条款统计	67 条	24 条	11 条	21 条	14 条

(三) 促进型经济法的绩效分析范式

绩效, 实质上对于人类社会有用性的实现, 是一种价值。分析促进型经济法的绩效实际上是研究促进型经济法的价值。效率、公平和秩序作为人类普遍的价值追求, 在一定程度上成为评价法律价值的标准。“效率、公平和秩序作为经济法调整所应追求的一般价值, 构成了经济法外在的主观评判价值。”²⁵因此, 促进型经济法的绩效分析范式主要围绕促进型经济法的效率价值绩效、公平价值绩效和秩序价值绩效展开。

1. 促进型经济法的效率价值绩效

效率是社会发展的基本价值目标, 法律应当通过界定人们参与社会资源配置的权利, 为人们实际配置资源提供必不可少的手段, 从而实现效率的极大化。²⁶效率实质上是对资源进行配置所形成的价值状态, 市场经济要求发挥市场在资源配置中起决定性作用。然而当市场出现失灵时, 其引发的经济问题便会导致资源配置状态的失衡, 政府需要运用法定的经济调制行为进行宏观调控从而解决市场失灵带来的经济失衡问题。市场失灵的原因复杂多样, 但是垄断、公共物品、外部性和信息偏在等均会在不同程度上导致市场失灵。实际上, 促进型经济法其形成背景便是市场失灵问题的出现, 通过促进型经济法立法将法定的促进行为综合运用到国家经济社会发展过程中的薄弱环节、弱势产业。

2. 促进型经济法的公平价值绩效

公平是人类社会永恒的价值追求, 公平更是法律得以保持长期稳定运行和良性发展的核心价值。促进型经济法其目的和宗旨是为了国家经济社会发展过程中的薄弱环节、弱势产业能够实现均衡发展, 其通过运用法定的促进行为实现对失衡发展的衡平, 力图实现公平发展。促进型经济法致力于实现公平价值其核心逻辑是在法律规范中设置激励扶持类条款, 通过激励扶持类条款将具有促进功能的促进行为即财政促进行为、税收促进行为、金融促进行为和综合促进行为予以规范化和条款化, 通过为调制主体设置职责即设置大量职责类条款要求调制主体依法履行实施促进行为的职责, 意图作用于促进对象或调制受体, 实现对促进对象或调制受体的倾斜性保障, 以期实现发展公平。

3. 促进型经济法的秩序价值绩效

“法律秩序是通过法律规则构建、形成的一种社会秩序。人类社会选择了法律作为形成社会秩序的力量, 是因为法律具有其他社会规则所不具有的特质, 即国家强制力。”²⁷秩序价值具有明确性、法定性和有责性这 3 种特征, 法律秩序价值的实现需要法律规范本身具备上述 3 种特征。判断评价促进型经济法是否实现秩序价值, 应当围绕促进型经济法的法律规范是否具备明确性、法定性和有责性这 3 种特征进行展开。

四、促进型经济法的体系优化: 耦合立法论——实施论体系

促进型经济法经过法律文本的实证分析, 多元化的促进型经济法经过文本梳理之后在专门性、功能性和地方性视角均存在不同程度的逻辑问题。与此同时, 运用“结构—行为—绩效”的逻辑范式对促进型经济法进行结构分析、行为分析和绩效分析发现促进

²⁵ 张守文: 《经济法理论的重构》, 人民出版社 2004 年版, 第 297 页。

²⁶ 参见万光侠: 《效率与公平——法律价值的人学分析》, 人民出版社 2000 年版, 第 235 页。

²⁷ 章剑生: 《行政程序正当性之基本价值》, 载《法治现代化研究》2017 年第 5 期, 第 109 页。

型经济法亦在结构、行为和绩效层面存在逻辑问题。为了解决促进型经济法存在的诸多逻辑问题，需要对促进型经济法的立法论体系和实施论体系进行耦合，从而实现对促进型经济法的体系优化。“耦合”作为物理学上的概念是指两个或两个以上的体系之间通过相互作用且彼此影响从而联合起来的现象。有学者认为经济法是市场机制与宏观调控机制耦合的产物，是公法与私法耦合的结晶。²⁸实际上经济法体系在运行过程中同样是立法论体系和实施论体系的耦合，立法论体系是经济法体系运行的前提和基础，实施论体系是经济法体系运行的主体和内容。因此，实现促进型经济法立法论体系和实施论体系之间的耦合能够推动促进型经济法体系的良性运行和协调发展。

（一）促进型经济法立法论体系的优化

“经济法的立法，是指国家机关依照法定权限和程序，制定、修改和废除经济法律规范的活动。”²⁹促进型经济法在对立法论进行体系优化时应当围绕促进型经济法的立法理念体系、立法程序体系和立法技术体系展开。

1. 促进型经济法立法理念体系的优化

立法理念体系是从宏观维度对促进型经济法立法论体系进行优化，从而更好地发挥立法理念的价值引领功能，推动促进型经济法朝着更加多元化的方向发展。理念问题是一个价值认知问题，法律的理念，“是指对法的应然规定性的、理性的、基本的认识和追求：从学术角度看，它是法及其适用的最高原理；从实践看，它是社会成员及立法、执法或司法者对待法的基本立场、态度倾向和最高行为准则。”³⁰

2. 促进型经济法立法程序体系的优化

立法程序体系是从中观维度对促进型经济法立法论体系进行优化，从而更好地发挥立法程序的调整引导功能，推动促进型经济法朝着更加科学化的方向发展。“从法律学的角度来看，程序主要体现为按照一定的顺序、方式和手续来作出决定的相互关系。”³¹就立法程序而言，主要是指“有权的国家机关，在制定、认可、修改、补充和废止法的活动中，所须遵循的法定的步骤和方法。”³²因此，立法程序的主体是有权的国家机关，主要是指全国人大及其常委会；立法程序的要求是必须遵循法定的步骤和方法，注重步骤和方法的法定性；立法程序的内容主要是在法律的制定、认可、修改、补充和废止之中。

3. 促进型经济法立法技术体系的优化

立法技术体系是从微观维度对促进型经济法立法论体系进行优化，从而更好地发挥立法技术的规范表达功能，推动促进型经济法朝着更加规范化的方向发展。立法技术，是立法活动中所遵循的用以促使立法臻于科学化的方式和操作技巧的总称。³³“立法实践表明，法无定式决定了立法技术形式的多样性和应变性，而且随着立法实践的发展，立法技术处在不断发展变化中走向完善和成熟。立法技术完善和成熟程度，是衡量一个国家立法能力和水平的重要标尺。”³⁴促进型经济法历经二十余年的发展，共计有6部促进型经济法制定实施，第7部促进型经济法即《民营经济促进法》目前正在针对草案面向社会公开征求意见，促进型经济法数量的增加只是时间问题。

²⁸ 参见徐孟洲：《耦合经济法论》，中国人民大学出版社2010年版，第19、40页。

²⁹ 漆多俊：《经济法基础理论》，法律出版社2017年版，第328页。

³⁰ 史际春、李青山：《论经济法的理念》，载《华东政法学院学报》2003年第2期，第43页。

³¹ 季卫东：《法律程序的意义》，中国法制出版社2004年版，第17页。

³² 周旺生：《立法学》，法律出版社2009年版，第220页。

³³ 参见周旺生：《立法学》，法律出版社2009年版，第375页。

³⁴ 李培传：《论立法》，中国法制出版社2013年版，第408页。

（二）促进型经济法实施论体系的优化

“经济法的实施，是指经济法律关系主体和国家司法机关实际施行经济法律规范的活动。经济法的实施，包括经济守法、经济执法、经济司法。”³⁵促进型经济法在对实施论进行体系优化时应当围绕促进型经济法的执法实施体系、司法实施体系和守法实施体系展开。

1. 促进型经济法执法实施体系的优化

执法是有权国家机关依照法定程序贯彻实施法律的活动，正如洛克所言“如果法律不能被执行，那就等于没有法律”，³⁶这足以证明法律执行的重要性。促进型经济能否被有效地予以执行实施，关乎促进型经济法能否得以良性运行。通过对促进型经济法的法律文本进行实证分析，现阶段促进型经济法执法实施体系中执法主体缺乏内部的分工与合作，执法行为缺乏外部的监督与检查。

2. 促进型经济法司法实施体系的优化

“法律的生命，在于实施；法律实施的灵魂在于程序。司法程序，是最典型、最重要的法律程序。”³⁷传统的法律部门在实施过程中绕不开司法程序的实施，民法、刑法和行政法均有着与之相对应的民事诉讼、刑事诉讼和行政诉讼。然而，经济法在实施过程中在司法程序层面存在一种弱化和缺失，亦即经济法在实施过程中司法因素的介入相对较少。经济法的实施更多倾向于行政程序，原因在于经济法中的调制主体是行政机关，经济法中具体的法律规范依靠作为行政机关的调制主体履行行政职责去实施，因此经济法在实施过程中行政因素强于司法因素。

3. 促进型经济法守法实施体系的优化

守法是法律实施的归宿和落脚点，法治的内涵不仅在于良法的存在，而且还在于其被较好地遵守，法律能否被遵守将极大程度上体现该部法律的价值作用能否实现。“人们遵守法律制度主要原因在于，集体的成员在信念上接受了这些法律，并且能够在行为上体现这些法律所表达的价值观念。”³⁸然而，促进型经济法中的守法主体主要体现为两类即调制主体和调制受体，调制主体守法意味着其严格履行促进型经济法中的职权职责类条款，调制受体守法意味着其依法履行促进型经济法中的权利义务类条款。实现对促进型经济法守法实施体系的优化需要区别对待两种不同的守法主体即调制主体和调制受体。针对调制主体而言，调制主体作为国家行政机关，其履行职责不仅仅是一种法律义务，更是一种政治义务。调制主体履行职责最终还是具体落实到国家行政机关的工作人员，应当从政治绩效考核机制层面激励和督促国家行政机关的工作人员积极履行相应的职责，这种以政治绩效考核为导向的方式更易培养调制主体的守法意识。

五、结论：理性优化促进型经济法推进中国式现代化的发展

中国式现代化呼唤现代化的经济法，促进型经济法回应中国式现代化建设发展的时代需求，以其促进发展的价值功能为推进中国式现代化建设发挥着重要的法治保障作用。为了更好地研究和分析促进型经济法，既需要立足学术界现有的学术理论成果，又需要考察立法界现有的立法实践成果。经过对现阶段促进型经济法的文本进行考察和梳理，我国形式意义上的促进型经济法共计6部，实质意义上的促进型经济法共计48部，形

³⁵ 杨紫烜：《国家协调论》，北京大学出版社2009年版，第388页。

³⁶ [英]约翰·洛克：《政府论》，叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1964年版，第132页。

³⁷ 单飞跃：《经济法理念与范畴的解析》，中国检察出版社2002年版，第285页。

³⁸ [美]R.M.昂格尔著：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，译林出版社2001年版，第29页。

式意义上和实质意义上的促进型经济法构成了重要的促进型经济法体系。通过对现阶段促进型经济法体系中的法律文本进行实证分析，专门性、功能性和专门性视角下的促进型经济法呈现出多元化的面貌。多元化的促进型经济法在“结构—行为—绩效”逻辑范式的检验分析下其结构、行为和绩效均存在不同程度的逻辑问题，这些逻辑问题的产生一定程度上影响了促进型经济法的良性运行和协调发展，亟须对促进型经济法进行体系优化。促进型经济法的体系优化是一个理性化、系统性、渐进式的过程，需要耦合促进型经济法的立法论和实施论，推动促进型经济法朝着体系化、规范化和法治化的方向发展和演进。在法治轨道上发挥促进型经济法促进经济高质量发展的价值功能，为推进中国式现代化建设贡献经济法治力量是促进型经济法的应有之义。然而，任何法律均存在一定的局限性，在推进中国式现代化建设发展的进程中应当理性看待促进型经济法的价值功能。促进型经济法既需要与限禁型经济法实现经济法内部的配合协调，又需要与其他传统部门法实现经济法外部的法际协调，通过法律体系的综合施治和耦合协调共同推进中国式现代化建设。

受托人忠实义务的法理逻辑与规则展开*

刘杰勇**

(中央民族大学法学院, 北京, 100081)

摘要: 在信托关系中, 受托人享有知识、信息和经验等资源优势, 并对管理信托享有广泛的自由裁量权, 存在高度的机会主义风险, 需要忠实义务予以约束。相较于合同义务, 忠实义务遵循更为严格和细腻的行为标准, 主要由规范性义务和禁止性义务组成。规范性义务关注的是受益人利益是否得到受托人的促进效用, 有唯一利益说和最佳利益说之争。最佳利益说允许公平的利益冲突交易行为, 更符合我国信托环境。禁止性义务关注的是受托人是否不正当地寻求增进自己或第三方的利益。禁止性义务包括禁止利益冲突规则和禁止利益取得规则。虽然大多数情况下禁止利益取得规则与禁止利益冲突规则相互竞合, 但存在违反后者而未违反前者的情形, 故而禁止利益取得规则有独立存在的必要性。

关键词: 忠实义务; 信托关系; 最佳利益; 利益冲突; 合同义务

一、引言

法律是人类不断变化的文明的一部分。法律制度必须与社会结构相适应, 为社会目的而产生、改变和消逝。20世纪以来, 我国社会发生深刻变革, 商品经济向知识经济和数字经济转变, 而我国商事领域的法律制度仍停留在19世纪末, 如医生是否必须告知患者手术的全部风险、股票经纪人是否需要向小股东披露信息等法律问题屡见不鲜, 如何调停信息、知识和经验等稀缺性资源的不平等和克服机会主义行为, 实现实质意义上的公平正义, 是解决社会矛盾的关键。起源于英国衡平法的忠实义务(the duty of loyalty), 或许能成为解决现有社会问题的钥匙之一。¹我国《信托法》第25条第1款规定了受托人为受益人利益行事的规范性义务, 第26条至第28条是禁止受托人特定行为的具体规范, 两者共同构成忠实义务的基本内容。然而, 近年来各类信托产品及其衍生产品层出不穷, 与受托人履行忠实义务的争议频发, 忠实义务仍面临诸多疑虑, 比如忠实义务的内容模糊²、忠实义务与合同义务难以区分³等, 亟需对忠实义务的法理逻辑和规范适用展开体系化的教义学分析。恰当、合理、全面地诠释忠实义务, 是发挥受托人的专业技能和管理经验, 防范其道德风险、懈怠和自利行为, 确保受益人利益和信托目的实现的关键。⁴为此, 本文拟首先探讨受托人忠实义务的法理逻辑, 解析忠实义务的制度功能和理论基础, 以及与合同义务的意涵差异, 而后分别从规范性义务和禁止性义务两个维度展开讨论忠实义务, 以纾解忠实义务在商事领域中的适用困境。

* 本文为国家社科基金后期资助项目“大陆法系框架下信义义务的法理研究”(项目批准号: 20FFB055)的阶段性成果。

** 刘杰勇, 现为中央民族大学法学院讲师, 法学博士。

¹ 参见周淳:《商事领域受信制度原理研究》, 北京大学出版社2021年版, 第2页。

² 参见杨秋宇:《信托受托人忠实义务的功能诠释与规范重塑》, 载《法学研究》2023年第3期, 第150页。

³ 今泉邦子, イマイズミクニコ. "善管注意義務と忠实義務の交錯(1)." 南山法学 27, no. 4 (2004): 200-218.

⁴ 参见杨祥:《股权信托受托人法律地位研究》, 清华大学出版社2018年版, 第201页。

二、忠实义务的法理逻辑

所有存在信任因素，以及背信弃义情境的类似案件都在忠实义务涵射范畴，并非仅有信托。当忠实义务的内容基本成熟时，法院在处理其他类似案件时，将关系中受信人视作信托中受托人，以忠实义务的行为标准监督其行使管理处分权，以保障受益人的利益。尽管信托关系多种多样，但所有信托关系都需遵守忠实义务。为加深对忠实义务的理解和认识，本部分内容拟从制度功能和理论基础两个维度阐释忠实义务的法理逻辑。

（一）功能阐释：预防与保护

法律制度的大部分内容旨在指引人们的行为，促进某些形式的积极行为，并阻止其他形式的消极行为。法律制度实现这一目标的主要方式是制定禁止相关行为的规则，并惩戒打破规则的人。遵守法律规则和希望避免违反这些规则的法律后果，指引大多数人按照法律规则的既定方式行事。然而，这些法律规则并不能保证所有人都会按照法律制度鼓励的方式行事。有些人不了解法律规则的具体要求，有些人知道法律规则是什么，但错误地认为他们是遵守法律规则的，还有一些人则乐于冒险，有意识地藐视法律规则。第一、二类人可以通过做好法律宣传工作解决。至于第三类人，可以努力确保他们以正确的方式行事，让他们难以（无论是有意还是无意）陷入违反法律规则的境地。

忠实义务的规则设置，也是出于预防和保护的立法目的。受托人利用其作为信托财产的保管人和管理者的广泛权利，为受益人谋取专属利益。也就是说，受托人在行使这些权利时，必须仅考虑对受益人最有利的事情，反之，他们不得利用受托人的身份地位来增进自己或他人的（经济）利益。这一规则，以及违反该规则的人所需承担的责任，使得受托人必须完全为受益人的唯一或最佳利益行事。大部分受托人会这样做。但是，与所有法律规则一样，这并不能保证所有人在任何情况下都严格遵守。因此，为了尽量减少受托人不以受益人的唯一或最佳利益行事的情况，法律设置忠实义务规则，旨在防止受托人追求自己或他人的利益而不是受益人的利益。

为了防止此类情况的发生，受托人有责任避免将自己置于这样的境地，即为受益人的唯一或最佳利益行事的的责任可能与受托人自己的个人利益或对第三方负有的其他责任发生冲突。受托人被禁止从其身份地位中获利，除非得到委托人或受益人的授权。如果受托人确实获得利润，则必须将其归还受益人。如果受托人在决定如何利用信托财产时考虑的是个人利益，那么他必然没有履行其职责，专一地考虑什么是对他的受益人最有利。因此，设立忠实义务规则，禁止受托人陷入可能因受益人利益以外的其他考虑因素而分散注意力的情况，鼓励受托人遵守完全以受益人的唯一或最佳利益管理信托的基本规则。通过要求受托人将从职位上获得的未经授权的利润归还受益人，从而消除受托人试图将信托转化为自身利益的所有（或至少大部分）诱惑。

（二）理论辨析

忠实义务的演变过程横跨多个世纪，有关忠实义务的理解本身具有多元性，而且，基于信托的高度灵活设计，信托关系及忠实义务的内容不清晰，适用领域不断扩张，边界不定，为忠实义务的理论基础探讨提供充足的实践素材。本部分内容将以合同理论、财产理论和侵权理论为分析重点，探讨忠实义务的理论基础。

1. 合同理论

合同理论 (contract theory) 认为, 信托关系是履约成本与监督成本高昂的合同关系, 即信托关系通过预设交易安排 (忠实义务) 取代详尽的合同条款, 减轻交易成本, 提高经济效益。⁵ 合同作为在利益冲突间取得平衡的一种机制, 能借由法律和经济上的方法, 勾勒出双方当事人的权利义务关系图谱。与普通民众相比, 专业人士拥有知识性资源优势, 双方存在信息不对称, 容易产生道德风险和代理成本问题。理性有限的合同双方当事人不可能预知未来可能发生之所有可能情况, 相对静止的预设交易安排无法满足进步社会的创新需求。⁶ 合同双方当事人无法通过合同条款对受托事务及行为标准进行事无巨细的约定, 再加上诸多受托事务的执行需要一定的自由裁量权, 以及人力、物力、财力等因素的综合考量, 使得与忠实义务相关的合同内容无法形成具体条文列明, 而是以不完全合同中的默认条款呈现。

合同理论虽然收获大量支持, 但也不乏反对者。首先, 尽管许多信托关系通过合同订立, 但并非全部。信托关系也可以通过非合同形式、单方面承诺、司法裁判等方式建立。⁷ 合同理论并不能解释合同之外建立的信托关系所产生的信托责任。其次, 合同理论并未准确描述信托关系的性质, 并非所有的信托关系都发生于普通民众和专业人士之间。专业知识不是受托人法律上或事实上需具备的必要条件, 还存在受托人没有专业知识的信托关系, 比如民事信托中基于信任对亲朋好友的委托, 这与合同理论所主张的忠实义务性质不同。最后, 合同理论无法合理解释忠实义务的内容。忠实义务作为信义义务的核心和关键内容, 如果作为一项默认合同条款, 那么缔约双方期待其内容和应用取决于缔约时的重要事实, 如当事人期待、行业惯例等。然而, 事实上忠实义务的核心内容是固定的, 且无法更改, 即便在以灵活著称的衡平法层面上, 也是如此。换言之, 忠实义务具有强行法性质。⁸ 当然, 除前述三点外, 还有许多关于合同理论的反对观点。但不可否认的是, 信托关系与忠实义务终究是私法领域的产物, 多数情况下以合同关系为基础, 以当事人的合意或约定而存在。在这种情境下, 没有合同关系, 信托当事人之间不会产生信托关系及忠实义务。

2. 财产理论

财产理论 (property theory) 主张, 特定的信托关系中, 受托人经由授权享有对受益人衡平法上特定财产进行管理处分, 为防止受托人滥用权利而设定忠实义务。⁹ 简言之, 从衡平法角度看, 忠实义务属于一种私有财产权的必然附属物。忠实义务的理论基础来源于私有财产权的正当性。

同所有学说观点一样, 财产理论也存在反对的声音。首先, 虽然可以认定忠实义务源于信托关系的存在, 但二者并不完全等同。受托人属于受信人, 但受信人并不必然是受托人。许多类似信托关系并不存在财产要素, 或者说传统意义上的财产利益,¹⁰ 比如宗教领袖和教徒之间的关系、教师和学生之间的关系, 这些关系属于信义关系, 但不具有财产因素。虽然病人的身体康复与教徒的精神可以理解为广义上的财产因素, 但并非

⁵ See Easterbrook, Frank H., and Daniel R. Fischel, "Contract and fiduciary duty", *The Journal of law and economics*, 36.1, Part 2 (1993), pp.425-446.

⁶ 参见王文宇:《探索商业智慧: 契约与组织》, 元照出版公司2019年版, 第45页。

⁷ See Victor Brudney, "Contract and fiduciary duty in corporate law", *BCL Rev*, 38 (1996), pp.595-665.

⁸ See Scott FitzGibbon, "Fiduciary relationships are not contracts", *Marq. L. Rev*, 82 (1998), pp.303-353.

⁹ See Paul Miller, "Justifying Fiduciary Duties", *McGill Law Journal*, 58.4 (2013), pp. 969-1023.

¹⁰ 参见范世乾:《忠实义务的概念》, 载《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2012年第1期, 第62-66页。

普通法意义上的财产。¹¹可见，通过财产理论界定信义关系并不全面。其次，忠实义务并非单纯用于防止滥用或挪用财产，还用于禁止可能损害受益人其他实际利益的冲突，比如竞业冲突、施加不当影响等。

3. 侵权理论

侵权理论 (tort theory) 将违背忠实义务认定为一种侵权行为，以适用侵权的基本原理和具体制度来解释忠实义务的违反行为。不同于大陆法系，英美法系侵权法的界限模糊不清，被描述为私法的“伞状范畴”，无所不包，对忠实义务的违反也可以归入侵权范畴之内。一种观点认为，侵权行为是民事不法行为。另一种观点认为，侵权是侵害的民事错误。然而，这一观点的问题在于忠实义务违反并不取决于侵害，违反忠实义务有时涉及盗窃、挪用或侵占，但对受益人的人身或财产的侵害不是必然存在的。忠实义务不同于侵权法规定的任何义务。作为一般规则，侵权行为法不要求人们为了他人的利益而行动，也不要求人们忽视自己的利益，而只是为了避免对他人造成“不利影响”。¹²当受托人个人通过行使信托权利获得财产或利润时，无论受益人是否对该财产或利润有预先存在的权利，或对获得该财产或利润的合理预期，受托人都需承担责任。忠实义务禁止利益冲突，无论冲突的实现是否会给受益人带来伤害的风险。同样，信托救济不仅仅是补偿性的，受益人可以向受托人要求支付超额财产利益。因此，无论从民事不法行为的角度，还是从侵权救济措施的角度看，违反忠实义务并不当然是一种侵权行为。

除合同理论、财产理论和侵权理论外，还有一些理论能够较为合理地论述忠实义务的正当性，包括道德理论 (Morality Theory)、信赖理论 (Reliance Theory)、不当得利理论 (Unjust Enrichment Theory) 等。关于忠实义务理论基础的相关学说论点，影响力有大小，说服力有强弱，支持与反对的声音并存，唯一确定的是，目前学术界和实务界并没有统一或公认的结论，且随着社会发展与人类繁衍，不断更新的各类社会关系让本就范围宽泛、定义不一的信托关系及忠实义务更加扑朔迷离，难以明晰。

三、忠实义务的规则展开

如上所述，忠实义务的内容既包括禁止性义务，也包括规范性义务。禁止性义务在信托法领域的表达为禁止利益冲突原则和禁止利益取得原则，而规范性义务则体现为以受益人的唯一利益或最佳利益为目的管理信托。本部分内容将首先辨析忠实义务与合同义务的意涵差异，而后分别阐释忠实义务的规范性义务和禁止性义务。

(一) 意涵区分：忠实义务与合同义务

信托虽然最早源于英国衡平法，但英国早期并没有确立“忠实义务”的概念术语，后续的相关判例和教材也都极少使用忠实义务的表述，更多的是以忠实义务代替忠实义务所欲表达的内容。¹³美国信托法承继于英国信托判例法理，并在 19 世纪初建立极具商业色彩的信托法律制度，信托公司开始设立，商事信托得到发展。通说认为，“忠实”一词最早被运用于信托是在 Cardozo 大法官的 *Meinhard v. Salmon* 一案中。¹⁴Salmon 与

¹¹ See Leonard I Rotman, "Fiduciary doctrine: a concept in need of understanding, *Alberta Law Review*, (1996), pp. 821-852.

¹² See Peter Cane, *The anatomy of tort law*. London: Bloomsbury Publishing, 1997, pp.189-190.

¹³ See James Penner, *The law of trusts*, Oxford: Oxford University Press, 2016, p.406.

¹⁴ See *Meinhard v. Salmon* [1928] 249 N.Y. 458.

Meinhard 以合资企业名义租赁土地经营宾馆，但 Salmon 在 20 年土地租赁权到期后，在未通知并取得 Meinhard 同意的情况下，擅自以自己名义承租该土地和周边土地，并拆除原有宾馆和新建商业大楼，以获取更多经济利益。该案判决中法院以“没有通知共同经营人 Meinhard 而缔结新的租赁合同”为由，判定 Salmon 违反“不可分和无私的忠实义务”（a loyalty that is undivided and unselfish）。该案虽未提出忠实义务的概念及其内容，但因首次提出忠实义务被广泛引用而闻名。美国信托法在承继英国信托判例法后，将判例法理中与忠实义务相关的规则融合，提炼出忠实义务的具体内涵，即仅为受益人的利益行事。忠实义务作为信托法中重要的法律术语得以确立。

一旦信托关系被证明存在，受托人必须遵守特定的信托行为标准。这一行为标准要求受托人无私、诚实、正直和忠诚地为其受益人的利益服务。信托行为标准作为忠实义务的具象化，有助于准确地规范受托人的活动范畴，明确受托人违反忠实义务的性质与标准，但并不涉及受托人行为的主观动机、受益人是否因此获益等。忠实义务的核心内容是为受益人的利益以最大诚信行事。然而，就信托目的而言，忠实义务的信托行为标准远高于诚信原则所要求的合同行为标准。合同领域中的诚信原则要求缔约双方坚持诚实、勤勉和适当地履行合同义务，但忠实义务要求更为高尚和微妙的品质，比市场要求更高的标准。加拿大最高法院的两则著名信托判例表明信托行为标准不同于合同诚信原则，受托人的行为受到比合同法对合同当事人的要求更严格。Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd 案的判决中，¹⁵Sopinka J. 强调合同纠纷中司法机构不愿意主动寻找信托关系，除非确有必要。因为信托关系的存在会使案件变得复杂。¹⁶Hodgkinson v. Simms et al. 案中则谈及如果信托行为标准与合同行为标准是相同的，那么其中一个肯定是多余的，但两者继续存在并被公认为截然不同的事实表明，主张忠实义务属于合同义务的观点并不容易被接受。在 Re Goldcorp Exchange Ltd 案中，¹⁷英国枢密院司法委员会强调忠实义务产生不同于合同本身的义务。关于忠实义务与合同义务之间的区别。首先，信托的重点不是保护个别受益人的利益，而是保护这些利益出现的信托关系，这一目标也意味着需要实施比在合同环境下保护个人利益更为严格的标准。其次，与传统合同理论相比，传统信托理论需要一个完全不同的分析框架和规范含义。模糊信托关系和合同关系之间的区别，用同样的名称称呼它们时，往往会导致忽略管辖两者的不同规则的设置缘由，并引发一系列的困扰。

受托人有义务在行事过程中将其精力集中于受益人的利益。然而，这是否意味着受托人有积极的义务来增进其受益人的利益，比如采取积极的措施为一处房产争取尽可能高的价格？还是受托人仅需以避免损害受益人利益的方式行事？这种争论通常被描述为受托人的义务本质上是规范性（主动）或禁止性（被动）的。规范性义务关注的是受益人的利益是否得到受托人的促进效用；禁止性义务关注的是对受益人的忠诚，即是否当受托人不正当地寻求在这种关系中或由于这种关系而增进自己或第三方的利益。Finn 认为受托人的义务本质上仅是禁止性的。¹⁸Hayton 认为，受托人的义务是不参与冲突（无论自身利益和受益人利益之间，还是多个受益人之间），也不凭借受托人身份获利（无论为自己还是第三方）。¹⁹在 Pilmer v. Duke Group Ltd 案中，²⁰澳大利亚法院只承

¹⁵ See Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd. [1989] 2 SCR 574.

¹⁶ See Hodgkinson v. Simms et al. [1994] 3 SCR 377.

¹⁷ See Re Goldcorp Exchange Ltd [1994] UKPC 3.

¹⁸ See Paul D. Finn & Timothy G. Youdan, *Equity, Fiduciaries and Trusts*, Toronto: Thomson Reuters Press, (1989), p.25.

¹⁹ See D. Hayton, *Privacy and Loyalty*, Oxford: Clarendon Press, 1997, p.290.

²⁰ See Pilmer v. Duke Group Ltd (In Liq) [2001] HCA 31.

认禁止性的忠实义务，即不从关系中获得任何未经授权的利益，也不处于利益冲突的位置。

法官们时常认识到，一方信任另一方，与后者成为前者的受托人，这两者之间是有区别的。可以说，所缺少的是明确合同关系和信托关系之间的中间法律类别的存在。法官有时可能仅仅为证明缔约各方的诚信义务是正当的，而错误地强加忠实义务，如此并不能减损这样一个事实，即信托关系中的受托人有一个公认的、适当施加的义务，为了受益人的利益以最大诚信行事。如前所述，强加给受托人更高的行为标准不同于普通诚信标准，使用“忠实”一词来适用于受托人，混淆了那些从事无私服务的人（受托人）的义务和那些只期望公平交易或公平待遇的人的义务。强加于受托人的消极义务是为了确保受托人忠于受益人的利益。这些义务的原因是出于对他人忠诚的需要，还是为了维护人际关系的完整性，这并不重要。事实是，它们的实施是为了促进一种积极的效果——无论是维持他人的行为，还是保护社会和经济关系，重要的是解释为什么受托人被阻止从事某些形式的行为，如以受益人为代价获利或允许个人利益或第三方利益与受益人的利益发生冲突，而不是只关注受托人被阻止从事此类行为这一事实。显而易见的是，不允许自己的利益与受益人的利益发生冲突以及不以牺牲受益人的利益为代价来获利的义务更适合作为积极义务，以确保受托人的努力完全致力于受益人的利益至上。不管强加给受托人的规则和义务是积极的（必须这样做）还是消极的（可以不那样做），事实是一旦被描述为受托人，法律将介入并规定必须遵守的行为标准。这种干预使信托概念能够保持其权限范围内的关系完整性。如果通过关注禁止利益取得和禁止利益冲突规则，认为忠实义务仅包含消极内容，那么就忽略了这一根本目的，从而不恰当地限制了信托概念的范围。

（二）规范性义务：唯一利益与最佳利益

作为忠实义务的最基本要求，各国信托法都规定，受托人必须为受益人的利益管理信托。而此处的“利益”是唯一利益（sole interest）还是最佳利益（best interest）尚无定论。唯一利益说要求受托人必须仅为受益人的利益管理信托。²¹受托人有义务不受任何第三人利益或实现信托目的之外的其他动机的影响，带有任何不纯动机的信托管理行为将遭受过错推定的追责。由 Langbein 教授提出的最佳利益规说则认为，²²受托人有责任为受益人的最大利益管理信托，未能为受益人的唯一利益管理信托的受托人可以通过证明不符合唯一利益的交易是为受益人的最佳利益作为抗辩理由来反驳违反忠实义务的终局性推定。

传统英美信托法奉行唯一利益说，²³美国《信托法重述》（第二版）第 170 条第 1 款规定：“受托人对受益人负有仅为受益人的利益管理信托的义务。”²⁴《信托法重述》（第三版）第 78 条第 1 款规定：“除非信托条款另行规定，受托人通常负有仅为受益人利益或仅为促进慈善目的而管理信托的义务。”²⁵信托发源地英国的《2000 年受托人法》（Trustee Act 2000）并没有直接规定忠实义务，甚至之前的《1906 年公共受托人法》（Public Trust Act 1906）、《1925 年财产法》（Law of Property Act 1925）、《1961 年受托人

²¹ See Restatement (third) of trusts § 78(1); Uniform trust code § 801(a).

²² See John H. Langbein, "Questioning the trust law duty of loyalty: Sole interest or best interest", *The Yale Law Journal*, 114 (2004), p.929.

²³ See Austin Wakeman Scott, "The trustee's duty of loyalty", *Harvard Law Review*, 49 (1935), p.521.

²⁴ See Restatement(second) of trusts §170(1)(1959).

²⁵ See Restatement(third) of trusts §78(1)(2007).

投资法》(Trustee Investment Act 1961)都没有涉及忠实义务的具体规定,可能的解释是忠实义务作为信义义务最为核心的内容,历史悠久,在英国大量判例中得到充分体现,没有成文化的必要。忠实义务要求受托人仅能为受益人的利益管理信托,不能将其他利益与受益人置于冲突境地。²⁶即便利益冲突微不足道,信托没有遭受任何损失,甚至信托因冲突交易获得实际利益,法院仍会适用忠实义务,因为忠实义务“不能分割且不可稀释”(undivided and undiluted),适用“不再调查规则(no further inquiry rule),推定利益冲突交易无效,无需考虑是非曲直,反映英美信托法对受托人的普遍不信任和对受益人的倾斜保护。

随着民事程序的改革、举证难度的降低、披露责任的加强等,很大程度上消除了受托人在潜在冲突下易于隐藏错误行为的担忧,而唯一利益说过于严苛和僵化的劣势逐渐显现,最佳利益说开始受到关注。²⁷唯一利益说和最佳利益说的根本争议分歧在于“不再调查规则”。忠实义务的根本目的是促进受益人的最大利益,而这也是唯一利益说所追求的,与最佳利益说不谋而合。最佳利益说主张受托人必须以受益人的最佳利益为重,但不一定以受益人的唯一利益为中心。应将冲突交易的无效推定的终局性效力从决定性降低为可反驳性(rebuttable),即受托人将被允许通过证明冲突交易是为受益人最大利益作为违反忠实义务的辩护理由。不能仅以存在利益冲突交易就推定受托人谋利、交易无效的结论。需强调的是,唯一利益说的问题不在于对利益冲突或重叠危险的过度敏感,而在于其片面性,即不理解某些冲突交易无害,甚至有益。事实上,利益冲突在人类活动中普遍存在,但并非都有害,不分青红皂白地禁止冲突可能弊大于利。

至于唯一利益说和最佳利益说该如何取舍,涉及应将未经允许的冲突交易终局性地推定为无效的问题,这也是忠实义务如何适当表达的关键。唯一利益说强调特定的执行技术,即避免受托人和信托财产之间的所有利益冲突或重叠风险,而不是聚焦于忠实义务的根本目的,即最大化受益人的最佳利益。唯一利益说的假设前提是受托人与信托之间的所有利益冲突最终都会有害,这显然并不成立。随着信托环境的深刻变化,唯一利益说的产生背景和基础早已不存在。首先,专业信托机构的出现、信托记录保存的完善,以及信息披露制度的加强使得受托人刻意隐瞒冲突交易的可能性降低,降低利益冲突的动机,“不再调查规则”的确立基础不复存在。事实上,从某种意义上来说,“不再调查规则”不仅无法起到保护受益人的利益,反而阻碍互利双赢的交易发生。其次,利益冲突或潜在利益冲突在生活中普遍存在,并不必然危及受益人的利益。以受益人的最佳利益为目的的交易满足忠实义务的要求,尽管受托人可能因此获益。现代信托关系的商业化,使得信托业得以建立在互利共赢的基础上,这是唯一利益说无法给予的。专业的受托人不为荣誉服务,而是为雇佣者服务,因此不仅符合受益人的唯一利益,也可为自己争取适当薪酬。

唯一利益说完全不允许未经授权的冲突交易发生,最佳利益规则允许以完全公平的冲突交易行为进行抗辩。简言之,唯一利益说禁止对冲突交易是否公平进一步调查,最佳利益说则允许通过交易公平性的测试来规范冲突交易。不同规则适用于不同情境。唯一利益说适用于冲突交易不可能有利且受益人处于弱势地位的情形。当受托人实际上屈服于利益诱惑时,信托法倾向于完全消除诱惑的发生可能,而非监督信托行为并试图发现和惩罚滥用行为。²⁸而最佳利益说则承认冲突交易行为符合受益人的最佳利益,且发

²⁶ 参见杨祥:《股权信托受托人法律地位研究》,清华大学出版社2018年版,第213页。

²⁷ 西山茂."信認義務の経済的基礎——プリンシパル= エージェント関係と受託者の忠実義務." 紀要 82 (2021): 1-29.

²⁸ See Robert H. Sitkoff, "Trust Law, Corporate Law, and Capital Market Efficiency", *Journal of Corporation Law*, 28 (2002), p. 565-592.

生的频率极高，²⁹与其完全禁止受托人可能有利于利益冲突的所有交易，不如允许此类交易，同时进行公平性测试的司法审查。

随着唯一利益说的产生背景和基础的消失，信托功能和性质的变化和再认识，最佳利益说显然更符合现代信托环境。我国《信托法》第25条规定：“受托人应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务。”此处的“最大利益”与“最佳利益”之间属于什么关系？答案是二者表达相同的意思。最佳利益源于英文“best interest”，可译为最佳、最大的意思。最佳利益和最大利益都可理解为受托人在管理信托过程中对涉及利益冲突或风险重叠的交易，经由综合考虑和利益权衡，作出最有利于受益人的决策。事实上，我国信托法作为法律移植的舶来品，最初用于规范商事信托，发展最快和最完善的也是商事信托。³⁰专业受托人凭借出色的资产管理能力，管理处分信托财产，并获取相应报酬。在资产管理过程中，受托人负有定期披露信息、分类记账保存等严格的义务，还受到银保监会等监管机构的监督管理，对于事后判断交易的公平性提供切实保障，唯一利益说的产生背景已经不存在。商事交易过程中，利益冲突难以避免，采取唯一利益说并不合时宜，终局性推定利益冲突交易无效，与我国商事信托的制度环境和现实情况相违背，故而适用最佳利益说更为妥当。

（三）禁止性义务

不同于合同义务，忠实义务要求受托人遵循更为严格和细腻的行为标准，既包括规范性义务，也包括禁止性义务。规范性义务在信托法领域的表达为以增进受益人的利益为目的管理信托，而禁止性义务则包括禁止利益冲突规则和禁止利益取得规则。

1. 禁止利益冲突

受托人最基本的义务是忠实义务。忠实义务不是由信托条款中的任何规定产生的，而仅仅是由于每个信托中固有的关系。受托人与受益人之间存在信托关系，受托人须以受益人的利益管理信托。受托人有义务“为了受益人的利益”来管理信托。³¹如果只有一件事是明确的，那就是利益冲突和以他人利益为代价追求自身利益的诱惑无处不在。在信托关系中，这一点也不例外。因此，多年来，法律规定受托人负有忠诚的义务，这要求受托人需将自己的利益服从于受益人的利益。但是，如果受托人拒绝将自己的利益置于受益人的利益之下，就会面临一系列更加严格的追责。当受托人在管理信托时，未经受益人同意就推进受托人的利益时，即使交易是公平合理的，交易通常也是无效的。将信托财产单独出售给受托人，或由信托计划购买受托人自己的财产，无论多么公平，通常都是可撤销的。为自身利益使用信托财产的受托人通常要对一切损失负责，并返还一切利润。受托人也不得与信托进行不公平的竞争。即使受托人公开并直接与受益人本人进行交易，通常也只有受托人已充分披露且未利用其作为受托人身份地位的情况下，交易才能成立。因此，忠实义务是规范受托人行为的准则，要求受托人避免所有涉及自我交易的情况，以及涉及或可能造成受托人的信托利益和个人利益之间冲突的交易。³²根据这一规则，违反忠实义务的受托人承担相应责任，无需进一步调查交易是否给受托人带来任何实际利益，受托人是否诚信行事，交易是否公平，违约是否对信托或其受益人

²⁹ See Restatement (third) of trusts §78(1) cmt.f.

³⁰ 参见王涌：《论信托法与物权法的关系——信托法在民法法系中的问题》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2008年第6期，第94页。

³¹ See Uniform Trust code § 802(a).

³² See Uniform Trust code § 802 cmt.

造成任何实际损害。³³需强调的是，受托人不参与涉及自我交易或涉及可能产生利益冲突（比如双重雇佣）的交易的义务具有严格性和绝对性。³⁴在谈到忠实义务时，首席大法官 Cardozo 曾经指出：在一个平凡的世界里，许多形式的行为对那些从事臂距交易（arm's length transaction）的人来说是允许的，³⁵但对那些受信托关系约束的人来说却是禁止的。受托人要遵守比市场道德更严格的东西。受托人的行为水平才能保持在高于大众的水平。³⁶一般而言，受托人有义务避免任何形式的利益冲突，即禁止利益冲突规则（the No Conflict Rule）。禁止利益冲突规则的两种表现形式为自我交易规则和公平交易规则。

（1）自我交易

自我交易规则指受托人不得在同一交易中代表自己和委托人进行交易。例如，受托人不能向自己出售信托财产，受托人也不能将其财产出售给信托计划。违反自我交易规则将会导致交易无效，委托人可以撤销交易，而无需证明交易公平与否。³⁷自我交易规则限制了受托人以个人身份处理信托财产的能力。对受托人从信托财产中受益或可能受益的限制是如此严格，以至于受托人被限制处理任何信托财产，即使是商业上的公平交易。例如，如果土地以信托形式持有，受托人试图从信托中购买该财产，受托人将在交易中代表双方当事人。这种交易将承担受托人以人为的低价从信托获得财产从而剥削受益人的风险。同样，受托人获得的价格可能与受益人在公开市场上获得的价格相同。自我交易规则使受益人有权撤销任何此类交易，³⁸即使受托人并无实施欺诈或恶意的可能性也会受到抵制，这通常被称为 Exp Lacey 规则。³⁹Lord Eldon 解释道，“由于受托人既是受益人的卖方，也是买方，他将自己置于明显的利益冲突之中，因此不可能确定其是否在为受益人争取最优价格时恰当地服务受益人的利益。”1726 年的 Keech v. Sandford 案中首次确立禁止自我交易规则。⁴⁰在该案中，委托人甲将某市场以设立信托的方式交由受托人乙出租管理，所获收益由未成年人丙取得。受托人乙以自己的名义签订市场租赁合同，成为承租人，租赁某市场并从中获取巨额利润并转移给受益人丙。随后，信托受益方向法院提出申请，请求对受托人承租前的获利行使归入权（accounting for the profits）。衡平法院法官经审理认为，受托人是唯一不适宜作为承租人的人选，相比于自己租赁，不如放弃。因为如果让受托人自己租赁的话，谋私自利的行为更加难以防范。故而，衡平法院判定，受托人乙需将承租人的地位让渡给其他人，赔偿租赁所造成损失，归还租赁所获的利润。虽然该案中不存在欺诈指控，但衡平法官确立一项原则，即受托人不得代表自己和委托人进行交易，从信托中获取未经授权的利益。该原则属于实质意义上的忠实义务内容，旨在防范利益冲突的情境下受托人自利行为，保障受益人的利益。

大法官 Megarry VC 在 Tito v. Waddell (No 2) 一案中用以下条款阐述了自我交易规则：“如果受托人从自己手中购买信托财产，任何受益人都可以将出售的财产从债务人

³³ See Uniform Trust code § 802 (b)cmt.

³⁴ 双重雇佣，即委托人的利益与受托人推进另一委托人或第三方利益之间存在冲突，违反不可分割的忠实义务。

³⁵ 臂距交易，指商业领域交易双方在一臂距离之外（即独立，没有关联关系），平等获取商业信息和商业机会的交易。

³⁶ See Meinhard v. Salmon [1928]164 N.E. 545.

³⁷ See Sargeant v. National Westminster Bank plc [1990] 61 P & CR 518.

³⁸ See Keech v. Sandford [1726] Sel Cas Ch 61.

³⁹ See Ex P Lacey [1802] 6 Ves Jnr 625.

⁴⁰ See Keech v Sandford [1726] 25 E.R. 223.

名下拨出，受托人不能行使任何抗辩权，即便该交易是在双方之间公平地进行的。只有在受益人明确授权交易的情况下，该交易才会真实有效，这也再次证明信托事务的最终控制权仍然属于受益人。”⁴¹包括中国在内的许多国家现在都制定了相关法令，禁止受托人进行自我交易。⁴²然而，冲突无处不在。委托人常常选择有内在冲突的人作为受托人。每当委托人选择受益人作为受托人时，受托人的个人利益和信托利益之间的冲突是显而易见的。⁴³存在冲突的信托，以及更糟糕的情况，每天都在发生，但不知何故，受托人、受益人和信托公司通常都会蒙混过关。在这种情况下，的确，是委托人而不是受托人将受托人置于冲突的境地。很明显，忠诚的大部分义务，就像信托法的其他部分一样，适用于许多情况，但不适用于例外情况。其中一组典型的例外情况便是：当得到信托条款、法院命令或受益人同意的授权时，自利的受托人交易可能具备正当性。也就是说，交易不是无效，而是可撤销的。受托人未经受益人同意，将信托财产出售给自己，如果财产升值，受托人不得获利，如果财产价值下跌，受托人则被迫承担损失。因此，如果信托条款授权受托人进行某项交易，受托人通常可以这样做，而不用担心责任，尽管该交易涉及自我交易或利益冲突。同理，法院也可以授权可能违反忠诚义务的交易。需强调的是，任何受益人，只要是成年人、有能力且完全知情，如果同意某项冲突交易，那么此后将不得要求受托人对其承担责任。

如果受托人向成员中的一人或多人出售信托财产，信托将名义上继续约束信托财产及其出售收益，直到受益人在财产或其收益之间做出选择。如果受益人选择接受出售交易，信托将把出售的收益约束在卖方受托人手中。如果受益人选择撤销该买卖，无论支付的价格多么公平，甚至慷慨，该买卖都必须被撤销。在出售被搁置的情况下，原始信托将尽可能对受托人（购买人）手中的信托财产保持约束力，就像它从未被出售过一样。受托人的自我交易违背忠实义务，一旦受益人投诉并将其公之于众，自我交易行为将无法继续有效存在。然而，如果受益人对自我交易给予完全知情的同意或默许，或者如果受益人在寻求撤销交易时拖延过久，将无法主张其撤销交易的权利。

（2）公平交易

公平交易规则类似于上文所述的自我交易规则。相较于自我交易规则，公平交易规则不那么苛刻，原因很简单，风险更小。由于交易中有两个真正的当事方，二者利益受到威胁，而不是受托人卖给自己，因此交易更有可能是真实的。如果受托人购买受益人的受益权益，在受益人的坚持下，交易可能会被自动撤销，除非在受托人证明没有利用自己的身份地位，已经向受益人充分披露所有相关信息，受益人没有完全依赖他的建议，并且价格是公平的情况下。⁴⁴在 *Re Thompson's Settlement* 案中，⁴⁵法官认为公平交易可能涉及两个独立当事方之间的真正合同，而自我交易则不可能，因为在自我交易中，至少有一个人（受托人）将作为交易双方的一方出庭。如果双方当事人完全相同（双重雇佣），那么该交易不仅仅是在受益人的要求下是可撤销的，而是从一开始就是无效的，因为相同的当事人之间不可能有合同。如果受托人试图通过串通与第三方交易来规避自我交易或公平交易规则的适用，则该交易同样可能会被撤销，如同受托人本人是一方当事人一样。公平交易规则允许受托人从信托中获得利益，前提是受托人没有获得任何可

⁴¹ See *Tito v. Waddell* (No 2) [1977] Ch 106.

⁴² 参见《中华人民共和国信托法》第 28 条、《日本信托法》第 31 条。

⁴³ 参见杨秋宇：《信托受托人忠实义务的功能诠释与规范重塑》，载《法学研究》2023 年第 3 期，第 150-151 页。

⁴⁴ See Gary Watt, *Trusts and Equity*, Oxford University Press, 2023. p.351.

⁴⁵ See *Re Thompson's Settlement* [1986] Ch 99.

归因于其信托身份的利益。⁴⁶这一规则也适用于委托关系，例如代理人获取其委托人的利益。为了证明交易的公平性，受托人将被要求证明没有向受益人隐瞒任何细节，获得的价格是公平的，并且受益人完全不需要依赖受托人的建议。公平交易规则必然不如自我交易规则严格，因为受托人能够通过证明交易并非恶意获得来寻求前者的正当性。这也是该规则的一个特点，即要求受益人授权或同意交易，而不是允许受托人完全单独行事。然而，如果受益人是未成年人，受托人将无法证明受益人是否做出知情的决定。

还存在这样的情况，即受托人同时被授权代表两个可能存在利益冲突的委托人行事。在 *Hilton v. Barker Booth & Eastwood* 案中，⁴⁷*Barker Booth & Eastwood* 律师事务所在房地产开发销售交易的双方中担任代理人。该律师事务所在同一笔交易中代表房地产开发商（卖方）和买方，不仅违反了律师执业规则，而且还知道买方是已被定罪的诈骗犯，并未向开发商（卖方）披露这一事实。律所甚至向买方提供一笔购房保证金，以给人一种买方信用良好的印象。针对开发商提出的质疑，律所试图为自己辩护，称其对买方负有保密义务，不得向卖方披露买方个人信息。法院经审理后认为，在两个委托人之间利益实际冲突的情况下，受托人不能以正在履行一个委托人的忠实义务为由违反另一委托人的忠实义务。忠实义务要求受托人的行为完全符合两个委托人的最佳利益，当然也禁止以一项信义义务作为违反另一项信义义务的借口。易言之，如果受托人同时代表两个或两个以上可能存在利益冲突的委托人行事，那么受托人必须真诚地为每一方的利益行事，不得有意促进一方委托人的利益而损害其他方委托人的利益。

新的问题是，如果受托人被置于一个不可避免的利益冲突位置，想要适当地履行其职责，那么迟早会违反忠实义务，该怎么办？假设一名已获委托协助购买某块地皮的地产代理，被指定为包含该地皮的遗产的遗嘱执行人。这位受托人被置于一个实际利益冲突的位置，他无法履行对一个委托人的义务而不履行对另一个委托人的义务。因此，他可能别无选择，只能停止为至少一个委托人（最好是两个委托人）行事。⁴⁸但是，如果一个受托人已经在为一个委托人行事，而同一单位的另一个受托人希望在可能存在冲突的情况下接受另一个委托人的指示，又该如何？这个问题的答案很清楚。除非受托人得到双方当事人的充分知情同意，否则该单位应该拒绝接受新的、可能相互冲突的委托。存在争议的情况是：一名代理人曾为老客户工作，而同一律所的另一名代理人希望接受来自新客户的委托。老客户的利益与寻求委托的新客户的利益之间可能存在冲突。由于老客户不再向律所发出委托续约要求，代理人也不再有权以其名义进行交易，可以说不再存在职位上或交易上的忠实义务违反风险（除非律所欺诈性地继续声称自己仍然是老客户的代理人）。老客户的委托终止意味着信托关系结束，从而终止代理人对老客户的忠实义务。然而，即使在老客户的委托终止后不存在违反忠实义务的风险，但仍然存在代理人将与老客户相关的机密信息（尽管是无意中）泄露给新客户的风险。如果这种风险是真实的（不需要是实质性的风险，但必须可能且潜在），律所必须拒绝接受新客户的委托，除非新老客户都完全了解潜在的利益冲突，并且仍然同意律所接受新客户的委托。那么，是否存在某些情况下，律所可以接受新客户的委托（其利益可能与老客户的利益相悖），而不会实质性增加将老客户的机密信息泄露给新客户的风险？答案是有的。在 *Rakusen v. Ellis Munday & Clarke* 一案中，⁴⁹一个小型律师事务所的两个合伙人各自开展独立的业务，每个合伙人都有自己的客户，并且彼此不了解对方的客户。原告（老客户）曾向其中一位合伙人咨询过一个有争议的问题，在他终止委托后，另一位从未见过

⁴⁶ See Graham Virgo, *The principles of equity & trusts*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p.499.

⁴⁷ See *Hilton v. Barker Booth & Eastwood* [2005] 1 WLR 567.

⁴⁸ See *Elly v. Cooper* [1993] AC 205, PC.

⁴⁹ See *Rakusen v. Ellis Munday & Clarke* [1912] 1 Ch 831.

老客户且不知道老客户曾咨询过其成员的合伙人，接受了新客户（同一争议的对立一方）的委托。在一审中，法院颁布禁令，禁止律所为新客户提供服务，但上诉法院解除了该禁令，理由是不存在泄露机密信息的风险。问题是律所成员之间的分离是否使得新客户的委托可以被接受，而不会实质性增加与老客户有关的机密信息泄露的风险。这正是英国上议院在 *Jefri Bolkiah v. KPMG* 一案中考虑的问题。⁵⁰案件中的 KPMG 事务所是一家全球性的特许会计师事务所，自 1983 年以来一直为文莱投资局（Brunei Investment Bureau）进行年度审计。在 1996 年至 1998 年间，杰弗里（Jefri Bolkiah）的公司曾代表他并应其要求聘请该事务所进行一些重大诉讼的相关调查。在调查过程中，事务所获取了有关杰弗里资产和财务状况的大量机密信息。1998 年 5 月 14 日，杰弗里终止了对事务所的委托。两个月后文莱投资局找到事务所的同一部门，希望委托其进行某些财务调查，其中包括调查杰弗里所进行的交易。事务所认为不存在利益冲突，因为其已经不再为杰弗里服务，并且不再与杰弗里有客户委托关系，但事务所仍然采取了预防措施，以防止相关部门之间泄露机密信息，包括：（1）创建信息屏障“防火墙”，对所有员工进行面谈，以确保没有人参与文莱投资局的工作时拥有与杰弗里相关的机密信息；（2）设立一个独立的办公室，配备独立的计算机服务器，用于处理文莱投资局的工作，并将事务所电脑中与杰弗里相关的信息删除。然而，上诉法院认为，这些措施不足以保护杰弗里的利益，因为它们是为了获得文莱投资局的委托而临时创建的。只有在文莱投资局提出委托事务所处理可能对杰弗里不利的事务之前，“防火墙”已经存在，才会有效。有效的“防火墙”是既定的组织安排，而不是对事件的临时应对。KPMG 事务所在接受文莱投资局可能对杰弗里利益不利的委托前，从未寻求过杰弗里的同意。

随之而来的问题是，老客户（前委托人）如何才能限制受托人不在特定事项上为另一客户（新委托人）行事？有观点认为，老客户必须证明三点才能限制其受托人不能在特定事项上为另一客户行事。首先，受托人掌握了老客户的机密信息；其次，该信息可能与新客户在该事项中对老客户不利的情况相关。最后，老客户必须证明他没有同意披露这些信息，而且这种缺乏同意可以被推断出来。显然，老客户的举证责任并不难。三项要求可以很容易推定和证明。⁵¹然而，这种观点显然值得商榷。老客户的同意无疑是受托人可以对抗其诉求的抗辩理由，很难理解为什么老客户需要证明自身缺乏同意是诉因的一部分。举证责任本来应该由受托人来承担，以证明老客户提供了明确的或可推定的同意。理论上，一旦老客户证明了两个要素：第一，掌握了机密信息，第二，该信息可能与利益潜在对立的新客户相关，那么举证责任将转移给被告，由其证明不存在机密信息会泄露给新客户的实际风险。也就是说，老客户承担的举证责任较轻，用以证明不利信息披露的事实要素，而受托人承担的举证责任较重，需要证明尽管存在这些事实前提，但仍然不存在这种信息泄露的实际风险。

关于禁止利益冲突规则的例外情况。英美法背景下，受托人只有在委托人或受益人同意、法院授权的情况下，才允许其因信托获益。然而，在没有获得事先同意或授权的情况下，如果受托人能够证明其委托人或受益人已经充分知情并事后明确同意或默认同意保留该利益，也可以作为抗辩理由。例如，如果受托人利用其信托身份地位获取的信息，用自己的资金购买有利可图的股票，那么委托人必须及时要求对账，否则可能被视为默认同意受托人保留未经授权的利益。需注意的是，受托人负有证明交易是正当的举证责任。受托人需提供明确证据，证明交易双方当事人之间是平等的，受益人充分了解

⁵⁰ See *Jefri Bolkiah v. KPMG* [1999] 2 AC 222.

⁵¹ See Gary Watt, *Trusts and Equity*, Oxford University Press, 2023. p.360.

所有实质性事实信息的情况下，同意并采纳受托人所采取的行动。⁵²如果受托人未能向受益人充分披露，即使是无意的，受益人也可以选择撤销交易中关于受益人同意的效力。也就是说，如果交易已经完全披露，且没有利用作为受托人的是身份地位或任何其他不正当行为诱导受益人同意，则法院不得撤销交易；如果受托人没有完全披露，或利用不正当行为诱导受益人同意，或者交易不公平合理，则法院可以撤销交易。值得一提的是，即使受托人和受益人之间的关系使得受益人完全信任受托人，受托人也负有披露的义务。同时，受益人赠与受托人信托财产的行为是不可撤销的。但是，如果受托人在信托关系中施加影响以促成赠与，法院可以撤销赠与。我国《信托法》第 28 条同样规定利益冲突规则的例外情形，受托人行为即使形式上构成利益冲突，如果满足以下条件，应被允许：第一，受托人取得信托条款的授权，或者经委托人或受益人等关系人的同意。至于相关关系人内部意见不一致的情形下，该如何处理，并无明确规定。较为妥适的解释是，任何一方的不同意见，受托人的利益冲突行为都将被追责。⁵³第二，以公平的市场价格进行交易。满足这两个条件则受托人的冲突交易行为免责。

2. 禁止利益取得

禁止利益取得规则禁止受托人凭借其自身地位直接或间接地获取利益，⁵⁴除非在信息充分、坦率披露后委托人完全知情同意受托人获得利润，⁵⁵或该利润以其他方式获得授权允许，例如信托文件。因此，受托人被禁止利用其作为受托人的地位获得的机会或知识获取利润，即使受托人行为得当，这不能作为辩护理由。受托人的行为诚实且符合受益人的最大利益，并不能成为受托人让自己获益的行为免责。这种对禁止利益取得规则的严格解释背后的基本原理是，受托人不得利用其地位谋取委托人以外的任何人的利益，这是忠实义务的一个重要组成部分。这并不意味着受托人在担任受托人时不能获得任何利益。该规则真正关注的是确保受托人不会从其职位中获得未经授权或秘密的利润。因此，仅当委托人完全知情同意受托人获得利润时，受托人才没有违反职责。以 *Walley v. Walley* 案为例，该案首次在实质意义上确立禁止利益取得规则。⁵⁶案件中，原告 John Walley the younger 系被告 John Walley 的儿子，原告作为未成年人，其外祖父 France Walley 无法直接将遗产转由孙子继承，于是设立遗嘱，将所有剩余的房屋、保有物业以及自由动产一概留给外孙 John Walley the younger，并任命其女婿 John Walley 为遗嘱执行人，要求其以信托的方式为继承人持有与管理遗产。被告 John Walley 在 France Walley 逝世后占有遗产，并在 1678 年与地产公司 Clare-hall 签订合同，将遗产中的宅院和物业的保有人更改为自己。然后，又将部分保有房产按揭给 Williams，借贷金额为 200 英镑，后者又将该房产以 350 英镑按揭转给 Seymour。此外，John Walley 还将房产的回赎权抵押给 Peter Walley，允许其在自己无法偿债的情况下，将上述房产抵债。随后，John Walley 应征为东印度公司士兵，出海前往印度，生死未卜。而后 Warner 找到 Peter Walley 表达希望购买 John Walley 房产的意愿，并在支付 870 英镑后如愿取得按揭。原告 John Walley the younger 将 John Walley、Warner、Peter Walley、地产公司 Clare-hall 等告上法庭，指控其在明知房产上存在信托计划，且原告为受益人的事实清楚的情况下，仍出卖、购买房产或接受按揭，并请求法庭判令各位被告将在交易过程中所得收益归为其所有，重签

⁵² See *Williams v. Scott* [1900] AC 499.

⁵³ 参见赵廉慧：《信托法解释论》，中国法制出版社 2015 年版，第 323 页。

⁵⁴ 参见《中华人民共和国信托法》第 26 条。

⁵⁵ See *Gwembe Valley Development Co Ltd v. Koshy* [2004] 1 BCLC 131.

⁵⁶ See *Walley v. Walley* [1687] 23 ER 609 Vern 484.

保有租约，改由原告占有房产及物业。法庭经审理查明，原告所述基本符合事实，判定原告拥有房产及物业，享有新租赁的收益，被告应当将房产及物业的权属转移给原告，并将各自所获收益归还原告。对于原告外祖父所遗留的动产数额，需聘请专业人士评估，以确定原告父亲最终所需偿还款额。该案中虽未明确提及忠实义务，但实质意义上的忠实义务（禁止利益取得规则）在该案中得到体现，原告父亲作为受托人，未能以受益人利益行事，中饱私囊，违反忠实义务，理应承担相应的法律责任。

事实上，禁止利益取得规则与禁止利益冲突规则的关系并非完全相互独立。在 *Bray v. Ford* 案中，⁵⁷ Lord Herschell 既承认无冲突规则，也承认无利润规则，并主张后者可能只是前者的一种应用，因为每当受托人违背其受托责任而获利时，这将不可避免地涉及违反无冲突规则，受托人获取最大利润的个人利益将与其对委托人的忠诚责任相冲突。因此，无利润规则仅仅是更广泛的无冲突规则的一个组成部分，没有独立的适用性。从受托人地位获取利润的诱惑可能会不可避免地导致个人利益和对受益人的责任之间的冲突，受托人将会受到诱惑，以自己的最大利益而不是委托人的最大利益行事。因此，在违反忠实义务的大多数情况下，这两条规则都将被违反。但是，最好还是将这两个规则区分，因为二者有不同的要求，会出现一种规则适用而另一种规则不适用的情况。当然，在受托人没有获得未经授权的利益的情况下，可能违反禁止利益冲突规则，例如，一名董事在知道其公司正在进行招标的情况下，亲自参与公开招标。董事的个人利益会与其对公司的责任相冲突，因为董事将与公司竞争，提出更高的报价。但是，如果董事成功地为自己获得投标，董事就不会违反禁止利润取得规则，因为其没有因其受托人地位而获得利润，毕竟招标公告属于公开要约。但是，如果董事知道其提出的要约价格低于公司的要约价格，董事就会违反这一规则，因为提出更低要约的机会会受到其作为董事获得的信息的影响。另一种可以违反禁止利益取得规则而不违反禁止利益冲突规则的情况：如果受托人开办了与委托人竞争的业务，由于个人利益和对受托人的责任的冲突，受托人将有责任放弃任何利润，即使这些利润不是来自利用受托人地位。如果信托人被告指控违反忠实义务获利，则没有必要证明也涉及利益冲突，毕竟受托人未经授权获利的事实足以追究信托责任。因此，虽然在大多数情况下，违反忠实义务将不可避免地涉及违反禁止利益冲突和禁止利润取得规则，但情况并非总是如此，因此需要单独分析这些规则。确定每项规则的单独应用对于确定应给予的适当救济时也是有必要的，因为违反禁止利益取得将使被告承担向委托人返还利润的责任，而违反禁止利益冲突规则而不涉及受托人获取利润的救济将是补偿性的。值得一提的是，禁止利益取得规则最重要的一个方面是，当被告以受托人的身份获得机会时，受托人不得利用机会获利。⁵⁸ 否则，受托人将有责任向委托人返还因违反职责而获得的任何利润，而不管被告是否合理和善意地行事，即便委托人自己无法利用该机会。

如果受托人违反信托义务或者处理信托财产获益，并且明知故犯地将该收益当作自己的财产来处理（即与受益人的法定权益相悖），那么该受托人将承担个人责任，负责归还该收益。也就是说，他必须从自己的口袋里拿出钱来，将他在收益归还给受益人。这种情况可细分为两类讨论：第一种是受托人明知该收益是违反忠实义务所得，那么他应当将收益归还给受托人。第二种情况是如果善意受托人收到信托财产或其收益，但不知道该财产是通过违反忠实义务的方式获得的，但在后来得知这一情况，那么他将被视为知情的接受者。在此之前，他对于信托财产的任何不可追查的流失不承担责任，但从那时起，他就必须对信托财产的进一步流失承担个人责任，以恢复信托财产的价值损失。

⁵⁷ See *Bray v. Ford* [1896] A.C. 44.

⁵⁸ See *Regal (Hastings) Ltd v. Gulliver* [1967] 2 A.C. 134.

一个典型的案例是 *Lee v. Sankey*。⁵⁹作为受托人之一，律师甲收到部分信托财产出售的收益，并将其留作进一步投资。然而，在知道这是违反忠实义务所得后，律师甲将部分资金转给另一名受托人乙，后者将全部资金挥霍一空。律师甲必须对损失承担个人责任。因为此时受托人责任的产生不是基于对信托财产或其收益的接收，而是在后来知道违反忠实义务的情况存在时产生的。

四、结语

从本质上讲，忠实义务是填补合同漏洞与空白的工具。合同理论与其他理论之间的一个重要区别在于，合同理论解释了为什么法院要填补这些合同漏洞，而其他理论则专注于法院如何填补这些空白。将“如何”与“为何”混为一谈将导致其他理论的错误思维，即存在填补合同漏洞的方法则需自动使用它，即便并非用于填补漏洞。实际上其他理论的基本原则不是基于法律，而是基于道德。其他理论一直对合同理论将伦理和道德简化为合同安排的观点存有异议，或许是因为当道德华服的装饰被剥除时，合同理论下人类对于有效经济收益的追求目标暴露无遗，而这份坦诚令人不安。但是，诚实本身是一种美德，是忠实义务的核心职责之一。

与传统合同义务相比，信托受托人遵循忠实义务需要满足更为严格和细腻的要求。忠实义务作为信义义务的核心内容，其基本意涵包含两个层面：其一，规范性义务，即受托人须为受益人的利益而管理信托。此处的“利益”存在唯一利益说和最佳利益说两种观点，前者主张受托人必须以受益人的利益为唯一目的管理信托，后者认为受托人有责任为受益人的最佳利益管理信托，未能为受益人的唯一利益管理信托的受托人可以通过证明不符合唯一利益的交易是为受益人的最佳利益作为抗辩理由来反驳违反忠实义务的终局性推定。其二，禁止性义务，即受托人不得将自己的利益放在与受益人利益冲突的位置，且禁止受托人凭借其自身或第三方的受托人地位获取利益，除非特殊情况。值得强调的是，信托受托人忠实义务的法理逻辑和规则展开，不仅需考虑商事制度执行经验的去芜存菁，还需顾及信托设计精髓避免矫枉过正，以充分发挥忠实义务预防道德风险和自利行为、保护受益人最佳利益、实现信托目的的制度价值。

⁵⁹ See *Lee v. Sankey* (1872) LR 15 Eq 204.

数字经济时代经济法规制问题研究

柳正南^① 支冲^②

摘要：数字经济作为 21 世纪最具活力和创新力的经济形态，已成为全球经济增长的新引擎。数字经济的发展改变了经济社会的交易模式和市场习惯，我国的市场经济环境发生重大变化，正在从传统经济向数字经济不断转型发展，因此要构建良好的市场秩序，有效规制数字经济的健康发展，须建立健全相关的法律制度。本文以数字经济的经济法规制问题为研究焦点，分析当前我国经济法内关于数字经济规范、反垄断及市场秩序维护等方面存在的不足，并立足实际、聚焦问题、有的放矢，探究数字经济的经济法规制度完善策略。

关键词：数字经济 经济法 规制 引擎

引言

近几年来，数字经济的快速发展已经成为全球趋势。一方面，科学网络信息技术的飞速发展，如云计算、大数据、人工智能和物联网等，为数字经济的崛起提供了强大的技术支持。另一方面，随着全球化和互联网的普及，越来越多的企业和个人开始利用数字技术进行创新和创业，推动了数字经济的蓬勃发展。数字经济是充分利用先进的数字技术，将信息资源转化为可交易的数据，并投放到市场中交易的一种经济形态。随着数字经济的迅猛发展，其对社会经济环境和经济活动的影响日益显著。数字经济作为一种全新的经济形态，带来了前所未有的机遇与挑战。本文旨在探讨数字经济视角下的经济法规制问题，分析现有法律体系的不足，并提出相应的完善建议，以保障数字经济的健康发展。随着数字技术的不断创新和优化，数字经济的概念和内涵也在不断扩

^① 作者简介：柳正南，河北省邯郸市临漳县人民法院法官助理。

^② 支冲：河北省邯郸市武安市人民法院法官助理。

展。然而，数字经济的发展离不开相关政策和法律制度的支撑，尤其需要经济法的规制。如何有效规制数字经济，成为当前法学界和实务界关注的焦点。

一、研究背景

数字经济一词最早出现于 20 世纪 90 年代，并在随后的研究中不断发展和完善。根据联合国《数字经济报告 2023》和我国《“十四五”数字经济发展规划》中的定义，数字经济是以数据资源为关键要素，以现代信息网络为主要载体，以信息通信技术的有效使用作为效率提升和经济结构优化的重要推动力的一系列经济活动。数字经济的特点：一是数据成为关键生产要素，数据作为核心资源，其价值日益凸显，成为推动经济增长的重要动力。二是创新能力强，得益于信息技术的不断创新，数字经济带来了前所未有的变革。三是跨界融合，数字经济打破传统产业边界，促进产业之间的融合，形成新的经济增长点。四是平台经济崛起，以互联网平台为代表的新型商业模式快速发展，成为数字经济的重要组成部分。五是网络效应显著，用户规模 and 市场份额成为企业竞争的关键因素，赢者通吃现象普遍。六是效率提升，通过优化资源配置、提高生产效率，实现经济增长的质量和效益提升。七是智能化发展，人工智能等技术的不断成熟，推动数字经济向智能化方向发展。

（一）全球视角。全球数字经济正持续快速发展，各国纷纷出台相关政策和战略，抢抓发展机遇。根据《全球数字经济白皮书(2024 年)》^③显示，2023 年，美国、中国、英国、法国、日本等 5 个国家数字经济总量超 33 万亿美元，同比增长超 12%^③。主要国家在数字设施、数字治理、数字产业和数字创新等方面的竞争力不断提升。

（二）中国视角。中国数字经济近年来发展迅猛，已成为国家经济增长的“新引擎”。2023 年，我国数字经济规模超过 55 万亿元，占国内生产总值比重约 43.6%，增速约 9.6%。

^③ 杨丹辉：《世界大变局下的产业政策：演进动向与逻辑重构》，载《改革》，2023 年第 10 期。

数字产业化、产业数字化和数据要素等领域均取得了显著进展，如5G基站、数据中心、算力等领域的建设成果突出，为数字经济发展奠定了坚实基础。

目前蓬勃发展的数字经济主要是信息科学技术与金融深度领域发展相融合的产物，市面上所有依赖运用科学信息网络技术调整生产、销售以及资源的分流、提高生产力和生产水平的经济样式，均归属于数字经济领域。通过分析数字经济的内部结构，我们可以发现数字经济是以信息技术数字产业化为重心，公司通过使用信息大数据、数字云计算等科学信息技术为重要抓手，提升公司内部管理，进而提高生产效率，使公司拥有更多创新技术提高企业在市场上的核心竞争力。在信息互联网技术、科技人工智能、虚拟现实技术为代表的数字经济化时代，伴随着万物互联和各行各业的数字化转型，故数字经济的飞速发展，给予了社会各个领域新的发展机遇，培育出了新的经济增加增长点。但是我们也要清晰的认识到数字经济对目前的法律规范、法律运行实践以及国家治理的影响。面临新时代下的数字经济所带来的庞大的经济盈余，需要依靠经济法的规制实现社会企业公平竞争、合理分配，整治数字经济市场无序状态，使得数字经济纠纷问题的解决法治化。

二、目前我国经济法规制现状

（一）宏观调控法

宏观调控法主要包括财税法、金融法、计划法等法律制度。在数字经济时代，这些法律制度需要不断改进和完善，以适应数字经济发展的需要。例如，财税法可以通过税收优惠政策鼓励企业投入数字技术研发，金融法则可以通过信贷支持等手段促进数字经济的融资和发展。

（二）市场规制法

我国现有的市场规制法主要有市场准入法（如反垄断法）、质量规制法（如产品质量法）、市场监管法（如反不正当竞争法、广告法）等法律制度。这些法律制度在数字经济

时代仍然发挥着重要的作用。然而，现有法律体系在规制数字经济方面仍存在不足。例如，反垄断法尚未对数字市场中的垄断行为进行充分规制，反不正当竞争法则需要加强对网络刷单、虚假宣传等行为的打击力度等等。目前现有的法律制度需要与时俱进，进一步细化规范、治理，正确引导数字经济良性发展。

三、经济法的规制逻辑和基础内核

1. 经济法的规制逻辑

国家调节机制具体到经济法层面，主要表现在通过市场规制法对市场竞争秩序的调整、国家投资经营法对国家参与经济活动的调整，以及宏观调控法对公共财政、社会分配、产业结构的调整，共同矫正市场机制的缺陷，维护社会公共利益，协调平衡社会的整体利益，确保市场在资源配置中的公平与效率，实现经济法的法益目标。但不可否认的是，政府的作用亦是有限的。在解决市场外部性问题的同时，其自身也存在行政过度、机构冗余、效率不高、政策失效等弱点，使其在以效率为主的一般性竞争领域不能有效地发挥资源配置作用。^④身负私权和公权双重规制使命的经济法与之相对应的则是社会本位和实质公平两项重要理念，它们不仅是经济法理念的源头，也是经济法体系建构的基础，一直贯穿经济法发展的运行的需要，或者干预的路径不合理，则会抑制经济发展。

总之，国家干预不当以及自身局限性，可能使政府干预不仅未能克服“市场失灵”，还阻碍和限制市场功能的正常发挥，以致社会资源最优配置难以实现。数字经济下的信息技术和精准特性虽有可能缓和这些政府作用的不足，但也会给政府治理带来新的挑战，政府失灵不可能被数字经济所完全消除。因此，数字经济时代，市场调节和政府调节活动都仍然需要法律调整和规制，市场主体的合法权利需要法律的

^④ 刘恽、张梁：《数字经济兴起下经济法的变与不变》，载《重庆工商大学学报（社会科学版）》，2020年1月A3版。

保护，政府机关的干预之手需要法律的约束^⑤。

2. 经济法的基础内核

不管经济形态和经济体制导致政府与市场关系发生何种变化，不管政府角色发生何种转变，经济法的本体理论，诸如经济法的规制逻辑和价值理念、根本属性等内在理论机理，都不会轻易受到外界环境的影响而发生改变，这也是经济法作为法律保持其稳定性的基础。身负私权和公权双重规制使命的经济法与之相对应的则是社会本位和实质公平两项重要理念，它们不仅是经济法理念的源头，也是经济法体系建构的基础，一直贯穿经济法发展的始终。

(1) 经济法的社会本位。诚然法律都具备一些超越特定社会结构和经济结构相对性的基本价值，但法律在一个国家的建立和具体适用，也不可避免地受到该国历史传统和社会现实的影响。就我国的经济法而言，我国的社会主义基本国情和人文主义、民本精神的文化传统也当然地扎根于其中，使其具有社会性的属性或者称为“社会本位”。经济法的社会本位，强调经济法具有社会公共性，其目标在于追求社会效率，实现整体、全局而非个别、局部的利益。就国家而言，这一特性要求国家在干预经济的过程中应当以社会整体利益为出发点，以照顾社会公众利益、保障和提高社会整体福利为目标；就企业等社会组织 and 个体而言，则要求在强调自身局部利益的同时，还应承担企业社会责任。“本位思想”是任何一个法律部门的基本出发点、基本功能、基本理念，也是一个法律部门区别于另一法律部门的重要标志^⑥。技术是一把双刃剑，在享受技术带来的经济发展和数字红利的同时，人们的隐私保护、公众安全也面临严重威胁。这些都需要经济法充分发挥其社会本位的功能，要求政府承担起必要的公共规制责任，要求企业承担应有的社会责任^⑦。

^⑤ 范良聪：《从经济规制到经济治理——经济法功能定位转变的可能进路》，载《法治现代化研究》，2019年第4期。

^⑥ 高志宏：《公共利益：界定、实现及规制》，东南大学出版社2015年版，第198页。

^⑦ 刘恽、张梁：《数字经济兴起下经济法的变与不变》，载《重庆工商大学学报（社会科学版）》，2020年1月A3版。

(2) 经济法的实质公平。经济法之所以是经济法，不是经济公法加上经济私法，在根本上是经济法的实质正义的观念将经济法贯穿了起来^⑧，经济法的实质公平，具体是指“根据主体身份的差异来决定利益和责任的分配，从而达到结果的平等”，^⑨强调不同主体不同对待，全面考虑不同主体在特定情势下的处境，并作出有区别的安排，或对利益受损者给予符合其处境的补偿。伴随着数字经济带来的巨大发展红利，紧随其后的是数据垄断、技术歧视、劳动就业、社会保障和财富分配等一系列问题。对于这些问题，更需要经济法依托其实质公平原则予以规制和处理，调和相关利益矛盾与冲突。

四、目前经济法在规制数字经济中的问题

司法自身供给不足不充分。法律制度本身的滞后性以及“最底线道德”的特征，决定了司法实践不可避免存在局限性，诉讼程序空转等突出问题。社会新生事物的产生与成长遥遥领先于与之匹配的法律制度的形成，并且法律制度也难以涵盖所有事宜，数字经济目前出现的问题层出不穷。因此，数字经济作为一种新的经济类型，在我国存在的时间较短，经济法现有法律制度在应对新时代下的数字经济有很多欠缺的地方。

(一) 法律制度更新缓慢

数字经济作为一种全新的经济形态，其发展速度远超过现有法律体系的更新速度。因此，现有法律体系在规制数字经济时往往存在滞后性，难以及时应对数字经济带来的新问题和挑战。数字经济的运行需要大量的数字资源，将获得的数字资源进行深度处理及类型化分析，需要更快速的网络技术为渠道进行传输。但通过深入分析我国目前现有的经济法，发现经济法对数字经济的规制主要集中在对数字信息资源的采集与汇聚。换言之，企业在遵守正当性原则的基础上，可以获取用户数据，但当前经济法相关规则，并未确定数据

^⑧ 邓峰、组织：《市场与政府的协调与调整—经济法的回顾与展望》，载《清华法治论衡》，2005年第2期。

^⑨ 薛克鹏：《经济法的实质正义观及其实现》，载《北方法学》，2008年第1期。

收集后的分析与计算权的归属。^⑩由此可见，当前我国经济法规制侧重于对数据获取及收集行为的规范，尚未形成契合当代数据价值挖掘发展形势的法律制度^⑪。需要与时俱进，推陈出新，不断更新经济法与数字经济发展相协调。

（二）经济法机制运行后劲不足

2018年，我国对综合竞争执行机构体制及机制进行改革，新设立国家市场监督管理总局实现反垄断法与反不正当竞争法的统一化与一体化，打开了经济领域司法实践的新局面，有助于建设并完善我国市场经济法治体系。^⑫但是由于数字经济的发展迅速以及政府相关主体管理职能上不明确，经济法实际运行困难重重。

1. 经济法实施主体内部职能协调问题，即国家市场监督管理总局内部各个部门职能的协调问题以及其与科学技术部、工业和信息化部、人力资源和社会保障部和司法部门等部门之间的协调问题，如企业自查、数据监管、数字资源合理利用等，可能出现经济法规制权力重叠或者是监管盲区等情形。

2. 积极的公平良性竞争政策一向是我国特色的社会主义市场经济良好法的重要政策并通过市场经济调节实现资源的有效配置。但是，新时代下数字经济的发展改换了传统的资源交换方式和企业运行样式，进而引发后续交易方式以及运行模式等一系列问题。在面对不同类型经济形态及不同发展阶段时，如何保证产业规则及竞争规则的配比与规范，已经成为经济法规制实施面临的重大问题之一。^⑬

（三）信息网络方面经济法规制不完善

数字经济及其衍生的各类经济形态，以互联网及信息技术为支撑，互联网具有开放性、隐蔽性及虚拟性的特征，由此获取的数据资源时刻面临着泄露、被篡改、被攻击、非法

^⑩ 黄慧心：《探析数字经济的经济法规制问题》，载《商展经济》，2020年第10期。

^⑪ 参见王欣伟：《数字经济的经济法规制问题研究》，载《阜阳职业技术学院学报》，2020年第1期。

^⑫ 陈伟华：《反垄断法时代的数字经济垄断及规制思考》，载《杭州电子科技大学学报》，2021年第2期。

^⑬ 参见王欣伟：《数字经济的经济法规制问题研究》，载《阜阳职业技术学院学报》，2020年第1期。

使用等安全威胁^⑭。目前我国现有的经济法对于信息网络规制体系不完善，信息网络被攻击、数字资源泄露等问题屡屡发生。

（四）数据确权与交易问题突出

数据是数字经济中的核心资产，但数据的确权和交易问题尚未得到妥善解决。目前，关于数据确权的争议较大，一方面认为应当进行数据确权以保障数据交易的合法性；另一方面则认为传统私法制度无法解决数据确权问题，只需明确行为边界即可。

此外，数据交易市场的建设和平台经济治理也亟待加强。平台经济是数字经济的重要组成部分，但平台经济的发展也带来了诸多问题。例如，平台企业利用技术优势进行垄断和不正当竞争，侵害消费者权益等。因此，如何有效治理平台经济成为经济法规制的重要课题。

五、数字经济时代经济法规制路径

（一）健全完善相应的法律制度

数字经济是未来国家鼓励发展的一种新经济形态，因此，制定相应的规范性文件，保障我国数字经济乃至整体经济平稳有效运行是十分必要的。针对数字经济的特点和影响，应加快制定和完善相关经济法律法规。例如，制定专门的数字经济法，对数字经济中的数据确权、交易、平台治理等问题进行明确规定；同时，在反垄断法、反不正当竞争法等现有法律中增加针对数字经济的条款。我国必须在参考结合其他法律法规的基础上，设立专门的法律法规去规制数字经济，以便更好地支持数字经济市场的良性发展。

数字经济是一个新兴领域，其法律规制问题尚需深入研究。因此，应加强数字经济法律规制相关理论研究，提炼出符合我国国情的数字经济法理论体系；同时，鼓励地方立法先行试点，在取得一定经验后再制定全国性法律。

1. 政府应成为市场监管主体

^⑭ 王卓雅：《数字经济背景下我国经济法规制问题探究》，载《北方经贸》，2021年第8期。

虽然数字经济是一种新型发展形态，但是仍然属于我国市场经济的范畴之内。如果没有相应的法律文件对数字经济进行有效规制，很有可能导致市场经济发展秩序乱，最终使其自身难以实现持续性的发展。我国的经济法体系把国家列为市场监管以及规制的主体，每一次市场经济在发展过程中遇到它自身难以解决的问题时，代行国家权力的政府就会通过宏观调控的手段来协调好经济主体、客体之间的关系，来帮助经济发展得以持续下去^⑮。数字经济具有跨界融合的特点，需要多个部门的协同监管。因此，应建立跨部门的监管协调机制，加强信息共享和协同配合，形成监管合力。同时，监管部门应从单向的消极监管转变为双向的全面规制，加强促进型规范与限禁型规范的综合运用。

2. 市场经营者是主要规制对象

市场经营者是市场交易中的主要参与者，生产者以及销售者也都是市场交易的主体，他们都必然要受到数字经济法的规制。数字经济法不仅要规范市场经营者之间的交易行为，更要着力于打造出公平健康的市场营商环境，明令禁止并且严厉打击各类不正当竞争行为与垄断行为^⑯。与此同时，要制定出一套数字经济背景下的市场准入标准，对市场经营者的准入门槛进行严格把控，保证市场主体在平稳有序的市场秩序中进行公平的交易，保护消费者权益，这才有利于数字经济市场的健康发展。

3. 知识产权保护显得尤为重要

数字经济时代的知识产权主要是算法和数字模型，这与传统经济时代背景下的知识产权完全不同，同时数字经济的发展也离不开这二者。而互联网时代背景之下，知识产权成果往往可以通过互联网在一定程度上实现共享，很容易导致出现盗版侵权行为，因此知识产权的归属认定就变得极为困难。所以要使数字经济实现持续健康的发展，我们有必要加大对知识产权的保护力度，更要明确数字经济背景下知识产

^⑮ 沈永敏：《数字经济时代经济法的治理模式》，载《黑河学院学报》，2020年第11期。

^⑯ 沈永敏：《数字经济时代经济法的治理模式》，载《黑河学院学报》，2020年第11期。

权的界定与保护范围，学会利用法律的手段去打击盗版侵权行为，鼓励每一个企业和个体经营者都勇于运用法律手段来保护自己的知识产权，协助相关部门打击侵犯自己知识产权的犯罪行为，维护好自身合法权益^①。

（二）搭建完善的网络安全体系

要保护好健康的市场竞争与交易环境，维护好市场主体之间的公平交易行为，实现数字经济可持续的健康发展，搭建一个完善而又健全的网络安全体系是十分必要的。

1. 建立健全网络市场准入制度和征信制度

互联网技术的发展实际上是一把双刃剑，国家可以利用互联网技术来推动数字经济实现良好发展，同时一些不法的市场经营者也能借助互联网技术来扰乱市场秩序，所以确有必要建立一网络市场准入制度。数字技术的发展运用使得万物互联，资源得以共享，市场交易双方信息不对称的困境在一定程度上得以解决。也因为互联网的存在，同种资源可以被多方获取使用，极大地提升了资源使用效率，但同时导致市场经营者出现鱼龙混杂、良莠不齐的现象。因此只有设置一个适当的多层次市场准入制度，采用系统化的层级监管措施，才能让数字经济市场在更加安全的环境中发展。所以要建立一个恰当合适的网络市场准入门槛，以推动数字经济实现充分发展。健全完善征信制度可以更好地规范市场环境，不仅仅能够使信息在某类市场主体间被充分共享使用，而且还能使一些分散的信息被有效地搜集整合起来，这样做大大降低了数据信息公开的门槛。与此同时，还可以让网络平台对使用者的信用状况进行评分评级，诚实守信的使用者信用等级会被提高，如若有失信行为，就会对失信者进行惩罚并且降低其信用等级。通过事先对市场交易双方的信用等级进行评分认定，就能一定程度上保障信息安全，使信息得到有效使用。

2. 着重保护个人信息

^① 许金道：《大数据时代的经济法理念变革与规制创新策略》，《法制与社会》，2020年第19期。

我国目前的网络安全体系对于个人信息的保护措施并不健全，个人信息泄露问题层出不穷。网络使用者经常会在各种网络平台获取资源的过程中被要求填报和上传个人信息，但是这些网络平台却往往不能很好地保护使用者上传的个人信息，网民们的个人信息被泄漏常有发生，各种骚扰电话、诈骗信息、垃圾邮件、广告推广信息等都严重影响了网络使用者日常生活，同时也大大增加了他们被诈骗的风险。保护个人信息在数字经济时代显得尤为重要，也必然是大势所趋。

3. 加强对数据信息的规范保护

数字经济时代发展的核心要素就是数据信息，如果不能加强对数据信息的规范保护，就会导致数字经济市场发展陷入混乱，一些不法分子很有可能会利用这一点恶意篡改使用市场上的数据信息来实施违法犯罪活动，扰乱市场秩序，损害人民和国家的利益。因此在数字经济时代必须对数据信息进行重点的规范保护。

结语

数字经济是一种新型经济形态，其作为推动高质量发展、实现国家现代化的重要路径，其健康发展离不开相关政策和法律制度的支撑。目前我国经济法在规制数字经济上，存在法律制度更新缓慢、经济法机制运行后劲不足、信息网络方面经济法规制不完善、数据确权与交易问题突出等问题。因此，需要健全完善相应的法律制度、加强政府监管、加强对数据信息的规范保护、搭建完善的网络安全体系等，规范数字经济良性发展。我们需要深入了解数字经济的本质和规律，积极应对数字经济带来的机遇和挑战，以推动数字经济健康发展，为数字经济的健康发展提供有力保障。

论作为政府干预市场手段的经济性约谈

罗亚飞^①

摘要：承担调制职能的主体展开约谈行为，本质上是一种不产生强制性与约束力的经济规制手段，构成了政府以国民经济发展为目的的市场干预。从立法、执法、司法不同环节进行研究，可以发现，经济性约谈在实践中存在着一定程度上被滥用从而导致政府不当干预市场的趋势。经济性约谈制度本身与强制性的干预手段相比，更能实现公平与效率、自由与秩序、安全与发展价值的平衡。经济性约谈制度的构建，应遵循经济法的基本原则：调制法定原则、调制适度原则、调制绩效原则。依据经济法基本原理，应当在从事前、事中、事后三个方面完善约谈制度，从而实现国家对市场适度合法的有效干预。

关键词：经济性约谈；政府；市场；经济法

一、问题的提出

2024年2月7日，习近平总书记在学习贯彻党的二十大精神研讨班开班式上，深刻阐述了中国式现代化的一系列重大理论和实践问题。他提出，推进中国式现代化需要正确处理六大重要关系：顶层设计与实践探索、战略与策略、守正与创新、效率与公平、活力与秩序、自立自强与对外开放等一系列重大关系。而在经济法领域，经济性约谈作为非强制性、无拘束力的柔性规制手段，其制度的构建更应对此目标和重大关系的处理有所回应。

有关约谈制度，孟强龙（2015）将其概括为一种由行政主体发起的，针对行政相对人施以警示、教育、说明、建议等方法的非强制性，无拘束力的制度。^②现有成果多立足于行政法视角展开研究，这是由于提出约谈的主体均为行政机关。但仍应特别关注，有相当一部分承担经济调制功能的行政主体。其实跳脱出“主体独特性的强制性证成思路”，而依靠“主体一行为”模式的分析思路，^③可将从事经济调制行为的行政主体展开的约谈行为与一般从事行政管理行为的行政主体展开的约谈行为相区分。行政约谈行为的性质一直饱受争议，^④在经济调制领域，调制主体展开经济调制行为系基于“需要国家干预”。^⑤立足于政府与市场关系的维度，经济调制领域的约谈有其独特含义，

① 罗亚飞（1996—）男，安徽蚌埠人，中央广播电视总台环球国际视频通讯社法务，北京企业法律风险防控研究会会员。

② 孟强龙：《行政约谈法治化研究》，《行政法学研究》2015年第6期，第102页。

③ 蒋悟真：《传承与超越：经济法主体理论研究——以若干经济法律为视角》，《法商研究》2007年第4期，第80页。

④ 行政约谈行为的主要争议在于：独立行政行为或非独立行政行为；行政事实行为或行政法律行为；行政命令行为或行政指导行为。邢鸿飞，吉光：《行政约谈刍议》，《江海学刊》2014年第4期，第125页。

⑤ “需要国家干预”是经济法主体展开一旦行为的根源，“需要国家干预”理论，最早由李昌麒教授提出，有关

本文将此种约谈行为称作经济性约谈。对此种行为的法律约束，构建的经济性约谈制度无疑需要立足于经济法的基本理论展开研究，卢超（2019）指出，市场经济中的约谈制度本身就是一种规制工具。^①此种规制工具具有独特的制度禀赋，“一方面由于经济的实际情况不断变化，往往难以纳入法律强制性的框框”“不采取法律强制性的严格的手段，反而可以收到预期的实际结果”。^②另一方面，我国经济法治本就存在柔性过强而刚性不足的问题，^③因而目前阶段，约谈易被滥用而成为政府肆意干扰市场的手段。在新发展理念深入人心，新发展格局逐步推进，经济迈向高质量发展的“三新一高”背景下，应进一步明确经济性约谈特殊的制度禀赋、建制原则以及制度构造，借此指导各具体调制领域的约谈法治实践。

二、经济性约谈的失控：不同运行环节的考察

（一）立足于立法

依据“经济性规制”与“社会性规制”的区分，约谈制度也可以区分为经济性约谈与社会性约谈。社会性规制主要是在安全与健康、环境保护等领域的规制，具有社会公益性。经济性规制主要以维护市场竞争秩序、提高经济绩效和保护消费者福祉为目标。^④据我们统计，包含“经济性约谈”制度的单行经济法如下：

表 1：经济法中的约谈制度

具体领域	单行经济法名称	约谈制度规定
市场规制	反垄断领域-《反垄断法》	第五十五条 经营者、行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，涉嫌违反本法规定的，反垄断执法机构可以对其法定代表人或者负责人进行约谈，要求其提出改进措施。
	反不正当竞争领域-《个人信息保护法》	第六十四条 履行个人信息保护职责的部门在履行职责中，发现个人信息处理活动存在较大风险或者发生个人信息安全事件的，可以按照规定的权限和程序对该个人信息处理者的法定代表人或者主要负责人进行约谈，或者要求个人信息处理者委托专业机构对其个人信息处理活动进行合规审计。个人信息处理者应当按照要求采取措施，进行整改，消除隐患。履行个人信息保护职责的部门在履行职责中，发现违法处理个人信息涉嫌犯罪的，应当及时移送公安机关依法处理。
	消费者权益保护领域 - 《反食品浪费法》	第十七条 各级人民政府及其有关部门应当建立反食品浪费监督检查机制，对发现的食品浪费问题及时督促整改。食品生产经营者在食品生产经营过程中严重浪费食品的，县级以上地方人民政府市场监督管理、商务等部门可以对其法定代表人或者主要负责人进行约谈。被约谈的食品生产经营者应当立即整改。

论述详见李昌麒：《经济法：国家干预经济的基本法律形式》，四川人民出版社 1999 年版。

① 卢超：《社会性规制中约谈工具的双重角色》，《法制与社会发展》2019 年第 1 期，第 144 页。

② [日]金泽良雄：《经济法概论》，满达人译，中国法制出版社 2005 年版，第 84 页。

③ 张守文：《中国经济法治的问题及其改进方向》，《法制与社会发展》2018 年第 2 期，第 20 页。

④ 汪安娜：《规制理论视角下绿色技术专利许可模式之转型》，《政法学刊》2023 年第 3 期，第 44 页。

	反不正当竞争领域-《公平竞争审查条例》	第二十四条 起草单位未依照本条例规定开展公平竞争审查,经市场监督管理部门督促,逾期仍未整改的,上一级市场监督管理部门可以对其负责人进行约谈。
宏观 调控	税收调控领域-《成都市地方税务局关于推行税务质疑约谈的通知》	税务质疑约谈,是指税务机关在一定时期内,对纳税人、扣缴义务人的申报纳税情况及有关涉税资料进行分析比对发现纳税异常和疑点,在实施税务检查前,主动约请纳税人、扣缴义务人解释说明税务机关提出的涉税疑问,促使其自查自纠的一种税收管理方法。
	金融调控领域-《中国人民银行执法检查程序规定》	第四十七条 中国人民银行及其分支机构根据非现场检查 and 现场检查认定的事实,可以约谈被检查人的实际控制人、法定代表人或者主要负责人、董事、监事、高级管理人员以及相关责任人员。被检查人拒绝、阻碍中国人民银行及其分支机构的非现场检查和现场检查工作,或者未按要求进行整改的,中国人民银行及其分支机构可以采取前款规定的约谈措施。

我们根据经济法的不同领域,整理了相关约谈制度如表1所示。通过上述整理可以得出,经济法中的约谈制度存在如下特征:第一,分布广泛。无论是宏观调控还是市场规制领域,均广泛存在约谈制度。第二,制度刚性不足,柔性过强。赋予具体的调制机关过大的自由权限,法律用语中多使用不确定概念。第三,普遍缺乏具体的制度构建,如约谈对象的确定、约谈的启动、约谈的具体程序、约谈后其他制度衔接等,均未在狭义法律层面上加以明确。

(二) 立足于执法

除了上述立法环节加以明确的约谈制度外,调制主体在法律外约谈市场主体以干预市场经济发展的现象更为普遍。

表 2: 经济法中的约谈执法案例

具体领域	约谈案例
证券监管	交易商协会约谈主要证券公司督促其投顾业务规范经营 ^①
证券监管	证监会对中信证券股份有限公司采取监管谈话措施 ^②
价格监管	市场监管局、发改委、工信局约谈钢铁生产企业规范价格行为 ^③
市场监管	重庆市市场监督管理部门对市场主体的约谈 ^④

上述约谈制度,在相关经济实体法中,如《证券法》、《价格法》中均未有所体现。因此,作为政府主体的调制执法主体认为可以约谈制度不会产生法律后果而随意采取。事实上,约谈制度虽然并未在法律层面有所体现不会产生法律后果,但却会产生经济后果。一方面,作为政府干预市场经济的手段,约谈将导致市场主体的经营行为发生改变,如唐山、上海钢铁企业被约谈后价格下降,导致交易量骤减。另一方面,公开的约谈似乎代表了市场主体存在经营方面的过错,容易使其处于市场中的不利地位,从而为消费者抵制。如在协议的法律层面,《消费者权益保护法》并未对约谈制

① 中国银行间市场交易商协会官网:《交易商协会约谈主要证券公司 督促其投顾业务规范经营》,2024年8月30日最新访问。

② 证监会官网:《关于对中信证券股份有限公司采取监管谈话措施的决定》,2024年8月24日最新访问。

③ 财联社:《唐山、上海钢铁企业被约谈后 交易量骤减、贸易商心态发生大逆转》,2024年9月2日最新访问。

④ 重庆市市场监督管理局,什么情况下实施约谈,

https://scjgj.cq.gov.cn/zfxxgk_225/zcjd/zcwd/wdzt/ssyhzdssbf/202409/t20240905_13600453.html

度作出规定。然而在市场规制实践中，作为调制执法主体的社会中间层——消费者权益保护协会发布了《消协组织消费维权约谈经营者办法(试行)》以实现与经营者间的约谈。消费者权益保护组织履行消费者权益保护的职能应当在法律明确的规定范围内，约谈制度作为对市场经济的干预手段，若被滥用反而不利于市场主体的自由发展。

(三) 立足于司法

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第一条第二款第六项、第十项规定，下列行为不属于人民法院行政诉讼的受案范围：（十）对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为。因此在实践中，市场主体因为调制执法主体采取约谈行为不服而向人民法院提起行政诉讼的，人民法院一般不予受理。缘于约谈措施不产生具有法律后果，但在市场经济的背景下，约谈措施极有可能产生经济后果进而对市场主体的权益产生隐形损害。司法层面尚未将行政机关的约谈行为纳入审查与约束行为，进一步增加了约谈的滥用，调制执法机关对市场经济的深度违法干预也由此加深。

司法实践中已经出现相关案例，人民法院认定调制主体从事的约谈行为是履行监管职责的行为。^①在消费者权益保护领域，人民法院认为消费者权益保护主管部门采取约谈手段符合《消费者权益保护法》中有关消费者权益保护部门处理消费者投诉流程程序的规定。^②这在一定程度上承认了约谈是一种调制行为，构成政府对市场经济的干预。

三、经济性约谈的性质、功能与建制原则

(一) 经济性约谈的性质

承担调制职能的主体展开约谈行为，本质上是一种不产生强制性与约束力的经济规制手段，构成了政府以国民经济发展为目的的市场干预。“干预所表明的是国家实施的一种旨在通过一定手段使经济事物朝着某个方向发展的行为”，这种国家干预具有双向选择的需要，“一方面要取决于市场的客观需要，另一方面又要取决于国家职能的需要”。^③“近年来，为了实现警察目的，采用告诫、建议、劝告、引导、机动车的同时检查盘问、文件的任意提出等非权力性手段（所谓行政指导）的情形正在增多”，^④许多国家出现了从强制性执法向柔性执法方式转型的趋势。于此同时，由于柔性执法方式所具有的非强制性与无拘束力的特征，其适用的频率高、肆意性强等问题十分突

① 《李明柏与中国银行保险监督管理委员会江苏监管局、中国银行保险监督管理委员会行政复议一审行政判决书》(2020)苏01行初48号。

② 《刘雨凌与西安市工商行政管理局高新技术产业开发区分局不履行法定职责纠纷上诉案》(2017)陕71行终579号。

③ 李昌麒：《论经济法语境中的国家干预》，《重庆大学学报（社会科学版）》2008年第4期，第86页。

④ [日]南博方：《行政法（第6版）》，杨建顺译，中国人民大学出版社2009年版，第28页。

出。“当市场不存在失灵时，则没有必要进行行政约谈；当市场失灵已有更成熟的矫治手段时，如果不能证明行政约谈明显优于后者，也没有必要进行行政约谈行为。”^①特定主体展开的经济性约谈行为，应当具有市场干预的必要性，同时也应具有相较于其他规制手段的优越性。

与一般的行政性约谈相比，经济性约谈有以下几点不同之处。第一，主体不同，除了行政机关之外，经济性约谈中还有诸如社会中间层的第三部门参与。这源于调制主体与行政主体的差距。第二，在强制性方面，经济性约谈要弱于行政性约谈，这源于经济法的强制性要弱于行政法。^②第三，开启约谈的前提条件不同，一般来说，行政性约谈的开启不如经济性约谈普遍。当行政机关能采取处罚、强制等措施时，往往径行适用这些强制措施，真正适用约谈制度的空间有限。但在经济性约谈领域，调制主体开启经济性约谈的现象非常普遍，有时甚至替代了强制性手段。这也同时体现了经济法与行政法的不同，在解决市场失灵方面，经济法主要运用间接性的手段实现对市场矛盾的协调。^③

（二）经济性约谈的功能

1. 公平与效率价值的统一

波斯纳对于效率在经济法中的作用赋予了极高的评价，认为效率是反托拉斯法的终极目标；反托拉斯法的唯一目标应当是经济学意义上的效率；如果在垄断比竞争更有效率时，就不必适用反托拉斯法。^④经济法中的效率，一般指向通过最小成本获得最大收益。而有关公平价值，是包括经济法在内的所有法律的核心价值，“法律必须保证社会财富的公平分配，主要是保证社会弱势群体在优胜劣汰的市场机制下仍然能够公平地享受自己的权益。”^⑤在经济法中，公平与效率看似矛盾，但实际上总是存在同一状态，既无需偏废一方即可达成的完美状态。经济性约谈作为不产生显性后果的政府干预，可以将政府干预对市场经济造成的影响降至最低，避免因政府干预市场过度导致的效率降低，从而有效平衡公平与效率价值。

2. 自由与秩序价值的统一

“就自由与秩序的关系而言秩序价值是自由价值形成的基础法律在获得自由价值的同时必然也相应地获得秩序价值；另一方面秩序价值必须依附于其他价值而存在抽象的、不包含其他价值的秩序价值是没有的。”^⑥由此可见，自由一定是一定程度上的秩序框架内的自由，完全的自由并非自由。经济性约谈制度，既涉及市场主体的发展

① 胡明：《论行政约谈——以政府对市场的干预为视角》，《现代法学》2015年第1期，第28页。

② 张守文：《经济法原理》，中国人民大学出版社2013年版，第45页。

③ 张守文：《经济法原理》，中国人民大学出版社2013年版，第91页。

④ [美]理查德·A·波斯纳：《反托拉斯法》（第二版），孙秋宁译，中国政法大学出版社2003年1月版，第二版序言及第2、32页。

⑤ 王翀：《论反垄断法的价值目标冲突及协调》，载《政法论丛》2015年第3期，140页。

⑥ 龙文懋：《“自由与秩序的法律价值冲突”辨析》，《北京大学学报(哲学社会科学版)》2000年第4期，第191页。

自由，也涉及调制主体的执法约束。正常情况下，市场主体有着从事各种行为的自由，《巴西共和国宪法》中的170条规定了市场主体“除法律规定外，无须政府授权而可以自由进行一切经济活动”。^①市场主体可以自由从事一切法律禁止的经营行为，而何种行为会因破坏市场秩序而遭到禁止，也需要政府的逐步探索。如平台“二选一”的行为，后被证成属于不正当竞争行为，从自由行事变为国家限制。这类新型经济行为需要研究与探索后，其性质方可被认定。而经济性约谈既给予了对市场主体从事的各类经济行为的包容空间，很好地平衡了自由与秩序价值。

3.安全与发展价值的统一

“宏观经济安全理念对内强调市场规制与宏观调控，对外强调经济主权独立，并演绎着发展理念与安全理念的辩证法，证明了不发展就是最大的不安全。”^②创新是发展的第一动力，如果过分追求安全价值，削减创新动力，就会湮没发展价值，导致安全与发展价值间的失衡。经济性约谈制度给予了政府与市场的对话空间，政府可以深度了解市场主体从事特定行为的动因，从而最大程度地促进发展，并且将可能产生的危害国家经济安全的风险控制可控范围之内，有效权衡了安全与发展价值。

（三）经济性约谈的构建原则

1.调制法定原则

依据调制法定原则，调制的实体内容和程序规范都要由法律来加以规定，只是在法律明确授权的特殊情况下，才能由行政法规来加以规定。^③经济性约谈的实体内容以及规范程序，都应当在狭义的法律层面有所体现，要杜绝授权立法。缘于调制执法主体作为行政机关本身拥有执法程序，若尤其授权制定约谈制度，则处于“既是运动员，又是裁判”的矛盾境地，从而将导致对市场主体合法权益的侵权。

2.调制适度原则

调制适度原则的基本要求是，调制行为必须符合规律，符合客观实际，要兼顾调控和规制的需要与可能，保障各类主体的基本权利。^④经济性约谈制度应当贯彻调制绩效原则，首先体现在约谈制度的开启方面。约谈制度不能被滥用，是否有充分必要的理由展开约谈制度需要详细论证，既不能随意开启约谈；也不能将约谈作为一种对市场主体的试探，替代其他强制性制度而存在。在开启约谈制度后，要尽量减少约谈制度带来的对市场主体的不当的干预程度，保障市场主体合法的经营自由与财产权益。

3.调制绩效原则

兼顾效率与公平，是经济法调整的重要目标，因而追求调制的效果或称绩效，追

① 世界各国宪法编辑委员会编译：《世界各国宪法（美洲大洋洲卷）》，中国检察出版社2012年版，第191页。

② 单飞跃，刘思萱：《经济法安全理念的解析》，《现代法学》2003年第1期，第55页。

③ 张守文：《经济法原理》，中国人民大学出版社2013年版，第70页。

④ 前注，第71页。

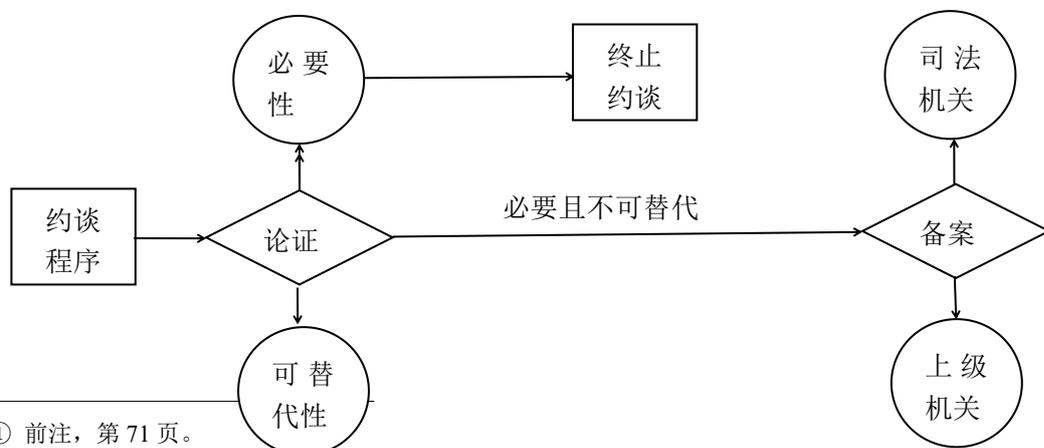
求总量的平衡和社会总福利的增长，在经济法领域也会成为一种普遍的价值和原则。^① 约谈制度势必要体现出经济效益，以最小的成本投入换取最大的收益。

四、经济性约谈的关键制度建构

一般认为，立法体制的核心内容是立法权限的划分，立法技术、立法程序是立法实践活动的重要依归。约谈制度完善的最大特点体现在不同经济实体法的差异性，约谈作为规制市场主体行为的活动规则和制度规定，是一项技术性极强的实践操作活动。^②通过“公因式提取”抽取出的经济性约谈的共同特征，即体现在约谈程序方面。而其中的实体方面，则因反垄断执法约谈、税收约谈、证券执法约谈等不同领域呈现差异性特征。

（一）约谈前：启动程序

约谈的启动程序是判断是否需要启动约谈程序的必要前置程序，为了避免约谈制度被滥用，需要优先论证约谈的必要性与可替代性。当市场主体存在某种特定经济行为。首先是关于必要性的论证，^③主要基于中市场主体的行为与现行经济实体法的契合性，是否存在违法风险，对市场秩序的影响等因素。具体的论证应当包括以下几个因素：市场主体特定行为的存续时间；是否产生外部性影响，如对相关市场主体造成不利影响或损失等；特定市场主体从事该行为的主观动机等因素。若必要性因素不成立，则应当终止约谈。其次是关于替代性的论证，即是否可以采取约谈以外的干预措施。此时一般要考虑市场主体行为的性质，如果是单行经济法中明确规定的违法行为，则考虑市场主体的主观过错程度，可以选择使用约谈措施，也可以直接采取规制处罚措施。最后是事前的约束机制，市场主体选择从事约谈措施的，应当报经上级调制主体备案，从而减少经济性约谈被滥用的可能。备案相比审核机制，能够避免约谈制度遭受滥用，同时也能避免约谈制度被约束，使得其正常功能无法发挥。



① 前注，第 71 页。

② 宋才发：《地方立法的项目、技术及其机制研究》，《云梦学刊》2021 年第 1 期。

③ 孙晋坤：《法律修改论证的结构、要素与路径优化》，《人大研究》2022 年第 5 期，第 43 页。

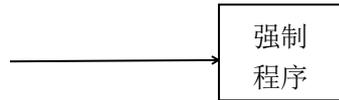


图 1：约谈前开启程序

具体的符合约谈的情形，应当以列举形式呈现给市场主体，从而有效发挥法律的指引、预测与评价作用。根据重庆市市场监督管理部门颁布的文件，可执行约谈的市场主体行为可以类型化为以下几类：市场主体行为可能产生重大风险与安全隐患的；发生重大事故的；涉及市场监管领域敏感或者重特大舆情事件处置工作的；涉及市场监管领域的安全工作评议考核达不到要求或出现严重下滑的。^①相关法律中也应进一步引入。

（二）约谈中：对话程序

现代经济是民主经济国家经济决策虽然是有关公共事务的裁决活动但依然是社会成员自我调整和自我管理的表现所以经济法程序的一个内在要求是自治其外在形式便是对话。以对话为基础的平等协商机制是经济法程序的基本理念和原则也是具体制度设计的基本要求。^②约谈制度越来越“臭名昭著”，主要体现在行政机关将约谈视为一种训诫或警告的途径，对市场主体的名誉造成影响，而市场主体却没有合理有效的途径对抗。因此在经济性约谈中，势必强调调制执法主体与市场主体间的平等地位，给予市场主体陈述、抗辩、质询的权利，并且将双方对话的全过程记录，必要时公开，避免不当的约谈给市场主体造成不利影响。

对话程序的目的是为了通过谈判实现妥协。“法律者社会上诸势力之妥协也。妥协者，系社会上之强者非绝对强者，弱者非绝对弱者之意。强者主张强者之权利，弱者主张弱者之权利。于此关系乃成法律的。是故法律之成立，实系以社会上之诸势力互能主张其权利为前提者也。”法律之成立，法律之维持，法律之进化，皆取决于社会诸势力之间的平衡关系的变迁。^③市场关系本身就是一种妥协关系，在过去，经济性约谈中妥协的一方往往是市场主体，调制主体往往处于控制方。今后，经济性约谈中要进一步引入调制主体的妥协制度，当调制主体约谈错误或者市场主体不存在应当采取约谈措施的行为，市场主体得从事某种行为的自由，并且应当获得调制主体适当的监管宽免。这与税收领域的纳税信用等级评定制度与信用修复制度有异曲同工之妙。

（三）约谈后：衔接程序

约谈后的衔接程序，主要包括是否公开，以及与其他执法措施，如处罚措施的衔接等。正常情况下，调制执法机关不应当将约谈对象以及约谈内容公开。经济性约谈

① 重庆市市场监督管理局，什么情况下实施约谈，https://scjgj.cq.gov.cn/zfxxgk_225/zcjd/zcwd/wdzt/ssyhzdssbf/202409/t20240905_13600453.html。

② 齐建辉：《经济法运行的正当程序机制研究》，西南政法大学 2006 年版，第 141 页。

③ [日]牧野英一：《法律上之进化与进步》（中译本），上海：上海中华书局 1929 年版，第 48--49 页。转引自李道军：《法的应然与实然》，济南：山东人民出版社 2004 年版，第 268 页。

主要强调平等对话，如果将约谈对象与内容公开，就会特别具有惩罚与强制的意味。如欠税公告制度，除了行政强制本身的定位外，还有市场经济背景下的声誉影响之意，也正如此，有一部分学者将其归入行政处罚措施。但在特别的情形下，约谈对象与约谈内容可以公开，那就是经过市场主体的前提下，可以公开。或者约谈后调制主体发现市场主体的行为并无约谈必要，应当向社会公众充分说明，从而避免约谈信息泄露导致市场主体处于市场不利地位。当市场主体从事的行为已经超过约谈的规制范畴，如继续从事特定行为而未按照对话内容规范自己的行为，行政机关可径行采取行政处罚措施。

陈书笋（2014）论证了行政执法绩效，^①如部门潜力、执法过程、执法结果、公众满意度等。在约谈结束后，也应进一步引入约谈执法绩效评价制度，以评价约谈的效果。首先是调制机关的约谈能力评价，主要评价参与约谈的执法人员素质。其次是约谈过程评价，是否尊重了法定的程序，是否尊重了市场主体的合法权益等。复次是执法效果方面，要对市场主体的行为进行评价，即在约谈后，市场主体从事的行为是否有所改善，频率是增加还是减少等因素。最后是公众满意度，即特定市场主体对约谈活动是否满意，是否认为约谈制度侵害了自己的合法权益等。在约谈缺少司法约束的背景下，事后的绩效评价机制至关重举足轻重。

代结语——包容性与回应性的制度构建

研究约谈制度的行政法学者不在少数，但是较少有经济法学者，立足于经济法基本原理视角对约谈制度展开深入研究。市场经济背景下的约谈制度产生了独特的功能，成为了调制执法主体干预市场的便捷途径。我们认为，在非必要的情况下，约谈也应减少使用频率，从而避免给市场主体造成负担。就目前的发展形势来看，没有狭义的法律依据，由行政机关随意出台约谈制度的问题日益突出。因此我国迫切需要出台一部具体的“约谈程序法”，对经济性约谈的定义、程序、责任等内容做出一般规定，由具体领域的调制执法主体细化出台具体的规定，使得约谈制度完全纳入经济法治的运行轨道。

经济的发展应当更加注重“包容性发展”，一国内部的包容性发展是指不同地区、不同阶层、不同群体的共同发展。它不能容忍贫富分化现象的持续存在和恶性演进。^②作为经济政策法律化的经济法也应体现出包容性。体现在兼顾各个主体的利益，不能使得不同能力主体间的不合理差距加大。约谈制度体现包容性的点在于，能够兼顾各

^① 陈书笋：《行政执法绩效评估指标研究》，《社会科学》2014年第3期，第103页。

^② 邱耕田、张荣洁：《论包容性发展》，《学习与探索》2011年第1期，第53页。

个主体的合法权益，特别是中小市场主体的合法权益，不会因为强制性的市场干预手段导致其在市场中无立足之地。

同时由于现实中经济状况的复杂，经济法应当更加强调回应性，能够及时对现状做出反馈。经济法对现实的经济关系的反映速度更为敏捷，反映现实社会关系的范围更广、敏感度更高。^①若无法有效预测未来可能出现的事项，政府不可盲目干预。但未避免风险累积到一定程度，需要有效的措施引导，约谈措施即满足此要求。

约谈制度更好地反映了经济法的包容性与回应性。回应性与包容性制度强调法律规范的开放性与动态性，本身可能无法在法律规范层面穷尽，需要留给执法者一定的“遐想空间”。更重要地是，包容性与回应性制度需要通过原则控制，在底线把控的基础上，给执法者与市场主体留够足够的自由空间，由此成为政府干预市场的新形势。

① 刘普生：《论经济法的回应性》，《法商研究(中南政法学院学报)》1999年第2期，第23页。

经济法基本原则新论

吕志祥*

(兰州理工大学法学院, 甘肃 兰州, 730050)

摘要: 随着市场经济的推进和新时代的到来, 经济法基础理论有了长足的发展。作为市场经济社会特有的法律现象, 经济法不仅是现代市场经济社会的基本法, 也是新时代中国经济社会的协调发展法。经济法基本原则要能够指导经济法立法、执法和司法全过程, 应该具有高度的概括性, 也应该具有市场性、现代性、整体性、协调性。经济法的基本原则应该包括诚实信用原则、公平竞争原则、社会利益优位原则、协调发展原则、环境保护原则。

关键词: 诚实信用原则; 公平竞争原则; 社会利益优位原则; 协调发展原则; 环境保护原则

A New Theory of the Basic Principles of Economic Law

LÜ Zhi-xiang

(School of Law, Lanzhou University of Technology, Lanzhou, Gansu, 730050)

Abstract: With the advancement of market economy and the arrival of the new era, the basic theory of economic law has made great progress. As a unique legal phenomenon of market economy and society, economic law is not only the basic law of modern market economy and society, but also the coordinated development law of Chinese economy and society in the new era. The basic principles of economic law should be able to guide the whole process of economic law legislation, which should have a high degree of generalization, market, modernity, integrity and coordination. The basic principles of economic law should include the principle of good faith, the principle of fair competition, the principle of superior social interests, the principle of coordinated development and the principle of environmental protection.

***作者简介:** 吕志祥(1967—), 甘肃通渭人, 兰州理工大学法学院教授, 法学博士, 甘肃省法学会经济法研究会副会长, 甘肃省竞争政策咨询专家, 研究方向: 经济法学、环境法学。

Key words: principle of good faith; principle of fair competition; principle of optimal social interests; principle of coordinated development; principle of environmental protection.

在法学的大家庭中，经济法学的历史是比较短的，学界对经济法基础理论的研究也比较薄弱。随着市场经济的推进和新时代的到来，我们对经济法基础理论有了更进一步的认识。经济法是调整现代市场经济社会市场主体之间、政府和社会主体之间的社会公共性经济关系的法律规范的总称。^①经济法的调整对象不仅仅是政府和社会主体之间的市场监管关系和宏观调控关系，还包括市场主体之间的市场交易关系（消费关系）和市场竞争关系，其共同点为，都是一种具有社会公共性的经济关系。它不仅表现为对某个自然人和法人的个别保护，更着眼于社会整体利益。这也是经济法调整对象区别于其他部门法特别是民商法和行政法调整对象的根本特征。^②经济法不仅是现代市场经济社会的基本法，也是新时代中国经济社会的协调发展法。基于这样的认识，我们认为经济法的基本原则应该包括诚实信用原则、公平竞争原则、社会利益优位原则、协调发展原则、环境保护原则。

一、诚实信用原则

所谓诚实信用原则，是市场经济活动中形成的道德规则，“它要求人们在市场活动中讲究信用，恪守诺言，诚实不欺，在不损害他人利益和社会利益的前提下追求自己的利益”^③。一切利用不正当手段进行竞争的行为，都是对诚实信用原则的违反。

诚实信用原则在现行法上的根据，首先是《反不正当竞争法》^④第2条：“经营者在生产经营活动中，应当遵循……诚信的原则。”其次是《消费者权益保护法》第16条：“经营者向消费者提供商品或者服务……应当恪守社会公德，诚信经营。”《价格法》第7条：“经营者定价，应当遵循……诚实信用的原则。”《政府采购法》第3条：“政府采购应当遵循……诚实信用原则。”

诚实信用原则长期以商业习惯的形式存在。譬如，在清代商事习惯法中，诚

^① 吕志祥：《经济法基础理论研究》，九州出版社2021年版，第17页。

^② 吕志祥：《经济法基础理论研究》，九州出版社2021年版，第20页。

^③ 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2017年版，第273页。

^④ 为了行文简洁，本文将《中华人民共和国***法》，简称为《***法》。

实信用原则无处不在。首先，诚实信用原则的实践从商事活动之始起。“行户开市生理，务须公平交易，无得诓买欺卖，尔诈我虞”。^①其次，许多商人努力践行诚信原则，因为，“天之所助者顺也，人之所助者信也”^②，诚信通商，财源茂盛。再次，清代各行各业的商人自治法中对诚信原则都有具体的规定。从刊刻于光绪三十四年的紫阳县《严禁奸商漆油掺假碑》中得知，该行业对于诚信的要求在于：①统一使用公秤，秉公无欺。②严禁“漆油掺水作假”。③对在油坊中制假者，“油坊知情不禁”亦属违规。④对几种商品进行分类具体规定。⑤规定处罚方法，“轻则酌罚，重则禀官究治”。

19世纪末20世纪初，“毫无限制的契约自由和自由放任主义已经造成种种弊端以致各种社会矛盾空前激化，经济危机更加频繁和深重，社会经济生活动荡不堪。为了协调各种社会矛盾和冲突，立法者开始注重道德规范的调整作用，将诚实信用等道德规范引入法典，成为近现代民法的重要原则”^③，也成为经济法的重要原则。诚如史尚宽先生所言，诚实信用原则涉及两重利益关系，即当事人之间的利益关系和当事人与社会之间的利益关系。诚实信用原则的目标，是要在这两重利益关系中实现平衡。我们发现，诚实信用原则之平衡目标与经济法所追求之目标完全吻合。

已如前文所言，经济法调整的是市场主体之间和政府与市场主体之间具有社会公共性的经济关系。市场主体在市场竞争和市场交易过程中需秉持诚实信用原则，自不待言；政府在处理自己与市场主体之间的关系时亦应该坚持诚实信用原则，亦在情理当中——政府也要诚信，或者说，政府要更加诚信。在市场竞争（或市场交易）、市场监管（或宏观调控）过程中，无论哪一方都不能损害他人或社会利益，要符合“诚实经营者”“诚实消费者”“诚实监管者”等角色的道德标准，在不损害其他竞争者、不损害社会公益和市场道德秩序的前提下，“以符合其社会经济目的的方式行使自己的权利”，“追求自己的利益”。^④

诚实信用原则已“上升为涵盖整个私法领域的基本原则，由补充性规定上升

^① 《马鬻市牙行条规（安化）》，彭泽益：《明清工商行业碑文集萃》，中州古籍出版社1997年版，第35页。

^② 《河东会馆碑记》（乾隆四十六年立石），李华：《明清以来北京工商会馆碑刻选集》，文物出版社1980年版，第60页。

^③ 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2017年版，第273页。

^④ 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2017年版，第275-276页。

为强制性规定”^①，那还能成为经济法的基本原则吗？我们认为能。首先，诚实信用原则已成为市场经济社会的基本准则，这种准则原本仅是道德规则，现在已成为法律规则，所有市场主体都应该遵守。市场经济社会，市场对资源的配置要起决定性的作用，政府调节应该是补充性的，政府不能越俎代庖，也就是说，政府实际上也是市场主体之一，理应遵守诚实信用原则。其次，民商法是市场经济社会的基础法，经济法是市场经济社会的基本法，诚实信用原则同时为民商法和经济法的基本原则，既符合法理，也与市场实际相吻合。再次，经济法的本质是社会法，以追求社会利益为本位。但经济法并没有否认市场机制，没有否认私人利益，恰恰相反，经济法是建立在承认市场成功、承认私人利益的基础上的。而且，诚实信用原则之所以成为民商法的“帝王条款”^②，与19世纪后期法律思想从个人本位转变为社会本位密切相关。进入现代市场经济社会后，市场竞争更为激烈，市场关系更为复杂，“立法者穷于应付，不得不更加倚重法官的能动性，其结果是诚实信用原则的地位一再提高”^③。

二、公平竞争原则

所谓公平竞争，是指市场主体之间所进行的公开、平等、公正的竞争。公平竞争原则要求各个竞争者在同一市场条件下共同接受价值规律的作用机制及其评判，并独立承担竞争的结果。所以，公平竞争可以调动市场主体的积极性，使其不断提升产品质量和服务水平，进而推动整个行业乃至社会的进步。

公平竞争原则在现行法上的根据，首先是《反不正当竞争法》第1条：“为了……鼓励和保护公平竞争……制定本法。”第2条：“经营者在生产经营活动中，应当遵循……公平……的原则。”第3条：“各级人民政府应当采取措施……为公平竞争创造良好的环境和条件。”其次是《反垄断法》第1条：“为了……保护市场公平竞争……制定本法。”第5条：“国家建立健全公平竞争审查制度。”第6条：“经营者可以通过公平竞争……提高市场竞争能力。”《消费者权益保护法》第4条：“经营者与消费者进行交易，应当遵循……公平……的原则。”第10条：“消费者享有公平交易的权利……”，第16条：“经营者……不得设定不公平、不合理的交易条件。”《价格法》第4条：“国家支持和促进公平……

^① 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2017年版，第277页。

^② 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第1册），中国政法大学出版社1998年版，第303页。

^③ 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2017年版，第274页。

的市场竞争。”第7条：“经营者定价，应当遵循公平……的原则。”《政府采购法》第3条：“政府采购应当遵循……公平竞争原则……”。

竞争是市场经济的“离合器”，是市场的原生动力。^①竞争对经营者而言，意味着评判其业绩的标准只能是市场；竞争也只回应一种意志需要——经营者与消费者的意志。这种意志在竞争的初级阶段是真实的、自由的，但由于个人素质的不同和机遇的差异，市场竞争的结果往往会因人而异甚至大相径庭。而且这种竞争结果的不平等具有累加性：它使每个人在下次竞争中处于不同的起点上——上次竞争的优胜者将处于更有利的地位，上次竞争的失败者则由于其处于更为不利的地位而具有更高的失败几率——这种起点的不平等将导致优胜者会以更快的速度前进，失败者则以更慢的速度前行。如此累加的结果是不言而喻的，那就是自由竞争的结果会将其本身埋葬。自由竞争的“灭失”意味着市场机制的崩溃，此时法律特别是经济法将会发挥其“干预市场”之功能，以恢复自由竞争之市场机制。经济法以公平竞争原则为其基本原则，反映了社会化市场经济的内在要求，从中也可以看出经济法的“后发优势”。经济法的公平竞争原则不仅体现在竞争法即反垄断法和反不正当竞争法中，还体现在它所有的子法中，譬如计划调控法、产业调控法、财政调控法、税收调控法、价格调控法、金融调控法、产品质量法、消费者权益保护法等等都有公平竞争的问题。

公平竞争原则的出现，是通过国家的“有形之手”来纠正市场的“无形之手”所导致的弊端，同时又力求使“无形之手”在最大范围内、最高程度上发挥作用的产物。^②经济法的公平竞争原则决不是对市场主体的一般性要求，它更多的是从宏观层次上追求充分、适度的市场竞争，以实现社会利益的最大化。经济法往往通过设置公平竞争规则和重置诚信规范来达到它的目的。第一，设置公平竞争规则。经济法通过反垄断法等法律制度设置公平竞争规则，以防止独占与垄断发生。虽然垄断等现象的出现可能是契约自由和竞争自由的结果，但垄断一旦形成，将会直接影响其他竞争者的竞争自由和消费者的消费自由。所以，为了消除垄断的消极作用，保持竞争者之间的力量均衡状态和竞争者与消费者之间的选择均衡状态，至关重要。第二，重置诚信规范。在自由竞争的机制下，善意竞争与恶意竞争往往是并存的。而恶意竞争或不正当竞争常常导致市场机制的扭曲，进而损

^① 单飞跃：《经济法理念与范畴的解析》，中国检察出版社2002年版，第5页。

^② 史际春、邓峰：《经济法总论》，法律出版社1998年版，第167页。

害善意竞争者和消费者的利益。经济法通过反不正当竞争法等法律制度设置诚信规范，以防止恶意竞争和不正当竞争的发生。

经济法的公平竞争原则，并不仅仅指对市场的干预和对恶意竞争者的规制，同时还指对政府的干预。虽然“经济活动的自由，原本意指法治下的自由，而不是说完全不要政府的行动”^①，但是政府毕竟是一种不得不接受的“恶”，所以政府调节的结果往往不能令人满意甚至事与愿违，干预政府以避免“政府失灵”就成了经济法公平竞争原则的应有之义。根据经济法的公平竞争原则，政府在为宏观调控或市场规制行为时，必须做到两点：第一，资源分配以市场为主要机制。在市场经济体制下，以市场机制为资源分配的主要机制无疑是正确的，政府应该尊重此“游戏规则”，政治国家在介入“私域”时应该慎重而适度。第二，经济政策以民主为重要原则。在现代社会中，国家治理社会与经济的基本规范仍以经济政策为主，这当然是可行的。但应该注意的是，经济政策必须要以民主为其重要原则，政府的经济管理和市场操作都要做到公开、公平、公正，不得违背、破坏公平竞争之原则。

三、社会利益优位原则

所谓社会利益优位，是指政府和市场主体在考虑自身利益与社会利益的关系时，应当将社会利益放在首位。社会利益优位原则并不要求政府或市场主体牺牲自身的利益，而是首先要保护社会利益，这是经济法的使命使然。

社会利益优位原则在现行法上的根据，首先是《反垄断法》第1条：“为了……维护消费者利益和社会公共利益……制定本法。”第34条：“……符合社会公共利益的，国务院反垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定。”其次是《消费者权益保护法》第1条：“为保护消费者的合法权益，维护社会经济秩序……制定本法。”第5条：“国家保护消费者的合法权益不受侵害。”《产品质量法》第1条：“为了……保护消费者的合法权益，维护社会经济秩序，制定本法。”《政府采购法》第1条：“为了……维护社会公共利益……制定本法。”

利益（interest）本意为“利息”，也可以理解为“好处”。利益往往意味着人与人之间的某种关系，所以利益需要法律调整，法律的功能也在于调节各种错杂和冲突的利益。利益作为存在于法律之外的一个出发点，可以分为个人利益、

^① [英]哈耶克：《自由秩序原理》（上），邓正来译，三联书店1997年版，第4页。

公共利益和社会利益。这是庞德的观点。庞德认为，个人利益（individual interests）是“直接涉及个人生活并以个人生活名义所提出的主张、要求或愿望”，公共利益（public interests）是“涉及政治组织社会的生活并以政治组织生活名义提出的主张、要求或愿望”，社会利益（social interests）是“涉及文明社会的社会生活并以这种生活的名义提出的主张、要求或愿望”。而社会利益除了其他内容外，还包括一般安全利益、个人生活方面的利益、保护道德的利益、保护社会资源（自然资源和人力资源）的利益以及经济、政治和文化进步方面的利益等等。^①

任何时代的历史活动都是由无数单个的具体个人的社会活动所构成，个人作为历史活动的主体是整个历史最基础的单元。因此，个人利益作为一种私人利益，是利益动力结构的原始细胞和基础。没有个人利益，不承认个人利益，整个社会将失去发展的原动力。由于政府常常是公共利益的代表，所以公共利益往往表现为国家利益。而社会利益可以说是个人利益与国家利益的中间地带。社会利益就其本性而言，是一种个人利益、私人利益，譬如，雇佣关系中雇工的利益、消费关系中消费者的利益等等。由于个人、社会、国家都有各自独立的利益追求，为了各自的利益，都会采取有利于自己的行动，都会努力使自己的利益最大化。这样就出现了利益之间的冲突。即使本性相同的社会利益和个人利益之间也有冲突——个人利益的被满足并不意味着整个社会利益也被满足。为了调节、平衡各主体之间的利益关系，法律这种利益调节器便应运而生了。根据传统的法学理论，民商法以个人利益为本位，行政法以国家利益为本位。显而易见，它们都不适合于做社会利益平衡之调节器。而晚生的经济法则既不同于民商法，也不同于行政法。由于经济法是对民商法和行政法的“超越”，深具后发优势，所以，由经济法充任社会利益调节器，实为游刃有余。因为在经济法看来，国家不以营利为目的，“不与民争”，能够为国民有效地提供公共物品，并能取信于民、得到人民的信任。在经济法世界里，国家在介入“社会域”后，以社会利益为本位逐渐地形成了一种全新的社会调节机制，包括：政府调节措施、社会促进措施、社会应急措施等等。这些措施的运用，增进了人类社会的共同福祉，促进了社会的均衡发展，加强了人类社会的团结合作。

^① [美]博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第147页。

可见，经济法不仅像民商法那样关注个人利益，也不像行政法那样侧重于国家利益的保护，经济法是在更高、更广泛的层次上全面兼顾各类主体的利益，尤其是优先保障社会利益的实现。经济法的使命正在于使社会利益得以实现，使那些类似于雇工、消费者和中小企业等弱势群体的利益有可靠的法律保障。如果有谁损及社会利益，经济法就会适时而动，用“国家之手”来矫正“无形之手”，以实现社会利益的最大化。

四、协调发展原则

所谓协调发展，是指正确处理发展中的重大关系，注重解决发展不平衡问题，不断增强发展的整体性，以实现持续健康发展。^①协调发展不是单个系统或要素的“增长”，而是多个系统或要素在“协调”的约束和规定下的综合发展和全面发展。

协调发展原则在现行法上的根据，首先是《政府采购法》第9条：“政府采购应当有助于……扶持不发达地区和少数民族地区，促进中小企业发展等。”其次是《对外贸易法》第58条：“国家扶持和促进中小企业开展对外贸易。”第59条：“国家扶持和促进民族自治地方和经济不发达地区发展对外贸易。”《反垄断法》第1条：“为了……促进社会主义市场经济健康发展，制定本法。”第69条：“农业生产者及农村经济组织在农产品生产、加工、销售、运输、储存等经营活动中实施的联合或者协同行为，不适用本法。”《反不正当竞争法》第1条：“为了促进社会主义市场经济健康发展……制定本法。”《消费者权益保护法》第1条：“为……促进社会主义市场经济健康发展，制定本法。”

十八大以来，习近平提出了“创新、协调、绿色、开放、共享”的新发展理念，并强调，新发展理念就是指挥棒、红绿灯。我国《宪法》（2018年修正）也明确规定“贯彻新发展理念……推动物质文明、政治文明、精神文明、社会文明、生态文明协调发展”。协调发展是新发展理念的重要组成部分，是我国经济发展新常态背景下具有引领性的重要发展理念。我们正在建设社会主义市场经济，市场经济的复杂性、功利性、滞后性等特点决定了市场经济的发展可能会造就一部分地区或一部分人“先富起来”，这无可厚非。但市场经济的“累加性”可能会导致“富者越富，穷者越穷”之效应，这就与我们社会主义国家“共同富裕”

^① 中共中央宣传部：《习近平新时代中国特色社会主义思想学习刚要》，人民出版社2019年版，第110页。

的理念发生了严重冲突，国家干预理所当然。经济法是市场经济社会的基本法，经济法所追求的发展就包括协调发展，所以，协调发展原则成为经济法的基本原则，便顺理成章了。

经济法立法必须以促进自然、经济、社会的全面结合、协调发展为己任。经济法应对社会发展的眼前利益和长远利益，局部利益和整体利益进行全盘考虑，做出在经济发展过程中同步对其外部不经济性进行规制的立法选择，贯彻可持续的立法理念，提高社会发展的质量。

(1) 市场主体之间的协调。众所周知，注重私人利益的民商法很难有效地协调市场主体以促进社会整体利益。经济法则不同，它以社会利益为本位，通过不断寻求个体与社会利益之间的平衡点来协调不同市场主体之间的关系，进而实现市场主体之间的协调。第一，经营者之间的协调。经济法较之民法更注重实质的正义和公平，不仅保护机会公平，同时站在更高的角度维护结果的公平。反垄断法和反不正当竞争法的目的就是为了营造公平和谐的经济环境，维护实质的公平。第二，经营者与消费者之间的协调。经济法超越了民商法“一体保护”之原则，对消费者给予特殊保护。经济法以经营者为中心的观念也正在发生变化，以消费者为核心的主体结构体系正在形成，经济法“以人为本”的思想及其人文关怀的精神日渐浓厚。

(2) 经济结构与资源配置的协调。经济结构的安排、资源配置的合理与否会对生产目的的最终实现与社会再生产的良性循环产生重大影响，进而影响到社会整体效益的实现。经济法作为一种宏观把握经济脉搏的法，它所关注的不只是眼前的私人利益，而是从整体上追求国民经济的可持续发展。从产业结构看，中国经济法应有意识的优化产业结构，稳步发展农业和基础设施产业，实现产业结构的合理化，为社会整体效益的可持续发展奠定基础；从地区经济结构看，中国经济法应适时制定中西部发展战略和振兴东北老工业基地战略，发动“东西互动的两个轮子”；从资源配置看，中国经济法应充分发挥宏观调控法在资源配置方面特有的难以为市场机制所替代的功能。

(3) 区域之间的协调。由于资源的不均衡以及运用资源方式的不同，区域之间的不平衡经常发生，我国东、中、西部地区之间发展的不协调已然形成。以西部地区为例，虽然改革开放以来，我国西部地区经济社会发展取得历史性成就，

但西部地区发展不平衡不充分问题依然突出，巩固脱贫攻坚任务依然艰巨，与东部地区发展差距依然较大。新时代继续做好西部大开发工作，促进区域协调发展，推动西部地区形成大保护、大开放、高质量发展新格局，确保 2035 年基本实现社会主义现代化，实现不同类型地区互补发展、东西双向开放协同并进，^①是协调发展的应有之义。

（4）城乡之间的协调。改革开放 40 年来，经过艰苦卓绝的努力，我国的农村发生了翻天覆地的变化，我们已实现全面建成小康社会的宏伟目标。但是，我们的城乡差距依然存在，主要表现在：城乡居民收入差距、教育差距、医疗差距、消费差距、就业差距、政府公共投入差距等方面。习近平强调：我们要“推动城乡协调发展，健全城乡发展一体化体制机制，健全农村基础设施投入长效机制，推动城镇公共服务向农村延伸，提高社会主义新农村建设水平。”经济法的协调发展原则其内涵当然也包括城乡之间的协调发展。我国的计划调控法、产业调控法、财政调控法、金融调控法、对外贸易调控法等经济法律法规也明确规定要推动城乡一体化发展，实现城乡之间的协调共赢。

（5）经济全球化与民族产业保护的协调。从经济法的视角来观察，中国加入世贸组织意味着成员国政府将参与双重法律关系，充当国际国内双重主体。加入 WTO 以后，政府往往面临双重压力：一方面要减少政府调节，培育开放、竞争的市场，促进经济高速发展；另一方面又要努力克服经济全球化对本国的负面影响，避免因削弱政府管制导致国家经济基础遭受外部市场力量的过度冲击。因此，在经济全球化的背景下解决“如何限制政府”和“政府如何干预”的问题，是经济全球化对经济法提出的最大挑战。为此，经济法的创新与完善应当做到，一方面，履行加入世贸组织的承诺，遵守 WTO 各项规则的要求，与 WTO 自由贸易制度相接轨。另一方面，要立足于维护国家和民族利益，充分利用 WTO 规则赋予发展中国家的特殊优惠政策，在民族产业保持较快发展速度的同时实现加入世贸组织的平稳过渡。兼顾经济全球化与民族产业的保护，这是经济法协调发展原则的又一具体表现。

五、环境保护原则

^① 参见 2020 年 5 月 17 日新华社发布的《中共中央 国务院关于新时代推进西部大开发形成新格局的指导意见》。

所谓环境保护，是指人类社会要合理利用自然资源，防止环境污染和生态破坏，以实现经济、社会、环境的可持续发展。随着经济的快速发展，环境和生态问题日益突出，地球不堪重负，环境保护原则也随即成为民商法、经济法、环境法等法律部门的基本原则。

环境保护原则在现行法上的根据，首先是《政府采购法》第9条：“政府采购应当有助于……保护环境。”其次是《反垄断法》第20条：“经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的，不适用本法第十七条、第十八条第一款、第十九条的规定：……（四）为实现节约能源、保护环境……的”。《对外贸易法》第16条：“国家基于下列原因，可以限制或者禁止有关货物、技术的进口或者出口：……保护环境，需要限制或者禁止进口或者出口的。”第26条：“国家基于下列原因，可以限制或者禁止有关的国际服务贸易：……保护环境，需要限制或者禁止的。”《消费者权益保护法》第5条：“国家倡导……节约资源和保护环境的消费方式。”第37条：“消费者协会履行下列公益性职责：（一）……引导文明、健康、节约资源和保护环境的消费方式。”

不同领域、不同学科对环境有不同的理解。环境科学领域的“环境”，以人类为“中心事物”，故而又称“人类环境”，是指围绕着人类的周围世界，主要包括直接或者间接地影响人类生存和发展的各种天然的和经过人工改造的自然环境要素。环境问题有广义与狭义两种理解。狭义的环境问题指环境的结构与状态在人类社会经济活动的作用下所发生的不利于人类生存和发展的变化；广义的环境问题则涵盖了任何不利于人类生存和发展的环境结构和状态的变化，其产生的原因既包括人为方面的，也包括自然方面的。我们一般说的环境问题主要指狭义上的环境问题，它可分为环境污染和生态破坏两大类。20世纪五六十年代，世界范围内的环境问题持续恶化，全球性环境问题不断产生，生态安全逐渐成为人类社会共同关注的热点，具有国际性的环境保护运动风起云涌，先后发生了两次国际性环保运动高潮。

我国非常重视环境保护工作，先后召开了第一次（1973年8月）、第二次（1983年12月）、第三次（1989年4月）、第四次（1996年7月）、第五次（2002年1月）、第六次（2006年4月）、第七次（2011年12月）、第八次（2018年5月）全国环境保护大会，会议围绕不同发展阶段应对不同环境问题

的环保目标和措施，发布了一系列环境保护的规范性文件，逐步确立了我国环境保护的各项政策及制度。2014年4月，经过四审的《环境保护法》获得通过，于2015年1月1日起施行。新《环境保护法》第4条明确规定：“保护环境是国家的基本国策。国家采取有利于节约和循环利用资源、保护和改善环境、促进人与自然和谐的经济、技术政策和措施，使经济社会发展与环境保护相协调。”该法加大了保护激励机制与污染处罚力度，设置了“连日计罚”和行政拘留等措施，堪称“史上最严”《环境保护法》。2018年，全国实施环境行政处罚案件18.6万件，较2014年增加124%；罚款总数较2014年的31.7亿元增加382%。^①

人类活动是狭义环境问题产生的主要原因，所以，生态环境问题不仅属于环境科学领域，而且属于法学等社会科学领域。从经济分析的角度看，环境资源问题主要是一个经济问题，环境资源退化主要是各种不适当的经济活动、经济机制的产物。^②环境问题与“市场失灵”密切相关，传统的自由放任的市场经济体制，难以顾及环境资源价值和外部不经济性；环境问题也与产权“不清晰”紧密相连，传统的全面管控的计划经济体制，容易产生浪费、滥用和不珍惜自然资源的“共有地悲剧”。^③在全面依法治国的新时代，破解生态环境问题当然需要法律手段。一方面，生态环境问题是市场失灵的表现，需要政府以适度的干预并纠正环境资源领域长期以来存在的“外部性”^④问题；另一方面，环境资源领域存在的政府失灵同样需要社会公众广泛、深入的参与才能满足解决当代环境问题的紧迫需求。我们发现，以有效应对市场失灵和政府失灵为其重要使命的经济法，将环境保护作为其基本原则之一，既合情合理又非常重要。

^① 李飞：《“史上最严”环境保护法实施四年多，环境行政处罚案件增124%》，《南方都市报》，2019年9月29日。

^② 陈德敏：《环境与资源保护法》，武汉大学出版社2011年版，第11页。

^③ 陈德敏：《环境与资源保护法》，武汉大学出版社2011年版，第11页。

^④ 所谓外部性，是指在实际经济活动中，生产者或消费者的活动对其他生产者和消费者产生的超越活动主体范围的利害影响。其中将有害的影响称为“外部不经济性”，有利的影响称为“外部经济性”。

如何回应数字经济对经济法基础理论的影响和挑战

马廉颇^①

(中共广东省委党校法学教研部, 广州市越秀区建设大马路3号, 邮编: 510053)

【摘要】加强对经济法与现代化关系的研究,是建构经济法学自主知识体系的一条重要路径。本文重点探讨数字经济发展带来的诸多经济法律问题,提出进一步推进经济法学基本理论的完善和发展的指导思想和方法论,并结合党的二十届三中全会精神,在调整调整对象范畴、重塑价值理念、优化政府干预理论、完善竞争法理论、构建数据治理理论、发展产业政策理论、创新监管理论、强化责任理论、推动国际合作理论等九方面提出对策建议,创新和完善传统经济法基础理论,以更好地回应数字经济发展产生的法律问题。

【关键词】数字经济 经济法基础理论 影响和挑战

党的十八大以来,以习近平同志为核心的党中央高度重视数字经济发展。党的二十大报告强调,“加快发展数字经济,促进数字经济和实体经济深度融合,打造具有国际竞争力的数字产业集群”。十四届全国人大常委会立法规划将《数字经济促进法》列入第二类项目,属于“需要抓紧工作、条件成熟时提请审议的法律草案”。党的二十届三中全会明确提出要健全促进实体经济和数字经济深度融合制度。

加强对经济法与现代化关系的研究,是建构经济法学自主知识体系的一条重要路径。在推进中国式现代化的背景下,有必要结合与现代化相关的基本概念、基本命题和基本理论,进一步推动中国经济法自主知识体系的建构,并运用中国自主的经济法治话语体系和经济法学知识体系阐释法治规律、解读中国法治。

一、数字经济发展带来的诸多经济法律问题和挑战

经济法作为适应市场经济发展需求的一门法律学科,经历了漫长的发展过程,并在不断演变中不断完善。2000年以来,我国的经济法律法规修改篇幅之大、增补配套之多,涉及范围之广,是前所未有的。经济法的发展与演变为保障市场经济的公平竞争、促进经济发展、维护社会稳定起到了重要作用。我国目前适应市场经济要求的法律法规已日趋完善,各法律法规之间愈益协调,已初步形成了较为完备的市场经济法律体系。随着经济的快速发展和形势的变化,经济法还需要不断创新与适应,以应对新的经济挑战和问题。

信息技术革命带动的网络化、数字化、智能化,极大地推动了数字经济的发展。数字经济使人类经济活动的领域和类型发生了剧变,引发了诸多法律制度的变革,形成了所谓的

^① 马廉颇,中共广东省委党校法学教研部副教授、博士。

“数字经济法”，在法理学和相关部门法学层面做出相应的理论回应。

数字经济的崛起对传统经济法学理论带来了一系列显著的影响和挑战，主要体现在以下几个方面：

（一）市场竞争理论的变革

在数字经济中，平台经济、网络效应和数据驱动的竞争模式改变了传统的市场竞争格局。传统经济法学中基于产品和服务的竞争分析框架，在面对数字平台的跨界竞争、零价市场和数据垄断等现象时，显得捉襟见肘。某些电商巨头凭借庞大的用户基础和海量的数据，构筑市场壁垒，限制竞争，挤压中小企业的生存空间。有的平台企业利用法律漏洞，规避约束与监管，严重损害了社会主义市场经济秩序，损害了广大消费者的利益和社会公共利益。垄断与不正当竞争行为的新形式，如算法共谋、大数据杀熟等，这些新型垄断和不正当竞争行为难以被现有法律有效规制。这要求对市场支配地位的认定、垄断行为的界定以及竞争政策的制定等方面进行重新思考和调整。

（二）消费者权益保护的新难题

在数字经济中，个人数据的采集、存储、处理及应用已经全面融入经济社会发展的各个领域，这一繁荣景象背后，消费者也面临着数据隐私泄露、数据滥用、算法歧视、虚假信息传播、非法数据交易等新问题。传统经济法学中的消费者权益保护理论，在应对这些数字化的挑战时，需要进一步拓展和深化，例如明确数据主体的权利和数据控制者的义务，规范算法的运用，加强对网络交易的监管等。

（三）产权制度的重构需求

数字经济中，数据作为关键的生产要素，其产权归属和交易规则尚不明确。传统的物权、知识产权等制度难以完全适用于数据产权的界定和保护，这对传统经济法学中的产权理论提出了挑战，需要构建新的数据产权制度来促进数据的流通和利用。

（四）税收法律制度的不适应

数字经济的跨地域、虚拟化和数字化特点，使得传统的税收管辖权、税收征管方式和税基确定等方面面临困境。传统的税收法律制度在应对数字企业的利润转移、跨境电商的税收征管等问题时，存在漏洞和不足，需要进行改革和创新。

（五）监管体制的创新压力

随着区块链技术的发展，数字货币和金融科技逐渐成为数字经济发展的重要领域。数字货币的匿名化和去中心化特点，给传统金融体制带来了巨大冲击。同时，数字货币也面临着洗钱、恐怖融资等风险，此外，金融科技的发展也带来新的金融产品和服务，这些产品和

服务的规范化、风险管理等问题需要法律进行有效监管。

(1) 监管对象的复杂性增加。数字经济中,企业的商业模式和经营形态多样,虚拟主体大量涌现,使得准确界定和识别监管对象变得困难。(2) 数字经济的快速创新和跨界融合,使得传统的分行业、分领域的监管体制难以有效应对。(3) 传统监管手段难以应对数字技术的快速发展,监管机构在技术能力和资源方面存在不足。监管部门面临着监管手段滞后、监管协调不畅等问题,需要建立适应数字经济特点的综合性、动态化和协同性的监管体制,以平衡创新与规范、发展与安全的关系。

(六) 法律责任的认定与追究

在数字经济中,违法行为的表现形式更加复杂多样,如网络侵权、恶意软件传播等。平台企业以劳务连环外包、诱导注册个体户等方式规避用工责任,“云办公”带来的弹性工时和远程劳动如何认定……人民法院应如何厘清思路,破除逃避责任的“障眼法”?如何根据实际用工判断劳动关系,明确线上“隐形加班”认定标准,让在线工作有收益、离线休息有保障,旗帜鲜明维护新就业形态劳动者合法权益。

互联网平台企业在网络市场治理中到底应当承担什么责任,这是一个阶段以来最具争议的话题之一。互联网平台企业由于其平台性质对经由平台进行的经济活动和用户主体具备审查和监控的便利性,现实中互联网平台企业也确实承担着部分对平台商户的监管责任,但这些监管责任在合法性、合理性上都存在较大的争议,互联网平台企业在网络市场中应该承担哪些责任、承担到什么程度、与平台企业拥有的权力和权利是否相符等问题,以及延伸出的网络市场中政府与市场的边界在哪里等问题,是网络市场治理中需要厘清的重要问题。传统的法律责任认定标准和追究机制在数字环境下可能存在模糊性和不确定性,需要进一步明确和完善。

(七) 国际合作方面不适应数字经济发展的迅猛趋势

跨境数据流动日益频繁,进一步加剧了数据隐私保护的难度。不同国家和地区间法律标准的差异、监管要求的不一致,不仅导致数据隐私保护规则碎片化,也为跨过数据犯罪提供了可乘之机,在此背景下,加强国际合作、推动全球数据隐私保护标准的统一与协调,显得尤为重要和迫切。

总之,数字经济的蓬勃发展促使传统经济法学理论进行深刻的反思和重构,以适应新的经济形态和社会需求,保障经济的健康有序发展和社会公共利益的实现。

二、进一步推进经济法学基础理论完善和发展的指导思

想和方法论

（一）指导思想和研究方法

进一步推进经济法学基本理论的完善和发展，着力研究“数字经济法理论”。研究方法不能脱离世界数字经济发展趋势和党和国家发展数字经济的大政方针的国内主流趋势。应当在习近平经济思想、法治思想的指引下，在已有的经济法理论研究成果基础上，结合最新的党的二十届三中全会全面深化改革精神，将数字化、法治化、现代化相结合，从中国式现代化实践为主，从中国和世界变革和实践中逐步总结提炼“数字经济法”的理论，通过理论总结、理论完善和理论创新，进一步推进经济法学基本理论的完善和发展。

（二）数字经济法理论可能涵盖的主要内容

1. 数字市场竞争规则。包括对数字平台的市场支配地位认定标准、垄断行为的判定方法、反不正当竞争规则在数字领域的适用等。探讨如何确保数字市场的公平竞争，防止数字巨头的垄断行为和不正当竞争手段。

2. 数据产权与交易制度。研究数据的产权归属、权利内容、数据交易的规则和机制。明确个人数据、企业数据和公共数据的权益边界，促进数据的合法流通和有效利用。

3. 数字消费者权益保护。涵盖数字消费者的隐私保护、个人信息安全、知情权、选择权、公平交易权等方面的法律保障。制定规则以防止数字经济中的欺诈、误导和不公平交易行为。

4. 数字税收法律制度。包括数字经济中的税收管辖权确定、税基计算、税收征管方式等。解决数字企业的跨境税收、电子商务税收等问题，确保税收公平和财政收入。

5. 数字金融监管法律。涉及数字货币、网络支付、互联网金融等领域的监管规则。防范数字金融风险，保障金融稳定和消费者的资金安全。

6. 数字知识产权保护。针对数字作品、软件、算法等新型知识产权的保护制度。适应数字技术发展对知识产权创造、运用和保护带来的变化。

7. 数字经济中的平台责任。明确数字平台在内容管理、交易安全保障、知识产权保护等方面的法律责任和义务。

8. 跨境数字经济法律规则。处理国际数字贸易、数据跨境流动、数字服务贸易等方面的法律协调和冲突解决机制，以促进数字经济的全球化发展。

9. 数字经济的宏观调控法律制度。包括利用法律手段规范和引导数字经济发展，制定数字经济发展战略、产业政策等，保障数字经济与实体经济的协调发展。

10. 法律责任与救济机制。明确数字经济活动中各类违法行为的法律责任形式和追究程序，建立有效的救济途径，保障受损方的合法权益。

三、经济法基础理论如何回应数字经济发展产生的问题

近年来，我国深入实施网络强国战略、国家大数据战略，先后印发《数字经济发展战略纲要》、《“十四五”数字经济发展规划》。根据《“十四五”数字经济发展规划》，到2025年，数字经济迈向全面扩展期，其核心产业增加值占国内生产总值（GDP）比重达到10%。

[2]根据国家数据局统计，2023年我国数字经济核心产业增加值占GDP比重达到10%，发展目标已提前实现，一个数字经济大国正不断开拓数字经济新蓝海。2021年1月，中共中央印发的《法治中国建设规划（2020—2025年）》提出，“要加强信息技术领域立法，及时跟进研究数字经济相关法律制度，抓紧补齐短板”。同年3月，十三届全国人大四次会议通过的《国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》提出，“构建与数字经济发展相适应的政策法规体系”、“加快推进数据安全基础性立法”。

我国相继出台网络安全法、数据安全法、个人信息保护法等法律法规，以加强对网络空间的治理和数据安全的保障，这为数字经济健康发展提供了法律基础和制度保障。目前我国先后有10余个省、市制定了地方数字经济促进条例，十四届全国人大常委会立法规划将《数字经济促进法》列入第二类项目，属于“需要抓紧工作、条件成熟时提请审议的法律草案”。然而，现有法律体系在应对平台经济中出现的垄断问题、数字货币的监管问题和跨境数据流动等新兴问题方面，还需要进一步完善。根据实践的要求，相关的经济法基础理论需要做哪些调整，从而有针对性地指导相关经济法治建设，在更高层次上提升网络化、数字化和智能化水平，实现中国式现代化的目标。

党的二十届三中全会提出，（1）要加快构建数字经济发展体制机制，完善促进数字产业化和产业数字化政策体系。（2）加快新一代信息技术全方位全链条普及应用，发展工业互联网，打造具有国际竞争力的数字化产业集群。（3）促进平台经济创新发展，健全平台经济常态化监管制度。（4）建设和运营国家数据基础设施，促进数据共享。（5）加快建立数据产权归属认定、市场交易、权益分配、利益保护制度，提升数据安全治理监管能力，建立高效便利安全的数据跨境流动机制。^①根据党的二十届三中全会精神，我们认为：

^① 《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》第三部分“健全推动经济高质量发展体制机制”，2024年7月18日中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议通过。

（一）数字经济时代经济法的基本理论仍然具有一定的解释力

我们承认，在数字经济时代，经济法赖以产生的经济体制基础并未发生改变，经济法的基本理论框架也不需要作出根本性的调整；同时，只有在现代市场经济体制下，通过依法实施宏观调控和市场规制，才能更好地推动数字经济的发展。因此，经济法学的本体论、价值论等相关基本理论，在数字经济时代仍然具有解释力。^①

（二）数字经济法理论创新必须运用互联网思维，必须进行理念更新和制度变革

数字经济是以互联网等信息技术为基础的发展起来的新型经济形态，网络的治理与传统的行政控制存在的最大差别就在于，网络治理是由政府、私营部门、第三部门及公民个体等众多行动主体合作开展的治理，所以要以新思维推进多元主体的治理协同，而不是只靠政府一家。

（三）创新和完善传统经济法基础理论，更好地回应数字经济发展产生的法律问题

经济法基础理论可以从以下几个方面回应数字经济发展产生的法律问题：

1. 调整调整对象范畴。将数字经济中的新主体、新行为和新关系纳入经济法的调整对象范畴。例如，明确数字平台、数据处理者等在经济法中的地位和权利义务。发展经济法的主体理论、行为理论、权义结构理论和责任论，推进经济法规范论的完善（1）拓展法律主体理论。明确数字经济中各类新型主体的法律地位和责任，包括数据控制者、算法设计者等，以实现责任的合理分配；在主体理论中探讨如何理解和确立平台、人工智能的主体地位。（2）在行为理论中思考如何对数据行为进行经济法规制。（3）在权义结构理论中分析如何保护各类主体的新型权利（包括消费者的个人信息权以及平台的权利与义务）（4）在责任理论中研究如何依法追究相关平台责任、数据主体责任、人工智能责任等等。以上将有助于发展经济法的主体理论、行为理论、权义结构理论和责任论，推进经济法规范论的完善。

2. 重塑价值理念。在公平、效率、秩序等传统价值基础上，更加注重创新和可持续发展。鼓励数字技术创新，同时保障数字经济发展的长期稳定和可持续性。当前，中央提出将沿海产业向中西部转移的战略决策，不仅仅是为了缓解沿海地区的压力，更是为了激活中西部地区发展潜力，实现区域协调发展的国家战略目标。这次产业转移发生在信息化、数字化的时代背景下，为我们提供了新的机遇和解决方案。比如，通过发展数字经济，可以在一定程度上突破地理限制，实现产业远程协同。利用大数据技术，可以更精准地进行产业布局和资源配置。

3. 优化政府干预理论。重新审视政府在数字经济中的干预边界和方式。完善主要由市

^① 张守文：《面向中国式现代化 建构经济法学自主知识体系》，《光明日报》，2024年9月19日11版。

市场供求关系决定要素价格机制，防止政府对价格形成的不当干预。既要防止过度干预阻碍创新，又要确保在市场失灵时及时有效地介入，如对数字垄断的规制。

4. 完善竞争法理论。（1）加强公平竞争审查刚性约束，强化反垄断和反不正当竞争。（2）培育全国一体化技术和数据市场。（3）健全劳动、资本、土地、知识、管理、数据等生产要素由市场评价贡献、按贡献决定报酬的机制。（4）针对数字经济中独特的竞争模式和垄断行为，更新市场支配地位的认定标准，纳入数据优势、网络效应等因素。

5. 构建数据治理理论。从经济法角度探讨数据的权属、流通规则和监管机制，平衡数据保护与利用的关系。

6. 发展产业政策理论。制定适应数字经济特点的产业政策，促进数字产业的优化升级和协同发展，推动数字技术与实体经济的深度融合。（1）加快构建促进数字经济发展体制机制，完善促进数字产业化和产业数字化政策法律体系。（2）加快新一代信息技术全方位全链条普及应用，发展工业互联网，打造具有国际竞争力的数字产业集群。（3）促进平台经济创新发展，健全平台经济常态化监管制度。（4）建立和运营国家数据基础设施，促进数据共享。（5）加快建立数据产权归属认定、市场交易、权益分配、利益保护制度。（6）提升数据安全治理监督能力，建立高效便利安全的数据跨境流动机制。

7. 创新监管理论。数字经济的发展对市场监管法律制度提出了更高要求，要符合数字经济发展规律，在监管理念、体系、模式等方面改革创新。（1）坚持在法治轨道上完善监管。不断改革和完善法律制度，持续提高监管法治化水平，提升监管体系的稳定性和可预期性，加强与企业、社会公众的常态化沟通，加强合法性审查、宏观政策取向一致性评估，以适应数字经济的发展趋势，保障市场的公平竞争和有序运行。（2）明确监管对象和范围。完善相关法律法规，对数字经济中的各类主体和业务进行清晰界定。（3）创新监管方式。建立适应数字经济快速变化和跨界融合特点的监管模式，创新监管方式，推进跨部门、跨区域协同联动执法，一体推进法治监管、信用监管和智慧监管，增强监管穿透力，提高监管的灵活性和有效性。强化市场准入、公平竞争、网络安全审查等常态化监管工作的协同配合。（4）提升监管技术能力。运用大数据、人工智能等技术手段，提高监管的精准性和效率。（5）加强国际监管合作。建立跨境监管协调机制，促进各国在数字经济监管方面的信息共享和执法协作。

8. 强化责任理论。《数字经济促进法》法律责任的设计不仅关乎数字经济的健康、可持续发展，也涉及社会公平、公正和法治建设。《数字经济促进法》法律责任单独成章存在重要意义和必要性，在进行宏观制度和具体条款设计时，应秉持促进发展和监管规范并重的原则，明确对数字经济领域违法行为的处罚措施，形成有效的法律威慑，同时避免过度监

管抑制创新，从而保障数字经济在法律框架内有序、高质量发展。

数字经济下法律责任的认定是一个复杂的问题，涉及多个方面和不同的情况。在构建数字经济法律责任框架时，应包括以下几个关键组成部分：（1）违法行为分类与界定。法律责任框架首先需要清晰地定义和分类可能的违法行为，包括但不限于数据泄露、侵犯个人隐私、不正当竞争、滥用市场支配地位等。（2）罚则设计。根据违法行为的性质和严重程度，设定相应的罚则。包括但不限于警告、罚款、责令改正、吊销许可证、停业整顿等。对于轻微的违法行为，可以设置教育改正机制；对于严重违法行为，则应有严厉的法律制裁，以产生足够的威慑力。（3）设立容错机制。在法律责任框架中，对于主动改正错误、提前预防违法行为、积极参与数据安全和隐私保护的企业，应当建立合理的容错机制，允许企业在探索创新过程中有一定的试错空间，用以彰显对新技术、新产业、新业态、新模式的鼓励与审慎包容。（4）预防性措施与前瞻性条款。考虑到科技的快速发展，法律责任框架应包含预防性措施，如定期评估和更新法律责任条款，以应对可能出现的新问题。（5）国际协调与兼容性。应密切关注国际上对数字经济领域的最新立法动态，如《数字经济伙伴关系协定》、《区域全面经济伙伴关系协定》、《通用数据保护条例》、《金砖国家数字经济伙伴关系框架》等，跟踪和分析这些国际协议和框架的内容，以及它们对本国数字经济发展的影响，适时调整和完善本国的法律责任体系。^①

明确数字经济活动中违法违规行为的法律责任，包括民事、行政和刑事责任，不同的数字经济领域和具体情况可能会有不同的法律责任认定标准和方法，这需要结合具体案例进行详细分析和判断，以确保法律责任的认定公平、合理、准确。

9. 推动国际合作理论。鉴于数字经济的全球性，应对跨境数据流动、数字贸易规则等问题，应加强国际经济法领域的合作，建立跨境数据流动法律协调机制，建立统一的数据保护标准和监管要求，促进跨境数据自由流动；加强国际执法合作，共同打击数据违法行为，维护全球数字经济的安全和稳定。

通过以上方面的理论创新和完善，促进经济法基础理论能够更好地回应数字经济发展带来的法律挑战，为数字经济的健康发展提供有力的法律支撑和保障。

参考文献：

1、《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》，2024年7月18日中国共产党第二十届中央委员会第三次全体会议通过。

^① 参见王文华：“论《数字经济促进法》法律责任章之应然建构”，《法学杂志》，2024年09月12日。

- 2、吕志祥著：《经济法基础理论研究》，九州出版社 2021 年 8 月版。
- 3、孙韶阳：《平台与政府：数字经济时代的市场治理模式转型与重构》，浙江大学出版社 2024 年 3 月版。
- 4、高艳东、王莹等主编：《数字法治：数字经济时代的法律思维》，人民法院出版社 2021 年 6 月版。
- 5、张守文：《面向中国式现代化 建构经济法学自主知识体系》，《光明日报》，2024 年月 19 日 11 版。
- 6、王文华：“论《数字经济促进法》法律责任章之应然建构”，《法学杂志》，2024 年 09 月 12 日。

经济法视角下平台经济高质量发展的保障机制

齐保*

内容提要：在平台经济迅速发展的背景下，如何促进其高质量发展已成为亟待解决的重要课题。本文围绕“助力平台经济高质量发展的经济法保障”主题，探讨了平台经济的概念、发展现状及其面临的挑战，并分析了促进高质量发展的经济法保障措施。通过对平台经济竞争法、数据治理与隐私保护、劳动关系及消费者保护等方面的深入研究，指出应完善相关法律体系，推动法律创新，以适应新兴商业模式的需求。此外，还提出了建立平台经济多方共治机制的必要性，强调政府、平台企业、消费者及社会组织等多方的协同治理。通过明确各方责任与义务、促进信息共享与沟通，形成有效的治理网络，以应对平台经济带来的复杂挑战。最后，本文认为，只有通过综合施策和各方合作，才能确保平台经济的健康、可持续发展，为推动社会公平与正义作出贡献。

关键词：平台经济；高质量发展；经济法保障

* 齐保，香港中文大学法学硕士。

中国式现代化视域下多元化 ESG 信息披露规制模式研究

王亚萍*

(中南财经政法大学 法学院, 湖北武汉 430073)

摘要:ESG 发展对企业新质生产力水平具有重要促进作用, ESG 信息披露是 ESG 法律制度体系中的重要内容, 也是 ESG 发展的关键法律机制之一。在目前发展新质生产力的时代背景下, 我国的 ESG 信息披露规制模式尚不明确, 也缺乏顶层设计, 这无疑不利于 ESG 信息披露制度实效性的发挥, 也致使所披露的 ESG 信息质量不高、真实性存疑。既有 ESG 信息披露制度问题的关键是未正确认识到 ESG 信息披露的规制性本质, 以及固有的规制性缺陷。基于此, 以规制理论为研究范式, 对自愿披露、强制披露和半强制披露这三种 ESG 信息披露规制模式, 以及三者之间的逻辑关系, 进行重新认知, 确定构建自愿披露、强制披露和半强制披露共存的多元化 ESG 信息披露规制模式。以顶层设计构建为出发点, 实现多元化 ESG 信息披露规制模式的制度化呈现。

关键词:ESG 理念; 规制理论; 企业社会责任; ESG 信息披露规制

Research on the diversified ESG information disclosure regulation mode from the perspective of Chinese modernization

Abstract : ESG development plays an important role in promoting the level of new productivity of enterprises. ESG information disclosure is an important part of ESG legal system and one of the key legal mechanisms for ESG development. Under the background of the current development of new quality productivity, China 's ESG information disclosure regulation model is not clear, and there is a lack of top-level design, which is undoubtedly not conducive to the effectiveness of the ESG information disclosure system, and also leads to the disclosure of ESG information. The quality is not high and the authenticity is in doubt. The key to the existing ESG information disclosure system is that the regulatory nature of ESG information disclosure and the inherent regulatory defects are not correctly understood. Based on this, taking the regulation theory as the research paradigm, this paper re-recognizes the three ESG information disclosure regulation modes of voluntary disclosure, mandatory disclosure and semi-mandatory disclosure, as well as the logical relationship among the three, and determines to construct a diversified ESG information disclosure regulation mode in which voluntary disclosure, mandatory disclosure and semi-mandatory disclosure coexist. Starting from the construction of top-level design, the institutionalized presentation of diversified ESG information disclosure regulation mode is realized.

Keywords : ESG concept ; regulation theory ; corporate social responsibility ; eSG information disclosure regulation

* 基金项目: 国家哲学社会科学基金后期项目: 生态环境损害责任抗辩事由类型化研究 (23FFXB070)

作者简介: 王亚萍 (1998—), 女 (汉族), 中南财经政法大学法学院博士研究生, 主要从事环境法研究, 联系电话: 15623630980。

数据资产对经济法规范秩序的影响研究*

——基于法律环境的调节效应

王紫玉

内容提要 数据资产作为新型资产,因数据要素的复杂外部性而在市场经济中体现出双向影响效应。为了探究数据资产对经济法规范秩序的影响,本文运用2012-2022年中国A股上市公司的数据,通过回归分析方法实证考察了公司数据资产水平对规范性秩序的影响以及法律制度的调节效应。研究发现,数据资产会显著提升公司履责表现,但同时也会加剧违规,通过滞后解释变量法、工具变量法等稳健性检验后该结论仍成立;法律环境对数据资产的规范性表现存在显著的调节效应。由于存在守法成本、加剧区域竞争、缺乏可操作性,同时在规制方面存在重权利、轻治理的问题,法律环境体现出对履责主效应的显著负向调节效应对对违规主效应的正向调节作用。据此,提出数据资产分类规制,以数据权利义务体系研究为支撑,分级分类建立履责与合规标准、探索数据资产课税制度的启示。

关键词 数据资产 社会责任 违规 法律环境 调节效应

* 作者简介:王紫玉,湖南大学法学院博士生,研究方向:公司法与知识产权法。本文系湖南省研究生科研创新项目“知识产权出资法律制度研究”(CX20240351)的阶段性成果。

中国式现代化的新质生产力法治规制研究

四川省资中县法学会 文国云、代 军*

摘要：创新驱动新质生产力是实现中国式现代化的重要基础，法治保障是把稳新质生产力发展方向的舵盘船锚。本文以中国式现代化为视阈，从新质生产力对国家治理能力的挑战入手，分析新质生产力各要素对法治保障的现实需求，从目标导向的基础性、发展方式的驱动性、政策法规的创新性、解决问题的实践性、全面全程的系统性、国内国际的交互性等六个方面探析新质生产力法治保障的构成，从目标基础的薄弱、变革方式的僵化、法制规则的滞后、实践解题的短板、整体系统的疏漏、开放合作的桎梏等六个层级研判新质生产力法治保障的困境，并从目标基础的提升、变革方式的灵动、法制规则的优化、实践解题的前瞻、整体系统的补短、开放合作的升效等六个维度明晰创新驱动新质生产力发展法治保障的路径措施。

关键词：新质生产力；法律规制；路径措施

发展新质生产力是实现中国式现代化的重要基础^[1]。2023年9月，习近平总书记在黑龙江考察调研时首次提出“加快形成新质生产力”^[2]，迅速在学术界、经济界引起热烈反响。2024年7月，党的二十届三中全会部署进一步全面深化改革、推进中国式现代化的15个方面60项具体任务，坚持以新发展理念引领改革，提出“健全因地制宜发展新质生产力体制机制”“推动技术革命性突破、生产要素创新性配置、产业深度转型升级”^[3]。这既是生产力理论体系的创新发展，也是中国特色社会主义生产力的丰富完善。在全面依法治国、建设法治中国的时代背景下，在进一步全面深化改革、推进中国式现代化的宏伟征程中，新质生产力为加快构建现代化产业体系提供崭新方向，凸显新兴产业和未来产业的发展定向，彰显解决新时代社会主要矛盾的关键动向，体现高质量发展转型的趋势走向。随着科学技术迭代更新、经济社会加快发展，新质生产力与新质生产关系如何顺利实现叠加、耦合、提档、增质，已成为推动新时代高质量发展的现实课题和动力源泉。新质生产呼唤新质生产关系，新质生产关系呼吁加快建设社会主义法治建设，亟待创新驱动新质生产力发展的法治保障研究，更好发挥法治固根本、稳预期、利长远的保障作用^[4]，为创新驱动新质生产力发展保驾护航，不断提升国家治理体系和治理能力现代化水平^[5]。

一、问题缘起：创新驱动新质生产力发展对国家治理能力的现实挑战

与传统生产力相比，新质生产力的内涵特征具有发展新动能、新速度、新模

* 作者简介：文国云，男，1982年12月生，硕士，四川省资中县委常委、政法委书记、县法学会党组书记，主要从事平安建设与基层治理研究；代军，男，1978年11月生，硕士，四川省资中县委政法委副书记、县法学会常务理事，主要从事平安建设与基层治理研究。

通联方式：641000 四川省资中县桂花街38号资中县行政中心710办公室，

联系电话：文国云（18096338288）、代军（13990534273）

电子邮箱：puziwan@126.com

式和高质量等特点。亚当·斯密对于生产力的认识主要指劳动生产力。这个时期对生产力的理解还停留在直观认识上，未形成科学体系的认识和概念。马克思、恩格斯关于生产力的思想在经历孕育、幼年、转型、成熟等四个阶段之后，形成了决定生产关系的生产力的科学认识概念。改革开放以来，中国共产党坚持“三个有利于标准”，把发展生产力放在首位，主动变革生产关系及其实现形式，促进生产力的不断解放和丰富发展，诞生了“科学技术是第一生产力”这一重要论断，科学技术在社会生产力中的作用日益彰显，成为举世认同的发展源泉。步入21世纪，以大数据、大智能、大算力等为代表的数字技术加速推进、愈演愈烈，引发生产力不断迭代升级，生产关系因势利导努力适应生产力发展需求。2023年以来，学术界对新质生产力的探讨由表及里、由浅入深、由实及里，进一步丰富了新质生产力的内涵和外延。就新质生产力概念界定而言，有学者认为，新质生产力是由战略性新兴产业和未来产业所催生的具有高效能、高质量的利用自然及改造自然的能力，具有主导性、前瞻性、目的性等显著特质^[6]。也有学者认为，新质生产力中“新”的含义为新要素、新产业、新技术，“质”的含义为高质量、多质性、双质效。法律是治国兴邦之重器，也是治国理政的基本方式。创新驱动新质生产力已成为党治国理政的重要内容，离不开强有力的法治约束。习近平总书记在二十届中共中央政治局第十一次集体学习时强调“生产关系必须与生产力发展要求相适应。发展新质生产力，必须进一步全面深化改革，形成与之相适应的新型生产关系”^[7]。因此，把新质生产力纳入法治化、制度化轨道，就要融会贯通、全面落实习近平法治思想和习近平经济思想，以法律的武器保护新质生产力，用法治的力量建设、完善、发展新质生产力。新质生产力对中国式现代化的最大挑战，实际上是治理能力、治理体系和治理模式的全面重塑^[8]。新质生产力引发的治理变革，更多体现在“在法治轨道上建设社会主义现代化国家”治理理念、治理体系、治理机制等多维度、多层面。自上世纪80年代以来，因全球化、现代化影响，绝大多数国家、地区进行了生产力和生产关系系统地深度转型，各国各地区之间的关系不确定性、复杂性愈加凸显，因此加强中国式国家治理的法治主线、彰显中国式国家治理的法治价值以及强化中国式国家治理的法治保障，将更好地助推创新驱动新质生产力的全面跃升，充分彰显中国之治的效能和水平。

（一）劳动能力的发挥泾渭分明。作为生产力中最为活跃且能起决定作用的劳动者要素，其劳动能力是一个不断发展、完善、提高的过程。从最初生产力的体力、脑力劳动者，发展到新质生产力阶段的“数字劳动者”，人工智能、信息系统、科技创新赋予了劳动者更高智慧、更高效率、更多产出的能力。然而，站在“新质生产力”顶端的“数字劳动者”毕竟是少数，更多的是一般体力劳动者、脑力劳动者，他们也成为整个社会构成的不可或缺部分。新质生产力发展得越好，“数字劳动者”不仅可以取代高科技、新智能、数字化的行业从业人员且效率更高，亦可替代普通人的劳动，如武汉的“萝卜快跑”引发中年司机失业正是印证了这一点。法如空气须臾不离，因此要正视劳动者劳动能力的差异带来的社会公平及相关风险，而这种解决的办法必须要依靠法治，依靠不断提升的国家治理体系和治理能力的现代化。

（二）劳动资料的变更日新月异。劳动资料指的是劳动者用以影响和改变劳动对象的一切物质资料的总和，包括生产工具、土地、建筑物、道路、运河、仓库、机器、设备、厂房等^[9]。劳动资料随着生产力的不断发展而发生变化。在奴隶社会时代，劳动资料集中被奴隶主占有，此阶段的所谓法治保障就是维护奴隶

主的利益。在封建社会时代，封建主掌握着土地资源，而农奴则需依附于封建主，为其耕种土地，此时的所谓法治保障就是巩固地主阶级的利益。在社会主义时代，劳动资料、生产资料归全体人民所有，实现了对私有制的取代，社会主义法治保障全体人民的合法利益。在新质生产力加快发展的时期，法治要成为调和矛盾风险的晴雨表、稳定器，预防化解监管与过度干预之间的矛盾，保护科技创新及市场主体的合法权益。在新质生产力发展的时代，世界科技、创新、技术等交流更加密切，国家及地区的边界不再成为科技交流合作的鸿沟及阻碍。发端于一国一地的生产力“新”“质”的最新成果都可能扰动全球，引发新的交流及漩涡。正如诞生于美国马斯克的火箭回收、人工智能 GPT 自动完成代码等科学技术，虽然产生于单个国家或地区，却构成了全球性影响、世界级抢占，引发新一轮技术革命。

(三) 劳动要素的影响持续加深。从传统劳动要素看，生产力最先是由人和自然条件两个要素构成，而后逐步转变成由人、自然条件和劳动工具三个要素构成^[10]。随着生产力的发展，其要素也在不断地丰富发展，发生着由“量”到“质”的改变。在生产力只有人和自然条件这两个要素的情况下，劳动力与劳动对象、自然条件之间的关系是非常稳定单一的；在生产力由劳动者、劳动资料、劳动对象三要素构成的情况下，劳动对象提质升级、扩面增容，不再是单一的自然条件，也包括各种半成品、加工物；在新质生产力发展的时代，其要素已不局限于劳动者、劳动对象、劳动资料等，技术作为第四大要素带来的影响是绝对的、深远的、持久的，科学技术的发展进步带来生产力的全面提升，也会对落后产业带来毁灭性的沉重打击。受此情形影响，务必抢抓新质生产力带来的机遇挑战，发展新质生产要素，才能为推进中国式现代化和实现经济高质量发展贡献更多力量。现阶段发展新质生产力，推动跨越式高质量发展，其机遇可遇而不可求，但矛盾和问题也是现实存在的，务必以法治手段、法治思维解决生产力发展过程中的共性及个性问题。这就需要以法治的系统观念、整体协同、创新求实思维来保障和驱动新质生产力发展，以回应新质生产力的法治保障需求。

二、肌理剖研：创新驱动新质生产力发展法治保障的要素构建

在从国家治理体系和治理能力现代化角度推进创新驱动新质生产力法治保障的视阈下，新质生产力法治保障的构成可分为目标导向的基础性、发展方式的驱动性、政策法规的创新性、解决问题的实践性、全面全程的系统性、国内国际的交互性等六个方面。

(一) 目标导向的基础性。创新驱动发展新质生产力的目标是法治保障应该优先解决的事项。在新质生产力目标设置的阶段，决定着劳动者的行为规范及合法权益保护、劳动资料、生产工具的生产分配使用及保护、劳动对象的获取利用及保护等问题能够进入法治保障视野，成为法治保障对象。发展新质生产力的目标任务应由党政主导，企业在一线实践探索，以政府主导型、社会共促性、企业创始型为主。法治保障新质生产力的多元要素即劳动者、劳动资料、劳动对象等基础性的“权利和义务”，提前对新质生产力引发的“新质生产多要素”变革可能带来的风险隐患进行辨识、评估、预警及处置。这是法治保障的逻辑起点，需要对可能面临的各种风险提前预判，将隐患控制在萌芽、解决在未发。法治保障体系应及时捕捉“新质生产多要素”的风险信号，提前预设消除风险隐患的法治治理措施，前置相关法律基础性条款，发挥法治夯基础、固根本、稳预期、利长远作用^[11]。

(二) 发展方式的驱动性。新质生产力相对于传统生产力，代表最先进的生

产力，代表生产力的最新发展方向，必须坚定不移地以法治推动前行、护航经济发展。新质生产力是中国人民和中国共产党历经百年沧桑的探索实践，在战胜各种内忧外患、克服各种深重苦难的情况下形成的与时俱进理论成果，发展方式没有现成经验和固定答案。法治要为新质生产力的存在样态、发展规律、发展方式提供有力的条件和保障，以更加积极主动的作为推动新质生产力快速前进。作为维系市场经济健康运行基石的法治体系，如同市场的守护者，应当坚定不移地维护市场公平竞争，保障新质生产力各类市场主体权利共享、义务共担、协同发展，引导塑造市场的形态与走向，确保“新质生产多要素”的合法权益得到妥善保护，更好地激发各方参与积极性与创造性。应更加重视法治保障的作用，充分发挥市场资源配置的决定性作用，着重引导各种资源聚焦科技引领、创新驱动、技术突破、新兴产业等新质生产力的重点领域，创造良好营商环境和竞争环境，以高水平的法治激发新质生产力内生动力。

（三）政策法规的牵引性。习近平总书记指出“发展新质生产力，必须进一步全面深化改革，形成与之相适应的新型生产关系”。作为新质生产关系中最关键之一的法治保障，在目标导向的基础性之上和发展方式的驱动性之后，应明确坚持发展新质生产力需要的规划和制定政策是否有效与法治保障的创新性相关联。新质生产力的产生从劳动者的素质提升、劳动资料的创新形成、劳动对象的改造优化中，不仅体现出技术和经济迭代更新过程，也展现出这是一个政治社会逐渐变革的过程。从人类发展历史上生产力的数次变革进程来看，每一次生产力的跃升与进步，都需要相应的生产关系来适应，包括法治保障在内的上层建筑也会反作用于新的生产力。英国著名学者卡洛塔·佩蕾丝曾指出，制度领域思维地图所盘踞的地方，是标准、法律、规则、监督机构和负责社会治理的整个结构所组成的网络。新质生产力的“新质生产多要素”能否顺利引领科技创新、能否推动技术革命、能否实现经济增长，还取决于现有的制度特别是法治体系能否得到普遍认同，促进并正向作用于新质生产力。因此，作为新质生产力法治保障政策法规的创新性尤为重要，应当坚持守正创新，唯有与“新质生产多要素”形成强大的耦合力，方可有效调节经济体系与政治社会的关系，尽量克服或减小新质生产力对既有生产关系的影响，保障新质生产力引发的技术和经济质变不会引发政治社会方面有影响的停滞变动甚至萧条危机。

（四）解决问题的实践性。习近平总书记指出，坚持问题导向是马克思主义的鲜明特点^[12]。基于新质生产力的形成过程及其对社会生产组织方式和社会再生产过程产生重要影响等因素，往往会诱发系列新的社会问题。创新驱动新质生产力发展面临问题的复杂程度、解决问题的艰巨程度明显加大。比如，武汉的萝卜快跑运营，引发出租车司机和网约车司机失业等问题。聚焦新质生产力变革中遇到的深层次问题，“新质生产多要素”实践中遇到的人民群众急难愁盼问题，包括新质生产力引发的国际变局中的重大问题，应当坚持问题导向，善于运用法治思维、法治方式来考量，增强忧患意识和问题意识，把防范化解发展新质生产力带来的风险挑战摆在突出位置，把问题困难估计得更充分一些，把各种风险隐患思考得更深入一些，因地制宜下好法治护航先手棋，因势利导打好法治保障主动仗。由此，作为新质生产力的法治保障，务必坚持一切从实际出发、坚持公平公正公开原则，聚力打通束缚新质生产力发展的焦点、堵点、卡点、难点，紧紧围绕创新“新质生产多要素”配置方式，建立与深化经济体制、科技体制、新兴产业等新质生产力变革相适应的法治体系，营造良好国内国际环境，以高水平法治保障为新质生产力的形成提供“加速器”“稳速带”。

（五）全面全程的系统性。习近平总书记指出，改革要更加注重系统集成，坚持以全局观念和系统思维谋划推进，加强各项改革举措的协调配套，推动各领域各方面改革举措同向发力、形成合力，增强整体效能^[13]。在生产力发展的历史上，古典政治经济学时期形成了“二元论”观点，即指生产力的构成要素包括人和土地。从马克思经济学思想来，劳动者、劳动资料、劳动对象是生产力最为基本的“三要素”。在发展到改革开放的1994年，提出了“绿色生产力”概念，绿色生产力是在可持续发展战略基础上提出的基于操作和实践层面的的一个定义。有学者认为，新质生产力是生产力系统演进的结果，只有从系统结构、系统演化逻辑和动力机制中，方可准确把握发展新质生产力推动高质量发展的堵点、难点和重点。回顾生产力发展历程，尤其是马克思关于生产力系统构成要素的论断，对系统认识和把握新质生产力法治保障尤为重要。社会生产的起始阶段、先后步骤以及新质要素等新质生产力系统内部的协同和有序运转，唯有紧紧依靠法治保障方式方可优化实现。由此，法治保障既要统筹兼顾，也应系统全面，充分考量新质生产力变革导致利益格局的变化、社会矛盾的产生等，兼顾全局和局部、当前和长远、宏观和微观、主要和次要、特殊和一般等关系^[14]，做到前瞻性思考、全局性谋划、整体性推进，更好地发挥法治固根本、稳预期、利长远的保障作用，运用法治思维和法治方式凝聚共识，以更高水平法治建设护航新质生产力稳步发展。

（六）国内国际的交互性。涉外法律制度是国家法制的重要组成部分，是涉外法治的前提基础保障。新质生产力的核心是创新驱动，载体是产业支撑，关键是技术突破，应加快构建高效规范、公平竞争、充分开放的全国统一大市场，推动国内市场与国际市场更好联通，促进要素跨境自由有序安全便捷流动，提高中国在国际经济治理中的话语权，在国际竞争和合作中取得新优势。增强新质生产力法治保障国际国内的交互性，应统筹推进国内法治和涉外法治，建设同新质生产力发展要求相适应的涉外法治体系和能力，聚焦联系国内与国际两类涉外法律法规体系的完善，助力打造开放层次更高、营商环境更优、辐射作用更强的对外开放新高地。要坚持立法先行、立改废释并举，加快推进国家安全、知识产权保护、智慧算法等新质生产力重点领域的涉外立法，积极运用法治思维和法治方式应对外部关于新质生产力的风险挑战，更好地维护海外利益，充分彰显法治大国、文明大国形象。同步，应以国家涉外法律制度为依据，积极参与全球治理体系改革和建设，主动参与国际规则制定，提高中国影响国际法规形成和发展的话语权和影响力，打造护航新质生产力发展的“涉外法治之翼”。

三、辨症探析：创新驱动新质生产力发展法治保障的困境成因

新质生产力法治保障的建设在实践中存在一些挑战与潜在风险，集中表现为目标基础的薄弱、变革方式的僵化、法制规则的滞后、问题实践的短板、整体系统的疏漏、对外交流的桎梏。

（一）目标基础的薄弱。新质生产力目标基础的现状是法治保障的原点。新质生产力不仅作用于传统的国家治理模式，也作用于既有的法治保障体系，并随之带来全方位冲击。新质生产力是一个包括劳动者、劳动资料、科学技术、自然条件、社会过程等多要素复合的系统，其发展演化必然依靠诸多要素的运动、转移、量变、质变，具有复杂性、不确定性和不可控性，以致科学技术的创新性发展、社会生产的突破性扩大，容易放大法治基础的不足。

（二）变革方式的僵化。就传统生产力而言，生产关系往往落实于生产力的发展。在大力发展新质生产力的今天，作为重要生产关系之一的法治保障，也滞

后于新质生产力的发展。法治的刚性和严谨的程序往往针对解决某些单一问题，被动性、等待性、观望性是其突出特点，在出现新质生产力相关危机情境或法治窘境时，其模糊性、零散性、陌生性易导致法治变革方式的僵化。

（三）法制规则的滞后。从现有文献研究材料来看，新质生产力将引发新的生产方式和经济形态革命，人类社会将经历一场有广度和深度的结构性重塑。这种重塑将深刻地改变政府治理的形态、对象、主体和生态，并对法治保障提出更高要求。类似复杂性与不确定性，给新的法制规则制定带来了困难。更为重要的是，现有的法制规则会竭力维护现状，反作用于新质生产力法治规则的重塑，以致其滞后于新质生产力发展进程。

（四）实践解题的短板。从新质生产力理论的提出到全国各地积极响应，在实践上还存在着一定短板缺陷。在发展需求上，存在科研创新投入不合理等情况，特别是基础研究投入占比明显过低等问题。在发展转型上，存在产业基础能力较为薄弱的情况，战略新兴产业占比仅为13%。在发展步伐上，存在制度环境不健全的情况，政府主导过多，知识产权保护不强，法律体系不完善，理论决定于实践并反作用实践的进程亟待加快。

（五）整体系统的疏漏。新质生产力是生产力系统演进到数字时代的历史必然，其主要构成要素持续不断发展。从矛盾论来看，新质生产力内部要素的关系是一个由平衡至失衡再平衡不断螺旋式上升的发展过程。作为新质生产力外部关键要素的法治保障，在一定程度上反作用于新质生产力，只有顺应和适应新质生产力的法治，才能促进新质生产力发展。新质生产力的内部要素的失衡必然影响外部要素，而为之提供保障的法治需要积极顺应和适应，由此法治保障不及时、不全面、不到位的情况自然也易发生。

（六）开放合作的桎梏。新质生产力既是中国的创新，但也是世界的成果。新质生产力引发的科技创新、产业升级、数字提能等，也应该也必将为世界作出贡献、让世界各国人民受益。目前，世界单边主义、保护主义和霸权主义沉渣泛起。我国涉外法律法规体系的实践功能嗷嗷待哺，知识产权保护、贸易投资、民商事争议以及网络数据、公共卫生、深海外空等领域的涉外立法亟待加强，法治应对能力需进一步完善和提升。

四、靶向施策：创新驱动新质生产力发展法治保障的路径措施

推进创新驱动新质生产力发展法治保障的现代化，需要从目标基础、变革方式、法制规则、问题实践、整体系统、对外交流等六个维度入手。

（一）目标基础的提升。新质生产力是高质量发展的重要引擎，法治在新质生产力形成和发展过程中发挥着固根本、稳预期、利长远的保障作用。一是健全机制固根本。善于运用法治力量，将促进新质生产力发展的产权归属、利益分配、资源配置、激励创新、开放合作等根本性、基础性制度机制，用法制规则固定下来，用法治严格执行并遵守，为新质生产力发展奠定坚实基础。二是凝聚共识稳预期。公平正义是法治的生命线，法治是社会发展的安全阀。新质生产力各类要素需要依靠法治环境，公平竞争才能稳定预期、凝聚共识。司法机关处理涉新质生产力相关案件，应当坚持对各类所有制企业一视同仁、平等对待，守住维护社会公平正义的最后一道防线。三是主动调整利长远。法治保障要主动适应新质生产力发展要求，破除阻碍或影响“新质生产多要素”尤其是桎梏科技创新进程的体制机制壁垒，努力以新质法治适应和推动新质生产力快速发展，实现法治与新质生产力的良性互动，同频共振，相得益彰。

（二）革新方式的灵动。变革是时代进步的特征和要求，也是推动历史前进

的动力。法治要为新质生产多要素的互相促进、互相提升创造良好法治环境和法治秩序，既鼓励先行先试，又要审慎包容，有效促进政府与市场“双向奔赴”。一是创建良好营商环境。公平竞争是新质生产力健康发展、创新活力的关键。法治应有力促进新质生产力要素特别是生产资料等公平竞争政策制度化、规范化，加强反垄断和反不正当竞争执法，破除地方保护和行业壁垒，依法营造良好环境。二是规范新兴要素参与。新质生产力是高质量、高投入的生产力，具有传统生产力无法比拟的优势。法治应着力规范资本要素参与，注重资本市场的法治监管和风险防范，引导资本有序推动新质生产力升级发展、各类生产要素科学配置，防止资本无序扩张、野蛮生长。三是强化包容审慎监管。法治既要鼓励新质生产力各要素的实践探索，在一定程度和范围内先行先试、创新求变，在新质生产力的要素耦合、有序协同、多元演变等发展阶段探索建立回应、促进、友好等包容审慎监管机制，建立完善国家及地方各级层面的“监管白名单”。

（三）法制规则的优化。高质量法治建设是新质生产发展的有力保障，需要坚持法制规则的优化保障新质生产力始终在法治轨道上快速发展。一是强化法治保障力量。中国式现代化法治的核心领导力量是中国共产党，强化党的领导法治化是发展新质生产力的关键因素。在发展新质生产力的过程中，应以法的形式将党的领导写入科技创新、信息数据、智能技术等法律文本，彰显党的领导在推进新质生产力发展的关键作用。二是进化生产关键要素。从生产力发展历程看，各要素中最为活跃的是“数字劳动者”。应通过法治规定，突出劳动者在新质生产力中的主体地位，将“数字劳动者”与科技创新、权益侵害、工作时效等纳入相关法律法规，用法治确保其获得更强的获得感、安全感和幸福感。三是固化要素协作规范。新质生产力是一个以劳动者、劳动资料、劳动对象为基本要素的复杂系统。高质高效推进新质生产力，必须注重内部各要素之间的协作联动。应充分运用法治的引导作用，对新质生产力发展过程中引发的专利保护、科技转化、伦理挑战、垄断侵权、“虚拟职业病”等要素失衡予以规范，完善前沿科技立法、新技术立法等，善于从“未来法学”角度引导新质生产力各要素互联互通。

（四）实践解题的前瞻。法治是塑造未来国家核心竞争力与话语权的先手棋，应以法治保障新质生产力始终引领战略性新兴产业和未来产业发展。一是以法治支撑强保障。强化法治的支持、引导、推动、规范作用，及时修改、废止不适合新质生产力发展的现行法律法规和政策文件，针对新质生产力发展趋势规律，提高涉新质生产力产业发展法律法规的聚焦、快捷、全面、实用等作用，将现行成熟的经验举措系统集成成为政策、上升为法律法规，用法治的前瞻性为新质生产力提供坚实保障。二是以法治护航推产业。产业是新质生产力主要载体，发展新质生产力的战略目的在于以产业升级构筑竞争新优势，赢得发展的主动权。应加快制定促进人工智能、生物技术、电子金融等新兴产业发展领域的法律法规，护航新经济新业态的健康发展，以良法善治塑造和发展新质生产力发展新动能新优势。三是以解决愁盼促共享。党的二十届三中全会指出，要在发展中保障和改善民生是重大任务。发展新质生产力，应当站稳人民立场，将科技创新作为保障和改善人民生活的目标任务，将新质生产力各要素纳入法治体系，推动形成新质生产力发展为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享的格局。

（五）整体系统的补短。系统观念是科学的方法论，应找准影响新质生产力法治保障效能的短板难点，凝聚法治保障整体合力。一是建章立制统筹建。法治体系各环节能否有效衔接、互动、协同，将影响新质生产力实现程度。坚持系统观念，应进一步理顺法治体系的导向机制、执行机制、监督机制，因地制宜、因

企制宜实现整体优化，最大限度地发挥法治保障作用。二是凝心聚力统筹聚。办好中国的事情，关键在党、关键在执行。再好的法治，没有坚强的领导和坚决的执行，也难以发挥作用。坚持系统观念，应整体提高法治体系中党的执政能力、政法机关的执法能力、产业主体的守法能力、劳动者个体用法能力，以高水平的法治保障提升护航新质生产力发展水平。三是知行合一统筹办。新质生产力各要素，本就是一个有机整体，务必以系统的法治观念认识和解决新质生产力发展过程中的各种问题。坚持系统观念，应强化党的集中统一领导，保障新质生产力法治总目标、总方向、总价值正确鲜明，厘清中央及地方政府在发展新质生产力过程中的职责，确保始终以系统观念的立场方法统筹新质生产力发展法治保障各项工作。

（六）开放合作的升效。高质量的开放创新，需要高水平的涉外法律服务保驾护航。一是做强涉外法治队伍。密切关注涉外商事司法理论和实务前沿热点和新情况、新问题，加快培养一批政治立场坚定、专业素质过硬、通晓国际规则、精通涉外法务的涉外法治人才，不断提升中国涉外公共法律服务新质生产力^[15]。二是做实涉外标准制定。新质生产力合规性和制度性保障是掌握国际标准制定权的基础，应持续加大新质生产力的创新技术蕴含领先实力和制度样本，抢占主导制定国际规的关键点，在国际规则制定中发出更多中国声音、注入更多中国元素，实现新质生产力制度性输出，提振国际影响力。三是做全涉外法律体系。坚持统筹好国内国际和发展安全，合理吸收其他国家及地区推进新质生产力发展的法治保障机制，用完善涉外法律体系积极妥善应对外部风险挑战，善于运用法律阻断、反制外国法律或举措的不当运用，以法治的“补链强链延链”引领全球多种产业集群和实体经济高效汇聚。

结 语

创新驱动新质生产力是实现中国式现代化的重要基础，法治保障是把稳新质生产力发展方向的舵盘船锚。立足新时代新起点，亟待围绕目标基础提升、变革方式灵动、法制规则优化、实践解题前瞻、整体系统补短、开放合作升效等多个维度，不断深化明晰创新驱动新质生产力发展法治保障的路径措施，进而抢抓新机遇、开创新格局、实现新发展。坚信在党的二十届三中全会精神的召引下，中国号巨轮必将因地制宜进一步健全发展新质生产力各项体制机制，以法治保障护航传统产业转型升级，助推生产要素配置向新质生产力集聚，塑造发展新动能新优势，为推进中国式现代化、实现中华民族伟大复兴提供法治保障和强劲动能。

参考文献：

- [1] 加快构建具有龙江特色优势的现代化产业体系[J]. 奋斗,2024,(02):28-30.
- [2] 牢牢把握在国家发展大局中的战略定位 奋力开创黑龙江高质量发展可持续振兴新局面[N].人民日报,2023-09-09(001).
- [3] 中共中央.关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定[N].人民日报,2024-07-22(001).
- [4] 褚海丽,张源.新时代检察文化建设研究[J].社科纵横,2024,39(02):26-32.
- [5] 郑新立.重视各项改革协调配套和系统集成[J].全球化,2018,(02):5-10+131.
- [6] 任保平,豆渊博.新质生产力:文献综述与研究展望[J].经济与管理评论,2024,40(03):5-16.
- [7] 么新.加快废旧装备再制造和新型废弃物循环利用 持续推进循环经济向纵深发展——政策解读之六[J].资源再生,2024,(02):60-61.

- [8] 加宁,李大宇,董昌其.算力驱动的新质生产力:本质特征、基础逻辑与国家治理现代化[J].公共管理学报,2024,21(02):1-14+170.
- [9] 许竞.试论国家的技能形成体系——政治经济学视角[J].清华大学教育研究,2010,31(04):29-33.
- [10] 王朝科.从生产力到新质生产力——基于经济思想史的考察[J].上海经济研究,2024,(03):14-30.
- [11] 本刊评论员.中国律师:为发展新质生产力蓄势赋能[J].中国律师,2024,(04):1.
- [12] 袁银传.反思历史 立足实践 着眼问题——当代中国马克思主义的发展路径[J].理论导报,2016,(08):45-47.
- [13] 本报评论员.进一步全面深化改革要讲求方式方法[N].人民日报,2024-05-29(002).
- [14] 夏锦文.担负起新时代新征程党的使命任务[J].群众,2022,(21):4-5.
- [15] 加快推进涉外法治建设 服务高质量发展和高水平开放[J].中国律师,2024,(04):6-11.

经济安全法治保障体系建构

谢汶磊

(经济法总论专项征文；出生日期 1996 年 4 月；中国政法大学经济法专业
博士生)

内容提要 党的二十大强调要强化经济安全保障体系建设，为新时代全方位保障经济安全指明了前进的重要方向。经济安全是国家安全的基础，经济安全是经济长久发展的保证，关乎经济高质量发展，必须保障经济安全。法治是实现经济安全的保障，运用法治手段保障经济安全，具有重要性、必要性和可行性。通过制定《经济安全法》，修改配套经济安全法律制度，形成经济安全法律制度体系。构建经济安全协同监管机制，推动形成经济安全法治保障体系。

关键词 经济安全 国家经济安全 经济安全法 国家安全法 总体国家安全观

发展权视角下地方政府举债权的配置原理及中国化展开

许恋天*

内容提要：相较于中央政府举债权配置的应然性，地方政府举债权设定的原理并不清晰。唯有洞察地方政府举债权设定与中国式现代化发展的内在关联，充分阐释其内蕴的地方发展权逻辑，才能实质推进我国地方政府举债制度法治化建构进程，顺应经由匡正政府发展活动而规范地方举债行为的深层机理。地方发展权为我国地方政府举债权配置提供了正当化理由，有助于厘清举债权配置旨在实现“立于生存之上”的地方发展的价值目的，同时也发挥着对其进行内容调适和行为规控的功能，旨在通过地方发展事权和发展支出责任等多维发展要件规控举债权的空间和边界。我国的地方政府举债权应以促进地方发展增益、保障地方发展安全、维护地方发展公平为原则而进行系统建构，并需全面融入以发展为导向的新型财政法治体系。

关键词：地方政府举债权；地方发展权；地方发展事权；地方发展支出责任；地方发展增益

一、问题之提出：地方政府举债权研究何以需要新视角？

《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》提出，建立权责清晰、财力协调、区域均衡的中央和地方财政关系，增加地方自主财力。鉴于作为地方财税权之必要构成的地方政府举债权，已在许多国家得到法律肯认，从而成为一项基本的地方自主财力形成机制，故其能否成为我国未来地方自主财力生成的法定模式，无疑亟待研究。然而，与人们熟知的征税权不同，地方政府举债权的设定逻辑至今未获学界充分揭示，其正当性、合理性仍备受质疑。域外有关研究虽甚为丰富，能为我国地方债制度建构提供诸多参考，但囿于央地关系等体制性差异，却难以充分发挥理论效用。因此，立足我国国情凝练地方政府举债权配置的基本学理殊为必要。特别是，随着政府举债活动日益频繁，地方债风险治理愈发成为我国现代化建设将要面临的关键难题，^{〔1〕}构建科学规范的特色地方债制度尤其紧迫。从我国现状来看，2014年修订的《预算法》虽有条件赋予我国省级政府举债权，但未同步授予省级以下政府举债权，^{〔2〕}使得地方政府举债制度尚有较大的改革空间。有鉴于此，健全和完善政府举债制度已被纳入我国立法日程。^{〔3〕}然而，由于相关理论研究的不足，我国地方政府举债制度如何法制化至今尚无明确方案。

事实上，相较国家或中央人民政府举债的可接受性，^{〔4〕}地方政府举债一贯未获普遍认同，其正当性存疑。现实而言，地方债虽已成为不可或缺的财政手段，但其危害亦为世人所忌惮，地方政府应否举债的诘问并不鲜见。现有举债权研究固然繁多，却未能解开以下三个根本谜题。其一，在中央政府举债权之外，缘何配置地方政府举债权？其二，国债和地方债

* 宁波大学法学院讲师、武汉大学法学博士，联系电话：13655880578；本文系国家自然科学基金重点项目“地方政府专项债券的财政逻辑与法律规制研究”（批准号：21AFX007）的阶段性成果之一。

〔1〕 参见张守文：《论经济法中的国家主体》，载《现代法学》2024年第1期，第131页。

〔2〕 《预算法》第35条第2款规定：“经国务院批准的省、自治区、直辖市的预算中必需的建设投资的部分资金，可以在国务院确定的限额内，通过发行地方政府债券举借债务的方式筹措。举借债务的规模，由国务院报全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会批准。省、自治区、直辖市依照国务院下达的限额举借的债务，列入本级预算调整方案，报本级人民代表大会常务委员会批准。举借的债务应当有偿还计划和稳定的偿还资金来源，只能用于公益性资本支出，不得用于经常性支出。”第3款规定：“除前款规定外，地方政府及其所属部门不得以任何方式举借债务。”

〔3〕 2023年9月，十四届全国人大常委会专门发布立法规划，将规范政府债务等财政税收制度作为未来研究论证成熟时将启动的立法项目。

〔4〕 在我国，中央人民政府就是国务院，虽然国务院并不直接等同于甚至代表国家，但中央人民政府举债权的行使过程就是举借国债的过程。

有无本质不同？其三，地方政府举债权如何行使？从财税法学来看，虽有研究揭示了地方债的正当性、必要性，且已触及事权、财权、财力配置等核心层面，一定程度上回应了地方政府举债权配置的内在逻辑，却并未充分揭示制度建构的中国独特性。譬如，一些研究要么基于财政分权国家普遍建构了地方政府举债权的经验事实，^{〔5〕}而论证我国应建构同类制度；要么基于地方政府事权财力匹配原理，从地方财政资源填补层面证成地方政府举债权。然而，这两种进路均难以证成我国地方政府举债权配置。这是因为，地方政府举债权作为财政权，其设定范围和行使方式遵从事权决定财权的原则，^{〔6〕}地方政府是否享有举债权需视事权而定。一则，在非央地分权体制下，地方政府举债权配置缺乏相对应的清晰分明的地方事权，当诸多事权难以界清究竟隶属中央或地方时，地方政府举债权就失去了配置基础；二则，即便纯粹基于履行地方事权之需，通过纵向财源分配和横向转移支付，理论上亦能化解地方财源不足问题，未必需要配置举债权。可见，传统理论架构难以厘清地方政府举债权配置逻辑，既无从明晰正当性，更无以诠释规范性。

既往财税法学研究未将地方债问题置于发展框架中思考，一些研究虽从生产性、建设性等维度阐释地方政府举债权配置的合理性，却未能揭示举债权与地方发展的交互关系。事实上，不同于生存权之财政保障的当代性和即时性，发展权的财政保障具有代际性和未来性，这天然决定了内含“跨期交换”机理的举债权运用，^{〔7〕}较为契合发展权的历时实现机制，使得“举债权—发展权”形成了“财”与“政”的手段/目的耦合关系。故从地方发展权与举债权的内在联动出发，有助于阐释地方政府举债权配置的“发展”逻辑，揭示需将地方政府举债权置于地方政府发展职能、职权中进行合理安放，进而经由匡正地方政府发展活动规范其举债行为的深层机理。基于此，本文以“地方发展权—地方政府举债权”为分析框架，并从地方发展事权、发展支出责任、发展财力、发展财权等维度，揭示举债权配置的事权范畴、责任依据、财源功能及财权本质，着力建构我国地方政府举债权配置的地方发展权理论，论证这一地方政府特有发展财权配置的正当性及其规范界限，以期助推我国地方债治理理念和模式的优化重塑。

二、地方发展权对地方政府举债权的建构功能

我国地方政府举债权以作为集体人权的地方人民发展权为根本权源，其经由“地方政府发展职能—地方人民发展权—地方发展事权—地方政府发展支出责任—地方政府发展财权”等逐级多层权利/权力以及职权/职责转化，而能够得以一定程度的正当化证成。一方面，我国地方政府举债权配置需以地方发展尤其是地方人民的发展权实现为目的；另一方面，地方发展又难以离开地方政府举债权设置这一重要手段，两者辩证关系的恰当处理构成了我国地方政府举债权设定的重要理论依据。

（一）地方政府举债权配置的地方发展权基础

1. 地方政府举债权配置与地方政府发展职能

公债能否促进发展是经济学界的持久议题。最初，公债被认为有害于经济社会发展，进而遭受普遍抵制。英国经济学家大卫·休谟提出了“国家不能消灭公债，公债必然消灭国家”的著名论断，而亚当·斯密、大卫·李嘉图等人亦持类似观点，认为公债会助长政府不负责任，造成预算失衡。然而，随着政府举债的经济增长效应日益显现，“公债有害论”逐渐式微，政府举债渐为“风尚”，公债发行与国家发展的联动日益紧密。当前，债务资金已成为

〔5〕参见龚强、王俊、贾坤：《财政分权视角下的地方政府债务研究：一个综述》，载《经济研究》2011年第7期。

〔6〕参见王世涛、汤喆峰：《中国地方债的宪政机理与法律控制》，载《华东政法大学学报》2013年第2期。

〔7〕由于举债最终需要在到期日前偿还，故其本质上属于支出未来的收入办当下的事。

支撑不少国家存续和发展的重要财源，而政府举债权则是运用这一资源的基础法律手段，由此催生了“债务国家”形态。从“税收国家”到“债务国家”之转变，既是现代国家职能持续扩展、财政资源不敷为用使然，亦与公债刺激增长、促进发展之功能相契。^{〔8〕}然而，相较公债尤其是国债促进发展的突出效应，地方政府债是否有益于地方和国家发展却实难估量。^{〔9〕}现实来看，地方政府盲目举债与投资驱动的粗放式发展可谓“一体两面”，举债权偏离地方发展目标而运行恰是地方债风险的深层诱因。越来越多的人意识到，地方政府唯有严格遵循“融资—发展”适配原则，才有可能产生正向的财政成果与发展结果。

正基于地方政府举债权与地方发展的有机连带，故从发展角度证成地方政府举债权设置的正当性，颇具现实意义。事实上，大多数国家包括我国地方政府举债均以发展为基本导向。^{〔10〕}不过，以发展为导向却存在着直接和间接之别。现阶段，地方政府举债权配置多反映为国家的宏观调控职能，即通过实施宏观调控防控风险和危机，保障经济稳定增长和健康发展。由于宏观调控职能实为经济职能，旨在为国家实现根本任务提供保障，^{〔11〕}故其可视为国家发展的间接抑或次级目标。深入探察目前我国地方政府举债权设定的规范立场可发现，它既与地方建设发展存在深刻联动，又往往在现实运作中呈现突出的宏观调控功能。例如，从我国《预算法》和《预算法实施条例》相关规定来看，地方政府举债权行使具有鲜明的促发展导向，即举债资金用于公益性事业发展，包括无收益和有收益的公益性事业两类。^{〔12〕}《预算法》要求地方政府举债仅能用于建设投资，^{〔13〕}而建设投资既是宏观调控的常用手段，也具有助推中国式现代化的发展功能。现有研究表明，以建设投资为核心形式的经济职能的广泛履行，形塑了体现我国发展模式独特性的“地方发展型政府”。^{〔14〕}地方发展型政府作为履行地方发展职能的基本主体，基于所承担的发展事权和发展职责有着充分的举债动力。

理论上，国家根本任务系国家未来的发展纲要，是具有稳定性和长期性的发展目标。国家根本任务所确定的发展目标转化为以经济建设为中心的根本方针，进而要求政府发展职能经由经济职能得到充分展开，并直接作用于社会主义物质文明的快速提升。由此，政府发展职能、经济职能、物质文明形成严密的依存关系。社会主义初级阶段的长期性决定了发展是宪法赋予我国政府的长期任务，各级政府需要充分发挥中心性和持续性的发展职能。由此来看，“发展”成为理解和认知我国政府角色及其活动、行为的根本面相。也正因发展职能几乎可囊括政府所有职能，故我国政府具有鲜明的“发展型”政府特质。鉴于“我国各国家机关在具体化和现实化国家根本任务方面承担着不同的宪法义务”^{〔15〕}，因而不同国家机构承

〔8〕在现实中，这一功能的直观表现是政府公债直接转化为基础设施投资。

〔9〕经济学研究表明，地方债促进经济增长存在“债务阈值”效应，即需保持一定的债务规模，否则将“过犹不及”。从常识而言，由于举债有较高成本，故地方政府通过举债筹集资金谋增长、促发展并非长久之计。

〔10〕例如，在我国目前的地方政府举债模式中，具有明显促发展功能的地方政府专项债占比较大。据中国地方政府债券信息公开平台数据显示，我国地方政府专项债于2015年首次发行，先后从2015年的1000亿、2016年的4000亿、2017年的8000亿发展到2018年的近2万亿。2019年则达到2.15万亿，2020年、2021年、2022年分别为3.75万亿、3.65万亿、3.65万亿。截至2022年末，全国地方政府债务余额350653亿元，其中专项债务余额206691亿元，约占总债务余额的六成。

〔11〕参见张守文：《宪法问题：经济法视角的观察与解析》，载《中国法律评论》2020年第2期。

〔12〕《预算法实施条例》第44条规定：“预算法第三十五条第二款所称举借债务的规模，是指各地地方政府债务余额限额的总和，包括一般债务限额和专项债务限额。一般债务是指列入一般公共预算用于公益性事业发展的一般债券、地方政府负有偿还责任的外国政府和国际经济组织贷款转贷债务；专项债务是指列入政府性基金预算用于有收益的公益性事业发展的专项债券。”

〔13〕参见《中华人民共和国预算法》第35条。

〔14〕丁照攀、孔繁斌：《寻找中国发展模式的公共行政学视角：基于地方发展型政府的述论》，载《中南大学学报》2022年第3期，第177页。

〔15〕陈玉山：《论国家根本任务的宪法地位》，载《清华法学》2012年第5期，第73页。

担着不同的国家发展职能。^{〔16〕}在政府发展职能分层分级分类行使格局下，作为行政机关的政府尤其是地方政府在发展方面承担着至为重要的宪法义务。从现行《宪法》第三章“国家机构”中的国务院和地方政府职权，以及地方组织法及大量的行政立法、行政制度来看，有相当部分法律规范主要针对行政机关的发展职能而设置。从内容上看，社会主义现代化建设是我国地方政府履行发展职能的核心，这使得政府的身份更多体现为“经济人”。^{〔17〕}

2. 地方发展权：从地方人民发展权到地方政府发展职权

“在社会主义市场经济的内在结构中，发展的动力主要来自地方和社会，中央则主要负责促进和协调。”^{〔18〕}而地方的发展始终应围绕着人而展开。^{〔19〕}理论上，地方政府履行发展职能旨在保障地方人民的发展权。发展权作为一项集体人权，历经“人权—应有人权—法定人权—实然人权”^{〔20〕}的演变，已成为一项属于人类个体或集体的最基本权利，并从国际层面的国家发展权拓展到国内层面的区域发展权，致力于促进相对落后地区与发达地区的发展公平。区域发展权的提出构建了公民（人民）、区域（地方）、国家（中央）发展权利关系的联动机制，密切了公民发展权与国家发展权的权利沟通纽带。现有区域发展权概念中的“区域”具有鲜明的特定性、局部性和可变动性，“是一国内特定区域尤其是不发达区域之主体追求以参与、促进和共享为形式的权利”^{〔21〕}。区域发展权本质是我国在发展的初级阶段，立足于补区域发展短板，依循发展权的扶弱逻辑，通过“发展法律化”途径，为发展资源较少、发展速度较慢、发展程度较低的特定地区清除发展障碍、保障发展机会、确认发展成果的一项权利。现阶段，这一权利以不发达地区人民、少数民族等特定集体为权利主体，是一项要求国家履行扶持和帮助义务的集体发展权。

然而，人的无差别性，决定了国家的地方均应享有同样的发展资格和发展权能。“个人发展权的实现以集体发展权实现为基础”，^{〔22〕}集体发展权的行使又应以个人发展权实现为旨归。由此而言，当前我国的区域发展权仍停留在权利的初级阶段，尚未契合集体发展权之应然内涵。当前，区域发展权所形成的是作为部分的“发达区域—落后区域”的发展关系，而地方发展权既包括上述区域发展权，还包括部分和整体意义上的“地方—国家”发展关系。地方发展权本质上是对区域发展权的细化和扩张，旨在凸显所有地区的“平等发展”。地方发展权提出的价值在于它能够有效激励地方的发展主动性，通过督促地方政府作为中央政府和地方人民的双重代表，切实履行发展责任，从而通过发展地方繁荣国家。目前，我国地方的发展权有迹可循，除了民族自治区域和特别行政区等具有宪定“自治”权力的特殊区域之外，其他普通地方经由中央的职责下放、权力委托和权力下放等方式，也初步实现了地方发展之权利的宪法化配置。特别是“行政发包制”治理模式的出现，将大量的国家发展事权和

〔16〕在现行《宪法》中，我国的国家机构包括全国人民代表大会、中华人民共和国主席、国务院、中央军事委员会、地方各级人民代表大会和地方各级人民政府、民族自治地方的自治机关、监察委员会、人民法院和人民检察院。

〔17〕薛刚凌、杨璇：《论政府发展职能与行政法回应》，载《行政法学研究》2023年第5期，第109页。

〔18〕王建学：《论中央在区域协调发展中的地位与职责》，载《法学杂志》2022年第3期，第41页。

〔19〕参见李成威：《新中国70年财政支撑国家发展的逻辑》，载《财贸研究》2019年第11期。

〔20〕1948年的《世界人权宣言》、1966年的《经济、社会、文化权利国际公约》《公民权利和政治权利国际公约》、1969年联合国大会通过的《社会进步与发展宣言》，都间接提出了赋予发展以权利形式的相关表述；1979年《关于发展权的决议》明确强调发展权利是一项人权，1986年《发展权利宣言》则明确指出“发展权利是一项不可剥夺的人权”，并原则性地阐释了发展权主体、内涵、地位、保护方式和实现途径等基本问题。

〔21〕汪习根、彭建军：《论区域发展权的本质属性及法律实践》，载《中南民族大学学报（人文社会科学版）》2009年第6期，第104页。

〔22〕参见夏清璇：《个人发展权探究》，载《政法论坛》2004年第6期。

国家治理权压实到地方,使得“发展”不仅成为了地方事务的核心内容,同时也是中央委托事务的基本内容。为激励地方积极履行发展事权,中央授予了地方一定的自主空间,譬如,《宪法》第3条第4款规定,“中央和地方的国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则”。它的根本要求是地方应当在维护国家统一和法制统一的基础上,充分发挥主观能动性,因地制宜选择治理路径,提升地方治理效能。^[23]

《宪法》第九十九条、第一百条以及第一百零七条等条款,确认了地方人大的适度立法权和地方政府发布决定、命令权,从而赋予了地方履行发展事权、代理发展人权的法律资格和基本权能,为地方自主发展提供了根本法律依据。

地方发展权作为一项“地方”的权利,是作为地方人民个体发展权的集合人权。从法理来看,基于“地方人民—地方国家权力机关—地方政府”的间接民主机制,地方政府事实上通过享有地方发展职权,而事实上成为落实地方发展权的基本主体,且这一主体呈现鲜明的地方发展型政府特质。虽然由于目前我国央地关系法治化尚未充分实现,各级政府事权规范化和法律化程度不足,特别是未明确界定中央和地方作为“公法人”的权利能力,地方政府兼具地方自主机关和中央派驻机关的身份,易产生地方自主事权和中央委托事权的混同。然而,由于地方发展权主要由地方政府来实现和负责,故地方人民和地方政府是地方发展权的权利主体和行使主体的关系。地方政府按照地方人民授权负有推动地方发展的职责和义务,主要体现为促进经济增长、提高居民收入、缩小贫富差距,提高基本公共服务均等化水平等。

^[24]

（二）发展事权—发展支出责任—发展财源：举债权配置的财政逻辑

从“政”的角度看,地方政府承担着地方发展的职能、职责和职权,但这并不足以表明“财”之角度的举债权配置,恰是地方政府履行地方发展事权的必然衍生。事实上,地方政府举债权配置虽以具有开放性的地方发展事权为前提,却与地方政府承担的较为繁重的地方发展支出责任的关系更为紧密,从而作为一种重要的发展财源构成地方发展自主财力的关键。

1. 从履行发展事权到承担发展支出责任：举债权配置的发展机理

地方政府举债势必以履行相应事权为前提。最初,有关地方政府举债权的研究主要依循“事权—财权”匹配逻辑,即因地方承担大量事权而缺乏必要财权,故需遵循“权力对等”原则为地方政府配置举债权。然而,尽管融资权是地方政府财权的必要构成,赋予举债权可一定程度上化解地方“事权—财权”失衡困境,但这并不足以证成其设置的正当性。理由在于:只要配置好征税权这一核心财权,妥善安排非税收入央地分配,地方“事权—财权”失衡难题即可大为缓解。随着学术研究和财政实践的深入,既有“事权—财权”匹配框架逐渐进阶为“事权—财力”框架。^[25]这是因为,地方政府履行事权依赖于现实财源,而财源之获取非完全凭借法定财权,^[26]尤其是具有强制征收属性的财政公权力,通过非“高权”性行政乃至政府经营活动亦可获得财源,进而形成财力。新的“事权—财力”分析框架为地方政府举债权配置提供了一定的合理性说明,促使举债成为地方政府提升财力诸多方式之一。

〔23〕 中国人大网公布的《中华人民共和国宪法通释》解释指出:“我国是单一制的国家,国家只有一部宪法和一个最高立法机关,只有地方接受中央的统一领导,才能维护国家的统一和法制统一。”可见,中央统一领导的目的可转化概括为维护国家统一和法制统一。而发挥地方积极性的意义则应在于有效处理当地特殊情况、提升地方治理效能。

〔24〕 需明确的是,普通地方的发展权不同于自治地方的自治型发展权,其在发展规划、发展路径和发展依托等方面受到中央的深度控制。由于地方政府(代理人)既须严格遵照中央政府(委托人)所设定的总体发展目标和委托事项以承包的方式建设地方,又需基于地方人民意志和利益的代表者身份回应地方的发展诉求,故面临着代理人与双重委托人就发展目标与行动如何协调的问题。

〔25〕 1994年分税制改革将“财权与事权相匹配”作为基本原则,党的十七大和十八大报告则提出健全中央和地方财力与事权相匹配的体制。

〔26〕 此处的财权既包括财政权利,也包括财政权力。其中,地方政府享有的财政转移支付权利,即属于财政权利。

然而，其仍难有效证成举债权配置的正当性。原因在于：一方面，在财力不敷事权所需的境况下，地方政府仍可以其他方式弥补，未必可直接采取举债方式；另一方面，地方政府所承担的地方事权必有其限度，何种事权紧迫到须举债履行须有章法，不可恣意以事定财。

无论是基于“事权—财权”匹配逻辑，抑或立足“事权—财力”协调原则，都落脚于地方事权冗杂而财权、财力不济之事实，旨在增强地方财源与事权匹配度。然而，二者都难以直接证成地方政府举债权配置的正当性。事实上，以举债方式供给财源形成地方自主财力，并不存在现实障碍，但以此取得的财源用于何种支出、履行何种事权却至为关键。^{〔27〕} 鉴于举债需遵循责任自负原则，断不可有一级政府为履行他者事务而举债之理。故在央地事权模糊而难以界清地方事权的情况下，不宜基于地方政府支出责任过大、财权或财力不足之理由为其配备举债权。^{〔28〕} 要完成我国地方政府举债权配置的正当性阐释，既要深入论证举债所履行事权相较于其他事权的特殊性，亦要考察举债所对应的地方政府支出责任的合理性，乃至辨析债务融资与其他财政收入方式的本质区别。这就须回到地方政府承担的发展职能和发展职责这一“政”的根本，并“由政到财”结合地方政府承担的发展事权和发展支出责任，明晰地方发展型政府举债权配置背后的发展命题，即从政的角度而言，举债权是地方政府履行地方发展事权的必要延伸；而从财的角度来看，举债权则是地方政府承担地方发展支出责任的必然结果。

首先，需明确的是，地方政府举债融资重在履行其承担的地方发展事权，而非一切所需承担的事权任务。关于我国政府事权划分，尽管官方文件明确提出了中央事权、地方事权和共有事权三分法，^{〔29〕} 但仍较为宏观，亟需从国家任务、国家目标和政府职能、职责层面，进一步探索地方事权的规范结构。现代化作为我国现行宪法明确规定的国家目标，通过国家任务的方式全面统筹我国政府的法定职能，从而构成我国央地政府事权的“灵魂”。传统的社会秩序维护、国家安全保障等政府职能，皆环绕着“中国式现代化”这一核心国家发展职能。这意味着，可采取地方政府管理和发展职能二分法，将其事权划分为管理事权和发展事权。^{〔30〕} 而为了实现中国式现代化这一国家根本任务，地方政府的发展事权相对于管理事权更显目标而非手段意义。地方政府承担的促进国家、地方“发展”的双重任务，决定了履行发展事权成为其核心职权，而举债权配置也需以促进发展为圭臬。其次，地方政府举债融资旨在履行其保障地方人民发展权的支出责任。过去，发展权并非是具有请求权属性的法定权利，其难以转化为政府的发展义务和建设投资支出责任。这意味着，地方人民的发展权与政府举债权、投资权并不具有直接联系。而当秩序国家发展至福利国家，地方人民的发展要求越发膨胀，地方政府发展给付责任成为法定义务，才使面向地方发展的举债权具备了正当性。事实上，传统公债多以应对财政赤字、经济危机为目的，凸显生存危难时期维护稳定的“安全”价值，并不直接呈现促进经济社会繁荣的“发展”价值。而现代公债则日益呈现“保安全”与“促发展”的二元分野。一方面，为解决生存和安全问题，在重大且非常规情况下需要举借，在形式上主要体现为国债；另一方面，为推进经济和社会发展，在社会资本难以参

〔27〕从域外来看，地方政府举债权往往以履行特定且重要的事权所需而设。地方债除用于战争和重大突发事件外，须受到建设公债原则的严格支配，即禁止用于日常开支，只能用于区域公共建设。

〔28〕从实际情况来看，地方政府专项债往往投向具有国家事权和地方事权双重属性的项目，并非基于履行单纯的地方发展事权。

〔29〕参见《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》《国务院关于改革和完善中央对地方转移支付制度的意见》《国务院关于推进中央与地方财政事权和支出责任划分改革的指导意见》《基本公共服务领域中央与地方共同财政事权和支出责任划分改革方案》等党和国家政策文件。

〔30〕发展事权既可解释为政府的发展职权、职能或职责，凸显为政府的发展权力，也可解释为政府的发展支出责任。然而，对于委托性的发展事权而言，发展支出责任和发展事权执行主体并不自然对应，故发展事权和发展支出责任不能混淆。

与基础设施投资建设之时亦可举债，在形式上多体现为地方债。^{〔31〕}鉴于我国的单一制国家结构形式和分税制财政体制，中央政府对地方负有较大的秩序和安全支出责任，而地方政府则需重点履行保障地方发展的诸多支出责任。

2. 现有地方发展财源结构下的地方政府举债权配置

配置地方政府举债权旨在为我国创设一种促使地方自主发展的“发展型财源”。由于地方政府的发展职权是地方人民发展权的实现载体，因此若未给其配备保障发展职权履行的财政资源，就将难以落实发展支出责任，进而产生地方发展权空置的危险。理论上，地方政府需履行“尽其资源能力所及”促进发展权实现的国家义务，在其可用的资源范畴不断丰富地方发展权实现财源。鉴于地方发展以公共财产为支撑，故地方政府除通过举债获取资金外，还可经由税费、土地、自然资源、国有资产等获取发展财源。然而，我国的公共产权未能在财政上充分实现，^{〔32〕}受制于现有税制及自然资源权属结构等因素，地方政府推动地方发展的财政空间仍较狭小。相较而言，地方政府向社会融资因以政府信用为担保，较易直接获取大量、长期的发展财源。这就使举债权成为地方发展权的重要实现手段。^{〔33〕}国家发展职能的地方下沉、人民发展权的地方实现，以及社会闲散资金的便捷获取，使得通过设置举债权来建构一种特有的“发展型财源”获取机制，具有目的正当性、客观必要性和现实可行性。

当前，分税制和转移支付难以充分兼顾到每个地方的具体发展阶段、发展策略、发展意愿和发展能力，使得不少地方的财力主要用于保运转、保生存，而难以充分投入到发展中。故有学者提出，要推动和实现地方充分发展，需考虑逐步减低中央政府对地方政府发债的控制，进一步下放地方政府举债权。^{〔34〕}事实上，地方债并非洪水猛兽，纵观全球，并不存在政府不举债的情况，区别仅在于举债主体为何，也即哪一级政府享有举债权，以及中央政府和地方政府举债额度如何分配。任何一个投资家都知道，发展仅依赖自有资金远不敷为用。因此，赋予承载地方发展权的地方政府以举债权，并不违反常理。事实上，金融的初级形态恰在于基于生存目的的借贷，而中级形态则跃升为发展目的，即为进一步发展而举债；相较之下，金融的高级形态则是尽可能提高资产负债率，争取最大的发展空间，也就是将金融杠杆效应发挥到极致。地方政府举债发展的本质在于运用居民储蓄谋取社会发展，即将个人财产吸纳为财政资源，进而转化为发展资源和公共资产，以谋取更高水平的地方发展。

从机理上，举债作为一种特殊的财源获取方式，与征税、收费等常规财政收入有着重要区别。研究表明，税收和举债所创造的财源分别针对不同的公共产品供给。一般来说，税收财源需确保受益与成本负担同期性，实现“受益者—负担者”对称，故只能用于生产一般性公共产品；而举债财源强调受益与成本负担的跨期性，以实现“受益者—负担者”对称，故需用于生产资本性公共产品。由于资本性公共产品多为基础设施投资建设，与地方经济社会发展具有密切联系，故地方政府举债权设置具有合理性和正当性。按照“融资手段—使用目的”匹配原则，不同财政资金用途匹配不同财政资金来源。通常而言，短期用途匹配短期来源，长期用途匹配长期来源。由于政府举债一般获取的是中长期资金，故举债权与体现代际性的发展权最为契合。考虑到当前税收未必与长期的公共产品支出需求相匹配，地方政府基于发展经济及平衡代际公平等保障地方人民发展权的原因，自然会产生公益性的债务需求，故举债权理应被纳入地方政府财权体系。

〔31〕除了通过法律向地方政府进行合法性授权外，美、日等发达国家对地方政府举债给予了极大的政策支持，充分发挥地方政府举债对地方基础设施建设的作用。参见李金龙、章彤：《国际经验视域下我国赋予地方政府举债权的可行性探讨》，载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2012年第4期。

〔32〕刘尚希、吉富星：《公共产权制度：公共资源收益全民共享的基本条件》，载《中共中央党校学报》2014年第5期，第71页。

〔33〕地方政府公债发行在一定程度上通过宏观调控，为人的发展权的充分发挥排除了一些市场经济体制下无法自行解决的客观障碍。

〔34〕楼继伟：《中国政府间财政关系再思考》，中国财政经济出版社2022年版，第318页。

总之，澄清地方政府举债权建构的地方发展权基础，并非盲目推崇举债式发展或为发展而举债，而是旨在明确地方发展权的实现依赖立体化财源结构安排，凝练举债权建构唯有基于发展目的才具正当性的基本逻辑。地方政府举债权配置牵涉地方发展模式的财政选择，即举债发展抑或利用既有财政资源的发展。理论上，发展并不意味着必须举债，举债也未必旨在推动发展。^{〔35〕}故以发展为目的并非地方政府举债权配置的充分理由，唯有保证财源获取手段和发展目的充分耦合，才能充分证成地方政府举债权配置的正当性，进而促进地方财权配置立体化，最终为地方发展权实现提供更多可能。总体上，地方发展需形成多种财源的有机组合，并确保债务资金在地方财源结构中定位科学，这样才能起到完善地方自主财力、增强地方发展福祉的作用。一方面，举债并非地方政府履行发展职能而获取财政资金的常规方式，只有在地方既承担大量发展事权，又缺乏充足财政手段以保障地方发展权之时，举债权的配置才具有正当性。另一方面，旨在促进发展的举债行为须能切实推动发展产生收益，从而有效弥补举债成本。

三、地方发展权对地方政府举债权的规控功能

地方发展权既发挥着对地方政府举债权的建构功能，又能够并需要对其进行反向调控和规范。地方政府举债权设置需接受普适性价值的牵引调适，而地方发展权恰是将其导向正义轨道的关键。事实上，地方发展是对地方政府进行预算管理乃至加强整个公共管理的重要基础，地方发展权不仅有助于厘清地方政府举债权配置的价值目的与制度机理，还可通过地方发展事权和支出责任等要件规控其行使边界。而这一规控机能需通过“地方发展事权—发展支出责任—发展财力（财权）”的匹配方能得以实现。

（一）地方发展权对地方政府举债权的框束功能

地方政府举债权之设定应以其承担的地方发展职能为基本前提。这是因为，若地方政府举债权配置重在发挥短期宏观调控职能，而非凸显具有长期性的促发展功能，将无助于建立防范化解地方债务风险的长效机制，亦难构塑同高质量发展相适应的政府债务管理机制。事实上，由于宏观调控的内涵和边界并不清晰，其在现实中往往被扩大使用乃至滥用，^{〔36〕}我们很难对旨在发挥宏观调控职能的政府举债予以经济法规束。相较于宏观调控面向短期性考量，发展则具有目标的长期性和价值的协调性，故通过厘清地方政府发展职能与发展责任，进而明确其投融资责任，有助于为地方政府举债权配置提供稳定的规范基础。因此，当下亟需提炼地方政府举债权配置的地方发展权原理，即地方政府举债权设定需以保障地方发展权为根本依循，着力实现发展资源正当汲取与发展事权规范履行的有机协调。这不仅有助于促进地方政府举债权的规范建构，且能够强化地方发展这一目的对作为手段的举债权的价值约束，明确其正当限度。

一方面，地方发展权着力回归合理分配和适用财源促进地方发展这一根本，其对地方政府举债权具有突出的建构作用，增加了举债权配置的正当性。当前，依托地方发展权有助于对举债权进行精细配置，如按照地方发展权与举债权匹配原则，可将举债权有条件地下放至市县级政府。另一方面，地方发展权兼有举债权配置依据和规制依据的双重功能，其对举债权的建构延伸于调控之中。而这种调控机能体现在其可为举债权配置提供若干原则和规则。具体而言：第一，可为地方政府举债权提供以履行发展事权为导向的配置、运行原则，也即

〔35〕从现实而言，不具有直接促发展属性的地方政府举债主要体现为一般债券，而专项债券既突出项目的公益性目标，同时强调项目的收益性，它将举债成本转化为实现发展权的权利成本，故并非类似一般债券那样以无成本的方式保障人民发展权。

〔36〕实践中，举债作为国家宏观调控方式之一，常被临时性、应急性且兜底性使用，一些本应通过政策、法律等手段解决的问题，却通过举债这一宏观调控方式来实施。

只有发展才是举债的正当理由，举债只能为了发展而不能用于其他目的。^{〔37〕}申言之，首先，明确在非战争和非突发事件状态下，只有以发展为目的才可举债；其次，明确地方政府举债所获资金只可用于促进发展的项目，而不能挪作他用。上述两种要求分别可转化为对政府的预算控制和投资控制。由于地方政府举债权的规范限度在于不因悖离发展目标而产生财政风险，故遵循发展事权范围决定举债权大小的匹配逻辑，有助于切实防范地方债风险。第二，可为地方政府举债权提供以履行发展责任为目标的配置、运行原则。既有研究虽论证了地方政府举债权与举债责任的匹配问题，但未厘清举债责任本质上是发展责任；^{〔38〕}同时，遮蔽了举债作为地方发展工具和手段的实质，忽视了对地方发展成果的民主法治规控恰是防治地方债风险的本质。事实上，地方政府举债权配置需以履行发展职责为目的，须遵循以成本效益为核心的发展绩效原则，不论哪一级政府举债发展，都须在投资过程中遵循经济性、民主性原则，加强地方项目投资建设的民主决策、监督机制。

地方发展权有助于将举债权配置和运行问题，转化为地方发展事权配置、地方发展责任履行等具体问题，从而在根本上调控地方债风险。鉴于“地方治理的第一原则应是‘在地化（localization）原则’”^{〔39〕}，故运用地方发展权能够突出对举债权这一发展手段的财政治理。尤其是，地方发展权概念中隐含的现代财政逻辑、原则和具体规范，能够切实规控地方政府举债权的设置和运行。事实上，地方政府举债融资只是履行发展职能的手段，并不构成完整的财政过程。从逻辑上而言，举债融资及后续投资本身并不能充分证明其自身价值，而需充分和全面考虑支出结果能否促进发展。因此，运用地方发展权有助于阐明举债权配置的财政成果与发展目标，并厘清两者间的内在联系。由于地方政府举债权设置需恪守最基本的财政绩效观，即要求以财政成果和发展成果印证举债增值以补偿财政成本。^{〔40〕}故地方政府举债制度并非依循简单的收支逻辑来建构，而需遵循“财政投入—财政产出”的融资管理逻辑，契合“财政产出—发展成果”的投资管理逻辑，这要求地方政府举债须切实有助于推动发展，且建立举债融资与项目投资、地方发展的因果联系。这意味着，地方政府举债权须依循地方发展权而设置，即按照是否能够促进发展并产生发展成果而举债。而唯有经由“发展成果”实现举债合规与举债绩效协调，才能建立有效统筹发展与安全的地方债制度。

由此而言，运用地方发展权能够突出对举债权这一发展手段的法律治理。地方发展权概念中隐含的发展法学理论、原则，有助于从具体规则层面规控地方政府举债权设置和运行。事实上，作为公债的政府债与私债的权利和利益结构迥异，两者的债务原理和底层逻辑亦显著不同。地方政府举债权的构建涉及利益结构的合理配置，而本质上需实现对发展利益和发展权的公平均衡配置，包括发展权力和发展权利、发展义务和发展职责的配置。其中，发展权力包括政府的融资权、投资权和运营权，核心是地方政府的发展职权；而发展权利则包括债权人和投资者的收益权，以及当期和未来纳锐人的发展权、社会群体的发展权。从法学层面而言，地方发展权具有主导、牵引、控制地方政府举债权的根本规范功能，通过对其所蕴含的发展利益结构的系统阐释，可提炼举债权配置的领域法规范。如对地方发展权内涵的展开可明确地方发展所应遵循的宪法、行政法及财税法原则，尤其是厘清央地发展事权的配置结构，以及政府履行发展事权与社会、市场自主发展的边界等具体规范。故将地方发展权与

〔37〕 现有专项债虽隐含着只有发展才能举债的逻辑，但仍存在举债后获取的资金并非真正用于发展目的的突出问题。譬如，一些地方的项目建设存在背离发展功能的倾向，实际上不具有或难以产生切实的发展绩效。

〔38〕 参见周小付、李鹏：《政府举债权分解背景下的举债权和举债责任匹配》，载《河北学刊》2015年第6期。

〔39〕 胡萧力、王锡铤：《基础性权力与国家“纵向治理结构”的优化》，载《政治与法律》2016年第3期，第62页。

〔40〕 王雍君：《财政绩效评价与管理的近期进展和前景展望》，载《财政科学》2022年第9期，第29页。

地方政府举债权紧密相连,有助于从经济法和财税法协同视角系统审视地方政府举债制度建构问题。这是由于地方发展和地方政府经济职能的履行是经济法需关注的重要内容,而地方政府举债和项目投资活动则是财政法调控的重要对象。经济法作为发展促进法,财政法作为政府理财法,两者充分配合恰形成了对地方发展权和地方政府举债权的协同规制。

(二) 地方发展权对地方政府举债权的规控机制

地方发展权能从多维层面搭建举债权与发展权的交互“桥梁”,从而为地方政府举债权配置提供调控和规范机制。理论上,举债权配置的发展机制具有多元要件,包括作为直接要件的地方发展财权,作为间接要件的地方发展事权与发展支出责任,以及更为隐蔽的地方政府发展职能及职权等。唯有促进这些不同要件的内在匹配与协调,才能实现地方发展权对地方政府举债权的充分规控。首先,基于举债、发展间的“财权一事权”关系,地方政府举债权配置须从根本上服务于地方发展事权。“中央积极性和地方积极性两个核心概念的‘最大公约数’,集中体现为事权划分的明确与规范以及财力的科学匹配与相应保障。”^[41]这意味着,保证地方发展事权划分明确,厘清地方政府发展职权边界,才能决定是否配置及如何配置举债权。目前,我国地方政府承担着较为繁重的发展职能,但其发展事权却较为模糊。这主要是由于我国央地事权划分的宪制模糊,有关央地政府发展事权的配置未在法律层面明确,^[42]使得难以界清地方政府发展事权。同时,地方政府具有行政机关和权力机关执行机关的双重角色,上级政府对下级政府的指导和领导关系未充分规范化,亦导致地方政府发展角色不够明朗,进而造成发展事权倾斜配置,以及发展事权央地交叉重叠。这些因素为通过明确地方发展权规控举债权带来了客观障碍。

然而,基于我国特有的“地方发展型政府”抑或“有为政府”属性,地方政府基于“公共利益”的发展事权既较为模糊又十分广泛,若为如此开放的地方发展事权配置举债权,极有可能造成政府经济职能无序扩张,势必产生较大的地方债风险。鉴于地方政府是驱动地方发展的主引擎,故对其发展活动和发展行为的规制是地方政府举债权配置中难以回避的话题。^[43]为此,亟需重塑以发展为目的的地方政府职能内容,^[44]并充分实现地方政府发展事权和发展支出责任的对称。鉴于目前尚难实现地方发展事权清单化管理,而只能根据央地政府发展职能粗线条配置发展事权,如可区分地方自主发展事权与中央委托发展事权。^[45]立足地方发展事权相对法定化及外溢共担、超负上移等原则,^[46]可依据央地发展事权分工划分各自发展支出责任。鉴于地方政府履行发展事权与承担发展支出责任并不严格对应,除了地方政府,中央政府和社会、市场也需承担一定的发展支出责任。为此,需协同地方政府与横向市场、非营利组织之间的发展权能,构建由横纵分明到多元互动的地方发展权配置结构,^[47]秉持地方发展权保障的多中心支出责任原则。^[48]

[41] 参见郑毅:《论中央与地方关系中的“积极性”与“主动性”原则——基于我国《宪法》第3条第4款的考察》,载《政治与法律》2019年第3期。

[42] 2016年《国务院关于推进中央与地方财政事权和支出责任划分改革的指导意见》提出:“在2019-2020年,及时总结改革成果,梳理需要上升为法律法规的内容,适时制修订相关法律、行政法规,研究起草政府间财政关系法,推动形成保障财政事权和支出责任划分科学合理的法律体系。”

[43] 参见于楚涵:《发展法学的道路探索——基于美国法律与发展运动的比较思考》,载《行政法论丛》(第29卷),法律出版社2023年版。

[44] 参见郑全新、李嘉娜:《论我国政府职能的法治化界定与重构——从〈行政许可法〉谈起》,载《国家行政学院学报》2005年第3期。

[45] 参见王建学:《论地方政府事权的法理基础与宪法结构》,载《中国法学》2017年第4期。

[46] 参见李春根、舒成:《基于路径优化的我国地方政府间事权和支出责任再划分》,载《财政研究》2015年第6期。

[47] 参见马万里:《政府间事权与支出责任划分:逻辑进路、体制保障与法治匹配》,载《当代财经》2018年第2期。

[48] 参见李森:《试论公共产品收益范围多样性与政府级次有限性之间的矛盾及协调——对政府间事权和支出责任划分的再思考》,载《财政研究》2017年第8期。

从人权理论来看,生存权与发展权紧密相连,两者之别主要在于发展程度不同,前者锚定于低发展程度区域,后者专注于高发展程度区域。^[49]发展权与生存权在发展程度方面的差异,对于建构以地方发展权为内核的举债权具有重要启发意义。这体现在如下方面:第一,属于保障地方人民生存权的公共事务,应更多划归为中央事权;而保障地方人民发展的事务,则更多划归为地方事权。《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》提出适当加强中央事权、提高中央财政支出比例,这里所指的中央事权即应属于保障地方人民生存权的公共事务;第二,与上述事权配置相对应,为改变央地政府纵向收支不平衡格局,缓解基层财政支出压力,中央政府对于地方应承担更多的生存支出责任,地方政府对于地方则应承担更多的发展支出责任;第三,在中央政府承担更多的地方生存保障责任之外,地方政府也应承担一定的地方生存保障责任,但这部分支出义务的履行主要依赖地方税而非举债,唯有面向地方发展的支出责任才可通过举债方式承担。基于债务融资成本较高及所具有的代际效应,举债权配置所带来的地方财政“增收”应用于地方发展,而非旨在维系生存。由此而言,地方政府举债权配置须面向“立于生存之上”的发展,遵循无发展不举债原则。

从发展理论而言,国家发展须通过在地化来维持其持续性,有学者认为,“在社会主义市场经济的内在结构中,发展的动力主要来自地方和社会,中央则主要负责促进和协调。”^[50]具体而言,中央政府首先应当扫除发展障碍,释放地方和社会的发展动能,为各地方创造平等的发展机会,同时须对发展不协调进行精准制度纠偏。有鉴于此,需厘清中央政府的地方发展支出责任,进而实现地方事权和财力配置的区别化,即将地方事权一分为二:一是履行地方基本公共职能的事权,其重在依托基本税费收入和中央财政一般转移支付;^[51]二是履行地方发展职能的事权,可由地方政府举债作为重要手段。通过这种基本生存主要依托税收返还、一般转移支付等预算内资金,而增长发展主要依靠地方政府举债的二元化设计,有助于提升地方政府财力同支出责任、事权的相匹配程度,构建两种财源获取模式的风险隔离机制,更好地实现地方政府收支平衡,即当债务难以偿还之时,并不会影响第一种基本公共服务抑或生存职能的履行。

四、地方发展权视阈下地方政府举债权的具体配置

立足地方发展权对举债权的建构和规控机能可以发现,地方发展事权履行、地方发展支出责任承担、地方发展财力获取,需要具体围绕促进地方发展增益、保障地方发展安全、维护地方发展公平而展开。地方政府举债权配置本质上需充分保护各类发展主体的发展权利,确保基于举债而形成的发展增益具体明确,带来的发展风险适度可控,创造的发展机会相对平等。

(一) 基于促进地方发展增益原则的地方政府举债权配置

举债作为财源获取方式需要花费成本的机制,决定了以举债手段推动地方发展必须创造具体明确的发展增益,从而方能覆盖举债成本,并对举债所衍生的财政金融风险进行对冲。所谓发展增益,既指举债投资所获得的经济收益,更指在现有发展基础上所新增的社会公益。相较于较少受到利益结构约束的宏观调控职能,地方发展职能受到刚性的区域、代际利益结构约束,这一特殊的利益结构决定了由举债活动所衍生的发展增益,必须统筹兼顾不同主体的发展权益,进而通过激励相容实现社会公共利益有序整合。理论上,通过举债所创造的财政成果和发展成果具有同一性,均代表着社会公益。然而,财政成果可能被视为政绩成果,

[49] 魏晓旭:《中国保障生存权的实践逻辑和话语阐释》,载《人权》2023年第4期,第32页。

[50] 王建学:《论中央在区域协调发展中的地位与职责》,载《法学杂志》2022年第3期,第41页。

[51] 这意味着,需注重发挥中央政府基于生存保障的一般性转移支付,压缩基于发展的专项转移支付。

而政绩成果往往又假以社会公益之名。可见,发展增益与举债权中利益结构的规范、正当配置深度攸关。不同于税收财政,借款财政具有错综复杂而又相对隐蔽的利益结构,本质上映射了国家与地方政府、债权人与纳税人、当代人与后代人等不同主体间发展权的深刻张力。只有尽可能创造更多体现社会正义的地方发展增益,积极为债权人创造举债的财政成果和发展价值,并努力实现发展成果公平分享,才能预防举债带来的财政风险,实现促进发展的根本目的。

地方政府举债权之设定不必然通向债务危机,关键是要实现地方发展权与地方政府举债权的有机协调。这要求充分衡量举债发展的效率问题,强化对地方政府举债投资可行性、还款来源、举债收益等发展绩效的管控,进行成本效益层面的精细设计,最终实现举债发展的成果共享。基于发展成果依赖于发展结果,而发展结果又立足于财政成果的原理,地方政府举债权配置和运行存在双阶乃至多阶构造:其中,一阶在于保障财政收入;二阶在于确保财政资源分配和支出,包括财政资源的纵向、横向分配及其支出;三阶旨在保障财政支出后财政成果的形成,而从更高阶则着力促进从财政成果到发展成果的实现,最后落脚于发展成果的共享。当下,地方债实践重视预算过程责任而忽视发展结果责任。这是由于举债收入能够测算,故人们一般依据“量入为出”原则约束地方政府举债权,即强化债务资金的收入管理,而忽视对债务资金后续使用的持续管控。为此,需同步建构更为清晰化的地方政府举债责任、支出责任与发展责任。一方面,须将地方举债、支出责任作为地方政府发展行为监督与评价的制度基础。另一方面,应把系统的发展理念和发展规范融入举债权配置,通过地方发展责任和发展绩效的有效注入和建构,强化地方政府举债的预算绩效和投资管理责任。

(二) 基于保障地方发展安全原则的地方政府举债权配置

地方发展资源的相对明确是地方政府举债权配置的基础。有学者对财政风险作出如下定义,即“政府拥有的公共资源不足以履行其应承担的支出责任和义务,以至于经济、社会的稳定与发展受到损害的一种可能性。”^[52]理论上,基于政府对公共资源的掌控,其并不存在无法偿债的可能,至少可延缓偿还期限。然而,由于可用于地方发展的公共资源存在不确定性,如相对于资金,地方政府所掌握和能够用于发展的资产、资源底数并不十分明晰,故地方政府举债权配置和行使的正当方式,应是在充分掌握公共财产的基础上测算举债规模,确定负债率红线。而仅通过提升地方公共资源的确定性以形成债务率指标,仍难以保障地方债的安全,还需提升地方发展支出责任的确定性、可预测性与可计算性。这就要求在明确公共资源是地方政府融资举债之根本基础的前提下,确保地方政府的投资权受到充分的法律调控。“地方政府通过举债在资本市场上融资从本质上说是一个将国民储蓄间接转化为公共投资的过程。”^[53]一般认为,宏观调控属于中央政府的职能,地方政府债既不宜用于弥补地方财政赤字,也不宜用于宏观经济调控,而应用于基础设施等有收益的建设投资项目。由于中国式现代化建设的基础是政府投资与项目建设,故要求构建理性化、法治化的政府投融资制度。我国《宪法》第14条第3款规定:“国家合理安排积累和消费,兼顾国家、集体和个人的利益,在发展生产的基础上,逐步改善人民的物质生活和文化生活。”该规定意味着国家履行发展尤其是宏观调控职能具有一定限度,不应盲目举债发展。为了强化政府投资控制,应将《政府投资条例》进一步上升为《政府投资法》,并在《预算法》中确立政府投资的经济节约原则和辅助性原则。

公债作为地方政府推动地方发展的重要财政金融工具,需超越融资工具这一表面属性,切实回归保障发展的底层财政功能。随着“土地财政”模式日渐式微,寻找新的经济社会发

[52] 刘尚希:《财政风险:一个分析框架》,载《经济研究》2003年第5期,第24页。

[53] 参见李金龙、章彤:《国际经验视域下我国赋予地方政府举债权的可行性探讨》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2012年第4期。

展动力迫在眉睫。然而，地方发展动力不足并非单纯源于财源匮乏。事实上，基于我国天量的居民储蓄，通过地方债进行社会资金汲取，能够提供源源不断的财源。理论上，只要有好项目，就能举债投资建设，地方发展动力便不会枯竭。但好项目始终较为稀缺，过度依赖项目投资仍面临发展的极限困境。基于财政平衡要求，仍需对地方政府举债行为进行严格限制。由此来看，我国地方发展动力的制约因素并不在于外在财力，而恰在于内在发展模式和手段本身，需通过良好的“项目制”设计激发内生发展动力。有学者认为，专项债券的功能定位就是发展，只要有利于发展、有利于稳定经济，专项债使用范围在条件符合前提下可以被扩大和调整。^[54] 尽管这一观点正确认识到了专项债券的“发展型”债券属性，但不断调整和扩大其使用范围，亦会悖离专项债券促发展的功能定位。当前，专项债券不当扩张所造成的项目失范和“一般化”，使它联通发展权与举债权的“项目制”机制有所失灵，进而致使其承载的发展功能逐渐弱化。^[55] 事实上，当前扩大专项债券的使用范围，恰是扩张对“发展”概念的认知和理解。专项债券究竟应被限缩和具体化为经济发展型债券？还是可延伸到经济以外的政治、文化和社会等发展领域？由于发展不仅包括经济发展，还涵盖社会发展、生态文明发展等多元领域，故理论上专项债券使用能延伸到经济以外的发展领域。然而，从专项债券的“经济收益性”出发，却须保证其应用领域的发展具有可债性，即有可靠的“产业”和真实的“项目”作为举债支撑。

（三）基于维护地方发展公平原则的地方政府举债权配置

既有地方政府举债权研究多从纵向央地关系维度展开，未充分关注举债权设定的横向府际关系。地方政府举债权横向配置不当从宏观上可能导致财政动力地区极化和财政资源空间错配，从微观上则可能形成项目制债券与一般债券的功能混淆，进而产生资金、项目和风险错配，带来发展权力、权利的失衡，悖离促进地方发展权平等实现的财政逻辑。地区间发展利益的多元性决定了举债权配置的利益平衡要求，其需与体现横向分配正义的发展利益结构深度契合。当下，为解决地方发展利益协调困境，需以“发展机会均等和发展利益共享”为原则优化举债权的横向配置。^[56]

地方政府债深刻反映了财政制度嵌入社会的机理，彰显了“政府间财政关系要寓活力于秩序”的原则^[57]。一方面，地方政府举债权配置若与地方发展形成紧密互动，须灵活配置而非一体赋权，这反映了“经济法上的效率价值和在经济性的追求”^[58]；另一方面，地方政府举债权非均衡配置会冲击发展平等权，故需贯彻矫正正义，实现相对法定统一，以制度一体化保证实质公平。“地方发展权—地方政府举债权”的内在张力，使得地方债制度建构面临两难抉择，即从预防财政风险、保障发展安全角度，地方发展应与地方政府举债权正相关；但从缩小地方发展差距角度，反需实现地方发展与地方政府举债权负相关。原因在于：一个地方经济发展良好，居民较为富裕，政府财政收入能够保证，就无需举债；另一个地方经济发展不良，居民不富裕，政府财政收入难以保证，反需要举债。从提升经济效率和预防财政风险的角度，地方发展与地方政府举债权应当正相关，举债权配置应与地方政府发展能力相协调；但从促进国家协调发展之角度，为发展禀赋突出的地方政府配置举债权，则可能

[54] 李永友：《地方政府专项债的风险管理与规模控制》，载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2023年第6期，第165页。

[55] 参见许恋天：《地方政府专项债券项目风险的治理逻辑与制度回应》，载《中国政法大学学报》2024年第2期。

[56] 参见汪习根：《法治社会的基本人权—发展权法律制度研究》，中国人民公安大学出版社2002年版，第60页。

[57] 吕冰洋：《现代财政制度的构建：一个公共秩序的分析框架》，载《管理世界》2021年第10期，第100页。

[58] 张守文：《区域协同发展的经济法解析与促进》，载《当代法学》2021年第5期，第101页。

出现富者越富、穷者愈穷之悖论现象，加剧地区间发展鸿沟。^{〔59〕}现实中，区域空间差异是地方政府债券额度分配的重要参考，它不仅牵涉到公平与效率问题，还涉及区域公共风险与整体公共风险最小化协调以及风险权衡问题，常常需要中央政府基于风险组合进行债券资源的宏观配置。^{〔60〕}

当前，地方政府举债权配置需着重解决以下复杂问题：第一，举债权究竟应区别配置，还是无差别地赋予所有地方？第二，若对举债权予以区别配置，还需进一步从纵向和横向两个维度考虑何以细化。如从纵向而言，是否仅赋予省级政府举债权，而不明确赋予省级以下地方政府举债权？从横向而言，是否仅赋予发达地区政府举债权，而不赋予非发达地区政府举债权？理论上，地方政府举债权设置需注重纵向和横向公平，以保障地方发展机会公平；然而，不加区别一体赋予地方政府举债权，亦会产生类似“马太效应”的平等悖论。事实上，即便地方政府拥有的举债权并无差异，其获取和使用举债财源的能力也可能相差甚远。由此可见，地方发展权视角下的地方政府举债制度设计，难以简单按照平等发展原则实行无差别的举债权一体配置模式，而需贯彻地方债制度建构的发展实质正义原则，在无差别赋予各省级政府举债权的现有法制安排下，差异化配置省级以下地方政府的举债权。

“在法律各部门中，以分配正义为核心价值的财政法在保障发展权方面居于特别重要的地位”。^{〔61〕}正是由于发展权与财政法具有密切关联，而举债权又隶属财政法，从而使得发展权与举债权形成了内在联结关系，即发展权与举债权的联结从根本上系于利益分配，包括同代人发展利益的分配，以及不同代际间的发展利益分配，需贯彻分配正义这一财政法的核心价值。^{〔62〕}基于一国公民发展权利平等原理，地方发展事权具有均质性。但由于要素禀赋尤其是财政资源不平等，地方经济发展结果呈非均等性，这显然悖离了发展平等原则。当前，财政转移支付虽有利于促进空间财政公平，但存在难以促进空间财政效率之弊病。基于此，地方政府举债权配置需实现空间财政效率和公平的有机协调，既要促进财政能力横向平衡，亦需有利于空间经济竞争；既要实现财政资源在空间上合理配置，亦需实现公民发展权在空间上均等化。为实现此种目标，须在坚持各省级政府具有同等举债权的“形式公平”基础上，着力进行省内地方政府举债权的差异化配置。这一差异化配置立足省内经济和财政空间的异质性，具有内在的合理性；同时，由于存在省级政府于发展和举债两个维度的“监护”，可在一定程度上矫正非平等赋予举债权带来的发展利益失衡，有助于保障举债发展的实质公平。

事实上，目前我国省级以下市县级政府已被赋予了差异化的间接举债资格，2014年国务院出台的《关于加强地方政府性债务管理的意见》明确，“市县级政府确需举借债务的由省、自治区、直辖市政府代为举借”。“确需”所隐含的举债条件和“代为举借”的发行机制，决定了这种间接举债是差异化而非一体化的。而遵循“项目制”逻辑以项目评判能否举债的专项债，愈发成为主导性的地方政府举债方式，也表明省级以下地方政府所享有的举债资格具有差异性。在省级政府“代为举借”并统一行使举债权的情况下，看似有利于统筹地方发展，预防债务风险，但也产生了突出的举债权责不对等困境。

在此基础上，针对举债权差异化配置可能带来的地区发展失衡风险，需要依托省级政府构建“举债—发展”的利益矫正和风险平衡机制。事实上，无论是地方发展还是个体发展，最终都会面临风险和成果分配问题，需要构建类似“先富带后富，最终实现共同富裕”的矫

〔59〕从经济学而言，为发展能力强、资源禀赋好的地方政府配备较大的举债权，促进其率先发展，不仅正当而且合理。然而，由于区域发展权通常被赋予不发达地区，故地方政府举债权从逻辑上需侧重于配置给不发达地区，以对其发展进行定向的金融扶助，这似乎也具有一定的正当性。

〔60〕参见刘尚希、蒋毅：《地方政府债券风险管理—基于区域差异性的分析》，载《财政研究》2021年第11期。

〔61〕刘中建：《民生财政与当代中国财政法治化的路径选择——以科学发展观及发展权为视角》，载《法学论坛》2014年第3期，第50页。

〔62〕参见刘剑文：《收入分配改革与财税法制创新》，载《中国法学》2011年第5期。

正机制。基于此，地方政府举债权配置须回到分配正义，构建举债权缺失的利益补偿制度，完善举债权与地方发展权的协调机制。当前，可充分发挥中央和省级政府协调功能，参考现有横向府际间生态补偿机制，建构横向地方政府间“举债—发展”协调机制，从而解决横向地方政府举债权配置带来的发展不公平问题。这一机制的基本框架为：在省级政府组织、指导和监督下，经济社会发展程度较低、速度较慢的地方政府，可向经济社会发展程度较高的地方政府举债，进而获得急需的地方发展资金；而后者则可通过出借资金，向前者换取资源合作开发权等发展机会。

五、结语

既有地方债研究取得了不少重要成果，部分研究已提供了在发展中解决地方债问题的良性方案。然而，既有理论并未在地方债与地方发展间建立起一条逻辑线索，进而未能揭示我国地方政府举债权配置的发展机理。本文无意阐释一种以发展的眼光看待和解决地方债问题的宏观理念，而是试图通过挖掘地方发展权与地方政府举债权的内在联系，建构我国地方政府举债权配置的普遍理论。本文认为，通过地方发展理论的规范引领有助于基于我国国情建构正当合理的地方政府举债制度，而举债权的规范配置反过来亦会强化对地方发展的法治保障。虽然地方债制度建设注定前路漫长，^{〔63〕}却是实现国家发展和央地关系法制化的必经路径。某种意义上，构建以地方发展权为主导的地方政府举债制度，是优化我国中央和地方财政关系，探索以发展为中心完善国家治理结构的重要突破口。从现实而言，地方债风险治理需深刻关注地方政府举债权与地方发展的内在联系，通过尽快制定《国家发展规划法》《政府间财政关系法》《政府投资法》《地方政府举债法》等基本法律，将地方政府举债制度作为“发展法制”的重要组成部分，系统融入以发展为导向的新型财政法治体系。

〔63〕参见陈少强：《中央代发地方债研究》，载《中央财经大学学报》2009年第7期。

中国式现代化视阈下巩固文明新形态的逻辑进路

摘要：

习总书记在庆祝中国共产党成立一百周年大会上首次将中国式现代化发展在文明形态意义上概括为“文明新形态”。针对这一高站位、大格局的凝炼性概述将会对乡村治理引起什么样的蝴蝶效应；而乡村现代化建设又会对巩固文明新形态样态产生多大作用力；乡治现代化建设将对共同富裕起到多大成效，需要从理念上、实践上深度剖析。鉴于此，文章先考究文明新形态之历史渊源、理论内涵、乡治前景，在掌握一定的中国特色社会主义发展规律后，详实论述人类文明新形态所蕴含的五大文明形态。最后，从人类文明新形态的乡域视角展开，论证如何从乡治现代化角度巩固人类文明新形态实践成果。

关键词：共同富裕、乡村治理、文明新形态

以下正文：

习近平总书记在庆祝中国共产党成立 100 周年大会上的重要讲话指出：“我们坚持和发展中国特色社会主义，推动物质文明、政治文明、精神文明、社会文明、生态文明协调发展，创造了中国式现代化新道路，创造了人类文明新形态”。¹文明新形态，是习总书记在文明形态意义上对于中国式现代化发展的新概括，这是一个具有重大世界历史意义的判断。其在中国被创造出来绝非偶然，也绝非易事，自中国开辟中国特色社会主义道路之时，它伴随着一个国家的阵痛、裂变而涅槃重生直至续写出 21 世纪马克思主义新篇章。从乡域视角去寻迹文明新形态与乡村治理之关联，不仅可以了解乡治前景，促进共同富裕，亦可以巩固人类文明新形态实践的动态成果。

一、审察考势：文明新形态下推进乡治现代化之浅析

（一）文明新形态的历史渊源

中国特色社会主义文明形态在思维方式、文明理念、发展方向、文明主体、核心价值、实现道路、内外维度、进步动力、交往路径等方面都实现了全方位的

¹ 《习近平总书记在庆祝中国共产党成立 100 周年大会上的讲话》载《人民日报》2021 年 7 月 2 日。

创新，是人类文明形态的革命变革。²总体而言，人类社会文明遵循着从低级向高级阶段发展的规律，就文明形态发展历程看，我们经历了前文明时代，并正从工业文明走向生态文明、信息文明时代。我国坚持和发展的中国特色社会主义制度，创造的是不同于欧美、日韩、拉美等的独具中国特色又具全球化特征的人类文明新形态，相对应着我国传统文化、精神谱系、生产关系甚至是政治生态现状，其富藏的物质文明、政治文明、精神文明、社会文明、生态文明理念改变了人类文明新格局。

从社会组织形态看。我国的文明新形态可以说是发轫于乡村文化。具体而言，我国现有城市和乡村两种文明形态，而中国城市是由乡村建构起来的，乡村孕育出的城市也将或多或少有农耕文明痕迹。在长达五千年的农耕文明发展史求源，城市和农村相互作用、彼此促进，乡村社会、经济、政治，甚至是村民自治及风俗习惯等特征均会对城市产生引力。现代意义上的中国城市自鸦片战争后形成，我国被动地发展出不同于传统城市的新城市文明，但恰恰又基于这种孕生关系，使得中国城市文明的底色没有摆脱农耕文明。

从文明主体看。以人民为中心一直是我党的根本宗旨。我国从一穷二白、人口众多的情况下，在面对资本主义国家裹挟、伪普世的背景中，用几十年时间造成了发达国家几百年才能走过的工业化历程。这条艰难的现代化道路是各个社会主体共同奋斗的结果。邓小平曾说：“农村搞家庭联产承包，这个发展权是农民。农村改革的好多东西，都是基层创造出来的，我们把它拿来加工提高作为全面的指导”。农村是如此，其他领域的改革也是如此。总之，人民群众是社会发展的主体，但也是社会变革福利的获得者。

从中国道路看。农耕文明的属性从此决定了中国新民主主义革命是无产阶级领导下的、以农民为主体的土地革命。苏俄十月革命给中国革命以深刻的历史影响，改变了中国社会发展的文明道路，但是，基于我国之农业大国、农民大国的国情，早期领导人变革所进行的城市暴动及城市革命的俄式道路只能屡试屡败，而毛泽东创建和建立的农村根据地、农村包围城市、夺取城市的道路被证实是适合中国国情的革命与建设的发展道路。我国的马克思主义中国化不是照搬照抄，而是同具体实际相结合的产物，并在社会主义建设道路上，创造性地建构了中华

²王文东：《人类文明新形态：生成逻辑与坐标体系》，载《江海学刊》2021年第4期。

文明的当代形态，为世界新形态贡献了中国智慧。

（二）文明新形态的理论内涵、科学特征

人类文明一般是指人类所建立的物质文明和精神文明的总和。而习总书记提到的人类文明新形态则丰富了其内涵，将其高度概括物质文明、政治文明、精神文明、社会文明、生态文明的协调发展，深化了人类文明的认识，集中体现了中国人民之文明思想的创新。

首先，文明新形态有超前的“新”特点。人类文明新形态是克服了资本主义文明固有缺陷的新形态。³甚至是超越资本主义文明的新形态，虽然目前来说，资本主义文明是现代工业社会的高级形态，但其有发展的固有缺陷。总结百年来的现代化进程，由资本霸权主义统治下的强势的法律文明秩序，面对挑战又轻易地异化出全球民粹主义与贸易保护主义，逐渐偏航为自生自灭甚至是单边攫取的逆全球化，终归说来还是处于亚健康全球化，很难说是国际发展的正常趋势，也很难将其视为人类文明发展的最终版本。而中国创造的人类文明新形态的建设则是对本土传统文化根植于母体文化“取精去糟”的单向重塑，还包括了对西方国家新质要素的去芜存菁。这个“新”就体现在我们继承了资本主义创造的现代化成果，占有了科技变革、市场建设、民主思想等的成果，却也扬弃了逆全球化糟粕，否定了通过殖民、剥削等不正当手段实现霸权，真正创造了超越资本主义文明的人类新文明。中国告别了一种由西方文化、技术和资本主义主宰着的旧文明格局，正在向整个世界提交一份融中华优秀历史传统、当代中国社会发展进程中的理论、制度和道路优势的文明新形态的时代答卷，让全世界认同、接受这种理性设计蓝图和美好理想。⁴

其次，文明新形态有独特的“和”特征。马克思在《共产党宣言》中指出资产阶级按照自己的面貌为自己创造出一个世界。⁵其通过输送资产阶级价值观宣扬所谓的“普世价值”，完全背离了全世界人民的共同价值诉求。而我国创造的人类文明新形态则是建立在几千年和合文化精神下的共同价值诉求。中华文明具有“讲仁爱、重民本、守诚信、崇正义、尚和合、谋大同”的优良基因。⁶无论

³高海波：《“人类文明新形态”的理论由来、科学内涵和核心要义》，载《学习与实践》2021年第8期。

⁴袁祖社，中国“文明新形态”发展理念的演进逻辑，《理论探索》2016年第4期。

⁵《马克思恩格斯文集》（第二卷），北京人民出版社，2009年第35-36页。

⁶钟超，《阐释中华文明 让世界更好认识中国》，载《光明日报》2021年5月12日。

是在构建人类命运共同体的世界性战略上，还是村域治理上，都能有所体现。和合思想中所主张的“亲仁善邻，国之宝也”、“和谐共处、合作共赢”，对于打破文化壁垒，打造平等包容的国际秩序有着不可替代的引导价值。而对于以社区、乡镇为主要单位的基层来说，和合的价值更为生活化、民生化，“人人各美其美，美人之美，美美与共，天下大同”，更符合当前基层群众的目标追求。基于传统文化的内涵与功能的理性回归分析视角，农村民主管理制度表现出了其鲜明的自治性，它不同于城市社会、工商社会、陌生人社会更需要借助于法律制度的规制，而更多地依靠于习惯、公约、惯例。而和合文化的浸润更符合这一群体的生活与发展，事实表明将传统价值融入法律规章更符合我国国情，那些精英化的纯移植往往在经过实践后面临无疾而终的下场。就以枫桥经验为例，“发动和依靠群众，坚持矛盾不上交，就地解决，实现捕人少，治安好”，这一口号也实打实地变成了现实，也逐渐形成了具有鲜明时代特色的“党政动手，依靠群众，预防纠纷，化解矛盾，维护稳定，促进发展”的新经验。

（三）文明新形态的乡治前景

农业农村如何紧跟文明新形态的脚步，这是当下和未来极为重要的一个问题。三农问题一直是我国发展的短板，这是问题，但也是机遇，我们的改革发展已经进入社会主义初级阶段的新发展阶段，乡村问题越发受到各界重视，共同富裕相应的政策措施也随之赋能三农建设。可以坚信，通过国家不断加大对农业农村的人力、物力、财力的不断输入，通过城市的输血支持，在党的领导下，遵循习总书记重要指示，建设社会主义现代化新农村和实现乡村振兴之宏伟目标指日可待。可以确定的是，随着文明新形态的深入，我们的农村将会有新的变革：一是提高乡风文明程度。长期以来，我国农村地区尤其是边远、贫困地区普遍对乡风建设没有引起足够的重视，导致诚信文化、民俗文化、和合文化等日益削弱，乡村不和谐因素日益增加。

党的十九大意识到问题的紧迫性后对乡风文明做出了新要求，并将乡风文明建设贯穿了乡村振兴的各个方面。新时代的乡风文明是以优秀的乡村文化为内核、载体，构建向上、向善的精神风貌。在乡村共同体内，基于人与人、人与自然、人与社会的相互嵌入和相互统一形成了独特的乡村文化，并规范着人、自然与社

会的基本关系结构，维系着人们正常的生产秩序与生活秩序。⁷通过整个社会体系的文明新形态的建设、融入、升华，乡村形象及精神风貌将会得到大幅改观及提升。在建设农村现代化进程中，红色革命文化、优秀传统文化、核心价值观、先进的社会主义文化会源源不断地嵌入农村社会生态建设，不断满足广大农民多层次、差异化的文化需求，夯实乡村文化根基，培育文明乡风，促进乡域治理新风尚。二是农民实现共同富裕。人类文明新形态中有“共同富裕”之重要内容，我国在实践探索中也实现了实际效果。从近一亿贫困人口成功脱贫，到小康社会全面建成，农民群众日益增长的生活需求不断被满足，绝对贫困问题的解决也标志着离共同富裕更进一步。在我国创造的文明新形态中，物质文明一直被高度强调，关于农村物质文明有两层含义，一层是基本的物质保障，另一层则是缩小城乡差距，促进城乡共同发展。相信在总战略指引下，坚持农业农村优先发展，会让“三农领域”发展不平衡不充分的问题将会得到解决，而科技强农、机械强农也会明显提高农业质量效益，在收入普遍提升、公共服务全域蝶变后，农民群体也能实现高质量发展。

三、从乡治现代化角度巩固人类文明新形态实践成果

如果对人类文明新形态在乡域视角上总结，不免会提到乡村振兴战略。习总书记指出：“实现中华民族伟大复兴，最艰巨最繁重的任务依然在农村，最广泛最深厚的基础依然在农村。”⁸这也反映出了我国在共同富裕建设上还有很长的一段落。对于十九大在乡村振兴战略中提出的乡村治理方略看，乡村治理的关键是要建立现代化乡村治理体系。从农村发展所面临的现实困境看，乡村治理中的治理方式、治理手段、治理能力等各方面均存在不足之处，可以从国家治理能力和治理体系现代化路径中汲取经验、方法。因此，发挥政治、法治、德治、自治、智治这“五智融合”作用，为在乡治领域巩固人类文明新形态实践成果指明了方向提供了根本遵循。

（一）政治方面。大到县域治理，小到村舍发展，都要紧紧依靠政治引领，不折不扣贯彻落实党中央各项决策部署。事实上，长期以来，人们对农村的政治关注远不及经济、精神方面，很少有人深入关注乡村政治，但农村与城市共同决

⁷赵霞：《传统乡村文化的秩序危机与价值重建》，载《中国农村观察》2011年第3期。

⁸《习总书记在中央农村工作会议上强调 坚持把解决好“三农问题”作为全党工作重中之重 促进农业高质量高效 乡村宜居宜业农民富裕富足》，载《光明日报》2020年12月30日第1版。

定着国家政治稳定和现代化的历史进程，一要提高基层党组织领导力、凝聚力、推动力、治理能力。党的基层组织是政治组织，也是农村各种工作开展的领导核心，坚持以党建引领脱贫攻坚、美丽乡村等工作，通过发挥农村党组织的政治优势和组织优势，为人类文明新形态之农村篇章贡献力量。通过党组织的领导力，凝聚起乡村治理、乡村振兴的内生动力，只有把广大基层党员和群众的思想、智慧集聚成合力，才能以众力攻克众难。在众力中，有一股重要力量，乡村振兴战略离不开各类人才的共建，可以研究制定“回引”农村基层人才实施办法，在政策、资金上予以更多支持，广纳资源广、思路活的人才进村任职。当然，在基层党组织引领农村发展的过程的同时，也要提升自身的治理能力。需要糅合现有资源，积极探索乡村治理新模式，推进村务民主协商，加强农村法治建设、精神文明建设，带动广大群众提高文明程度。二要加强农村民主政治建设。没有民主就没有社会主义，党的十五大曾指出要在中国共产党的领导下，在人民当家做主的基础上依法治国，发展社会主义民主政治。而村民自治是中国共产党领导亿万农民发展中国特色社会主义民主政治的伟大创举，是促进社会主义新农村全面发展的基本途径。随着农村经济市场化程度不断提高，农民的独立性、自主性、创造性大大增强，也更加关注民主权利，参与基层村务的要求越来越强，要继续扩大农村基层民主，实行村民自治，坚持民主选举、民主决策、民主管理，继续激发广大农民当家做主的积极性、创造性和责任感，掀开中国农村民主政治建设的新篇章。三要打通从严治党的“最后一公里”。经济社会发展和民生最突出的矛盾、问题在基层，而党的工作最坚实的力量支撑在基层，问题来自哪里就应该从哪里入手解决。面对农村政治生态长期存在的“上级角度过短，下级监督过软”的问题，要深入查找薄弱环节，深化教育、划定红线、精准施策，净化农村政治生态，着眼于农村自治组织行使公权力监督的“全覆盖”，完善村级联合监督体制机制，充分发挥党内监督、监察监督、社会监督、群众监督的“四位一体”，实现从严治党下沉基层，打通最后一公里的政治生态建设。

（二）法治方面。中国法治现代化新道路是中国式现代化新道路在法治领域的具体体现，是创造人类法治文明新形态的重大成果。中国共产党领导人民经过长期探索和伟大实践，成功走出了一条符合基本国情、遵循法治规律，通向良法善治的法治现代化道路，是马克思主义法治理论与中国传统法制博采众长的

成果。法治对于基层治理有着不可替代的框架作用。近日，中共中央、国务院发布的《关于加强基层治理体系和治理能力现代化建设的意见》中要求推进基层法治和德治建设，在国家层面有针对性地抓住了基层治理的关键。针对困扰乡村振兴的顽瘴痼疾，需要用好规则破除潜规则，乡村治理现代化的持续推进有赖于更具细化的政策规定和规则制度加以保障落实。

一是发挥村规民约的法治作用。村规民约是乡村社会为做好维护社会治安、处理村邻关系、实现村民自治等基层治理工作，由村民共同商议、制定、遵守的行为准则。2020年，中共中央、国务院在“中央1号文件”《关于落实发展新理念加快农业现代化实现全面小康目标的若干意见》，也强调要抓好村规民约在乡村治理的作用。这主要源于在乡村治理中，村规民约发挥了“民间法”之价值作用，甚至这种“内化于心、外化于行”的行为准则可以在村民之间形成超越国家制定法的公信力。总之，在实现乡村治理现代化过程中，需要进一步提升村规民约的法治地位。当然，村规民约之公信力，需要村委会在法治框架下坚持公平民主，广泛听取村民心声，坚持以人为本、服务村民，坚持推动这种自治、法治、德治相结合的现代基层社会治理机制更趋完善。

二是强化法治文化阵地建设。党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央高度重视新时代中国特色社会主义法治建设，并从社会系统工程的角度来全面推进依法治国的各项法治工作，提出法治社会、法治文化等新目标。农业农村法治建设是全面依法治国的重要内容，也是三农工作的重要任务，同样在创造人类法治文明新形态中占据关键地位。要继续坚持本地实际，创新工作思路，推进乡村法治文化阵地建设，努力营造党群干部尊法、守法、学法、用法的浓厚氛围，切实提高普法宣传的效果，让法治文化走进村舍。例如，可以通过宣传《民法典》的契机，大力开展法律送乡活动，培育人民群众的法治理念；可以利用现有乡村已有公共文化设施，推进法治广场、法治长廊、法治书屋等法治文化阵地建设，基本实现一村一法治文化阵地。

（三）德治方面。德治是以道德规范来约束人们的行为从而达到社会秩序的国家治理观念和方式，道德规范是相对于法治而言，即不同于法的非正式制度。从西周开始，我们就有了德治的最初形态，而后儒家提出“德主刑辅”之倡议，在历史舞台上与“法制”成为中国几千年来的法治思想基础。直至进入现代社会，

我国实行法治与德治相结合的治国大计，德法并治维护国家稳定，促进国家强大。在改革开放的 40 多年来，依法治国与以德治国一直是我们国家的治国理政、社会建设的基本方略。习总书记曾概括到：“法律是成文的道德，道德是内心的法律，法律和道德都具有规范社会行为、维护社会秩序的作用”。人类文明新形态所蕴含的治理智慧涵盖了马克思主义道德观以及中华优秀传统文化的德治观。马克思主义认为道德是一种社会意识形态，是广泛存在于日常生活之中的价值观念和行为规范，具有支撑秩序，治心化性的功能优势；具中国特色的德治也有“人无德不立、国无德不兴”之论断，两者均指出了德治不可替代的作用。

基层的文明新形态体现需要德治的持续推进。总而言之，一要加强核心价值观的培育和实践。党的十八大提出，倡导富强、民主、文明、和谐，倡导自由、平等、公正、法治，倡导爱国、敬业、诚信、友善，这 24 个字是社会主义核心价值观的基本内容，也是实现国家、社会、个人在价值目标上的一致。深刻把握积极培育和社会主义核心价值观的重要性，对于推进社会主义核心价值观体系建设，用社会主义核心价值观体系引领社会思潮、凝聚社会共识，具有重要的理论意义和实践意义。制度规范化式与价值引导式是推动社会主义体系融入法律政策体系建设的两大方面，将社会主义核心价值观内化到法律政策中，“良法治国”而民众心服之。而把民众内心的准绳社会主义价值观融入基层治理中，又一次社会主义核心价值观在社会治理、公民自治等各个层面的有效应用。因此，既要把社会主义核心价值观融入经济、政治、社会、环境等重要领域的法律规范化建设中，又要通过强化法律政策的引导性、激励性、约束性，同时通过加强社会主义核心价值观为基础的思想道德建设实践，推进文明农村、文明中国建设，为人类文明新形态贡献“德治”力量。二要弘扬中华传统美德。相对城市而言，中华传统美德在熟人社会更有教育力、公认力，也规范人的行为、处理人际关系等方面则更柔和且有效。农村是一个相对固定的空间，是传统美德教育提供的教育阵地，因此，在基层治理实践中，要大力弘扬中华传统美德，培育村民思想道德水平，为基层治理创造良好的人文环境。通过营造协调的人际关系，和谐的地域风气，达到人与人、人与集体、人与自然的和谐统一。

（四）自治方面。创新社会治理组织形式，构建“群众自治圈”、“社会共治圈”，是充分体现农民群众当家做主的形态。我国是工人阶级领导的、以工农联

盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。坚持工农结合、城乡结合，实现城市与农村协调发展，是建设社会主义现代化新农村和实现乡村振兴的重要内容。在这条创造现代化道路过程中，我们总结乡村振兴与乡村治理的实践价值，不断丰富三农建设成果经验，实现中国农村发展内涵丰富性和形式创新性，开创性地架构了人类文明新形态建设的农村篇章。农村篇章中的关键主体是人民，他是新形态的出发点和落脚点，也是乡村治理有效的根本出路。实际上，自治、法治、德治已经成为社会善治的三驾马车，中公中央、国务院办公厅引发的《关于加强和改进乡村治理的指导意见》还对“三治”的内涵和作用作了权威解读，即“以自治增活力、以法治强保障、以德治扬正气”。

乡村自治是中华民族在长期实践与经验中形成的自己的民主形式，是广大农民群众直接行使民主权利，依法办理自己的事情，创造自己的幸福生活，实现自我管理、自我教育、自我服务的一项基本社会政治制度，其始于1982年我国修订颁布的《宪法》第111条规定的“村民委员会是基层群众自治性组织”，随后其含义不断丰富，从“村民自治”到“四个民主”的基层民主形式也成为了人类文明新形态中的重要内容之一。但值得注意的是，乡村自治不是不要党的领导，而是将政府管理农村的权利下放到农村党组织。村民自治的核心内容是“四个民主”：一是推进村级民主选举，村民依法享有干部的选任权。民主选举是农村村民自治和当家做主的基础，也直接关系到农村基层治理的实效。只有规范村民委员会民主选举程序，确保法定环节一个不少、规定程序一步不漏，健全完善候选人审核机制，确保选举工作稳定有序开展；二是推进村级民主决策，村民依法享有重大事务决策权。对于涉及群众切身利益的项目建设、公共设施、土地流转等重大事务决策时，基层党组织要发挥政治功能和服务功能，尊重群众意愿，突出群众主体，根据民意，由村民代表或者多数群众对村域重大事项等提出意见建议，让老百姓参与到基层治理，同时，保障充分享有民主决策权，全覆盖推进民生实事代表票决，让人民为重大事项的决策也贡献第一主体的智慧和力量。三是推进民主管理，村民依法享有村务参与权。要强化公众参与意识，通过信息公开、村民大会、听证会、论坛会等形式增强村民参与的意识，同时，可以充分发挥外部力量的引领带动作用，健全大学生村官长效机制、完善驻村第一书记制度、优化包村干部制度，让外部力量拓展公众参与渠道，夯实农村政治生态重构的主体力

量。四是推进民主监督，村民依法享有村务知情权。村务公开是指村民对本村及有利害关系信息的知情、了解的权利。《民法典》第264条规定了村民对本村集体财产状况查阅、复制权。《村民委员会组织法》也规定了村务公开的基本内容以及村民质询的权利。基层党组织在依照法律规定遵守村务公开制度的同时，要根据本村实际情况，及时公布村务信息，对村民特别关切的问题进行积极回应。

（五）智治方面。人类文明新形态最显著特征表现为中国式现代化新道路，新道路的实践探索与发展道路不仅依赖着传统治理手段，也依赖着科技创新这一“牛鼻子”。随着数字文明日益成为人类文明新形态，以智慧治理应对新格局、新变化成为治理现代化、智慧化的逻辑进路。习近平同志在2021年世界互联网大会的贺信中明确指出，要激发数字经济活力，增强数字政府效能，优化数字社会环境，构建数字合作格局，筑牢数字安全屏障，让数字文明造福各国人民，推动构建命运共同体。当前，新一轮科技革命和产业变革加速推进，数字化发展推动社会生产、生活方式变革，我们正加速迈进全新的数字文明时代。

中国式现代化走的是一条中华民族全面、协调、和谐、开放的现代化道路，其成就具有世界性，经验具有开创性，模式具有引领性，其结果可能为人类的文明提供一个全新的文明起点。⁹面对人类社会迈向数字文明时代，我们要认真把握数字机遇，要恰当地使用人工智能、物联网、区块链等智慧化手段，寻找技术的赋能逻辑，最终实现城市智慧化和治理现代化。农村治理有数字化短板特征，面临着城乡发展空间局限、主体协同机制较弱、资源统筹不足、数字化基础设施不足的发展桎梏，但随着数字乡村战略的开展，这些问题的解决也指日可待。在总体布局上看，数字乡村治理着重强调运用技术为集体发展赋能，从强化主体能力和组织互联等层面提高乡村公共实务治理的有效性。通过打通数字体系，可以在乡村经济、乡村文化、乡村生态上有所突破。首先，数字乡村建设将引进先进的技术设备、组织模式、人才人力，推动乡村产业进入新阶段。其次，数字乡村建设需借助先进技术助推乡村文化传承，通过数字化方式输送传统文化理念，也新颖的技术手段实现城乡文化融合发展。最后，数字乡村综合治理过程中，会打破传统的经济发展模式，以更为可持续化的数字模式支持农村环境综治格局。一是可以发挥数字化改革驱动农村政治道德建设。例如，浙江省宁海县建立的“36”

⁹（英）参见阿诺德·汤因比《历史研究》，上海人民出版社2000年版394页。

条智慧运行系统，将清单从线下做到线上，为村级反腐败体制机制的改革创新贡献了政治领域的数字创新，推动了村级监察走得更深入、更科学，也为加快农业农村现代化贡献了更多智慧。二是可以发挥数字化改革驱动经济快速发展。例如，京东（山西）数字经济产业园结合山西特色，发挥互联网企业智能化应用实践优势，助力乡村振兴。三是以数字化改革驱动高品质公共服务。福建省大力推进医疗联合体建设，通过“云查房”数字化手段，实现优质专家资源下沉到三明市各个县、乡镇、村，让医疗服务结合数字化实现基层医疗改革。四是以数字化改革驱动村域治理现代化。例如，广州市佛山市禅城区村民可以通过村务共治小程序参与卫生、治安、消防管理，通过数据信息经乡村大脑整理后反应至有关部门，提升了农村基层治理能力。

注释：

1 作者信息。

2. 《习近平总书记在庆祝中国共产党成立 100 周年大会上的讲话》载《人民日报》2021 年 7 月 2 日。

3. 王文东：《人类文明新形态：生成逻辑与坐标体系》，载《江海学刊》2021 年第 4 期。

4. 高海波：《“人类文明新形态”的理论由来、科学内涵和核心要义》，载《学习与实践》2021 年第 8 期。

5. 袁祖社，《中国“文明新形态”发展理念的演进逻辑》，《理论探索》2016 年第 4 期。

6. 《马克思恩格斯文集》（第二卷），北京人民出版社，2009 年第 35-36 页。

7. 钟超，《阐释中华文明 让世界更好认识中国》，载《光明日报》2021 年 5 月 12 日。

8. 赵霞：《传统乡村文化的秩序危机与价值重建》，载《中国农村观察》2011 年第 3 期。

9. 《习总书记在中央农村工作会议上强调 坚持把解决好“三农问题”作为全党工作重中之重 促进农业高质高效 乡村宜居宜业农民富裕富足》，载《光明日报》2020 年 12 月 30 日第 1 版。

10. （英）参见阿诺德·汤因比《历史研究》，上海人民出版社 2000 年版 394 页。

中国式现代化与经济法基础理论的现代化

姚焱峰

中文摘要:中国式现代化是中国共产党领导的社会主义现代化,既有各国现代化的共同特征,更有基于自己国情的中国特色。经济法作为国家调节经济之法,在中国式现代化进程中发挥着重要作用。本文通过分析中国式现代化的内涵与特征,探讨中国式现代化对经济法基础理论的影响,进而阐述经济法基础理论现代化的路径与方向,旨在为推动中国式现代化与经济法基础理论的协同发展提供理论支持。

关键词: 中国式现代化; 经济法基础理论; 现代化路径

一、引言

现代化是人类社会发展的永恒主题,也是各国孜孜以求的目标。在当今世界,不同国家的现代化进程呈现出多样化的特点和路径。中国式现代化,作为中国共产党领导的社会主义现代化,具有鲜明的中国特色和时代价值。

中国式现代化是在特定的历史、文化、社会和经济背景下展开的伟大实践。它不仅要实现经济的高度发展,还要在政治、文化、社会、生态文明等各个领域实现全面进步。在这一进程中,经济法作为国家调节经济之法,扮演着至关重要的角色。

经济法通过规范市场主体行为、维护市场秩序、实施宏观调控等方式,为经济的稳定运行和可持续发展提供了有力的法律保障。同时,随着中国式现代化的不断推进,对经济法的理论和实践也提出了新的要求和挑战。

一方面,中国式现代化的独特内涵和特征,如人口规模巨大、全体人民共同富裕、物质文明和精神文明相协调、人与自然和谐共生、走和平发展道路等,需要经济法在价值取向、制度设计和实施机制等方面进行相应的调整和创新。另一方面,经济法基础理论的现代化,也将为中国式现代化提供更加坚实的法律支撑和制度保障,促进经济高质量发展、社会公平正义、生态环境保护等目标的实现。深入研究中国式现代化与经济法基础理论的现代化,具有重大的理论意义和现实价值。从理论层面看,有助于丰富和发展经济法学的理论体系,推动经济法学的学科建设和学术创新。从现实层面看,能够为我国经济体制改革、国家治理体系

和治理能力现代化建设提供有益的法律建议和决策参考,为实现中华民族伟大复兴的中国梦贡献力量。

二、中国式现代化的内涵与特征

(一) 内涵

1. 人口规模巨大的现代化

中国是世界上人口最多的国家,实现现代化意味着要让庞大的人口群体共同迈入现代化的行列。这不仅需要在经济发展方面创造巨大的物质财富,以满足人民日益增长的物质文化需求,还需要在教育、医疗、社会保障等公共服务领域实现全面覆盖和公平分配,确保每一个人都能享受到现代化的成果。

2. 全体人民共同富裕的现代化

共同富裕是社会主义的本质要求。中国式现代化追求的不是少数人的富裕,而是全体人民的共同富裕。这意味着在经济发展过程中,要注重缩小城乡、区域和群体之间的收入差距,通过合理的分配制度和政策,让发展成果更多更公平地惠及全体人民。同时,共同富裕也不仅仅是物质财富的富裕,还包括精神文化生活的丰富和人的全面发展。

3. 物质文明和精神文明相协调的现代化

物质文明是现代化的基础,精神文明是现代化的灵魂。中国式现代化强调物质文明和精神文明两手抓,两手都要硬。在推动经济发展、提高人民物质生活水平的时候,要加强社会主义核心价值观教育,弘扬中华优秀传统文化,提高人民的思想道德素质和科学文化素质,促进人的全面发展和社会的全面进步。

4. 人与自然和谐共生的现代化

人与自然是生命共同体。中国式现代化摒弃了西方以牺牲环境为代价的现代化发展模式,坚持走绿色发展之路,追求人与自然和谐共生。这要求在经济发展过程中,要尊重自然、顺应自然、保护自然,推动经济社会发展全面绿色转型,实现经济发展与环境保护的良性互动。

5. 走和平发展道路的现代化

中国始终坚持走和平发展道路,这是中国式现代化的鲜明特征。中国的现代化不是靠侵略、扩张和掠夺实现的,而是通过自身的努力和与世界各国的合作共赢实现的。中国式现代化致力于推动构建人类命运共同体,为世界和平与发展作

出更大贡献。

（二）特征

1. 坚持党的领导

中国共产党的领导是中国式现代化的根本保证。党的领导确保了现代化建设的正确方向，能够凝聚起全国各族人民的力量，共同为实现现代化的目标而奋斗。在党的领导下，中国制定了科学合理的发展战略和政策，有效地组织和动员了各种资源，推动了经济社会的快速发展。

2. 以人民为中心

中国式现代化坚持以人民为中心的发展思想，把人民对美好生活的向往作为奋斗目标。在现代化建设过程中，始终把人民的利益放在首位，注重保障人民的基本权利，提高人民的生活品质。通过不断满足人民的物质文化需求，让人民在现代化建设中有更多的获得感、幸福感和安全感。

3. 注重协调发展

中国式现代化强调经济、政治、文化、社会、生态文明协调发展。在经济发展的同时，注重加强民主法治建设、推动文化繁荣、促进社会公平正义、加强生态环境保护，实现全面进步。这种协调发展的理念有助于避免单一发展带来的问题，确保现代化建设的可持续性。

4. 坚持独立自主

中国式现代化坚持独立自主、自力更生的原则，同时也积极开展对外合作。在现代化建设过程中，中国依靠自身的努力和创新，不断提高自主发展能力。同时，中国也积极参与全球经济合作，学习借鉴世界各国的先进经验和先进技术，实现互利共赢。

5. 具有创新性

中国式现代化是在不断创新中推进的。中国在现代化建设过程中，积极探索适合本国国情的发展道路和模式，在经济体制改革、科技创新、社会治理等方面进行了一系列创新实践。这些创新为中国式现代化注入了强大的动力，也为世界现代化进程提供了新的思路和借鉴。

三、中国式现代化对经济法基础理论的影响

（一）经济法学的价值取向

1. 公平与效率的平衡

中国式现代化强调全体人民共同富裕，这对经济法的价值取向产生了深刻影响。在传统经济理论中，公平与效率往往被视为一对矛盾，需要在一定程度上进行取舍。然而，中国式现代化要求在经济发展过程中实现公平与效率的有机统一。

一方面，经济法要通过规范市场秩序、促进公平竞争，保障市场主体的合法权益，提高经济效率。例如，通过反垄断法和反不正当竞争法，防止市场垄断和不正当竞争行为，维护市场的公平竞争环境，激发市场主体的创新活力和发展动力。同时，通过完善知识产权保护制度，鼓励科技创新，提高经济发展的质量和效益。

另一方面，经济法要通过税收、社会保障等制度，调节收入分配，实现社会公平。在中国式现代化进程中，随着经济的快速发展，收入差距扩大的问题日益凸显。经济法可以通过累进税制、社会保障制度等手段，对高收入群体进行适当调节，提高低收入群体的收入水平，缩小贫富差距，实现全体人民共同富裕的目标。

2. 可持续发展

中国式现代化强调人与自然和谐共生，这要求经济法在价值取向上更加注重可持续发展。可持续发展是指既满足当代人的需求，又不损害后代人满足其需求的能力的发展。经济法作为国家调节经济之法，应当在促进经济发展的同时，保护自然资源和生态环境，实现经济、社会和环境的协调发展。

首先，经济法要通过环境保护法律制度，加强对环境污染和生态破坏的治理。例如，制定严格的环境保护标准，加强对企业环境违法行为的处罚力度，推动企业加强环境保护投入，减少污染物排放。同时，通过建立生态补偿制度，对因环境保护而受到损失的地区和群体进行合理补偿，促进生态环境保护的可持续发展。

其次，经济法要通过资源节约法律制度，提高资源利用效率。例如，制定资源税、资源补偿费等制度，引导企业和社会节约资源，提高资源利用效率。同时，通过推广循环经济模式，鼓励企业对废弃物进行回收利用，减少资源浪费，实现资源的可持续利用。

3. 社会责任

中国式现代化强调物质文明和精神文明相协调，这要求经济法在价值取向上

更加注重企业的社会责任。企业作为市场经济的主体，不仅要追求经济效益，还要承担社会责任，包括对消费者、员工、环境、社会等方面的责任。

经济法可以通过制定企业社会责任法律制度，明确企业的社会责任范围和标准，加强对企业履行社会责任的监督和管理。例如，通过消费者权益保护法，保障消费者的合法权益，要求企业提供安全、可靠的产品和服务。通过劳动合同法，保障员工的合法权益，要求企业提供良好的工作环境和合理的薪酬待遇。通过环境保护法，要求企业承担环境保护责任，减少污染物排放，保护生态环境。

（二）经济法学的研究对象

1. 宏观调控关系

中国式现代化要求加强国家宏观调控，以实现经济的稳定增长和协调发展。这使得宏观调控关系成为经济法的重要研究对象。宏观调控是国家运用经济、法律和行政手段，对国民经济进行调节和控制的一种行为。经济法作为国家调节经济之法，应当为国家宏观调控提供法律保障。

经济法学要研究国家宏观调控的法律制度，包括财政政策、货币政策、产业政策等方面的法律制度。例如，研究财政法，明确财政收支的范围和管理体制，规范财政资金的筹集、分配和使用，为国家实施财政政策提供法律依据。研究金融法，规范金融市场秩序，加强对金融机构的监管，为国家实施货币政策提供法律保障。研究产业政策法，明确国家产业政策的目标和方向，规范产业政策的制定和实施，促进产业结构调整 and 升级。

2. 市场规制关系

中国式现代化要求建立统一开放、竞争有序的市场体系，这需要加强市场规制。市场规制是国家对市场主体的市场行为进行监督和管理的一种行为。经济法作为国家调节经济之法，应当为市场规制提供法律保障。

经济法学要研究市场规制的法律制度，包括反垄断法、反不正当竞争法、消费者权益保护法等方面的法律制度。例如，研究反垄断法，防止市场垄断行为，维护市场竞争秩序，促进资源的优化配置。研究反不正当竞争法，打击不正当竞争行为，保护经营者和消费者的合法权益，维护市场的公平竞争环境。研究消费者权益保护法，保障消费者的合法权益，促进消费市场的健康发展。

3. 社会分配关系

中国式现代化强调全体人民共同富裕，这需要加强社会分配调节。社会分配关系是国家对国民收入进行分配和再分配的一种关系。经济法作为国家调节经济之法，应当为社会分配调节提供法律保障。

经济法学要研究社会分配的法律制度，包括税收法律制度、社会保障法律制度等方面的法律制度。例如，研究税收法，明确税收的种类、税率和征收管理体制，规范税收的征收和使用，为国家调节收入分配提供法律依据。研究社会保障法，明确社会保障的范围、标准和管理体制，规范社会保障资金的筹集、分配和使用，为保障人民的基本生活提供法律保障。

（三）经济法学研究方法

1. 跨学科研究方法

中国式现代化涉及经济、政治、文化、社会、生态文明等多个领域，这要求经济法学采用跨学科研究方法。经济法学要与经济学、政治学、社会学、生态学等学科相结合，综合运用多学科的理论和方法，研究经济法律问题。

例如，经济法学可以借鉴经济学的理论和方法，研究经济法的经济效率问题。可以借鉴政治学的理论和方法，研究经济法的政策制定和执行问题。可以借鉴社会学的理论和方法，研究经济法的社会影响问题。可以借鉴生态学的理论和方法，研究经济法的环境保护问题。

2. 实证研究方法

中国式现代化要求经济法学更加注重实践，这需要采用实证研究方法。经济法学要通过对经济法律实践的调查研究，总结经验教训，为经济法律制度的完善提供实证依据。

实证研究方法可以包括案例分析、问卷调查、实地调研等。通过对实际案例的分析，可以深入了解经济法律制度的实施效果和存在的问题。通过问卷调查和实地调研，可以了解市场主体和社会公众对经济法律制度的需求和意见，为经济法律制度的完善提供参考。

3. 比较研究方法

中国式现代化是在借鉴世界各国现代化经验的基础上进行的，这要求经济法学采用比较研究方法。经济法学要通过对不同国家经济法律制度的比较研究，借鉴国外先进经验，为我国经济法律制度的完善提供参考。

比较研究方法可以包括横向比较和纵向比较。横向比较是对不同国家在同一时期的经济法律制度进行比较，分析其异同点和优缺点。纵向比较是对同一国家在不同历史时期的经济法律制度进行比较，研究其发展演变的规律和趋势。

四、经济法基础理论现代化的路径与方向

（一）树立现代化的经济法学理念

1. 法治理念

经济法学要树立法治理念，坚持以法律为准绳，规范国家经济调节行为，保障市场主体的合法权益。在中国式现代化进程中，经济活动日益复杂，各种利益关系相互交织，只有通过健全的经济法律制度，才能确保经济秩序的稳定和公平。

首先，要加强对经济法律制度的研究，推动经济法律制度的完善。深入分析经济发展中的新问题、新挑战，及时修订和完善现有法律，制定适应新时代要求的新法律，使经济法律体系更加科学、合理、完备。

其次，要严格执法，确保经济法律制度的有效实施。加强执法机构建设，提高执法人员素质，加大对经济违法行为的查处力度，维护法律的权威和尊严。同时，要加强对执法行为的监督，防止执法权力滥用，确保执法公正、公平。

2. 公平理念

经济法学要树立公平理念，坚持公平与效率的平衡，注重社会公平正义。中国式现代化强调全体人民共同富裕，这就要求经济法学在调节经济活动中，既要注重提高经济效率，又要保障社会公平。

一方面，要通过法律手段规范市场竞争，防止垄断和不正当竞争行为，为市场主体创造公平的竞争环境。加强对知识产权的保护，鼓励创新，提高经济发展的质量和效益。

另一方面，要通过税收、社会保障等制度，调节收入分配，缩小贫富差距。完善税收制度，加强对高收入群体的税收调节，提高低收入群体的社会保障水平，促进社会公平正义的实现。

3. 可持续发展理念

经济法学要树立可持续发展理念，坚持经济发展与环境保护相协调，注重生态环境保护。中国式现代化强调人与自然和谐共生，经济法学必须将可持续发展理念贯穿于经济法律制度的制定和实施过程中。

首先，要加强环境保护法律制度建设。制定严格的环境保护标准，加大对环境污染和生态破坏行为的处罚力度，推动企业加强环境保护投入，减少污染物排放。同时，要建立生态补偿制度，对因环境保护而受到损失的地区和群体进行合理补偿。

其次，要推动绿色经济发展。通过法律手段鼓励和支持企业开展绿色技术创新，推广绿色生产方式和消费模式，促进经济发展与环境保护的良性互动。

4. 社会责任理念

经济法学要树立社会责任理念，坚持物质文明和精神文明相协调，注重企业的社会责任。在中国式现代化进程中，企业不仅要追求经济效益，还要承担社会责任，为社会的发展和进步做出贡献。

经济法学要通过法律制度明确企业的社会责任范围和标准，加强对企业履行社会责任的监督和管理。例如，要求企业在生产经营过程中遵守环境保护、劳动保护、消费者权益保护等法律法规，积极参与社会公益事业，推动企业与社会和谐发展。

（二）完善经济法学的理论体系

1. 构建经济法学的的基本范畴

经济法学要构建科学合理的基本范畴，明确经济法学的研究对象和范围。基本范畴是经济法学理论体系的基础，它决定了经济法学的研究方向和方法。

经济法学的的基本范畴应包括经济法律关系、经济法律行为、经济法律责任等方面的内容。经济法律关系是指经济法律规范在调整经济活动过程中所形成的权利义务关系；经济法律行为是指经济主体在经济活动中实施的具有法律意义的行为；经济法律责任是指经济主体因违反经济法律规范而应承担的法律后果。

2. 完善经济法学的理论框架

经济法学要完善理论框架，明确经济法学的研究方法和路径。理论框架是经济法学理论体系的核心，它决定了经济法学的理论深度和广度。

经济法学的理论框架应包括经济法学的价值取向、经济法学的研究对象、经济法学的研究方法等方面的内容。在价值取向上，要坚持公平、效率、可持续发展和社会责任等理念；在研究对象上，要涵盖宏观调控关系、市场规制关系、社会分配关系等方面的内容；在研究方法上，要综合运用跨学科研究方法、实证研

究方法和比较研究方法等。

3. 加强经济法学的分支学科建设

经济法学要加强分支学科建设,拓展经济法学的研究领域。随着经济社会的发展,经济法学的研究领域不断扩大,需要加强分支学科建设,以满足不同领域的研究需求。

经济法学的分支学科应包括宏观调控法学、市场规制法学、社会分配法学、环境保护法学等方面的内容。宏观调控法学主要研究国家宏观调控的法律制度和政策;市场规制法学主要研究市场竞争的法律制度和监管机制;社会分配法学主要研究收入分配的法律制度和调节机制;环境保护法学主要研究环境保护的法律制度和治理机制。

(三) 推动经济法学的实践应用

1. 加强经济法律制度的实施

经济法学要加强对经济法律制度实施情况的研究,推动经济法律制度的有效实施。经济法律制度的实施是经济法学理论与实践相结合的重要环节,只有通过有效的实施,才能发挥经济法律制度的作用。

要加强对经济法律制度实施过程中存在问题的研究,提出完善经济法律制度实施的对策建议。例如,加强对执法机构的监督,提高执法效率和公正性;加强对市场主体的法律教育,提高市场主体的法律意识和合规意识。

2. 参与国家经济治理

经济法学要积极参与国家经济治理,为国家经济决策提供法律支持。在中国式现代化进程中,经济法学应发挥自身的专业优势,为国家经济治理提供法律智慧和解决方案。

经济法学要加强对国家经济政策的研究,提出符合经济法律制度的政策建议。例如,在制定宏观经济政策时,要充分考虑经济法律制度的要求,确保政策的合法性和有效性;在推进经济体制改革时,要运用经济法律手段,保障改革的顺利进行。

3. 服务企业发展

经济法学要服务企业发展,为企业 provide 法律咨询和法律服务。企业是经济活动的主体,经济法学要为企业的发展提供有力的法律支持。

经济法学要加强对企业法律风险的研究,提出防范企业法律风险的对策建议。例如,帮助企业建立健全内部管理制度,规范企业的经营行为;为企业提供知识产权保护、合同管理、劳动用工等方面的法律咨询和服务,帮助企业解决实际问题。

五、结论

中国式现代化是中国共产党领导的社会主义现代化,具有独特的内涵和特征。经济法作为国家调节经济之法,在中国式现代化进程中发挥着重要作用。中国式现代化对经济法基础理论的价值取向、研究对象和研究方法产生了深刻影响。为了适应中国式现代化的要求,经济法基础理论需要实现现代化,树立现代化的经济法学理念,完善经济法学的理论体系,推动经济法学的实践应用。只有这样,才能更好地发挥经济法在中国式现代化进程中的作用,推动经济高质量发展,实现国家治理体系和治理能力现代化。

参考文献:

- 【1】漆多俊:《经济法基础理论(第五版)》法律出版社,2017年2月
- 【2】张世明:《经济法学理论演变原论》中国人民大学出版社,2019年01月
- 【3】李曙光:《经济法学(第三版)》中国政法大学出版社,2018年10月
- 【4】罗荣渠:《现代化新论-世界与中国的现代化进程》,商务印书馆,2009年9月
- 【5】谷春德:《中国特色社会主义法治理论与实践研究》,中国人民大学出版社,2017年6月
- 【6】张守文:《现代化经济体系建设的经济法补缺》,载《现代法学》2018年第6期
- 【7】单飞跃:《中国经济法理论研究四十年:反思、转型与再认识》,载《经济法论丛》2018年第2期
- 【8】雷宇彤:《经济法基础理论研究》,载《法制与经济》2016年第12期
- 【9】漆多俊:《时代潮流与模块互动——“国家调节说”对经济法理论问题的破译》,载《经济法论丛》2007年第01期

中国式法治现代化下经济法治发展思考

姚争鸣

摘要：随着社会的发展，法律的更进，对中国式法治现代化的解读与理解成为必须回答的基础性与先导性问题，我国经济法的发展需符合现代化与法治化的特征，经济法的现代化发展进路必须遵照中国式法治现代化的内涵要求，在立法与政策方面进行完善，不断创新经济法的研究方法，学习西方经济法，注重现代化与本土化的结合，完成制度的现代化转变，以实现自我深化，引领前瞻的经济法现代化强国目标。

关键词：中国式法治现代化；经济法；法治现代化进路

文章主题：经济法总论视角下推动区域协调发展的路径研究

促进区域协调发展的宏观调控法律制度优化

姚子健¹

（中央民族大学 中华民族共同体学院，中央民族大学 法学院 北京 海淀 100081）

摘要：在经济法中，区域可以被理解为法律运行的空间效力，法律关系客体或法律关系主体。作为发展权的享有者，区域的法律关系主体定性更为准确。新发展阶段，应精准定位我国区域协调发展现状，明确宏观调控法律制度的改进方向。我国区域协调发展规模扩大，经济政策类型多样；产业政策适应性提高，可以做到因地制宜发展新质生产力；发展方式也由简单的“政策倾斜”向帮助发展迈进。同时也暴露出发展主体选择随意，发展精度不高；区域经济政策混乱，制度化水平不高；区域法定权限不足，发展主动性缺失的问题。以协调发展、共享发展、创新发展的新发展理念为制度改进定向，进一步为宏观调控法律制度定则：有效评价区域发展程度，提高发展精度；区分制度类型，提高制度化水平；拓展区域法定权限，推动自发性合作。由此进一步推动中国式现代化进程，并深化经济法学相关理论的构建。

关键词：区域协调发展；区域经济法；新发展理念；宏观调控法律制度

一、问题的提出

“区域”向来属于经济法学的重要研究范畴，为此有学者专门提出了“区域经济法”的相关理论基础，并以此构建专门的经济法制度。²在所有的区域问题中，区域发展不平衡、不协调的问题尤为突出，党的二十大报告中予以特别强调。³这将直接影响区域内部公共物品的提供，阻碍基本公共服务均等化及共同富裕目标的实现。以经济建设为中心是兴国之要，因而区域协调发展，很大程度上依赖于特定的经济手段。为了实现区域协调发展的目标，国家试图在特定区域运用一系列发展促进型宏观调控措施，如财税、产业、金融与规划手段，以实现不同区域间发展的均衡。这些区域宏观调控法律制度成

¹ 【作者简介】 姚子健，法学博士，中央民族大学中华民族共同体学院与法学院双聘助理教授。主要研究方向为经济法基础理论、财税法学、民族法学。电话 13110055019，邮箱 yaozijian@pku.edu.cn。

【基金项目】 国家社科基金一般项目“新发展阶段促进共同富裕的税法保障研究”（项目编号：22BFX090）；国家重点研发项目“跨领域知识驱动的法治调研智能感知及辅助决策技术研究”（项目编号：2022YFC3301900）的阶段性研究成果。

² 相关论述，详见徐孟洲：《论区域经济法的理论基础与制度构建》，《政治与法律》2007年第4期。

³ 参见习近平：《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》，人民出版社2022年版，第31页。

为国家干预市场的重要手段，因而如何实现区域协调发展自然构成经济法学的重要命题。⁴经济法学界有关于区域协调发展的相关研究成果多集中于理论层面，黄茂钦（2014）认为经济软法将起促进区域经济包容性发展的重要作用；⁵张守文（2021）立足于区域协调发展拓补了相关经济法理论；⁶丁庭威（2021）提出以出台专门的“发展规划法”为路径实现区域协调发展。⁷而有关促进区域协调发展的制度安排的研究成果，则往往集中于具体而特定的区域，⁸缺乏立足于全局视角的系统性研究。有鉴于此，笔者将在对经济法中“区域”一词定性的基础上，精准定位当前阶段我国区域协调发展制度存在的各类问题，以新发展理念作为定向引导，推动区域宏观调控法律规则的完善，实现宏观调控法律制度的系统性优化，进一步贯彻落实区域协调发展目标。

二、定性：经济法中“区域”的含义揭示

“区域”这一概念在经济法中的性质是首先需要解决的问题。“规则和原则的适用取决于概念的明确”，⁹如若无法对经济法中的“区域”加以定性，也就无法汇总、梳理、改进具体的以协调区域发展为核心的经济法规则，更无法形成有效协调区域发展的集成制度。

（一）作为法律运行的空间效力

“一个命令只有在对它所指向的人有约束力、只有这个人应当做命令所要求做的事情时，才是一个规范”，¹⁰法律的效力指向它的约束力，即可以约束哪些主体及约束的程度。空间效力是法律实施的重要范畴，¹¹任何法律都存在一定的生效空间，也即对哪些空间的主体产生约束，对其产生特定影响。“时间、空间和人是法律的三维，空间可以分为域内和域外，法律效力也就被分为域内效力和域外效力两个方面。”¹²一国法律自然具有域内效力，但有时并非适用于本国的全部领土，而仅适用于特定区域，这体现了经济法普适性与特异性的平衡关系。特殊区域运行的相关法律制度是其他地区常态化法律制度的变异，或言之是对常态法律制度安排的效力修正。基本法律对所有空间的特定主体产生影响，而具有空间效力的法律排除了基本法律在本区域的适用，体现出特别法优于一般法的特征。依据法律的空间效力理论来理解区域是最浅显、表征的，实际上会忽略对区域本身的关注。因为法律的空间效力规范本质上属于立法中的技术性规范，

⁴ 参见陈婉玲，胡莹莹：《经济法学在区域经济法建设中的使命与担当》，《经济法研究》2019年第2期，第35页。

⁵ 参见黄茂钦：《论区域经济发展中的软法之治——以包容性发展为视角》，《法律科学（西北政法大学学报）》2014年第4期。

⁶ 参见张守文：《区域协调发展的经济法理论拓展》，《法律科学（西北政法大学学报）》2021年第4期。

⁷ 参见丁庭威：《促进区域协调发展的经济法路径——以“发展规划法”的制定为中心》，《地方立法研究》2021年第4期。

⁸ 如有学者研究了促进长三角地区高质量发展的税收法律制度，详见欧阳天健，陈少英：《长江三角洲区域高质量一体化的税收法治保障》，《中南民族大学学报（人文社会科学版）》2022年第6期。

⁹ 沈宗灵主编：《法理学》，高等教育出版社1994年版，第40页。

¹⁰ [奥]凯尔森著：《法与国家的一般理论》，中国大百科全书出版社1996年版，第32页。

¹¹ 参见江婉：《央地立法关系视角下区域协调发展立法之完善》，《求是学刊》2023年第6期，第143页。

¹² 张利民：《经济行政法的域外效力》，法律出版社2008年版，第16页。

¹³由于技术性规范偏重技术理性而脱离价值判断，将区域视为法律运行的空间效力常会忽略考察区域中包含的基本社会关系。¹⁴

（二）作为法律关系的客体

法律关系的客体可以包括国家权力、人身人格、行为、法人、物、精神产品和道德产品及信息（一切有价值意义的情报或资讯）。要成为法律关系客体，一般需要满足三个条件：第一是对主体“有用之物”，可能因其产生利益冲突；第二是“自我之物”，可以为主体控制或自我控制；第三是“自在之物”，可以独立于主体认识，与主体相分离。¹⁵特定区域成为法律关系客体的场合，常见于环境与资源保护法领域，如自然保护区及有关自然保护区的行为是各类自然保护区专门立法的法律关系客体。¹⁶在政府与市场的关系中，政府依法释放调制信号，市场主体依法接受调制信号，从而实现国家对市场经济的干预。¹⁷为了实现区域协调发展，政府对市场释放的调制信号指向特定区域的发展，市场主体接受调制信号的前提是从事特定的区域经济行为。由此使得区域不再是单纯的法律运行的空间条件，而成为政府调制权的运行目标或发展促进权的直接作用对象。同时区域可为调制受体带来经济利益，成为调制受体从事特定经济行为的指引以迎合区域发展。将区域理解为调制法律关系中的客体，有助于增强区域与经济法各类主体、权利/权力、行为与义务之间的联系。当然，将区域视为法律关系客体的观点与传统法律关系客体理论存在不相容之处，如能否形成以区域为客体的权利/权力，还需深入详细论证。并且将区域视为法律关系客体，不能有效说明国家与区域以及区域间的关系。

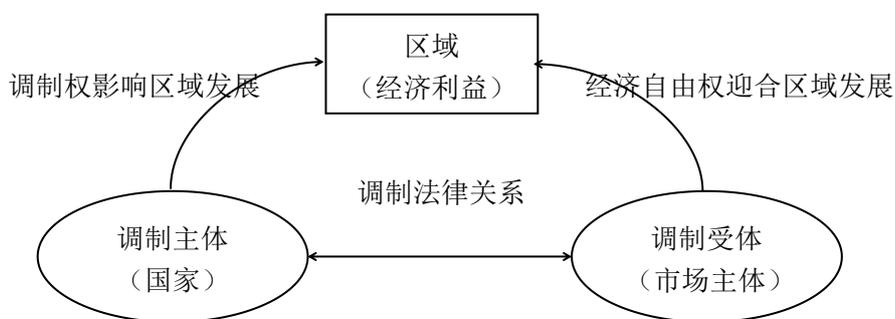


图 1：作为法律关系客体的区域

（三）作为法律关系的主体

法律关系主体是实际享有法律权利的主体。法律关系主体理论认为，区域本身就是发展主体，拥有特定的发展权。与认为区域是法律运行的空间这一说法相比，法律关系主体理论强化了区域作为发展主体的主观能动性，摆脱了区域作为外部运行空间条件的随意性。选择何种区域优先发展，在其中设定宏观调控法律制度，取决于区域的发展能

¹³ 参见刘继虎：《法理学》，中南大学出版社 2009 年版，第 64 页。

¹⁴ 参见姚子健：《论经济法中的技术性规范》，《云南民族大学学报（哲学社会科学版）》2024 年第 2 期，第 158 页。

¹⁵ 参见张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 106-107 页。

¹⁶ 参见孙佑海，陈少云：《关于制定〈自然保护区法〉的论证》，《环境保护》2004 年第 3 期，第 9 页。

¹⁷ 参见张守文：《政府与市场关系的法律调整》，《中国法学》2014 年第 5 期，第 60 页。

力，而区域的发展能力决定了其发展权的大小。“在社会赋权领域，增能是核心”，¹⁸国家通过赋予发展能力较弱的主体以优先发展的权利，或者说更大的发展权利，以消除负向差异实现均衡。国家也会通过推动区域协同发展的方式，实现不同区域间的联合以实现共同的发展权。并在此过程中涉及国家对不同区域发展权的重新分配。法律关系主体理论相较于法律关系客体理论，更加清楚地阐明了国家与区域、区域与区域之间的关系。因此依据上述，本文所称的促进区域协调发展的宏观调控法律制度，是指由一系列以协调区域发展为目的，为实现更好地保护区域发展权而设定的宏观调控法律规则组成的制度。

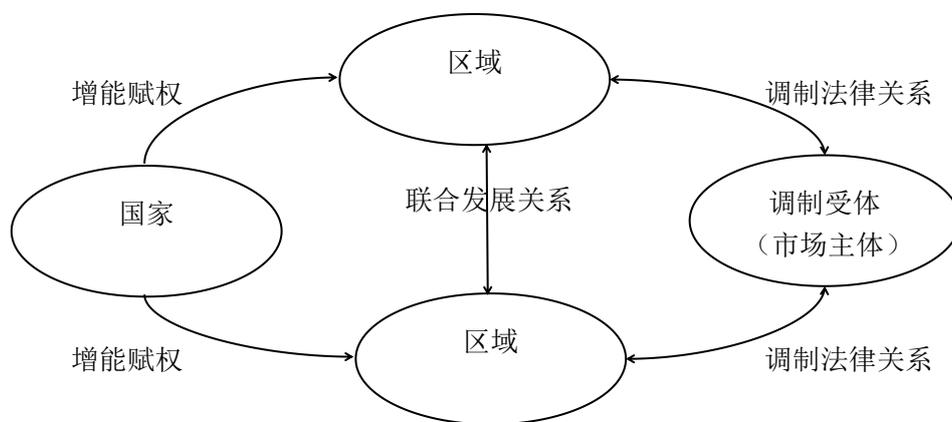


图 2：作为法律关系主体的区域

三、定位：促进区域协调发展的宏观调控法律制度现状及问题

(一) 促进区域协调发展的宏观调控法律制度现状

总结过去，我国区域协调发展重大战略取得了丰硕的成果，一系列宏观调控法律制度相继出台，如表 1 所示。

表 1：我国重大区域发展战略及相关宏观调控法律制度内容概述

区域发展战略名称	最早提出时间	主要规范性文件个数	政策涉及种类及内容概述			
			金融	财税	规划	劳动力
西部大开发	2000年	16	金融支持小微企业融资	利用转移支付制度实行差别化补助；实行企业所得税优惠	实行负面清单与鼓励类产业目录相结合的产业政策	工资待遇倾斜，股权激励与分红等措施
振兴东北	2003年	17	加大再贷款支持力度；支持特定金融机构和企业发行债券；设立产业投资基金	加大转移支付力度；曾出台振兴东北老工业基地企业所得税优惠政策	改造升级传统优势企业，培育壮大新兴产业，大力发展现代服务业	
中部地区崛起	2004年	14	比照实施振兴东北地区等老工业基地和西部大开发有关政策范围	比照实施振兴东北地区等老工业基地和西部大开发有关政策范围	发展先进性制造业以及战略性新兴产业，发展现代农业	
长江	2008	19	加强金融市场对外开	中央预算内投资专项	加强协同创新产业体	实行人才评价

¹⁸ 张海东：《社会质量视角中的社会风险应对》，《江海学刊》2011年第3期，第115-116页。

三角洲区域一体化发展	年		放	支持; 创新财税分享机制, 建立沪苏浙财政协同投入机制; 实行特别出口税制, 研究重点产业领域关键环节的税收支持政策	系建设, 加强产业分工协作, 推动产业与创新深度融合	标准互认制度; 制定相对统一的人才流动、吸引、创业等政策
京津冀协同发展	2014年	20	推动京津冀绿色金融发展	税收征管合作, 协同发展产业转移对接企业税收收入分享	加强三省市产业发展规划衔接, 制定京津冀产业指导目录, 加快津冀承接平台建设, 加强京津冀产业协作	健全京津冀人才一体化发展工作体制机制, 共同商议制定区域人才政策, 形成京津冀人才一体化发展政策体系
成渝双城	2016年	11	积极支持区域金融改革创新, 开展绿色金融、金融科技等创新试点; 推进金融市场和监管区域一体化; 设立破产法庭, 健全金融审判体系	建立跨行政区财政协同投入机制; 支; 地方留存部分税收分享机制; 推进税收征管一体化	协同建设现代产业体系, 推动城乡产业协同发展	实施有吸引力的人才政策, 引进和培养高水平创新人才队伍, 鼓励科技人才在区域内自主流动、择业创业
长江经济带	2016年	19		完善财政投入; 支持沿江省市依法落实个人所得税优惠	加快培育绿色产业相关市场主体; 支持推动贸易转型升级; 支持加快新旧动能转换	实行津贴补贴、科研经费等政策, 吸引高层次人才创新创业
粤港澳大湾区发展	2019年	26	促进跨境贸易和投融资便利化, 提升本外币兑换和跨境流通使用便利度; 扩大金融业对外开放, 深化内地与港澳金融合作; 推进粤港澳资金通渠道多元化, 促进金融市场和金融基础设施互联互通; 进一步提升粤港澳大湾区金融服务创新水平; 切实防范跨境金融风险	中央预算内投资专项支持; 个人所得税税负差额补贴制度	加快发展先进制造业; 培育壮大战略性新兴产业; 加快发展现代服务业; 大力发展海洋经济	建立紧缺人才清单制度, 定期发布紧缺人才需求, 拓宽国际人才招揽渠道; 完善人才激励机制, 健全人才双向流动机制, 为人才跨地区、跨行业、跨体制流动提供便利条件, 充分激发人才活力
建设海南自贸港	2020年	20	坚持金融服务实体经济, 推进金融改革创新, 率先落实金融业开放政策	对海南自由贸易港给予适当财政支持; 零关税制度; 企业所得税低税率; 个人所得税低税率	支持海南自由贸易港建设开放型生态型服务型产业体系; 推进国际旅游消费中心建设; 深化现代服务业对内对外开放	深化人才发展体制机制改革, 创新人才培养支持机制, 建立科学合理的人才引进、认定、使用和待遇保障机制
长江中游城市群	2022年	4	支持科技金融创新; 大力发展绿色金融; 支持各类金融机构依法合规参与长江中游城市群建设	建立部分基本公共服务项目财政支出跨区域结转机制	建设重要先进制造业基地; 打造具有核心竞争力的科技创新高地	实施更有吸引力的人才政策, 建立人才公认共用机制与人才流动政策体系

1. 发展规模扩大, 政策类型多样

近年来我国区域重大发展战略的出台频率整体上呈上升趋势。将自贸区建设计算在

内，本世纪我国每年出台的区域发展战略个数如图 3 所示。各区域制定的宏观调控法律制度基本上包含了宏观调控法的各种类型，兼具财税政策、金融政策与计划政策。除了近年出台的长江中游城市群区域发展战略外，其他重大区域发展战略相继出台的宏观调控法律制度规范性文件数量均超过 10 个，内容涉及多种方面。此外，各个区域逐步意识到人才发展的重要性，除了以财税手段引进人才外，还以多种经济措施吸引人才入驻，体现了以人为本的理念。相较于上个世纪末期提出的经济特区发展战略，本世纪以来我国的区域发展战略更加注重公平价值，是进一步权衡公平价值与效率价值的结果。

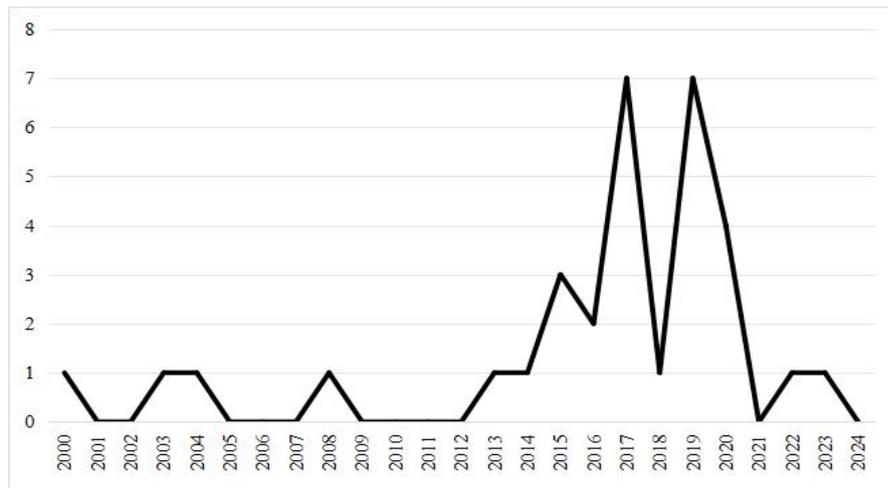


图 3：本世纪每年我国出台的重大区域发展战略数量

2. 产业政策具有适应性，因地制宜发展新质生产力

奥茨认为地方政府拥有信息优势，可以根据本地居民需求提供公共物品，因而可以在资源配置方面更具效率。¹⁹卡尔·波兰尼提出了“根植性理论”，“人类经济根植或缠结在经济或非经济的制度当中，非经济制度的引入是非常重要的。因为在分析经济的有效性时，宗教和政府可能像货币制度或减轻劳动力强度的工具与机器的效力一样重要。”²⁰在此基础上，格兰诺维特提出了“嵌入性理论”，经济行为受到相应的社会环境和结构的影响。²¹基于不同区域各方面发展程度的差异，需要因地制宜发展新质生产力，以实现区域协调发展的目标。从表 2 可知，除中部地区崛起采用比照适用其他区域发展战略的政策外，各区域基本上能够依据自己的产业结构制定具有适应性的产业政策。

3. 从简单的“政策倾斜”向“帮助发展”迈进

我国重大区域发展战略出台早期，多采取简单的“政策倾斜”发展模式，通过给予直接的金融利益、税收利益、财政资金等授人以鱼的方式实现初步的发展。随着时间推进，这种简单的“政策倾斜”向“帮助发展”的模式转变，不给予直接利益，而是通过

¹⁹ See Oates W.E., *Fiscal federalism*, New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1972, pp.36-40.

²⁰ Karl Polanyi, *The Economy as Instituted Process*, Chicago: Henry Regnery Company, 1957, pp.243-270.

²¹ [美]马克·格兰诺维特，[瑞典]理查德·斯维登伯格著：《经济生活中的社会学》，瞿铁鹏等译，上海人民出版社 2014 年版。

鼓励、指导、肃清影响市场公平的阻碍等授人以渔的方式帮助区域发展。近年来激励性规制与放松规制在全球范围兴起，²²由此渗透于经济法，体现在经济法规范中的鼓励、促进型规范要远远多于限制、禁止型规范。同给予直接利益的激励一般，帮助发展本身也是经济法的激励手段，²³且相较于简单的政策倾斜更难促进区域的长远发展，对统一市场的破坏程度更小，应成为区域发展的主要激励手段。

（二）促进区域协调发展的宏观调控法律制度问题归纳

与此同时，应注意到各类以促进区域协调发展为目的的宏观调控法律制度也暴露出三大关键问题亟待解决。

1. 发展主体选择具有随意性，发展精度不足

我国区域重大发展战略暴露出作为发展主体的区域选择随意性较强的问题。如五大城市群（长江中游城市群、粤港澳大湾区、长三角城市群、京津冀城市群以及成渝城市群）发展战略以相邻的几个城市为协同发展的区域主体。而西部大开发发展战略则以西部 12 个省份作为发展主体，东北振兴发展战略则以 3 个省 5 盟市为发展主体，中部崛起发展战略则以 6 个省份作为发展主体。区域发展战略包含的区域范围越大，就越容易导致对局部发展主体的忽略，导致发展精度不足进而降低发展效率。在我国相继出台区域重大发展战略的背景下，发展的覆盖度已经达到一定水平，如何进一步提高精细度是未来发展的关键所在。对大型区域发展战略（西部大开发、东北振兴、中部崛起）的发展主体加以细分化势在必行。2013-2023 年期间，我国相继成立了 22 个自贸区，在一定程度上提高了发展的精度，却仍无法摆脱发展主体选择随意性的缺陷。

2. 区域经济政策混乱，制度化水平不高

表 2：我国特殊区域分类及列举

贸易和仓库区	出口和生产区域	研究园	复杂的区域
自由贸易区：上海自贸区	经济合作区（开发区）：二连浩特市边境经济合作区	技术创新中心：京津冀国家技术创新中心	特别行政区：香港、澳门
保税区：汕头综合保税区	创业园：留学人员创业园	科技园：中关村科技园区	
自由贸易港：海南自贸港	经济特区：深圳经济特区	国家自主创新示范区：甘肃省兰州白银国家自主创新示范区	
	新区：雄安新区		

除了表 1 所示的区域重大发展战略外，有学者以区域功能为分类标准，将我国特别区域分为四类：贸易和仓库区、出口和生产区、研究园以及复杂区域。²⁴将各类区域确立为不同的发展主体，会存在功能定位上的重合。加之经济发展在区域整体发展中的重要性，除了国家层面出台的各类经济制度外，各类调制主体还发布了多种规范性缺失的经济政策，“政出多门”导致了混乱而无序的激励。同时即使是在国家级的重大区域发展战略中，激励性措施也以国家行政机关出台的规范性文件的形式存在，除了海南自贸

²² 参见谢地主编：《政府规制经济学》，高等教育出版社 2003 年版，第 9 页。

²³ 参见袁达松，赵雨生：《论经济法的激励机制》，《财经法学》2019 年第 5 期，第 112 页。

²⁴ See Kozlova N.A. Functioning of Free Economic Zones in China. *Buletin of Priamursky State University of Sholom-Aleichem*, No. 4, Vol 21, 2015, pp.50-58.

港外，不存在制定狭义的法律以实现制度化的过程。“事实上，经济政策、经济法与经济制度三者之间是血肉相连的。制度应当被理解为规则与事实的统一体。”²⁵经济法本身作为经济政策的法律化，并不排斥经济政策的存在，经济政策本身就是宏观调控法律制度的一部分。但以经济政策为主要形式存在的宏观调控法律制度是一种低层次的法治化水平不高的宏观调控法律制度。为了强化对市场主体基本权利的保护，避免国家过度、随意的干预，需要实现经济政策向法律化的经济制度的变迁。

3.区域法定权限不足，发展主动性缺失

如前所述，基于各区域具有的信息优势，需要区域结合自身发展情况制定经济制度，因地制宜发展新质生产力。而表1中所示的区域宏观调控法律制度均由国家层面制定，国家主导制定区域宏观调控法律制度的模式势必会剥夺地方发展的积极性。我国是一个集权制国家，集权传统自古有之，因而大部分调制立法权由中央掌握。在实现对地方有效控制的同时，也会引发发展效率降低的问题。面向未来，为了进一步提高发展效率，势必需要赋予地方一定的主动发展权，特别是调制立法权。此外还应进一步调动区域的积极性，海南自贸港作为新的发展高地被充分赋予了发展权限，²⁶但由于长期缺乏制定经济制度的经验，海南反而会畏手畏脚，在经济制度制定方面产生惰性。对此需要进一步加强国家的指引与鼓励。

四、定向：引领宏观调控法律制度改进的价值理念

1965年即有学者指出，国家发展的早期阶段会自然产生越来越大的南北收入差距。在发展过程中的某个时候，部分或全部不平衡的密度减少，导致区域间不平等格局的逆转。区域间发展水平不再分化，趋同成为规律，落后地区与已工业化地区之间的发展差距正在缩小，即区域间的收入差距形成倒U型结构。²⁷此从经济学角度，立足于区域收入视角研究区域发展差距问题。立足于法学视角，区域拥有发展权，区域发展权有一项重要的权能，即收益分配权能。要实现区域协调发展，应立足于新发展理念，探讨新发展理念对区域收益分配权能的影响。新发展理念作为党和国家事业发展必须长期坚持的基本方略，是习近平新时代中国特色社会主义思想的重大理论和实践创新成果。作为价值引领，新发展理念将直接作用于发展权的收益分配权能，由此对相关制度的改进提出要求，形成“新发展理念——区域发展权——收益分配权能——区域宏观调控法律制度”的基本分析脉络。

（一）协调发展理念

²⁵ 邓峰：《经济政策、经济制度和经济法的协同变迁与经济改革演进》，《中国人民大学学报》1998年第2期，第51页。

²⁶ 海南自贸港法规可以涉及本应制定法律或者行政法规的事项，仅需经全国人大常委会或者国务院批准即可；国务院及其有关部门可以授权或者委托海南省人民政府及其有关部门行使相关管理职权。参见许多奇：《重释税收法定主义——以〈海南自由贸易港法〉颁布为契机》，《法学论坛》2022年第2期，第105页。

²⁷ See J.G. Williamson, Regional inequality and the process of national development: a description of the patterns, *Economic Development and Cultural Change*, No.13, 1965, pp. 9-10.

协调发展是新发展理念的内在要求，协调既是区域发展的目标，也作为理念进一步影响区域发展权的收益分配权能。对此，需要通过协调发展理念确定未来的制度调整方向。魁奈（1758）最早阐释了协调发展的思想，其提出的“纯产品”学说，²⁸体现了均衡就是协调的思想。结构上的“差异”与“均衡”是经济法治的基本原理。差异是社会科学领域诸多研究对象的基本特征，当区域间的差异形成一种落后性或负面性的负向差异状态，即应当出台专门的法律进行专门调整。调整的目标是实现均衡，均衡状态不是完全相等的状态，而是一种具有积极意义的合理的正向差异。²⁹协调发展理念引导区域形成一种“负向差异——协调调整——正向差异”的发展逻辑，并产生两种并行的制度安排。一种消除负向差异的方式是基准性制度的统一，以构建全国统一大市场为目的。另一种消除负向差异的制度安排即增能赋权，凭借合理的条件判定哪些区域主体应当被赋予更大的发展权，需给予这些区域多大的收入分配权能，以实现均衡状态。

（二）共享发展理念

共享发展要求区域间积极展开经济合作，并就收益分配方案达成一致。在发展早期，往往需要强调经济发展发达区域的帮扶义务。我国长期存在“对口支援”的横向转移支付，³⁰是一种颇具“政治动员性”色彩、法制化程度不高的横向转移支付制度。³¹法制化程度低体现在横向转移支付的建制基础缺失。一般而言，横向转移支付也被称作“兄弟互助式转移支付”，接受转移支付的地区具有获得帮助的需要与可能，使得其他地区负有法定的救助义务，此乃横向转移支付的建制基础。我国的对口支援制度法制化程度低，横向转移支付的建制基础缺失，相关地区政府的法定转移支付义务沦为“政治动员性”的道义义务。在横向转移支付中，经济发达的地区负有支援经济发展落后地区的义务与责任，不同政府间的关系实质上不平等。步入新发展阶段，共享发展的理念要求增强区域发展的主动性和积极性，经济发展落后区域不能单纯依靠经济发展发达地区的帮助，法律层面也不应强化经济发展发达地区的帮扶义务。各个区域在经济合作中能够分配的收益多少，应完全取决于其在合作中发挥的作用，这有助于进一步强化区域的发展优势，调动区域发展积极性，提高发展效率。

区域间的经济合作是共享发展的前提，有学者指出，合作的障碍可能仍然是当地政府官员根深蒂固的态度，他们仍然坚持保罗·彼得森（1981）对发展政策的描述。

“发展政策是以牺牲其他区域为代价的，地方领导只有在赢得竞争的情况下才能获得利

²⁸ 魁奈撰，吴斐丹、张草纫译：《魁奈经济著作选集》，商务印书馆1979年版，第90页。

²⁹ 所谓正向差异，其实就是一种积极的进步性差异，即社会或社会的某一领域、某一要素经过发展而表现出与自己既往或与别人不同的具有正向意义的差别。所谓负向差异，其实是一种消极的落后性或倒退性差异，即社会或社会的某一领域、某一要素由于没有实现发展或发展得不好而在与其他发展主体或自身以往的比较中所表现出的具有负向意义的差别。参见邱耕田：《差异性原理与科学发展》，《中国社会科学》2013年第7期，第11页。

³⁰ 对口支援制度在我国多用于帮助落后省份脱贫攻坚，或是在相关省份遭遇疫情、地震等重大灾害时，抑或是针对特定区域，如少数民族自治区而设定，颇具中国特色。

³¹ 参见石绍宾，樊丽明：《对口支援：一种中国式横向转移支付》，载《财政研究》2020年第1期。

益”。³²比起单纯的政策倾斜与扶持，中央政府更应该引导地方发展理念从利益竞争向合作共享的转型，提升区域政府的合作意愿，促进不同区域发展权的联合，并为合作的顺利展开提供基础性辅助及支持，使得各区域获得其应得的收益。

（三）创新发展理念

有关区域协调发展与创新价值之间的关系，事实上，创新被认为是一种本地嵌入现象，高度依赖于塑造每个地方的社会经济和制度条件，而不仅仅是单纯的认知输入禀赋。³³区域协调发展中的创新模式主要有三种：科学基准型模式（science-based pattern）、创造型应用模式（creative application pattern）和模仿型创新模式（imitative innovation pattern）。第一种模式的特点是存在当地的行动者，如大学、研发中心和大公司等，他们直接参与新知识的生产，并根据与选定合作伙伴的区域间合作，与其他地区进行双边交流。在第二种模式中，知识主要是在区域外产生的，并由当地的创意企业家获取，他们利用知识在当地进行创新，集体学习机制促进了区域内外部知识的交换。在第三种模式中，知识和创新都产生于区域外，仅在地方一级复制和调整这些创新。³⁴

具体到宏观调控法律制度层面，创新价值提出了两方面的要求：一方面需要推动宏观调控法律制度本身的创新；另一方面又需依靠宏观调控法律制度推动创新价值的落实。在宏观调控法律制度的创新层面，需要注重不同区域间发展权的联合，要实现宏观调控法律制度创新的科学基准型创新，构建区域创新共同体，实现制度集成创新。在利用宏观调控法律制度创新方面，也要实现从模仿型创新到科学基准型创新的过度。在创造型应用创新模式下，首先需要依靠宏观调控法律制度推动集体学习的形成，通过提升区域市场主体的发展能力，进而增强其收益分配权能。除直接的财税与金融收益外，加入调制主体的隐性干预，给予市场主体以隐性的收益，如政府主导举办跨区域的交流与咨询活动，利用行业协会推动人才跨区域流动与技术交流等。其次还要进一步实现市场主体的“自我规制”，引导市场主体自发从事推动技术流通，提高技术标准的行为。最后，为了实现最高层次的科学基准型创新模式，应注重区域内创新机构的作用，可以利用金融制度与财税制度给予区域市场主体在技术投入、产出、转化、流动等方面的支持，增强区域发展权的收益分配权能。

四、定则：宏观调控法律制度的具体完善路径

一种制度的形成需要五个步骤：形成有关特定制度的观念；进行政治动员；拥有决定制度的权力；制定规则；合法化、稳定化、复制制度。³⁵前述新发展理念即为形成制度改进的观念，此后规则制定的重点，在于调动区域发展的积极性（即政治动员），从

³² Victoria Gordon, Partners or Competitors? Perceptions of Regional Economic Development Cooperation in Illinois, *Economic Development Quarterly*, Vol. 21, No. 1, 2007. P. 73.

³³ See Rodríguez-Pose, A., & Crescenzi, R. (2008). R&D, spillovers, innovation systems and the genesis of regional growth in Europe, *Regional Studies*, Vol. 42, No.1, pp.51–67.

³⁴ See Roberta Capello, Camilla Lenzi, Regional innovation evolution and economic performance, *Regional Studies*, Vol. 53, No.9, p.1242.

³⁵ 参见唐世平：《制度变迁的广义理论》，北京大学出版社 2016 年版，第 60 页。

而进一步针对我国当前区域协调发展战略现状制定合法、稳定的、可复制的规则。

（一）有效评价区域发展程度，提高发展精准度

基于前述我国区域协调发展中宏观调控法律制度面临的发展主体选择随意，发展精度不足的问题，应当有效评价区域发展程度，兼顾公平与效率。这同时涉及“整体”与“个别”的宏观调控法律制度。在整体的宏观调控法律制度层面，不同级别的区域承载不同的宏观调控法律制度，更有助于实现宏观调控法律制度对因地制宜发展新质生产力目标的推动作用。在个别的宏观调控法律制度层面，区域分类制度也将影响具体制度的功能发挥。如在跨地区经营企业所得的区域分配制度中，有学者提出应当将区域分类为极度萧条地区为、较萧条地区为、一般萧条地区为与不萧条地区为，并以此适用不同系数划分企业所得税。³⁶

2009年底克罗地亚通过了《区域发展法》为克罗地亚共和国区域政策体系的建设奠定了重要基础。该法规定了克罗地亚共和国区域发展管理的目标和原则、规划文件、负责区域发展管理的机构、评估地方和区域自治单位的发展水平以及报告区域发展政策的执行情况。一个特别的新颖之处是引入了发展指数，对区域发展水平加以评估。发展指数是一个综合指标，是衡量地方和区域自治单位发展水平的多种基本社会经济指标的加权平均数。发展指数是根据五个社会经济指标计算：失业率、人均收入、地方或区域自治单位的人均预算收入、一般人口流动和教育率。每项指标按照不同的权重计算，克罗地亚每3年将对各区域发展水平进行评估，并在不同发展水平的区域中设立不同的宏观调控法律制度，以实现精准发展。³⁷

要对我国区域进行分类规制，不可简单的模仿域外区域分类制度，至少应当实现制度的创造型应用。一方面，基于不同国家发展程度的差异，确定区域发展水平的指标和权重应有所不同，甚至不同发展时期也有不同差异，需要将区域发展水平的评价作为一个动态开放的体系，进行适时调整。另一方面，为了实现因地制宜发展新质生产力的目标，对区域的分类不是一蹴而就的，需要针对不同制度划分不同的区域类型。如针对不同区域劳动力市场的差异制定相应的劳动力政策，就需要依据劳动力市场发展水平对区域进行分类与评价。³⁸

（二）区分经济制度类型，提高制度化水平

基于前述我国区域经济制度混乱，制度化水平不高的现状，应当进一步汇总、梳理、区分区域宏观调控法律制度类型。一般来说，各类经济政策都应当统一于法治框架下，

³⁶ See Bannova, Dolgih, Pokrovskaia, Kropova. Social-economic principle in apportionment of corporate profit tax paid by consolidated group of taxpayers, 27th International Business Information Management Association Conference - Innovation Management and Education Excellence Vision 2020: From Regional Development Sustainability to Global Economic Growth, IBIMA 2016, 2016, p.1660.

³⁷ See Ana Perišić, Multivariate Classification of Local and Regional Government Units According to Socio-Economic Developmen, *DRUSTVENA ISTRAZIVANJA*, Vol. 23, No.2, pp.213-214.

³⁸ See Blien, Uwe, Hirschenauer, Franziska, Phan Thi Hong Van, Classification of regional labour markets for purposes of labour market policy, *PAPERS IN REGIONAL SCIENCE*, Vol.89, No.4, p.859.

形成稳定的宏观调控法律制度。从制度适用的效力延续的角度出发，可以将制度区分为普适性制度与特异性制度，³⁹前者具有可复制性与可推广性，后者仅存在于特定区域。

“普遍性”与“特殊性”也成为划分区域宏观调控法律制度类型，确定制度化方向的重要分类方法。同时为了提高各类制度的合法性，应当进一步推动出台统一的“区域协调发展法”，对各类制度加以明确。纵观世界各国，出台专门的区域发展法的国家不在少数。而我国除了《海南自贸港法》外，不存在专门的区域立法，由此导致我国区域协调发展战略的顶层设计缺失。

1. 市场基准型制度

若无特别扶持、试验推广、打造发展高地等实际需要，均应适用统一的市场基准型制度。在具体目标上，要求破除区域壁垒，促进各要素流通，实现要素市场化配置，构建全国统一大市场。在宏观调控法方面要求不得违法设定税收优惠政策，采取全面清理或税式支出加以预算控制；不得有不合理的设定财政补贴措施，对特定产业给予激励。除了宏观调控法律制度外，所有的市场规制法律制度均属于市场基准型制度，应遵循普适性要求。执法者要严格落实《反垄断法》《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》的相关规定，并尽量统一不同区域的执法尺度，为市场公平竞争创造统一的环境。可以说市场基准型制度就是现行法律规定的全国统一的，具有普适性的宏观调控与市场规制法律制度，特别强调减少政府在法律层面之外的不当的市场干预。

2. 特别扶持型制度

如前所述，应尽量减少适用直接的针对特定类型产业的金融支持、税收优惠、财政转移支付等制度，这种低层次的激励措施往往会导致区域丧失发展的主动性，并且也将带来一系列负面影响。但是针对个别区域发展水平过于低下，特别扶持型制度仍能发挥重要的功能。放眼全世界，为落后地区设定专门的金融与财税法律制度是各国普遍采取的做法，美国政府对发达地区多征税，把增量部分税收转移支付给落后地区；日本为落后地区设立专门金融机构，实施税收优惠和贷款优惠政策。⁴⁰有学者指出，现有针对落后区域制定的宏观调控法律制度，往往是“空间导向型”（Spatially-Oriented）的制度，应进一步向“社会导向型”制度（Community-Oriented）转变。⁴¹如减少激励性的鼓励投资的税收优惠、财政补贴与金融支持，而是针对区域人力资本、经济适用房等设定具体的宏观调控法律制度，使更多贫困群体收益。特别扶持型制度仅能存在于特别区域，在发展水平回到一定程度后应予以取消，属于典型的不可延续的特异性制度。

3. 试验推广型制度

试验推广型的经济制度也是一种常见的经济制度，如在中关村国家自主创新示范区

³⁹ 参见姚子健：《海南自贸港个人所得税法律制度研究》，《税务与经济》2022年第1期，第34页。

⁴⁰ 参见袁惊柱：《区域协调发展的研究现状及国外经验启示》，《区域经济评论》2018年第2期，第136-137页。

⁴¹ See Laysner, Michelle D., THE PRO-GENTRIFICATION ORIGINS OF PLACE-BASED INVESTMENT TAX INCENTIVES AND A PATH TOWARD COMMUNITY ORIENTED REFORM, *WISCONSIN LAW REVIEW*, No.4, p.745.

试行的各类所得税政策推广到其他自主创新示范区，⁴²将在北京、上海、重庆、杭州、广州、深圳 6 个城市开展的营商环境创新试点改革举措推广等等。⁴³一方面，针对试验推广型制度，需要充分论述试点的必要性，“如果对立法实效能够作出较为准确的预判就未必要通过立法‘试点’来验证更何况如果‘试点’方案选择失当还会影响立法的全局”。⁴⁴另一方面，试验推广型制度应当具有普适性，要破除地方保护主义，确保制度的可复制性与可推广性。

4.效率导向型制度

针对特别具有发展优势的区域，可以在其中设定效率导向型制度，以打造发展高地。如海南自贸港内设定的一系列宏观调控法律制度，即属于效率导向型制度。和上世纪利用经济特区带动经济发展的策略相同，效率导向型制度由于对公平价值的减损，仅能存在于特别具有发展潜力的区域。与特别扶持型制度相比，效率导向型制度可以长期存在，以凸显特定区域的特别发展主体地位。

5.发展辅助型制度

发展辅助型制度是一类特殊的制度，是政府对市场的隐性干预。美国 1965 年制定的《公共任务和经济发展法案》第三章专门规定了“技术援助、研究与信息”，政府有权向本法下的重建地区以及认为确实援助的其他地区，提供有助于缓解或防止过度失业或就业不足状况的技术援助。这种援助应包括项目规划和可行性研究、管理和业务援助以及评价这些地区经济增长的需要和发展潜力的研究。⁴⁵这种技术援助、科研投入以及咨询信息方面的支持即属于软性的市场干预。发展辅助型制度的投入也需要财政资金的支持，但是比直接给予特定产业以财政资金、贷款支持或者税收优惠，将更有助于促进长远发展。因此应在各个地区普遍推行发展辅助型制度，确保区域政府可以因地制宜帮助当地弱势市场主体发展。在统一的“区域协调发展法”中，应当着重强化区域政府的发展帮扶义务，以切实保护市场主体的发展权。

（三）扩大区域法定权限，鼓励自发性合作

基于前述区域法定权限不足，发展主动性缺失的问题，应当进一步扩充区域法定权限，鼓励区域的自发性合作，提高发展主动性。2023 年修订的《立法法》规定，省级及较大市、自治州的人大及其常委会可以根据区域协调发展的需要协同制定地方性法规。在此基础上应进一步明确区域协同立法可以规定的具体经济事项。具有特异性的宏观调

⁴² 具体内容参见《财政部、国家税务总局关于推广中关村国家自主创新示范区税收试点政策有关问题的通知》（财税〔2015〕62 号）。

⁴³ 具体内容参见《国务院办公厅关于复制推广营商环境创新试点改革举措的通知》（国办发〔2022〕35 号）。

⁴⁴ 张守文：《我国税收立法的“试点模式”——以增值税立法“试点”为例》，《法学》2013 年第 4 期，第 66 页。

⁴⁵ See [412](https://advance.lexis.com/r/documentprovider/krsyk/attachment/data?attachmentid=V1,215,34443,79stat552,1&attachmenttype=PDF&attachmentname=View%20this%20document%20in%20PDF%20format%20(4%2C663%20KB)&origination=&sequenceNumber=&ishotdoc=false&docTitle=Public%20Works%20and%20Economic%20Development%20Act%20of%201965.%2C%2079%20Stat.%20552&pdmfid=1000516&#page=, 2024-03-10 last-viewed.</p></div><div data-bbox=)

控法律制度，如特别扶持型制度、效率导向型制度一般均应由区域主导制定以尽可能调动区域发展的主动性。

此外，还应在狭义的“区域协调发展法”层面，进一步明确区域间订立的经济合作协议的效力，促成、保护区域之间的合作。区域经济合作协议中可以约定分配特定类型的经济利益，如地方政府分成部分的税收利益，可以成为产业合作中区域各方自行约定分配的对象，以充分实现“财税竞争”向“财税竞合”理念的转变。⁴⁶在法律层面，需要进一步明确分配原则、地方政府可以分配的税种、争议解决方式、上级政府的帮助义务等事项。⁴⁷又如不同区域间展开的人才合作，在法律层面明确可在协同制定的地方性法规中规定统一的人才认定机制、利益激励机制、户籍管理制度等，以切实实现劳动力要素的市场化配置。为了实现市场配置资源的决定性作用以尽可能提高发展效率，经济合作应完全由实际展开合作的区域政府决定，中央政府及上级政府更多地起到发展促进作用，进一步引入丰富完善的发展辅助型制度。中央政府及上级政府不可直接命令特定下级政府展开合作，也即由哪些区域实现发展权的联合，由各区域自行决定。由此改变了当前阶段国家主导的区域发展格局，有助于区域找寻并发挥自身发展优势，并在全国范围内展开更大规模的经济合作。

五、总结

在我国区域协调发展重大战略中，宏观调控法律制度的运用具有无可替代的重要功能，也因而形成了专门的以促进区域协调发展为目的，以一系列经济法促进手段为具体内容的制度。本文以“定性——定位——定向——定则”的逻辑结构，立足于法学视角着重分析了经济法学中区域的特定含义，我国促进区域协调发展的宏观调控法律制度现状及问题，引领制度改革的新发展理念以及制度改革中具体规则的构建。区域协调发展作为老生常谈的话题，却具有常谈常新之特征，特别是立足于新发展阶段，我国区域协调发展战略全面转型升级，应进一步对问题加以精准定位，确定正确的改革方向。有鉴于经济学研究甚多而法学研究不足的现状，应特别强调法治思维在促进区域协调发展方面的作用，构建区域协调发展的法治环境，进一步权衡公平与效率、自由与秩序、安全与发展等价值，并有助于缩小区域发展差距，实现共同富裕伟大目标，持续推进中国式现代化，并深化经济法学相关理论的研究。面向未来，以区域协调发展为目标，针对具体的宏观调控法律制度，如税收法律制度、金融法律制度、规划法律制度展开深入研究，仍具有重要意义。

The Optimization of Economic Law System to Promote the Coordinated Development of

⁴⁶ 参见张守文：《区域协调发展的经济法理论拓展》，《法律科学（西北政法大学学报）》2021年第4期，第23页。

⁴⁷ 参见姚子健：《飞地经济合作中的税收利益分配制度构建》，《中南大学学报（社会科学版）》2023年第4期，第52页。

Regions

Yao Zijian

(Minzu University of China, Haidian, Beijing, 100081)

Abstract: In economic law, the region can be understood as the space effect in which law operates, the object or the subject of legal relations. As the holder of development right, the subject of legal relations in the region is more accurately identified. In the new development stage, we should accurately orientate the current situation of regional coordinated development and clarify the improvement direction of economic legal system. With the expansion of the scale of the coordinated regional development and the diversification of the types of economic policies, the adaptability of the industrial policies has been enhanced, so that the productive forces can be developed in light of the local conditions; and the development mode has also evolved from the simple "preferential policies" to assisted development. Meanwhile, such problems also expose that the subject of development is arbitrarily selected, the development precision is not high, the regional economic policies are in disorder, the institutionalization level is not high, the statutory power is insufficient, and the initiative for development is lost. Orient towards system improvement with the new development ideas of coordinated, shared and innovative development, and further formulate rules for economic and legal system: effectively evaluate regional development degree, and improve development accuracy; differentiate system types, and improve the institutionalization level; expand regional legal authority, and promote voluntary cooperation. This further promotes the Chinese type modernization process, and deepens the economic law science correlation theory construction.

Keywords: Regional Coordinated Development; Regional Economic Law; New Development Concept; Macro control legal system

经济法责任配置：个体与公共场景中的规范与层次

余德飞

(上海财经大学 法学院, 上海 200433)

内容提要：准确把握经济法责任的规范构造，既关系到经济法实施的效果，也是建构中国自主经济法学知识体系绕不开的一环。既有的研究从本质主义、实证分析、价值分析三种进路展开，但均未明白揭示经济法责任配置的公共取向。围绕个体—公共关系之主线，经济法责任的配置从一般规范和个别规范两个层面展开。根据个体在公共中扮演的角色，一般规范首先配置了作为个体的经营者、纳税人和政府公共承担的积极责任，这是经济法责任的第一层构造；其次，为了确保积极责任能够兑现，一般规范相应规定了违反积极责任的消极后果，即消极责任，这既是经济法责任的第二层构造，也是个别规范的形成基准。个别规范是针对待决案件最终确定的经济法责任。经由监管、诉讼、监察、监督四种程序之否定评价，作为个别规范的行政处罚决定书、民事判决书、问责决定书、政务处分决定书等得以作成，个案中的经济法责任也就此确定。

关键词：经济法责任；个体—公共关系；综合性责任；双层责任结构；个别规范

目次

- 一、问题的提出
- 二、既有研究的到达点
- 三、经济法责任配置的公共取向
- 四、个体—公共关系中经济法责任的双层构造
- 五、经济法责任的个别规范意义
- 六、结论

一、问题的提出

准确把握经济法责任的规范构造，^①既关系到经济法实施的效果，也是建构中国自主经济法学知识体系绕不开的一环。然而，历经三十余年的反复讨论，^②学界对经济法责任的认识却始终未尽一致，至今仍是“经济法学中歧见最多、最为混乱的问题之一”^③。

这一方面肇因于经济法责任研究的文本基础始终在变化，^④几乎每一部单行经济法

^① 本文赞成第十一届全国经济法理论研讨会形成的多数说，将经济法责任、经济责任、经济关系中的责任、经济法律责任等概念统称为“经济法责任”。参见管斌、崔征、康健：《第十一届全国经济法理论研讨会综述》，载《法商研究》2004年第2期，第136页。

^② 参见石金平：《经济法责任研究：以“国家调节说”为视角》，法律出版社2013年版，第6页。

^③ 焦海涛：《经济法责任制度再释：一个常识主义立场》，载《甘肃政法学院学报》2016年第3期，第45页。

^④ 根据全国人民代表大会官网公布的最新数据，我国已经制定了83件经济法，参见《现行有效法律目录（299件）》（截至2023年10月24日十四届全国人大常委会第六次会议闭幕 按法律部门分类），载中国人大网：http://www.npc.gov.cn/npc/c2/c30834/202311/t20231102_432724.html，最后访问日期：2023

的通过，都意味着推出一章新的“法律责任”文本，这与依托法典建构的法律责任体系判然有别。1979年，《中华人民共和国刑法》通过总则编第3章和第4章完成了刑事责任的体系建构；与此类似，1986年的《中华人民共和国民法通则》也通过其第6章完成了民事责任的体系建构。但是，即便2011年吴邦国委员长宣布中国特色社会主义法律体系已经建成，经济法责任的文本也还在继续更新。理论研究犹如“刻舟求剑”，^①当刻剑的条件改变后，试图沿着从前的痕迹把握经济法责任的现实图景，自然只能像故事中的楚国人一样手足无措。

另一方面，研究预设的问题意识也在变化。长期以来，学界对经济法责任的研究只是证明经济法独立性的中间步骤。迟至21世纪初期，还有学者以“经济法缺乏独立的责任形式”^②为由否认经济法的部门法地位。为了求得经济法的一席之地，学界的研究致力于证明存在独立的经济法责任。随着经济法独立性的争议式微，研究的问题意识逐渐转向经济法责任理论本身。^③问题意识的重新设定，同时意味着经济法责任研究的“再出发”，因此，必须追问身处21世纪的第三个十年，经济法责任研究的下一步路在何方？

除了理论上的争议，近几年的实践中，一些落脚在经济法责任上的执法和司法行动也频繁引起争议。无论是适用《中华人民共和国食品安全法》处罚的巴黎贝甜案件、^④陕西榆林芹菜天价罚款案件，^⑤还是适用《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称《反不正当竞争法》）第2条裁判的广告屏蔽类案件和主播挖角类案件，^⑥无一不引发公众的广泛讨论，陕西榆林的处罚甚至还引起了国务院督查组的注意。^⑦不仅如此，类似阿里巴巴滥用市场支配地位案、^⑧薇娅偷逃税款少缴税款案^⑨等公众拍手叫好的案件，既有的研究也侧重于关注“违法行为”，一定程度上忽视了经济法责任在法律适用中的终点意义。

上述实践中的问题很大程度上可以归结为对经济法责任规范构造的认知错位（个体责任观的偏差）与失衡（公共责任观的缺失），迫切需要在理论上进行澄清。经济法责任的研究不仅仅关乎经济法理论的建构，更有助于我们理解当下关于经济法责任的现实问题。有鉴于此，本文分四部分澄清经济法责任的规范构造：一是回溯既有研究成果进而找到学界讨论的到达点；二是从法理层面证明经济法责任配置的理据在于“公共”，而非“个体”；三是结合经济法的实证文本剖析经济法责任的双层构造；四是将视角延

年12月1日。

^① 参见林毅夫：《本体与无常：经济学方法论对话》，北京大学出版社2022年版，第205页。

^② 参见史际春、姚海放：《再识“责任”与经济法》，载《江苏行政学院学报》2004年第2期，第93页。

^③ 参见邓伟：《经济法责任转向经济法后果的规范依据与理论基础》，载《法学》2022年第5期，第177页。

^④ 参见沪市监总处[2022]322022000127号行政处罚决定书。

^⑤ 参见（榆阳）市监处罚[2022]2号行政处罚决定书。

^⑥ 代表性的判决书参见北京市朝阳区人民法院（2017）京0105京民初70786号民事判决书；广州市黄埔区人民法院（2017）粤0112民初737号民事判决书。

^⑦ 参见《陕西榆林等地行政处罚“过罚不当”全省通报部署整改》，载中国政府网：https://www.gov.cn/hudong/2022-08/30/content_5707361.htm，最后访问日期：2023年12月1日。

^⑧ 参见国家市场监督管理总局国市监处（2021）28号行政处罚决定书。

^⑨ 参见国家税务总局浙江省税务局网站：https://zhejiang.chinatax.gov.cn/art/2021/12/20/art_13226_529541.html，最后访问日期：2023年12月1日。

伸到经济法责任的实践领域，从个别规范的角度探究经济法责任规范构造的适用机理。在此基础上，本文尝试建构一套既能准确反映经济法责任配置的制度现实，又有助于经济法责任妥当适用的认知框架。

二、既有研究的到达点

“经济法理论要不断走向成熟，就必须有自己的责任理论”^①，经济法学界对责任理论的研究也可谓独树一帜。^②按照研究者观察的责任样本与依赖的理论资源之不同，既有的研究大致在三种进路下展开。

（一）形而上学的本质主义解释

本质主义者相信，尽管经济法责任表现为各种形式，但万变不离其宗，抓住了“宗”就抓住了经济法责任的本质。囿于开展此种研究时实证分析尚未起步，本质主义者大多依赖法理学的支援。因此，他们的论证结构大多可简化为“责任—法律责任—经济法责任”，几乎每一种经济法责任的研究结论都源于法理学的成说。

法理学的研究一般从“责任”的语义分析开始。按照《现代汉语词典》的解释，“责任”一词有两层相互关联的含义：一是“分内应做的事”；二是“没有做好分内应做的事，因而应当承担的过失”。^③法理学的研究集中在追问责任的第二层含义，即“应当承担的过失”是什么，就此主要形成了处罚说、后果说、义务说等经典的学说。^④在此基础上，张文显教授创造性地提出了第二性义务说，该说认为：法律责任是因违反第一性义务而引起的第二性义务。^⑤第二性义务说拓宽了传统观点的视野，更完整地揭示了法律责任从引起到被引起的过程。受法理学研究的启发，经济法责任的研究也相应提出了义务说、代价说、惩罚说、后果说、第二性义务说等本质主义的解释。^⑥

事实上，本质主义的诸种解释既不影响经济法责任的设计，也不影响经济法责任的适用，所争议者，无非是争论哪个词语最能妥当、贴切地反映经济法责任的整体风貌。语词选择上的分歧，也不意味着诸说的立论者对经济法责任的法律文本以及蕴含其中的价值判断存在分歧。

（二）立足法律文本的实证分析

“责任”一词在经济法中的使用场景极为宽泛，即使是常见的用法，也未必能印证法理学的解释。例如，《中华人民共和国宪法》（以下简称《宪法》）第14条规定的“国家通过……实行各种形式的社会主义责任制”，《中华人民共和国海南自由贸易港法》（以下简称《海南自由贸易港法》）第6条规定的“海南省应当切实履行责任”，其中的“责任”均系“分内应做的事”。因此，一些学者转向归纳方法，尝试从经济法责任的文本

^① 张守文：《经济法责任理论之拓补》，载《中国法学》2003年第4期，第13页。

^② 参见邓纲：《争议与困惑：经济法中的法律责任研究述评》，载《现代法学》2012年第1期，第186页。

^③ 参见中国社会科学院语言研究所词典编辑室：《现代汉语词典》，商务印书馆2016年版，第1637页。

^④ 参见法理学编写组：《法理学》，人民出版社、高等教育出版社2020年版，第159-160页。

^⑤ 参见张文显：《法律责任论纲》，载《吉林大学社会科学学报》1991年第1期，第2页。

^⑥ 代表性的研究参见刘瑞复：《经济法学原理》，北京大学出版社2000年版，第161页；漆多俊：《经济法基础理论》，武汉大学出版社2000年版，第190页；戴凤岐、李新新、金晓晨：《经济法》，经济科学出版社1996年版，第96页；潘静成、刘文华：《经济法学基础理论教程》，高等教育出版社1994年版，第330页。

出发探求更具解释力的方案。

1. 依托新型责任形式的类型化思考

法理学的思考主要建立在传统部门法规范的基础上,^①所以这类研究往往将民事责任、行政责任和刑事责任作为经济法责任研究的参照系,统称为“传统责任”,并以传统责任解释力的局限为出发点构造新的解释范式。此种进路的拥趸者相信,理论研究“就是在经验事实的基础上发现既有的权威理论无法解释的现象,提出概念化和模型化的理论,经过严格的证伪过程对新理论的适用边界予以科学的界定,最后形成新的理论。”^②

一些学者注意到企业拆分、缺陷产品召回、公示、歧视性待遇、惩罚性赔偿、黑名单等传统责任难以囊括的新型责任形式,他们认为,这些新型责任形式构成了经济法“自身特有的责任形式”,特别是具有预防功能的行为责任构成了“经济法责任体系无法被传统三大责任体系吸收的有力证据。”由此可以提炼出一种与传统责任并列的责任类型,即社会责任。经济法的责任承担方式兼有社会责任和传统责任,社会责任尤其能够反映经济法责任的特色。^③

2. 通览经济法责任文本的整体观察

为了避免依托个别新型责任形式以偏概全,一些学者拓宽了观察视野,甚至将视角延伸到全部的经济法责任文本。

有学者对22部经济法的责任条款进行了整理,总结出“经济法责任在形式上表现为由若干法律责任元素遵循行政责任在先、民事责任居中、刑事责任在后,市场主体责任在先、主管机关责任在后这一基本规律。”^④有学者以国务院法制办公室主编的《法律法规全书》中汇编的60部经济法文本为基础,发现经济法中的责任条款呈现出总体集中、少量分散的状态,基本洞明了违法行为和责任承担方式这两大经济法责任的构成要件。^⑤还有学者对散落在289个经济法律、法规、规章中的经济法责任条款进行了梳理,按照作者的说法,他“对全部的经济法责任形式进行了客观的展现”,在此基础上,他从法律类别、责任形式、分布规律等多个角度详尽描述了经济法责任的形象,并重点分析了34种新型经济法责任形式。^⑥

实证分析有助于破除本质主义解释的“定论、通说和应然”^⑦,还原经济法责任的现实图景。相关研究的结论有真假之分,与经济法责任文本相符即为真,不相符则为假。实证分析初步建立了经济法责任理论研究的微观基础,事实上,如果没有扎实的法律文

^① 参见张守文:《经济法新型责任形态的理论拓展》,载《法商研究》2022年第3期,第3页。

^② 陈瑞华:《论法学研究方法》,法律出版社2017年版,第9页。

^③ 代表性的研究参见季奎明:《经济法中特殊法律责任的类型化研究》,载《福建论坛(人文社会科学版)》2013年第7期,第160-166页;阳建勋:《论风险社会中的法律责任制度变革——传统部门法的内部修正与经济法的责任拓展》,载《广州大学学报(社会科学版)》2012年第11期,第58-65页;阳建勋:《风险社会中市场主体责任社会性的外部性理论阐释》,载《河北法学》2012年第9期,第115-121页;王陌:《浅谈经济法法律责任的承担形式》,载《兰州学刊》2009年第3期,第124-126页。

^④ 参见郑鹏程、刘璨:《经济法责任特征新论》,载《财经理论与实践》2010年第4期,第111页。

^⑤ 参见单飞跃、余晓:《经济法法律责任:语义、规范及其整体谱系——基于法律文本的实证分析》,载《现代法学》2017年第3期,第170-185页。

^⑥ 参见石金平:《经济法责任研究:以“国家调节说”为视角》,法律出版社2013年版,第185页。

^⑦ 参见侯猛、白建军、程金华:《对话白建军:在乎真相的法律》,载《法律和社会科学》第17卷第2辑,第300页。

本作为支撑，理论研究无异于“没有星月的天文学”和“没有岩石的地质学”。

（三）确立经济法责任的价值基准

前两种进路均致力于阐明客观的经济法责任现象，第三种进路则将视角转移到经济法责任的设计者和适用者，探讨立法者如何设计责任规范、执法者如何适用责任规范方为妥当。

学界的讨论分属两个层面：其一，约束立法者、关于经济法责任设定的原则。例如，有学者认为配置经济法调制受体的责任应当遵循三项原则：（1）强调责任法定；（2）追求责任适度；（3）凸出责任绩效。^①责任设定的原则旨在为立法者确立准绳，从而实现高质量责任立法。其二，约束适用者、关于经济法责任实施的原则。例如，有学者认为经济法责任的适用应当遵循“定性定量归责原则”，以定性原则解决经济法主体是否承担经济法责任，以定量原则确认其责任程度。^②责任适用的原则旨在规训法律适用者，引导责任向善，进而实现良法善治的理想。

综上，上述三种进路的研究各有建树，但总体上“是在回答不同的问题”，因而“各说各话”。^③更紧要的是，面对经济法责任的实践难题，既有的研究无能为力。无论是本质主义解释、实证分析，还是价值基准的确立，其实都没有触及经济法责任的实践面，更谈不上回应经济法责任的实践难题了。

三、经济法责任配置的公共取向

从逻辑上讲，全部经济法的责任制度均指向两个问题：其一，经济法责任是如何发生的？其二，经济法责任是如何实现的？第一个问题是第二个问题的“前置问题”，因此，对经济法责任的考察，首先要回答经济法责任的发生机理。

（一）贯穿传统部门法责任思考的“个体”取向

“个体”取向是解读传统部门法责任的钥匙。传统部门法责任的思考围绕着个体—个体之关系展开，民法是最典型的例证。民法的责任思考建立在原告、被告两造对抗的基础上，被告责任之确定，同时意味着原告权利之发生，二者是一枚硬币的两个方面。例如，在合同违约的场合，《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第 577 条规定：“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。”该条所称“违约方应当承担损害赔偿的违约责任”，从原告的角度观察，亦可表述为损害赔偿请求权的发生。

民法的责任也可以从义务的角度进行观察。1896 年《德国民法典》（BGB）第 823 条第 1 款规定：“因故意或过失不法侵害他人的生命、身体、健康、自由、财产或其他权利者，有义务向该他人赔偿因此而生的损害。”^④然而，继受 BGB 的我国台湾地区“民法”第 184 条第 1 款第 1 句却表述为：“因故意或过失，不法侵害他人之权利者，负损

^① 参见李志刚：《调制受体法律责任体系的重构》，载《法学》2007 年第 6 期，第 90-98 页。

^② 参见陈婉玲：《经济法责任的归责原则》，载《政法论坛》2010 年第 6 期，第 161-167 页。

^③ See Brian H. BIX, *Jurisprudence: Theory and Context*, Oxford: Thomson Reuters, 2019, p4.

^④ [德]托马斯·M.J.默勒斯：《法律研习的方法》，申柳华、杜志浩、马强伟译，北京大学出版社 2022 年版，第 25 页；该款在我国台湾地区学者的著述中被翻译为“因故意或过失，不法侵害他人之生命、身体、健康、自由、所有权或其他权利者，对该他人负赔偿因此所生损害之义务。”参见陈聪富：《侵权行为法原理》，元照出版公司 2023 年版，第 23 页。

害赔偿责任。”^①比较可知，所谓“损害赔偿责任”，亦可称之为“损害赔偿义务”。此时，责任与义务不过是一体两面的观察。^②甚至在某些场景中，作为第二性义务的责任与第一性义务在内容方面完全一致。如果原告根据前引《民法典》第577条主张被告承担继续履行的违约责任，无非是重申被告应当继续履行合同约定的第一性义务。司法实践中，我国法院也没有仔细辨别责任和义务。^③最高人民法院的司法解释也确认了义务与责任在某些场景中的同一性。^④

不论是权利还是义务，均属于个体取向的责任构造。申言之，传统部门法的责任思考围绕着个体一个体之关系展开。所谓责任，很大程度上作为救济个体权益的工具而存在，^⑤经由责任的确定，导向一方当事人权利的确认，另一方当事人义务的发生。

（二）经济法责任配置从“个体”到“公共”的转向

早在1993年，王保树教授就认识到经济法的本质特征在于“社会公共性”，^⑥而且“社会公共性的凸显，标志着社会奏响了新的基调，展示了新的转向。”^⑦2011年的《中国特色社会主义法律体系》白皮书对“公共”进行了法律宣言式的表达，白皮书在经济法部分开宗明义地指出：“经济法是调整国家从社会整体利益出发，对经济活动实行干预、管理或者调控所产生的社会经济关系的法律规范。”^⑧对社会整体利益^⑨的法律宣示彰显着经济法的公共取向，与此同时，相较于传统部门法的责任思考，经济法责任的配置理据也从个体转向公共。

一方面，社会整体利益的嵌入改变了传统部门法责任思考的平面结构，经济法责任的配置并非围绕个体一个体之关系展开。在《中华人民共和国预算法》《中华人民共和国中国人民银行法》等宏观调控法律制度中，根本不存在平面性的个体与个体之关系，更遑论个体取向的责任配置。例如，中国人民银行通过货币政策工具调控金融市场，作为调控受体的经营者、消费者等金融市场参与者并非个体意义上的存在，而是作为一个整体概念。作为调控主体的中国人民银行虽然表现为“个体”，但作为“中华人民共和国的中央银行”，中国人民银行的公共属性至为明显。

在《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称《反不正当竞争法》）等市场监管法律制度中，责任配置的重心并

^① 参见陈聪富：《侵权行为法原理》，元照出版公司2023年版，第33页。

^② 我国的立法实际上并没有精确区分义务和责任，例如《中华人民共和国票据法》第4条第5款规定：“本法所称票据责任，是指票据债务人向持票人支付票据金额的义务。”

^③ 例如，在冯跃顺诉光大永明人寿保险有限公司保险合同纠纷案中，法院就认为：“交通事故损害赔偿义务人黄宝岐对原告冯跃顺所支付的赔偿，是基于侵权行为的发生而产生的侵权责任赔偿。”参见（2005）和民三初字第1592号民事判决书，载《最高人民法院公报》2007年第11期。

^④ 例如，2022年修正的《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》也选择“赔偿义务人”指称承担侵权责任的主体，其第1条第3款规定：“本法所称‘赔偿义务人’，是指因自己或他人的侵权行为以及其他致害原因依法应当承担民事责任的自然人、法人或者非法人组织。”该条中“赔偿义务人”同义于承担民事责任的主体。

^⑤ See Peter Cane, *Responsibility in Law and Morality*, Oxford: Hart Publishing, 2002, p1.

^⑥ 参见王保树：《市场经济与经济法学的发展机遇》，载《法学研究》1993年第2期，第11页。

^⑦ 王保树、邱本：《经济法与社会公共性论纲》，载《法律科学》2000年第3期，第65页。

^⑧ 国务院新闻办公室：《中国特色社会主义法律体系》，载《人民日报》2011年10月28日第14版。

^⑨ 现行立法中，仅有《中华人民共和国香港特别行政区基本法附件一香港特别行政区行政长官的产生办法》和《全国人民代表大会关于完善香港特别行政区选举制度的决定》使用了“社会整体利益”的概念，“社会公共利益”是最常用的立法术语，因此本文根据行文情况交替使用二者。

不在于平面性的个体与个体之关系，而是纵向的个体与公共之关系。例如，《中华人民共和国产品质量法》（以下简称《产品质量法》）首先通过第3章“生产者、销售者的产品质量责任和义务”配置了生产者和销售者的积极责任，明确生产者和销售者的“分内应做之事”；其次，《产品质量法》又通过第4章“损害赔偿”和第5章“罚则”配置了生产者和销售者违反“分内应做之事”的消极责任。

另一方面，社会整体利益的嵌入重塑了经济法责任的思考模式，个体取向的权利话语在经济法责任的配置中销声匿迹，取而代之的是权力话语的兴起。2010年的统计数据显示，“在所有的法律责任形式中，罚款这一形式所占的比重最大。大多数法律文件中的罚款责任条款占整个法律责任条款的比例都在50%左右。”^①以之为例，尽管特定个体被科处罚款的责任等价于特定个体应当承担缴纳罚款的义务，但对另一方当事人而言，并不意味着是相对应的某种个体权利。因为权利可以放弃，但罚款责任的科处乃是基于经济执法权的行使，经济执法权背后则是任何个体都无权处分的“社会整体利益”。

从个体到公共的转向揭示了经济法责任发生机理的改变。一言以蔽之，传统部门法的责任配置着眼于“个体”，经济法的责任配置则着眼于“公共”。

（三）“公共”对“个体”的整合与超越

“为了补充由市民法残留下来的法的空白状态”，经济法是“相对于市民社会私的侧面，内置公共性侧面的法律。”^②一方面，“个体是公共的逻辑起点”^③，公共建立在尊重个体的基础上；另一方面，公共又是对个体的超越，但这种超越并不意味着公共凌驾于个体之上，而是在超越的基础上谋求更好地回归。反映到经济法责任的配置上，经济法责任“除了综合运用民事、行政、刑事等传统法律责任外”^④，也通过“公共”赋予了传统部门法责任新的意义。

1. 经济法责任对传统部门法责任的整合

正因公共建立在个体的基础上，公共取向的经济法责任大规模地吸收了个体取向的传统部门法责任。通过对传统部门法责任条款的援引，经济法责任得以与传统的民事责任、^⑤行政责任^⑥和刑事责任^⑦相互沟通、彼此支援，也正因此，经济法责任呈现出鲜明的“综合性”。

此外，经济法责任文本中还有直接指向“法律责任”的规定。例如，《中华人民共

^① 郑鹏程：《经济法责任特征新论》，载《经济法论坛》2010年卷，第52页。

^② 张世明、王济东、刘亚丛：《经济法体系化与方法论：竞争法的新发展》，社会科学文献出版社2017年版，第28页。

^③ 单飞跃：《个体主义公共观：公共经济关系的宪政哲学取向》，载《现代法学》2009年第1期，第38页。

^④ 卢代富：《经济法对社会整体利益的维护》，载《现代法学》2013年第4期，第30页。

^⑤ 例如，《数据安全法》第52条第1款规定：“违反本法规定，给他人造成损害的，依法承担民事责任。”《公路法》第85条规定：“违反本法有关规定，对公路造成损害的，应当依法承担民事责任。”

^⑥ 例如，《预算法》第92条规定：“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……”《种子法》第68条前段规定：“种子质量检验机构出具虚假检验证明的，与种子生产者、销售者承担连带责任；并依法追究种子质量检验机构及其有关责任人的行政责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

^⑦ 根据《立法技术规范（试行）（二）》第5条的规定，刑事责任的援引采用两种固定表述：第一，只有个别条文涉及追究刑事责任的，一般在该条文中直接表述：“构成犯罪的，依法追究刑事责任”；第二，有多个条文内容涉及追究刑事责任的，可在法律责任部分最后单设一条，表述为：“违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”经济法责任文本也是如此。

和国统计法》第40条规定：“统计机构、统计人员泄露国家秘密的，依法追究法律责任。”

《中华人民共和国数据安全法》（以下简称《数据安全法》）第2条第2款规定：“在中华人民共和国境外开展数据处理活动，损害中华人民共和国国家安全、公共利益或者公民、组织合法权益的，依法追究法律责任。”这类援引不指明法律责任的部门法性质，而是根据具体案情确定，进一步印证了经济法责任的“综合性”。

2. 经济法责任对传统法责任的超越

经济法责任在整合传统部门法责任资源的同时，也完成了对传统部门法责任的超越。一方面，为了回应经济社会发展产生的新问题，经济法责任另外创造了财政垫付、财政补足等新型责任形式，^①至今已增加到20余种。^②可以说，经济法责任是站在巨人肩膀上不断生长的“新巨人”，仅经济法责任之一隅，足可窥见法律责任的整体风貌。另一方面，经济法责任从社会整体利益的高度重新审视个体视角下的法律责任资源，并从公共的角度赋予其新的意义。个体取向的责任不再仅仅为个体权益而存在，同时也为公共而存在，公共的维护与增长旨在为所有参与公共的个体提供权益实现的基础。

四、个体—公共关系中经济法责任的双层构造

我国学界普遍将“责任”理解为“没有做好分内应做的事，因而应当承担的过失”，收窄了责任的本来含义。不过，经济法文本中的“责任”并不只限于消极责任一层含义，而是兼采“责任”两层相互关联的含义，既包括个体对公共承担的积极责任，也包括个体违反积极责任引起的消极责任。^③根据全国人民代表大会公布的官方数据，《中华人民共和国黄河保护法》是最新通过的经济法，该法第34条规定的“将淤地坝工程防汛纳入地方防汛责任体系，落实管护责任”，其中的“责任”，就无法为我国学界的通说所解释。

（一）责任构造“单层化”的历史成因

既然“责任”的语义已经清楚表达了责任的双层构造，^④而且在日常生活中，积极责任的用法并不少见。^⑤那么，为何传统部门法责任在“分内应做之事”上集体失语？答案正藏在个体—个体关系的背景信息中。

一般认为，经济法作为一种新型法律制度出现于19世纪末20世纪初，美国在1890

^① 参见叶姗：《经济责任：范畴提炼及其构造》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2022年第1期，第126页。

^② 参见李晓辉：《法典化时代独立存在的经济法责任理论》，载《经济法论丛》2022年第1卷，第60页。

^③ 俄罗斯法学家亚古继扬教授也认为法律责任包括积极责任和消极责任两层构造，其中，积极责任是指“主体按照社会规范的要求去行为的责任、义务”，消极责任是指“主体因违反社会规范的规定而承受痛苦的责任。”参见[俄]M.H.马尔科琴：《国家与法的理论》，徐晓琴译、付子堂审校，中国政法大学出版社2010年版，第459-460页。

^④ 冯军教授认为“刑事责任”包含刑事义务、刑事归责和刑事负担三层构造。其中，刑事义务是指“由刑事法律规定的行为人负有的必须约束其行为的义务”，刑事负担是指“行为人有责地（应受谴责地）违反了刑事义务应当承担的不利后果”，也反映了“责任”两层相互关联的含义。参见冯军：《刑事责任论》，社会科学文献出版社2017年版，第16-22页。

^⑤ 例如，2014年2月7日，习近平总书记在俄罗斯索契接受俄罗斯电视台专访时谈到：“中国共产党坚持执政为民，人民对美好生活的向往就是我们的奋斗目标。我的执政理念，概括起来说就是：为人民服务，担当起该担当的责任。”参见《初心砥柱天地间——关于中国共产党人的初心和使命》，载《人民日报》7月30日第5版。

年制定的《反托拉斯法》(Sherman Antitrust Act)正是经济法起源的一个标志。而在此之前,便是古典自由主义称颂的黄金时代。那时候,“公共”的概念尚不清晰,个体与个体之间的关系被理解成原子式的。所谓个体“分内应做之事”,不过是普遍适用于所有个体的道德诫命,例如不可伤人、不可偷盗。诸如此类的道德诫命绵延千年,早已是天经地义的存在,根本无须特别声明,也无须理论研究的特别强调。

随着现代市场经济体系的发展和社会有机体的形成,个体不再是原子式的孤立存在。“在人的利益结构中,社会公共利益的权重不断提高”^①,因而,公共不再被视为个体的算术和,而是具有独立的价值并且与所有个体休戚相关。用经济学的术语表示,“个体”代表的是具有竞争性和排他性的私人物品,“公共”代表的是具有非竞争性和非排他性的公共物品。为了防止个体盗取公共物品以中饱私囊,在个体—公共关系中,个体对公共的“分内应做之事”便需要特别声明。

因此,经济法首先在积极责任层面特别声明了个体对公共承担的责任,这是经济法责任的第一层构造;其次,为了确保经济责任能够兑现,经济法相应设定了违反经济责任的法律后果,这是经济法责任的第二层构造。

(二) 第一层责任:个体对公共的积极责任

经济法语境中的个体具有明显的差异性。^②根据个体在公共中扮演的角色,个体对公共承担的积极责任也需要个别设定。例如,作为个体的消费者既无力盗取公共,也没有义务积极建设公共,所以经济法并没有特别安排消费者的责任。

1. 作为个体的经营者对公共承担的积极责任

对公共的第一类威胁来自市场层面的经营者。为了保护存量意义上的公共不受威胁,经济法通过设定义务的方式配置了经营者对公共承担的积极责任。

一是不作为义务。不作为义务的设定通常以“不得”作为语词标志,旨在划定经营者行为的负面清单,防止个体对公共的损害。根据经营者的身份类型,不作为义务的设定分属三个层面。第一,基于经营者身份设定的不作为义务,例如《反不正当竞争法》第6条规定“经营者不得实施下列混淆行为”,凡具有经营者之身份,即须承担本条规定的义务。第二,基于经营者的行业身份设定的不作为义务,例如《中华人民共和国广告法》(以下简称《广告法》)第14条规定“大众传播媒介不得以新闻报道形式变相发布广告”,具有与大众传播媒介相牵连的行业身份,才须承担本条规定的义务。第三,基于经营者市场地位设定的不作为义务。例如《反垄断法》第3章规定“禁止滥用市场支配地位的行为”,虽然不区分经营者的行业身份,但只要具有市场支配地位,即须承担本章规定的义务。

此外,以经营者的不作为义务为中心,在一些场景中经济法还设定了“任何组织或者个人”不得推动经营者违反不作为义务的义务。例如《中华人民共和国会计法》第5条第2款规定:“任何单位或者个人不得以任何方式授意、指使、强令会计机构、会计人员伪造、变造会计凭证、会计帐簿和其他会计资料,提供虚假财务会计报告。”

二是作为义务。作为义务的设定通常以“应当”作为语词标志,旨在确立经营者行

^① 刘水林:《经济法是什么——经济法的法哲学反思》,载《政治与法律》2014年第8期,第90页。

^② 经济法学编写组:《经济法学》,高等教育出版社2022年版,第82-83页。

为的标准，从源头上杜绝个体对公共的损害。例如《产品质量法》第3条规定：“生产者、销售者应当建立健全内部产品质量管理制度，严格实施岗位质量规范、质量责任以及相应的考核办法。”对经营者而言，作为义务与不作为义务一定程度上是等价的。

2. 作为个体的纳税人对公共承担的积极责任

对公共的第一类建设者来自纳税人。不过，纳税人并不是直接建设公共，而是通过履行纳税义务筹措政府有效运转的资金，进而通过代表公共的政府来建设公共。已经制定的12部税收单行法和《中华人民共和国税收征收管理法》均围绕着纳税义务展开，同时，《宪法》第56条也规定“中华人民共和国公民有依照法律纳税的义务”，履行纳税义务即纳税人对公共承担的积极责任。

3. 作为个体的政府对公共的积极责任

政府对公共的积极责任如何配置，取决于政府在现代市场经济体系中扮演的角色。我国政府既是“有限政府”，也是“有为政府”^①。一方面，有限政府既要预防和制止经营者破坏公共，同时也要防止自身异化成对公共的威胁；另一方面，政府还应当在非政府不能、不得、不愿提供的公共服务领域有所作为。

第一，有限政府对公共的保护性责任。面对来自经营者的威胁，唯有政府有能力扮演“市场警察”的角色，由此，政府应当有效制止来自市场的威胁，在存量意义上保护公共不受损害。此类责任在市场监管法中极为常见，主要以“职责”的形式表现出来。例如，《反垄断法》第6章规定“对涉嫌垄断行为的调查”，《反不正当竞争法》第3章规定“对涉嫌不正当竞争行为的调查”，《中华人民共和国价格法》第5章规定“价格监督检查”，《广告法》第4章规定“监督检查”。

但是，上述职责的行使本身也可能异化为对公共的威胁，即对公共的第二类威胁。《宪法》第15条第3款规定：“国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序”，所谓“任何组织”，作为市场警察的政府当然也包括在内。当前的反不正当竞争法实践中，对市场的过度干预极为显著。^②因此，有限政府对公共的保护性责任既要防御来自市场的威胁，也要防止自身的异化。

第二，有为政府对公共的建设性责任。为了弥补市场的局限，政府还应当积极运用其掌握的经济资源、政策资源、信息资源等推动公共在增量意义上的建设。此类责任的设定分为两种模式。

(1) 聚焦行为的“负责”。例如《中华人民共和国银行业监督管理法》（以下简称《银行业监督管理法》）第30条规定：“国务院银行业监督管理机构负责统一编制全国银行业金融机构的统计数据、报表，并按照国家有关规定予以公布。”诸如此类的服务为公共所必需，但除了政府以外，其他公共的参与者都没有能力和动力提供此类服务，政府的“负责”化解了此种困局。

(2) 聚焦结果的“定责”。定责取“确定责任”的意思，这是我国经济法责任体系极具特色的部分。定责的第一层次是以“规划”为代表的总体建设责任。例如，2021

^① 参见刘大洪：《中国式现代化与“有为政府”的经济法促进》，载《政治与法律》2023年第8期，第2-14页；陈云贤：《中国特色社会主义市场经济 有为政府+有效市场》，载《经济研究》2019年第1期，第4-18页。

^② 参见张占江：《论反不正当竞争法的谦抑性》，载《法学》2019年第3期，第46页。

年制定的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要》，全面确立未来五年以及十五年政府全方位、多领域的建设责任。在国家规划的指引下，地方同样通过规划确定未来一段时间政府的总体建设责任，例如《上海市国民经济和社会发展第十四个五年规划和 2035 年远景目标纲要》。根据《宪法》第 62 条的规定，“国民经济和社会发展计划”由全国人民代表大会审查和批准，具有法律效力。^①值得注意的是，《国家发展规划法》已经列入十四届全国人大常委会立法规划，通过规划确定政府的总体建设责任已经颇为成熟。

定责的第二层次是以“目标责任制”为代表的关键领域建设责任。2010 年《水土保持法》修订时，在第 4 条第 2 款规定“国家在水土流失重点预防区和重点治理区，实行地方各级人民政府水土保持目标责任制和考核奖惩制度。”此后，目标责任制频繁见诸《海南自由贸易港法》《中华人民共和国森林法》《中华人民共和国长江保护法》等经济法文本。目标责任制确定的建设责任集中在公共的“短板”领域，有力地佐证了“更好发挥政府作用”的中国实践。

经济法中的个体并不限于经营者、纳税人和政府，随着个体身份的进一步分化，个体对公共承担的积极责任也会相应调整。

（三）第二层责任：个体违反积极责任引起的消极责任

为了确保积极责任能够兑现，经济法相应设定了违反积极责任的法律后果，即学界重点关注的消极责任——责任形式。消极责任作为一种威慑力量，在积极责任得到履行的场合隐而不发。

1. 责任形式的“元形式”

经济法的责任形式集中规定在“法律责任”章节中，除了少部分新型责任形式外，大部分责任形式属于传统部门法中的行政责任^②和民事责任，“依法追究刑事责任”虽然常见，但并未展开为具体的责任形式。行政责任和民事责任一公一私，恰好对应着公共和个体，因为经济法中的违法行为“同时对经济整体及处于整体中的个体造成损害，同时损害了社会整体利益与某一个体的经济利益”^③，所以，尽管经济法责任取向公共，但并不排斥个体权益的救济。

鉴于个体违反积极责任的法律后果实质上是剥夺、限制个体的某种权益，而个体的权益在种类上是可以被穷尽的。^④2017 年的统计数据显示，经济法文本中的责任形式已有 28 种之多，^⑤这些责任形式可视作财产责任、行为责任、身份责任和信用责任四种元

^① “五年规划”与“预算案”比较类似，都规定在我国《宪法》第 62 条。在欧美各国，通常不将“预算案”与法律在形式上加以区别，但在日本，多数学说将预算案理解为一种不同于法律的“特殊法”形式。参见[日]芦部幸喜、高桥和之：《宪法》，林来梵、凌维慈、龙绚丽译，清华大学出版社 2018 年版，第 285 页。

^② 《行政处罚法》实际上发挥着立法法的功能，该法第 9 条规定了行政处罚的种类，第 10 条以下详细规定了法律、行政法规等设定行政处罚的范围。经济法文本中的属于行政责任的“责任形式”大多出自《行政处罚法》第 9 条的规定。

^③ 参见刘水林：《经济法责任体系的二元结构及二重性》，载《政法论坛》2005 年第 2 期；

^④ “就法律责任的承担方式来说（法律责任最终要归结为法律责任的承担方式），任何法律责任的承担方式都可以归结为，一是财产利益的减损，二是自由生命的限制，三是资格权利（力）的剥夺，只是人们简单而错误地把它分别等同于民事责任、刑事责任和行政责任。”参见邱本：《经济法研究》（上卷：经济法原理研究），中国人民大学出版社 2008 年版，第 231-232 页。

^⑤ 单飞跃、余晓：《经济法法律责任：语义、规范及其整体谱系——基于法律文本的实证分析》，载《现

形式在不同语境中的具体表达。具言之：（1）财产责任。承担财产责任意味着一定财产的失去，罚金、罚款、补偿、损害赔偿、支付违约金、加收滞纳金、没收非法财物、没收违法所得、追缴违法收益等均属于财产责任的具体表达。（2）行为责任。承担行为责任意味着特定个体须作出某项具体的行为，包括作为和不作为。责令改正、责令退还、责令限期拆除、责令停产停业、责令停止违法行为、修理、重做、更换、采取补救措施等均属于行为责任的具体表达。（3）身份责任。身份责任既包括剥夺特定主体的某种身份，通报批评、吊销许可证、暂扣或吊销执照、撤销主体资格、从业资格限制等即为例证；同时，承担财产责任、行为责任本身也形成身份，例如，《中华人民共和国出口管制法》第39条第1款规定：“违反本法规定受到处罚的出口经营者，自处罚决定生效之日起，国家出口管制管理部门可以在五年内不受理其提出的出口许可申请。”（4）信用责任。承担信用责任意味着信用利用的失去，除了警告，新近的“纳入信息系统”“计入信用档案”具有“罚上加罚”的意味。2021年《中华人民共和国行政处罚法》修订时新增一款，即第48条第1款规定：“具有一定社会影响的行政处罚决定应当依法公开。”当前，只要企业因违法行为被科处行政处罚，处罚信息就会公示在“国家企业信用信息公示系统”上。引起信用责任的直接原因是行政处罚，而不是引起行政处罚的违法行为。所以，“记入信用记录”是行政处罚之外的一种责任形式，二者并不是平行的。此外，通过域外管辖条款确立的“立法管辖权”^①，上述责任形式一体适用于境外的个体。

2. 责任形式的性质

对最终承担消极责任的个体而言，上述责任形式在性质上可分为针对“已然”的救济和针对“未然”的预防。根据“已然”的具体情况，经济法首先通过吸收民事责任救济个体的损害，例如《反不正当竞争法》第17条第1款规定：“经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。”这里的“民事责任”主要是指“损害赔偿”。其次，经济法相应配置了矫正“违法行为”、惩罚“违法行为人”的行政责任，例如《反不正当竞争法》第18条第1款规定：“经营者违反本法第六条规定实施混淆行为的，由监督检查部门责令停止违法行为，没收违法商品。违法经营额五万元以上的，可以并处违法经营额五倍以下的罚款；没有违法经营额或者违法经营额不足五万元的，可以并处二十五万元以下的罚款。情节严重的，吊销营业执照。”由此，经济法中的责任配置表现为明显的链式结构。

为了避免个体对公共的损害，经济法特别安排了“约谈制度”这种责任提示机制。严格来讲，约谈并不意味着消极责任的发生，只是说明个体在履行积极责任的过程中存在瑕疵，有可能引发消极责任。基于风险预防的考虑，有关部门提前介入。例如《数据安全法》第44条规定：“有关主管部门在履行数据安全监管职责中，发现数据处理活动存在较大安全风险的，可以按照规定的权限和程序对有关组织、个人进行约谈，并要求有关组织、个人采取措施进行整改，消除隐患。”在经济法文本中，仅有《数据安全法》第44条等个别条款将“约谈制度”放置在“法律责任”专章之中，绝大部分“约谈制度”属于“法律责任”专章之外的条款。

代法学》2017年第3期，第176页。

^① 立法性管辖权和执法性管辖权的区分，参见宋杰：《进取型管辖权体系的功能及其构建》，载《上海对外经贸大学学报》2020年第5期，第23-24页。

可以发现，上述消极责任其实主要是针对经营者和纳税人配置的，并不存在政府违反积极责任的消极责任。从表面上看，经济法责任的双层构造并不完整（见图1），“重经济权利主体的法律责任，轻经济权力主体的法律责任”^①。但是，这一论断未必公允，个别规范的引入有助于进一步挖掘双层构造中“缺失的环节”。

	经营者	纳税人	政府
积极责任	+	+	+
消极责任	+	-	-

图1 经济法责任的双层构造

五、经济法责任的个别规范意义

个别规范是针对待决案件最终确定的经济法责任。凯尔森认为，法律规范可区分为一般规范与个别规范（individual norm）。所谓个别规范，即“决定一个人在一个不重复发生的状态下的行为并从而只对一个特殊场合才有效而且只可能被服从和适用一次”^②的规范，“主要包括公法上的司法裁判、行政行为和私法中的法律行为。”^③一般规范与个别规范皆以“效力”的方式存在。

（一）个别规范的引入

法律适用的过程即一般规范转化为个别规范的过程，^④消极责任条款最终要转化为个别规范，才能实现其适用。例如，在阿里巴巴集团控股有限公司（以下简称为“阿里巴巴”）在中国境内网络零售平台服务市场实施“二选一”垄断行为案中，尽管国家市场监督管理总局适用了一般规范层面的“责令停止行为”和“罚款”两种责任形式，但是，阿里巴巴最终承担的消极责任其实是作为个别规范的《行政处罚决定书》。国家市场监督管理总局对阿里巴巴作出如下处理决定：“（一）责令停止违法行为。1. 不得限制平台内经营者在其他竞争性平台开展经营活动；不得限制平台内经营者在其他竞争性平台的促销活动。2. 当事人应当自收到本行政处罚决定书之日起十五日内，向本机关提交改正违法行为情况的报告。3. 根据《行政处罚法》坚持处罚与教育相结合的原则，本机关结合调查过程中发现的问题，制作《行政指导书》，要求当事人从严格落实平台企业主体责任、加强内控合规管理、保护消费者权益等方面进行全面整改，依法合规经营。（二）对当事人处以其2019年度中国境内销售额4557.12亿元4%的罚款，计182.28亿元（大写：壹佰捌拾贰亿贰仟捌佰万元）。”^⑤因此，一般规范层面的消极责任并不是经济法责任的终点，经由个别规范构筑的桥梁，方可将观察视角拓宽到经济法责任的实践。

^① 赵大华：《论经济法中权力主体的经济法律责任》，载《法商研究》2016年第5期，第66页。

^② [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，商务印书馆2013年版，第76页；丹麦法学家罗斯将个别规范定义为“对象被个别地确定的规范”，参见[丹麦]阿尔夫·罗斯：《指令与规范》，雷磊译，中国法制出版社2013年版，第138页。

^③ 参见朱庆育：《私法自治与民法规范——凯尔森规范理论的修正性运用》，载《中外法学》2012年第3期，第473页；朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2016年版，第63页。

^④ 参见崔拴林：《法律行为所创个别规范的效力来源再探讨——凯尔森“规范三段论否定说”之反思》，载《法治现代化研究》2020年第5期，第85页。

^⑤ 参见国市监处（2021）28号行政处罚决定书。

个别规范的引入，也完整地回答了经济法责任在逻辑上预设的第二个问题：经济法责任是如何实现的？在一般规范层面，经济法中的积极责任大多数场合能够兑现，当积极责任被违反时，作为威慑的消极责任转化为个别规范，并通过个别规范的实现间接实现。

（二）个别规范形成的场景

经由监管、诉讼、监察和监督四种程序的否定性评价，个别规范最终得以形成。除了监管，诉讼、监察和监督三种程序，都可以确定作为个体的政府最终承担的消极责任，由此填补了经济法责任的双层构造。

第一，监管程序。监管是确定作为个体的经营者和纳税人之消极责任最重要的程序。面对来自经营者的威胁，个体提起的诉讼存在明显的缺陷，代表公共的监管极为必要。经营者最终承担的责任大多通过监管程序形成，具体表现为“行政处罚决定书”或“行政强制决定书”。经营者不服仍旧可以通过司法程序进行救济。纳税人的情况与此类似。

第二，司法程序。司法程序是通过事后救济的方式确定经营者、纳税人或政府的责任。司法是救济个体权益的终局机制，涵盖了民事诉讼、行政诉讼和刑事诉讼。鉴于刑事诉讼的依据是刑法而不是经济法，所以针对经济法责任，司法程序最终形成的个别规范主要是民事判决书、民事调解书和行政判决书。

第三，监察程序。监察是问责公职人员的程序，也是确定政府责任的重要程序。因为政府必须对公共持续地履行义务，而且政府的经费主要来自纳税人，所以对公职人员的单罚制是不得已的选择。监察程序最终形成的个别规范主要是“政务处分决定书”和“纪律处分决定书”。

第四，监督程序。“监督是基于法律规定而由国家机关、社会团体、公民个人对一定的对象与行为进行建议、督促、批评、质询、举报的行为。”^①监督主要是作为确定责任的线索，并不意味着个别规范必然产生，但监督对个别规范的确立至关重要。

（三）个别规范形成的路径

结合上述场景的分析，个别规范的形成可要分为三种路径：

第一，违反义务—承担责任路径。违反义务—承担责任路径向来被视作经济法责任研究的模型，其与“构成要件+法律效果”的法律条文逻辑结构相对应。例如《反不正当竞争法》首先在第8条规定“经营者不得……”，设定了作为个体的经营者对公共承担的积极责任；其次，在第20条规定“经营者违反本法第八条规定……由监督检查部门责令停止违法行为，处二十万元以上一百万元以下的罚款；情节严重的，处一百万元以上二百万元以下的罚款，可以吊销营业执照”，安排经营者违反积极责任时引起的消极责任。当经营者违反第8条规定的积极责任时，经由监管程序的否定性评价，最终形成个别规范确定待决案件中经营者承担的消极责任。如果经营者不服，仍旧可以通过司法程序进行救济。

第二，负责—问责—担责路径。负责—问责—担责路径确定政府责任的主要路径。例如《银行业监督管理法》首先在第2条规定“国务院银行业监督管理机构负责对全国银行业金融机构及其业务活动监督管理的工作”，设定了作为个体的政府对公共承担的

^① 单飞跃：《中国经济法学40年：理论周期与认知范式》，载《现代法学》2019年第1期，第178页。

积极责任；其次，在第 43 条规定：“银行业监督管理机构从事监督管理工作的人员有下列情形之一的，依法给予行政处分……”，安排政府违反积极责任时引起的消极责任。当银行业监督管理机构从事监督管理工作的人员违反第 8 条规定的积极责任时，经由监察程序的否定性评价，最终形成个别规范确定待决案件中特定个体承担的消极责任。

第三，定责—评价—问责路径。定责—评价—问责路径也是确定政府责任的路径。以目标责任制的实现为例。例如，《中华人民共和国乡村振兴促进法》第 68 条规定：“国家实行乡村振兴战略实施目标责任制和考核评价制度。上级人民政府应当对下级人民政府实施乡村振兴战略的目标完成情况等进行考核，考核结果作为地方人民政府及其负责人综合考核评价的重要内容”，首先设定了作为个体的政府对公共承担的积极责任；其次，根据政府实现目标的情况进行考核评价，如果评价为“未能完成目标”，根据具体完成目标的情况形成个别规范确定最终承担的责任。

六、结论

本文的研究任务是建构一套既能准确反映经济法责任配置的制度现实，又有助于经济法责任妥当适用的认知框架。通过分析经济法责任配置理据的变革，结合经济法文本中的责任事实，得出以下结论：

（一）经济法责任的配置是围绕着个体—公共关系展开的，有别于贯穿传统法责任的个体—个体关系。公共建立在个体的基础上，所以，公共取向的经济法责任广泛吸收了传统法的责任形式，与民事责任、行政责任和刑事责任相互沟通、彼此支援，由此呈现出鲜明的综合性责任特征。

（二）经济法责任在构造上分为两个层次。首先，根据个体在公共中扮演的角色，经济法首先配置了作为个体的经营者、纳税人和政府对公共承担的积极责任，这是经济法责任的第一层构造；其次，为了确保积极责任能够兑现，一般规范相应配置了违反积极责任的法律后果——消极责任，这是经济法责任的第二层构造，同时也是个别规范的形成基准。

（三）个别规范是作为个体的经营者、纳税人和政府个案中最终承担的责任。针对违反积极责任的具体情况，经由监管、诉讼、监察、监督四种程序的否定性评价，个别规范最终得以形成，个案中的经济法责任也就此确定。

新质生产力助推中国式现代化进程下的经济法回应

张金艳, 王楠楠*

摘要 无论站在经济全球化背景或我国经济高质量发展背景下,发展新质生产力已成为历史的必然选择。生产力的历史性、科技创新的引领性、高质量发展的时代性决定了科技创新是发展新质生产力、助推中国式现代化的核心动力,具有不可替代的价值和功能。发展新质生产力、助推中国式现代化必须要梳理并把握好六大关系,其中科技创新与制度创新关系的辩思与处理为新质生产力迭代升级提供重要引领和支撑,也给经济法发展带来了全新的时代命题。本文分别从经济法的经济性和现代性特征、经济法促进发展之法的使命、经济法风险防范与规制法功能等三个角度回应科技创新支撑新质生产力实现的应然逻辑。

关键词 新质生产力 科技创新 制度创新 中国式现代化

目次

- 一、引言
- 二、发展新质生产力:经济高质量发展和中国式现代化的历史选择
- 三、科技创新支撑新质生产力实现带给经济法发展的时代命题
- 四、经济法回应科技创新支撑新质生产力实现的应然逻辑
- 五、结语

* 张金艳, 中原工学院法学院、知识产权学院教授, 法学博士; 王楠楠, 中原工学院法学院、知识产权学院法律硕士。

一、引言

经济全球化与新一轮科技革命交互影响，科技、信息和人才的快速传播、资源共享和全球流动，带来新兴产业的勃兴和产业格局的重新塑造，不断形成孕育新质生产力的肥沃土壤，与以科技创新为内核的新质生产力高度契合。中美关系的恶化、西方国家推行逆全球化和贸易保护主义，都给我国经济发展带来了前所未有的挑战。俄乌冲突、巴以冲突带来的战争阴霾尚未散去，世界百年未有之大变局仍在加速演进，要在大变局中占据主动，唯有依靠自主创新与发展新质生产力，才能在激烈的国际竞争中突围。

党的十八大以来，国家开始进入新发展理念引领下全力朝向经济高质量发展新阶段，全面贯彻新发展理念成为十八大以来经济社会发展的主旋律。党的十九大正式宣告我国已由经济高速发展阶段转向高质量发展阶段；党的二十大报告强调高质量发展是全面建设社会主义现代化国家的首要任务。可见高质量发展成为新发展理念、新发展阶段和新发展格局的重要标志。为尽快适应高质量发展，必须进行经济发展模式的不断转型升级，由过去的以追求发展速度为目标的粗放型快速发展转变为以追求发展质量和内涵的高质量发展模式，这一转型升级的关键在于生产力的质变，而发展新质生产力不仅能够提高生产效率和质量，而且能打破传统的产业界限和思维模式，在产业深度融合和创新发展中不断培育形成新的产业增长点和竞争优势。数字经济作为新质生产力发展的新引擎，已经在深刻改变经济生活方式和国家治理模式，目前我国数字经济发展规模位居世界第二，在发展数字经济领域已经占领先机，也是新的经济增长点，正推进中国经济加快形成新质生产力。经济法作为经济发展促进法，理应面对新质生产力发展助推中国式现代化实现的全新时代命题，与时俱进，积极回应。

二、发展新质生产力：经济高质量发展和中国式现代化的历史选择

（一）新质生产力概念的提出

2023年7月份以来，习近平总书记在四川、黑龙江、浙江、广西等地考察调研时，提出要整合科技创新资源，引领发展战略性新兴产业和未来产业，加快形成新质生产力。12月中旬，在中央经济工作会议上，又提出要以科技创新推动产业创新，特别是以颠覆性技术和前沿技术催生新产业、新模式、新动能，发展新质生产力。^①2024年1月31日，习近平总书记在主持中共中央政治局第十一次集体学习时指出：“科技创新能够催生新产业、新模式、新动能，是发展新质生产力的核心要素。”新质生产力的显著特点是创新，包括技术和业态模式层面的创新，也包括管理和制度层面的创新。作为推动高质量发展的内在要求和重要着力点，继续做好创新这篇大文章，大力发展新质生产力成为时代必然和使命。2024年7月15日至18日，党的二十届三中全会通过了《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》，决定指出，高水平社会主义市场经济体制是中国式现代化的根本保障，改革是发展的动力，高质量发展是全面建设社会主义现代化国家的首要任务。要聚焦构建高水平社会主义市场经济体制，健全推动经济高质量发展体制机制，构建支持全面创新体制机制等。科学的宏观调控和有效的政府治理是发挥社会主义市场经济体制优势的内在要求。法治是中国式现代化的重要保障。要因因地制宜发展新质生产力。发展新质生产力科技创新是核心，全面深化改革是关键，推进新质生产力与生产关系同步协调共进。

概言之，与传统生产力模式相比，新质生产力是创新起主导作用，摆脱传统经济增长方式、生产力发展路径，具有高科技、高效能、高质量特征，符合新发展理念的先进生产力质态。劳动者、劳动资料、劳动对象及其优化组合的跃升构成新质生产力的基本

^① 习近平：《发展新质生产力是推动高质量发展的内在要求和重要着力点》，载《求是》2024年第11期，第6页。

内涵，全要素生产率大幅提升是其核心标志。习近平总书记强调，新质生产力的特点是创新，关键在质优，本质是先进生产力。新质生产力的形成具有深刻的时代、理论与实践逻辑。

（二）科技创新：发展新质生产力、助推中国式现代化的核心动力

作为发展新质生产力的内在要求和重要着力点，科技创新是重要的动力源泉，也是发展新质生产力的核心要素。发展新质生产力必须解决发展的根本动力问题，即推动新质生产力发展的主要力量。因循习近平总书记提出新质生产力的基本逻辑，会发现科技创新始终是内核要素，也是创新发展理念的具体实践探索。与传统生产力相比，新质生产力是创新起主导作用的新型生产力，科技创新是其根本动力和核心要素，这是由生产力的历史性、科技创新的引领性、高质量发展的时代性决定的。^②

（1）生产力迭代的历史规律。在人类社会的发展进程中，人与自然之间关系的发展演变决定了人们关于生产力和生产关系的认识也不断在深化。历次工业革命与产业变革都会催生新的生产力要素，由传统生产力向新兴生产力和新质生产力的发展演变。在工业革命之前的农业文明时期，人与自然之间的关系受制于技术与生产资料的局限，改造与利用大自然的能力很低，劳动对象和劳动资料以单一的大自然为主，生产力水平低下。第一次工业革命之后，随着技术的升级，人类改造大自然的能力大大提升，开始形成工业文明时期马克思所说的新兴生产，其中机械化、电器化技术创新支撑了新兴生产力的重要内核，表现出优越于传统生产力的比较优势，也造就了工业文明时期物质财富极大丰富的盛况，同时也开始出现技术风险带来的生态环境问题等技术反噬，也是以西方发达国家为主的国际社会较早开启对于技术发展带来生态环境问题等负面溢出效应的相应反思与治理，同时催生了可持续发展、绿色发展等全新发展理念及相应的环境法律制度变迁。以信息化、网络化、数智化等为主要标志的第三次、第四次工业革命的到来则进一步实现了生产力由新兴生产力到新质生产力的跃迁。新质生产力的“新”主要指更高级的技术形态，即新技术，“质”则说明的生产力的内核有了质的飞跃，科技创新促使产业变革，形成新业态和新模式。纵观生产力的发展演变，其中起决定作用的依然是能够决定和影响人类社会发展的生产方式中最革命和最活跃的因素，这是生产力发展过程中不以人的意志为转移的历史性规律，简言之，新质生产力发展是人类社会发展使然，时代变迁在为其内涵的丰富与演变不断赋能，不断书写生产力的光辉篇章，而目前我们所处的时代，就是迄今为止人类正在经历的以生成式人工智能为代表的科技创新的高级阶段。

（2）科技创新的引领拉动。纵观生产力迭代升级的历史演变，其中科技创新是关键引领。第一次工业革命进程中，科学技术作为马克思眼中最高意义上的革命性力量，工业革命时期的先进技术极大解放了生产力，使社会财富呈现几何级增长，也创造了资产阶级在生产力发展领域的传奇，劳动力三要素在科技创新推动下不断发展，科技开始成为先进生产力的重要内涵，也催生了马克思生产力学说。进而持续引领生产力的发展演变以及“科学技术是第一生产力”、“科学技术是第一生产力，是先进生产力”、“科技创新是新质生产力核心”等马克思生产力学说的中国化论断。总之，新质生产力是由技术革命性突破、生产要素创新性配置、产业深度转型升级而催生。

（3）中国式现代化时期高质量发展的时代呼唤。发展是硬道理，也是人类社会的永恒主题。在党和国家领导全国人民共同进行强国建设，共担民族复兴伟业的道路上，高质量发展不仅是全党全社会的共识和自觉行动，更是当今经济社会发展的主旋律。高质量发展是贯彻新发展理念的发展，是全面建设社会主义现代化国家的首要任务，是发

^② 张新宁：《科技创新是发展新质生产力的核心要素论析》，载《思想理论教育》2024年第4期第20页。

展新质生产力的内涵目标和价值旨归，具有鲜明的时代特征。党的二十届三中全会审议通过的《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》中进一步强调，高质量发展是全面建设社会主义现代化国家的首要任务。

（三）科技创新之于新质生产力发展的独特功能

科技创新之所以成为生产力迭代升级的重要引领和支撑，主要在于其对于新质生产力发展所具有的不可替代的独特价值与功能：

（1）科技创新推动产业变革。新质生产力形成过程中的重要载体是产业深度转型升级，不同生产力时期，新旧产业交替出场，背后最根本的推动力量就是科技创新。科技创新深刻重塑生产力基本要素，催生新产业新业态，推动生产力向更高级、更先进的质态演进。科技创新的出发点和归宿就是转化为现实生产力，新质生产力是科技创新在其中发挥主导作用的生产力，要以重大科技创新为引领，推动创新链、产业链、资金链、人才链深度融合，加快科技创新成果向现实生产力转化。每一次产业革命都会催生新的产业，而产业是生产力变革的表现形式，生产力不断由传统向新质跃迁离不开主导产业和支柱产业的持续迭代升级。向当下新能源、新材料、先进制造、电子信息、人工智能、量子信息等一系列战略新兴产业和未来产业，都是科技创新催生和布局的结果，科技创新推动和主导下新旧产业和动能的升级迭代是新质生产力加速形成的重要支撑。

（2）科技创新提升发展动能。经济社会发展中新动能的提升和新的发展优势的塑造，都离不开科技创新这一第一动力。在科技创新引领下，人们发展生产力的热情在对未来美好生活场景的畅想中被不断激活、放大，生产力的规模和强度被不断扩大，从而不断引领新产业、新模式的层出不穷，科技与经济实现深度融合，不断推动经济社会发展，呈现出新质生产力的旺盛生命力和强大动能。2021年10月18日，习近平在十九届中央政治局第三十四次集体学习时指出，数字经济具有高创新性、强渗透性、广覆盖性，不仅是新的经济增长点，而且是改造提升传统产业的支点，可以成为构建现代化经济体系的重要引擎。生产力的数字化、智能化是新质生产力的重要特征，也是新一轮科技革命和产业变革条件下生产力发展的基本趋势。

（3）科技创新防范相关风险。科技就是一把双刃剑，我们在享受其带来的便捷与发展的同时，作为硬币另一面的相应风险也随之而来。而科技发展带来的相应风险终归需要依靠科技的力量进行防范。金融科技风险、算法黑箱、基因编辑、生成式人工智能冲击等，均需要依靠超越该技术本身的技术进行监管与制约，这也对相关监管技术提出了更高要求。

（四）新质生产力发展中的重要关系梳理

1. 生产力与生产关系

生产力决定生产关系，促进新质生产力发展，就必须通过进一步全面深化改革，不断形成与新质生产力相适应的新型生产关系，在共同跃升与转型中形成经济社会发展的最强合力。在新型生产关系形成过程中，必须高度重视科技创新的价值和作用，要不断通过深化改革为科技创新赋能新质生产力发展扫清制度机制障碍，必须坚持创新驱动发展战略，完善新型举国体制，不断攻克关键核心技术，同时也要深化经济体制、科技体制等改革，着力打通束缚新质生产力发展的堵点卡点，不断优化生产要素配置，让各类先进优质生产要素向发展新质生产力顺畅流动。其中必须处理好政府与市场之间的关系，要充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用，加快构建有利于新质生产力发展的体制机制。

2. 新质生产力诸要素

新质生产力必然包含新型劳动者、新型生产工具和新型劳动资料、更广泛的劳动对

象等诸多要素，必须不断培育新型劳动者，不仅要有在颠覆新创新领域有突出贡献的顶尖科技人才、一流科技领军人才和青年科技人才，还需要能够熟练掌握新质生产资料的卓越工程师、大国工匠等应用型人才。不断创造工业互联网、工业软件等非实体形态新型生产工具，拓展新型劳动资料，促进数字经济和实体经济深度融合，纵深推进产业数字化转型，加强人工智能、大数据、物联网、工业互联网等数字技术融合应用，大力推广应用数字化、网络化、智能化生产工具，加快建设数字化车间和智能制造示范工厂。更好促进新质生产力诸要素实现高效协同匹配，不断提升生产要素组合效率，提高全要素生产率。要做大做强一批产业关联度大、国际竞争力强的龙头骨干企业和具有产业链控制力的生态主导型企业，培育一批专精特新“小巨人”企业和“单项冠军”企业，鼓励龙头骨干企业发挥好产业链融通带动作用，实现大中小企业融通发展。推动生产组织方式向平台化、网络化和生态化转型，打造产业生态圈，加速全产业链供应链的价值协同和价值共创。要积极发挥数据要素的“融合剂”作用，推动现有业态和数字业态跨界融合。

3.新质生产力与传统生产力

新质生产力由传统生产力蝶变升级而来，但是在一定时间内并不能完全取代传统生产力，必须妥善处理好新旧生产力、新旧发展动能之间的关系，统筹推进二者良性发展。要大力推进科技创新，及时将科技成果转化为现实生产力，积极培育布局新兴产业和未来产业，同时还要加快改造升级传统产业，建设现代化产业体系。

4.自主创新与开放创新

形成、发展新质生产力，关键需要依靠自主创新的力量，唯有不断提升自主创新能力，不断实现颠覆性技术创新，才能不断攀登世界科技高峰。掌握高端技术、前沿技术、关键核心技术是自主创新的关键，必须依靠自力更生，拿来主义或者以市场换技术很难形成强大的原始自主创新能力，很难改变受制于人的命运。如今自主创新能力已经成为国家综合实力和国际竞争能力的核心构成要素，要想赢得发展和竞争主动权，从根本上保障国家经济安全和其他安全，唯有坚持科技自立自强，充分发挥新型举国体制优势，强化科技创新体系能力建设，将关键核心技术掌握在自己手中。开放创新也同样不可或缺，必须坚持自主创新与开放创新双轮驱动。可以通过开放创新培育自主创新，更多摆脱对技术引进的依赖。全球科技创新网络有大量创新优质资源，我国应主动融入，才能不断吸引和聚集进而提升自主创新能力和水平，同时不断参与相应国际分工，融入全球创新生态系统，这也是应对新一轮科技革命和产业变革深入发展的必然选择，唯有如此，才能不断了解、熟悉和参与制定国际标准，获得更多话语权。^③

5.科技创新与制度创新

创新是新质生产力的根本特征，这里的创新不仅包括科技创新，还有制度创新和文化创新。其中科技创新是核心，制度创新是关键，文化创新是支撑。技术进步和产业变革需要科技创新推动，而政治、经济、社会等方面的体制变革及法律制度改革则是关键，不断激发创新活力与热情要依靠制度创新的力量。党的二十届三中全会指出，高水平社会主义市场经济体制是中国式现代化的重要保障，而科学的宏观调控、有效的政府治理是发挥社会主义市场经济体制优势的内在要求。发展新质生产力必须持续全面推动经济体制改革，以制度创新保障科技创新和新质生产力发展。必须不断加强制度创新，破除一切束缚创新驱动发展的观念和机制体制障碍，打通科技和经济社会发展之间的通道，加速科技经济深度融合，要深化重点领域和关键环节的一系列改革，不断营造公平竞争、充满活力的创新环境，强化政产学研深度融合、协同合作，构建新型举国体制，同时要

^③ 魏志奇：《自主创新与开放创新协同共进》，载《经济日报》2023年08月09日。

完善相关法律法规，优化政策环境，为新质生产力发展提供制度保障。

6.政府与市场

大力发展新质生产力的关键在于科技创新，科技创新的落脚点和归宿是技术的产业化应用和实现，不断推动产业链、资金链、人才链、创新链深度融合，更好实现科技创新和经济发展的有机结合。从“经济新常态”、“新发展理念”到“高质量发展”、“新质生产力”一脉相承、循序渐进过程中，始终需要围绕发展的可持续性不断正确处理政府和市场之间的关系，处理好二者之间的关系是形成先进生产力的关键。如果说，“经济新常态”构成了中国经济发展的基本语境，“高质量发展”提出了塑造中国未来前途的大逻辑，“新质生产力”则释放了驱动高质量发展的新动力。^④在自主科技创新之路上，必须坚持企业为主体、市场为导向的基本原则，实现科技创新与生产力水平的互促共进、同向提升。近年来，企业作为最具活力的科技创新主体，其在发展新质生产力中的重要地位不断得到认可与强化，包括法治化营商环境在内的营商环境改善核心就是正确处理政府与市场关系下，对作为创新主体的企业的尊重与保护。党的十九届五中全会首次将企业定位为创新主体，明确提出“强化企业创新主体地位，促进各类创新要素向企业集聚”。中央全面深化改革委员会第二十二次会议、党的二十大进一步强调发挥、强化企业在科技创新中的主体作用。产业作为发展新质生产力的基础，必须由与新质生产力相适应的产业政策有效引领方向，由过去侧重产业规模扩张向推动产业创新驱动优化转型，不断积聚发展战略性新兴产业和未来市场的市场优势，在全球价值链分工中占据优势地位，在国际经济竞争中掌握更多主动权。为保证新质生产力发展的可持续性，就要不断构建面向未来产业的政策体系，大力支持电子信息、智能装备、新能源等战略新兴产业和类脑智能、量子信息、基因技术等未来产业发展领航。因地制宜发展新质生产力要求在产业政策制定和实施过程中必须正确处理政府与市场之间的关系，尤其是新质生产力发展下的政府职能定位和有为政府的形塑。政府在制定科技创新与产业政策过程中，必须尊重基础创新和市场发展的客观规律，谦抑干预、适度干预，有效发挥产业政策的引领作用，避免干预过度或干预不足，产生政府干预失灵问题。适度干预，要求政府做有为政府，既要充当新型举国体制下的领航者，不断创造各种有利条件、出台积极政策措施，引导与鼓励新型产业、新型市场、新型业态、新型模式等快速发展；另一方面，还要发挥其在防范新质生产力发展中因技术滥用、资本无序扩张产生的垄断、算法权力异化、商业欺诈、知识产权侵权等风险中的作用，不断创新监管思路、方法、手段，在鼓励创新与审慎监管中进行有效管制。

三、科技创新支撑新质生产力实现带给经济法发展的时代命题

（一）科技创新与制度创新之辩

1.科技创新诱发制度变迁

科技创新尤其是技术创新作为推动经济发展的重要内生变量，必然会通过生产力的变化诱发作为生产关系的制度变迁，呈现出“技术——制度”的变迁模型。技术创新对新制度的形成提供技术手段和技术保障，推动制度创新的边界扩张。社会的核心是模式化的规范秩序，法律制度作为主要的社会控制模式，具有激励与协调的基本功能。在所有影响经济增长和发展的制度中，法律作为正式规则形式存在的制度形态，在创新驱动经济发展过程中无疑具有重要的作用，法律制度通过权利（力）的界定和相应经济社会关系的调整，无疑对于促进与保障技术创新具有重要影响，良好的法律制度无疑会起到加速器的作用，反之，落后、不合理的法律制度则会成为创新驱动发展的阻滞器。根据

^④ 朱克力：《“新质生产力”要义》，载《新京报》2023年09月13日。

马克思主义生产力与生产关系之间的辩证关系，技术创新作为生产力的重要构成要素，其创新与变革必将带动生产关系的变革，从而引发包括法律制度在内的一系列制度变革。每次重大技术创新与工业革命都会引发相应的生产关系变革和产业革命，从而对相应的法律制度调整提出新的要求和挑战。科学技术的发展甚至会促使一些全新制度的发生，近代以来关于商业秘密和专利的知识产权保护制度就是例证。^⑤而人类正在经历的第四次工业革命，无疑引起了全球社会经济结构的巨大变革。新一轮科技革命进程中，企业自发的技术创新行为正逐步被政府引导和企业自主的社会化行为转变，科学、技术与生产之间已经形成有机统一的整体，科学技术正在加速转化为现实生产力。本轮科技变革的核心是数字化、智能化，生产技术的数字化与智能化促成数字经济、共享经济、平台经济等全新的商业经济模式。人工智能、大数据、区块链、基因编辑等新技术及新型经济模式对中国创新发展及国家治理带来重大机遇和挑战，如果想在新一轮技术革命中迅速抓住技术范式转换带来的弯道超车发展机遇，必须加强从顶层设计到具体制度的一整套国家干预体系，不仅要加强新兴产业科技创新、构建与新技术相匹配的制度范式，培育更加公平的竞争环境，在竞争与垄断之间保持平衡中促进创新发展，还需要通过不断扩大国内市场激发市场主体的创新活力。^⑥无疑对相对滞后的法律制度提出挑战，法学界已开始思考传统的法制模式应如何因应颠覆式的技术革命与产业变革。在加速演进的技术变革面前，在法的滞后性导致调整与规范缺失的情况下，一种“企业的制度自我生产机制”正在使传统的法律制度调整与规范的社会关系经历变革与被重新解构，传统的国家与社会、国家与市场、国家与企业、公与私等两元界限变得不断地模糊化。^⑦

技术创新与变革不仅挑战传统的法律制度与规范模式，也对法律关系的主体、权利义务及法律责任等诸多具体要素带来强烈的冲击，如人工智能创作带来的知识产权确权与保护问题，基因编辑婴儿引发的法律与伦理争议，新经济、新业态、新模式中的法律关系、法律责任及相应的监管问题，短视频平台算法权力异化的法律规制问题等，这些均是不同领域法律制度创新与变迁的重要课题。

2. 制度创新保障科技创新

影响科技创新的制度中，法律制度的规范性、稳定性和可预测性等特征决定其能够更好地鼓励和促进创业与创新。^⑧其中产权制度无疑具有最重要的激励功能，企业创新活力的激发、全社会创新水平的提高都离不开产权制度的创新与保障。从激励技术创新、弥补创新过程中排他性市场失灵角度看，知识产权制度尤其是专利制度无疑是最根本、最重要的制度设计，这种独占垄断权不仅可以弥补企业技术创新企业的研发成本，而且可以通过知识产权本身的许可、交易实现收益，从而为不断创新提供资金支持，进而使企业保持源源不断的创新活力。知识产权法产生、变革和发展的历史，就是科技、文化创新与法律制度创新相互作用、相互促进的历史。^⑨其次，企业尤其是国有企业的产权制度改革对于激发企业创新活力亦至关重要。长期以来，政企不分下国有企业所有权与经营权难以实现真正分离、国有资产出资人与管理者角色重合导致的监管虚置和委托代理链条过长导致的“内部人控制”现象等均严重制约了国有企业的创新活力，也是长期以来国有企业改革的根本原因。尽管我国国企改革经历不同的任务阶段，进入以混合所有

^⑤ 苏力：《法律与科技问题的法理重构》，载苏力著：《制度是如何形成的》，法律出版社2007年版，第102页。

^⑥ 睦纪刚、刘影：《技术范式转换与跨越式发展》，载《国家治理》2018年第37期。

^⑦ 俞思琪、季卫东等：《对话：技术创新、市场结构变化与法律发展》，载《交大法学》2018年第7期，第55页。

^⑧ 刘岳川：《法律制度对创业创新机制的作用》，载《上海师范大学学报（哲学社会科学版）》2017年第2期，第66页。

^⑨ 吴汉东著：《知识产权精要：制度创新与知识创新》，法律出版社2017年版，第1页。

制改革为主要内容的新阶段，但制约国企创新生机与活力的机制体制障碍仍然存在，必须进一步深化改革，真正培育企业以技术创新为内核的核心竞争力，依靠自主创新实现利润最大化的经营目标，不断做大、做优、做强。

3. 科技创新与制度创新的协同

技术创新与制度创新作为经济增长的共同变量，其协同运用不仅会促进经济增长与发展，而两者之间亦存在相互促进与影响的互动关系。技术进步往往走在具体制度前面，并会带动相关领域的制度变革；在宏观领域，整体的或基础性的制度安排，则对具体领域的技术创新影响巨大。^⑩当然，在技术创新与制度创新协同发展过程中，也存在因所处产业发展阶段不同二者之间作用扩大动态变化。一般在产业发展萌芽期和初创期，制度创新带动技术创新；在成长成熟期，技术创新促进制度创新。^⑪企业技术创新离不开良好的市场竞争环境，一个成熟、完善的市场体系不仅会激发企业的创新活力，同时也会更好促进创新资源的配置。走在技术创新前沿的企业不仅可以通过产品市场发育和新产品的市场垄断占有获取更大的竞争力，激发更大的创新活力；也可以通过生产资料、劳动力、技术等要素市场发育改善创新资源的配置效率，提升企业技术创新效率。^⑫而良好市场秩序的形成离不开以竞争法律制度为主的市场规制法律制度的完善，只有在法律框架内对市场竞争行为进行必要规制，才能为企业等技术创新主体提供良好的市场竞争环境和较为稳定的预期，从而激发其创新活力。若其创新成果屡遭假冒、仿冒等侵权，势必产生“劣币驱逐良币”的后果，影响其进一步创新的积极性。为进一步解决技术创新领域的消费性失灵问题，政府采购不失为一种比较有效的激励创新的国家干预形式，而政府采购制度的科学与完善与否也直接影响企业进行技术创新的热情与主动性。支持创新的融资法律制度亦是如此。只有具有完善的激励、促进创新的制度供给，才能进一步激励企业的技术创新行为。而其中国家或政府的有形干预之手非常关键，无论是行政手段、经济手段还是法律手段，干预的越位和缺位等均会直接影响企业进行技术创新的积极性。政府在技术创新中的主要角色是在进一步完善产业、财税、金融、知识产权、贸易等技术创新相关政策，进行基础性、前沿性和前瞻性技术布局引领，优化市场竞争环境和提供创新服务等方面进行适度干预。若存在缺位、越位和错位，不仅不会激励和促进创新，还会阻碍创新。以政府补贴为例，必要的补贴是帮助创新企业内化创新成本和风险的重要干预手段，但是若不加区别、盲目补贴，不仅浪费国家资源，而且会助长企业以创新为名套取国家财政的风险，不仅增加了寻租空间，更会使企业在竞相瓜分政府补贴中逐步淡忘其不断追求创新的初心和使命，从而产生挤出效应，抑制创新。

（二）科技创新对经济法的影响

科技创新影响和带动制度创新，经济法领域亦是如此。正如大数据、人工智能和互联网信息技术等推动政务系统及相关制度的变革等，科技创新必将带来产业组织和产业结构的调整和变化，会在产生新兴产业的同时，淘汰掉日渐夕阳的产业，从而催生经济体系及制度变革。如互联网、短视频迅速发展催生的直播电商产业，其崛起不仅对传统商业模式带来了极大冲击，同时也直接带动了与之相关的物流、金融和IT等服务行业的兴起，以及与之配套的第三方支付、电子认证、网络信息安全、网络保险等电商生态圈中各子业态的发展。^⑬网络购物人数不断增加、网络零售交易额不断攀升，电商行业

^⑩ 张守文：《人工智能产业发展的经济法规制》，载《政治与法律》2019年第1期，第4页。

^⑪ 睦纪刚，陈芳：《新兴产业技术与制度的协同演化》，载《科学学研究》2016年第34期，第186页。

^⑫ 赵玉林，谷军健：《技术与制度协同创新机制及对产业升级的协同效应》，载《中国科技论坛》2018年第3期，第3页。

^⑬ 搜狐网：《2017-2018 电子商务现状及趋势分析》，http://www.sohu.com/a/233958795_100018121，（访

的飞速发展带动就业人数的不断扩大，同时也给相关监管带来了挑战，亦推动与之相关的治理机制、监管方式、制度保障和信用体系建设等相应变革，催生了关于平台经济监管的相关指导意见、行业指导规范与电子商务法等相关立法的出台。当高科技遇上金融行业，催生了新兴的金融科技，亦带来相应的监管制度改革。随着人工智能技术的飞速发展，生成式人工智能、算法、大模型等新技术的加持又催生了大量新兴业态与经济模式，进而带来相关法律制度的革新。总之，科技创新必将带动和影响与之相关的制度变迁。此外，科技创新不仅会促进相关市场竞争和资源重新配置，还会使原有产业的利益分配格局发生变化，从而带动相关制度的创新。

经济法作为通过规范与保障国家干预经济运行以促进经济健康协调发展之法，通过制度构建与完善保障国家干预的合法与适度是其基本使命。科技创新背景下，经济法的国家干预理念必须保持与科技创新及其国家干预本身的一致与同构。相对滞后的经济法律规定与传统国家干预理念如何应对迅速发展的技术革命，是经济法自身发展必须考虑的重要问题。因为经济高速发展同样会使人们惴惴不安，感到社会“无序”，缺少规则指导。^⑭而社会交易、交往多了，恰恰对规则的需求和依赖就多了。新技术的发展时刻在挑战传统的干预模式与干预理念。以数字经济、平台经济、互联网金融以及金融科技、人工智能产业等为例，由于互联网、人工智能等新技术的运用，传统的经济法律关系开始发生变化，主体开始多元化，责任划分与追究变得艰难，这些均对传统的监管模式与监管理念提出了挑战。在鼓励创新、容错试错与防范风险之间，监管模式与理念必须创新。因此，面对技术创新带来的新型经济业态，如何在激励创新与规制风险之间保持平衡与协调，在市场自由与国家干预之间张弛有度，不仅关系到经济法追求社会整体经济利益最大化、促进经济发展的使命实现，更关系到我国创新驱动发展战略的实现。当下备受关注的数字经济反垄断问题、人工智能产业发展中的效率与安全问题等本身就对科技创新背景下以市场与政府互动下的国家干预为内核的经济法律制度的完善提出了挑战 and 新的要求。

四、经济法回应科技创新支撑新质生产力实现的应然逻辑

（一）经济法的经济性和现代性特征使然

如今经济与科技就像国家与民族腾飞的两翼，在相互影响与支撑中共同推进社会的进步。科技作为经济社会发展的核心驱动力量，本身就是生产力要素，使其与经济发展本身有机融合为一体。而技术创新中的市场化元素又使其本身成为嵌入经济运行中的一个重要环节。科技与经济两个并不完全相同的领域在新一代技术革命与产业变革中具有同构与融合的背景基础与现实需求，目前新技术革命下科技创新与产业发展之间几乎是同频共振，科技转化为生产力的时间大大缩短。与此同时，科技革命本身也会产生一种技术权力，从中又衍生出大数据权力、算法权力等，在资本权力裹挟下深刻改变经济结构和行为。经济法作为具有明显经济性和现代性、以促进经济健康发展为使命的现代法，自然在这种趋同与重构的制度规范与保障中责无旁贷。换言之，是经济法本身的经济性、现代性特征和回应型品格决定了其与时俱进的历史使命。德国学者海德曼认为，经济性是现代社会的时代精神和现代法的特征，而经济法就是这种渗透着经济精神的现代法。^⑮这种表述同时指明了经济法的经济性特征和现代性特征。经济发展与法治建设是实现中国式现代化的两大基本路径，应处理好“法治与现代化”与“法治与发展”的关系，

问日期：2019年1月20日）。

^⑭ 苏力：《反思法学的特点》，载苏力著：《制度是如何形成的》，法律出版社2007年版，第151页。

^⑮ 张守文：《论经济法的现代性》，载《中国法学》2000年第5期，第57页。

构建“发展导向型法治”，从而在法治现代化道路上推进全国统一大市场建设，进一步优化法治化营商环境，不仅有利于丰富经济法治理论，而且有利于发展法学乃至整个法学的发展。^⑩

1.经济法的经济性

经济性可谓经济法最重要也是最显性的特征，其与经济发展、经济活动、经济政策、经济体制机制、经济杠杆等均具有密切联系。经济法作为规范国家干预经济运行之法的本质特征也决定了其明显的经济性特征。虽然其他部门法都或多或少与经济运行相关，如民商法尤其是商法作为微观经济运行的基本法律规范，虽然与经济发展最紧密相关，但是其对私权和微观主体及经济运行的关注使其不可能从宏观、整体经济运行角度规制与保障经济健康发展。经济法却以直接关注经济运行与发展，以追求经济健康、协调、可持续发展和社会整体经济利益最大化为目标，具有关注整体经济发展的精神追求。这也是经济法后于民商法产生、负有更高使命的重要原因。现代经济是混合经济，国民经济运行不可能只有微观市场主体的参与，政府与市场两只手都不可或缺，国家与政府的干预与引导必不可少。尤其在全面构建全国统一大市场的当下，只有两只手协调并用下的经济运行才是经济发展的常态与健康形式，而对两者关注和规制的法律部门就是经济法。从这个意义上讲，经济法是与经济运行最密切联系的法律部门，经济性自然是其首要特征。以往总是将经济法作为民商法补充的看法是错误的，与民商法只关注微观市场主体不同，经济法的价值追求更高。关于经济法的经济性特征，张守文教授认为，作用于市场经济、反映经济规律、是经济政策的法律化、运用法律化的经济手段、追求总体上的经济利益等是经济法经济性特征的主要表现。^⑪

科技创新因其带来经济迅速发展、科技与经济的深度融合都决定了其明显的经济色彩。科技创新尤其是技术创新本身就是经济问题、是市场行为，对创新主体创新活力和企业家精神的激发是有关创新的制度设计最主要的考虑因素。在新技术革命背景下，经济法更应在推动科技创新，发展新质生产力，推进经济高质量发展和中国式现代化进程中发挥重要作用，这是其本身的经济性特征赋予的使命使然。

2.经济法的现代性

经济法的现代性是经济法不同于其他部门法的重要特征。与其他传统部门法相比，经济法产生于市场经济发展的经济基础、国家经济管理职能的发达、对传统部门法解决新型经济问题不足的弥补等，这些都使其具有明显的现代性特征，经济法产生本身就是一个“现代性事件”。按照海德曼的理解，现代性是现代法的共性，经济法作为现代法也具有明显的现代性特征。从这里可以看出现代性并非经济法的独有特征，但是经济法的现代性内容则具有不同于其他部门法的独有特点。按照张守文教授的观点，经济法精神追求上、背景依赖和制度构建上的现代性是经济法现代性的重要表现。^⑫经济法从其产生之日起，就具有不同于传统部门法的精神追求。

经济法的经济性与现代性是统一的，伴随着经济社会巨大的发展变迁，新兴的经济法与传统部门法在精神追求上开始出现明显的分野，也使得经济法的价值宗旨和原则相异于传统部门法。经济法并不只关注对微观主体个体私益的保护，也不只关注对国家利益的追求，而是兼顾私人利益、国家和社会整体利益，追求经济与社会的良性运行和协调发展。既不同于对只注重私人利益保护的传统私法，也不同于只注重保护国家利益的公法。它从资源配置到财富分配、从调整手段到调整目标，均追求实质的公平、公正和

^⑩ 张守文：《论在法治轨道上推动经济发展》，载《法学论坛》2024年第3期，第18页。

^⑪ 张守文著：《经济法原理》，北京大学出版社2013年版，第78-79页。

^⑫ 张守文：《论经济法的现代性》，载《中国法学》2000年第5期，第56-57页。

经济社会的协调并进，以此促进经济社会的发展。这种精神追求导因于时代精神的改变和人类经济社会生活的实际需要。¹⁹经济法精神追求的现代性形成还深受凯恩斯主义有关国家干预、市场失灵等经济学理论的浸淫与影响，这些经济学理论在传统部门法产生之初尚未出现，不可能对其理念有所影响。经济法建构于市场经济之上，经济学理论深深影响其理念及制度建构。虽然中国经济法学基础理论受西方经济学理论影响颇深，很多地方有直接移植和借鉴之嫌，但经济法根植于市场经济的深厚土壤，使其深植其中的国家干预本质必然与经济学国家干预、市场失灵理论密切联系与共通。

经济法精神追求的现代性其实源于其产生背景的现代性。经济法产生于特定的经济社会背景之下，这种经济社会背景不同于传统的近代市民社会和经济背景，而是现代市场经济和多元化社会。这一特殊时期产生的一系列经济社会问题不断挑战传统部门法的调整能力，需要全新部门法的出现。经济法是为解决现代经济社会发展中出现的新问题应运而生的。随着资本集中和国家干预的加强，在国家社会化和国家国家化的过程中，市场主体的利益冲突难以依靠传统民商法加以协调时，冲突的进一步上移产生了国家干预主义，便产生了不能完全归属于传统私法领域和公法领域的一个新领域，这是对古典私法制度的一个突破。²⁰该观点与德国法学家拉德布鲁赫对于经济法产生的描述具有异曲同工之妙。²¹在大力发展新质生产力，推进中国式现代化的当下，经济法更应该在其鼓励创新、促进保障经济发展中进一步延展其现代性。

经济法还具有其赖以产生的社会基础，这一基础主要是经济社会多元化发展下社会公共利益保护的虚置及公共物品供给不足，不仅使权利保护从个人本位向社会本位转移，也使得传统部门法无力关注的社会公共利益保护问题被日益关注，还促使市场——政府两层主体框架向市场——社会中间层——政府三层主体框架转变。而对于新技术、新业态、新模式的相关监管与治理也在向政府、市场、社会等多元主体共同参与的综合治理模式。马克思·韦伯也认为，现代法的出现，是为了填补不堪社会整合之重负的社会秩序的功能缺口。²²这些全新的经济社会背景在催生经济法产生的同时也赋予其现代性特征。

经济法的现代性还表现在制度建构上，经济法产生于现代化的经济社会背景，具有现代性的精神追求和价值、理念，在其理念指引下的制度构建必然具有现代性。拉德布鲁赫认为，作为全新的法律部门和法律领域，经济法的法律思想是对旧的法律思想的突破，即国家有义务通过干预各种经济力量的自由放任，保护经济上的弱者这种现代的法律思想。²³经济法的这种法律思想和追求与罗尔斯始终从最少受惠者的立场来考虑对社会合作所产生的利益的分配以及采取措施使有利者和不利者可以获得公平利用机会的正义论精神也是契合的。²⁴

此外，与其他法律相比，经济法与经济政策的联系非常密切，有时甚至是经济政策的法律化。在政府主导型经济转型期，经济政策更成为国家掌控改革方向与布局的主要手段。尤其在宏观调控领域，我国既没有宏观调控基本法，比较重要的计划法、财政法也处于空白阶段，规制国家对经济的宏观调控主要依靠相应的政策文件。这一方面说明该领域经济法立法比较薄弱，另一方面说明国家宏观调控政策的必要性、合理性和有效性。虽然有学者认为我国经济法总是与经济政策亦步亦趋，但不可否认，与经济政策的

¹⁹ 张守文：《论经济法的现代性》，载《中国法学》2000年第5期，第57页。

²⁰ 张守文：《论经济法的现代性》，载《中国法学》2000年第5期，第59页。

²¹ 他认为，经济法产生于私法在关注与调整私人之间经济关系时对于公众利益的难以兼顾。

²² [德]马克思·韦伯著：《论经济与社会中的法律》，张乃根译，中国大百科全书出版社1998版，第53页。

²³ [德]拉德布鲁赫著：《法学导论》，米健等译，中国大百科全书出版社，1997年版，第68页。

²⁴ [美]约翰·罗尔斯著：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社，1988年版，第25页。

密切联系正是经济法的主要特点，也是其现代性的表现之一。在成熟的法律出台之前，政策往往以其灵活性发挥着不可或缺的作用。政策又是制定法律的前提和基础，应对法治化作广义理解。²⁵当然这里并不是对政策本身的作用进行扩大化或过于美化，也不是以政策代替法律，法律的强制性和稳定性是政策本身不可比拟的。此处的经济政策与经济法律密切联系主要为说明现代经济发展中新兴经济社会问题的层出不穷对灵活性经济社会政策补漏价值的需求，也说明相对稳定的经济法随时在应对全新经济社会现象而对立法进行修正与完善，而这正是产生较晚的经济法现代性的体现，这些也可看作广义的经济法渊源。此外，经济法制度构成上实体性规范和程序性规范兼容并存的制度自足性和制度运作上的现代性也被看作是经济法现代性的特征。²⁶经济法作为现代法所具有的解决现代经济社会问题的功能使其具有区别于其他部门法的特征。也有学者指出，经济法的现代性具有多维面相，具体包括经济法本质的现代性、法律规范结构的现代性、功能的现代性、运行的现代性等。²⁷

以上关于经济法现代性的解读与技术创新的国家干预密切相关，如今新技术革命和产业变革愈演愈烈，技术创新的国家干预背景与需求日新月异，因应经济社会发展变化的经济法，自然会在其现代性和开放性特征下，对技术创新领域的国家干预进行相应的制度变迁与重塑，以彰显其经济性和现代性特征。

（二）经济法促进发展之法的使命使然

经济法是促进经济发展之法。近年来，在经济法学领域逐步展开关于经济法的发展理论研究，提出了经济法的发展理论。主要包括杨紫烜教授关于经济法理论的发展理论、程信和教授关于经济法制度的法理理论以及张守文教授关于以经济法的制度促进经济法发展的理论等。从发展进化角度看，任何法律制度都应随着时代发展而变迁，经济法也不例外。但是经济法作为与市场经济发展联系最密切的法律部门，其通过理论及制度的完善促进经济社会发展应是其有别于其他法律部门最重要的使命与功能。狭义上的发展理论并非侧重于探讨经济法理论或制度“自身”的发展，而是着重于研究经济法如何“促进和保障”发展，如何实现经济法的促进和保障功能。²⁸该理论与国家竞争理论、区域发展理论具有直接的关系，而其中有关技术创新与经济发展的相关理论亦是这些理论的重要内容。

经济法作为国家促进本国经济运行和发展之法，不仅仅与经济运行与经济增长相关，而且与社会安全、政治稳定和文化繁荣都有密切的联系，这些都需要经济法的促进与保障。因为有时候经济问题不仅仅是经济本身，可能是政治问题和社会问题。中美博弈看似围绕知识产权问题在经济贸易领域的纠纷，实则是中美两个不同政治体制的超级大国围绕争取第四次科技革命主动权而展开的博弈和较量。争端以中兴被制裁为典型事件和导火索，引发了国人关于我国科技创新实力的反思与警醒。人工智能时代，中美科技创新博弈越加激烈，美国为维持其在人工智能、5G 领域的科技霸权，不断对我国进行围追堵截，尤其是拜登政府时期，妄图遏制我国科技升级及经济转型的一系列打压措施层出不穷，我国科技创新及知识产权价值链面临重构，新兴产业发展升级遭遇迟滞。面临日益严峻的科技与经济竞争形势，于我国而言，唯有在完善的科技经济法律制度保障下，不断提高自主创新能力，引燃拉动经济增长与发展的科技内核和引擎，大力发展新质生产力，才能在这场较量中获胜。法律制度与科技创新、经济发展必须紧密相融、

²⁵ 张守文：《论经济法的现代性》，载《中国法学》2000年第5期，第61页。

²⁶ 张守文：《论经济法的现代性》，载《中国法学》2000年第5期，第62页。

²⁷ 黄茂钦著：《经济法现代性研究》，法律出版社2006年版，第71-107页。

²⁸ 张守文：《中国经济法理论的新发展》，载《政治与法律》2016年第12期，第9页。

深度链接，同频共振，一体推进。在为经济发展、科技进步、国富民强进行促进和保障方面，经济法以其现代化的精神追求、协调经济社会发展、维护社会整体经济利益的高尚使命，在所有法律制度保障中首当其冲、责无旁贷。经济法促进发展的功能，缘于经济法内含的大量发展导向型规范，它们构成了“发展型经济法制度”。²⁹这也是近年来经济法被有些学者称为“促进型经济法”³⁰、提出经济法发展理论的主要原因。

经济法发展理论认为，经济法制度类型主要有两类，一类是解决纠纷型制度，主要是通过实体和程序法规定形成具体的法律秩序，解决经济领域的具体纠纷；另一类则是发展型制度，以促进经济社会的协调发展。而这也是基于经济法调整所追求的“促进经济和社会的良性运行和协调发展”的高端目标。与传统部门法相比，经济法领域体现规制性、指导性和诱导性的发展型制度更多。³¹经济法中有大量促进经济社会发展的法律规范，如有关中小企业、循环经济、农业经济、数字经济等领域的促进法，这些构成经济法的重要组成部分。事实上，从广义来讲，经济法的各类具体制度或具体立法，都体现促进和保障发展的基本理念和原则，而促进发展本身就是经济法理念的重要内容。张守文教授将经济法蕴含的发展理念分为协调发展、永续发展、共享发展等，并在抽象的理念描述之余通过列举具体单行法促进发展领域与目标类型的方式明确了经济法促进发展的具体体现。³²这些立法虽然涉及到的具体领域有所区别，有的涉及宏观经济与社会发展，有的涉及微观市场经济领域和具体行业，但是均体现了经济法的促进发展理念。经过众多经济法学人长期不懈的努力，学者试拟的经济法领域的基本法——《经济法通则》（2018年10月稿）已经将经济法定位为国民经济发展法。该通则第5条明确规定：经济法作为国民经济治理的基本准则，是国民经济发展法。说明在经济法学界内部，已经将经济法定位为国民经济发展之法。经济法作为一个法律整体，提供系统化制度安排，对国民经济运行关系实行直接、综合的调整，此即国民经济治理的法治化。³³

此外，与技术创新促进经济发展相关的单行法在立法目的表述中其实也有明确体现经济法发展理论的规范内容，如我国《科学技术进步法》（2021年修订）第1条明确规定其立法目的是“为了全面促进科学技术进步，发挥科学技术第一生产力、创新第一动力、人才第一资源的作用，促进科技成果向现实生产力转化，推动科技创新支撑和引领经济社会发展，全面建设社会主义现代化国家”，修订后的表述增加了发挥科学技术“创新第一动力、人才第一资源的作用”，更加突出了科技创新在经济社会发展中的支撑和引领作用。第4条明确规定，统筹科技创新与制度创新，健全社会主义市场经济条件下新型举国体制，充分发挥市场配置创新资源的决定性作用，更好地发挥政府作用。第39条规定，国家建立以企业为主体，以市场为导向，企业同科学技术研究开发机构、高等学校紧密合作的技术创新体系，发挥企业在技术创新中的主体作用。第15条第二款规定，县级以上人民政府应当将科学技术进步工作纳入国民经济和社会发展规划，保障科学技术进步与经济建设和社会发展规划相协调。《促进科技成果转化法》第一条将该法的立法目的明确表述为“为了促进科技成果转化成为现实生产力，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”。可见，科技进步与发展和经济建设与发展两对之间的密切联系。科技进步进而转化为现实生产力，从而促进经济发展本身就是经济法促进发展理念的具体体现。经济法发展理论认为，经济法促进发展的价值体现与

²⁹ 张守文：《经济法的发展理论初探》，载《财经法学》2016年第4期，第16页。

³⁰ 促进型经济法的提法见张守文教授的《论促进型经济法》（载《重庆大学学报》（社会科学版）2008年第5期）和焦海涛的《论促进型经济法的功能与结构》（载《政治与法律》2009年第8期）等文章。

³¹ 张守文：《论促进型经济法》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2008年第5期，第99页。

³² 张守文：《论促进型经济法》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2008年第5期，第97-100页。

³³ 程信和：《经济法通则原论》，载《地方立法研究》2019年第1期，第54-129页。

具体目标要与实践中正在落实的具体目标紧密结合进行灵活和动态解读,并结合其他相关法律综合施治。³⁴事实上经济法作为与经济发展、经济政策紧密结合、快速互动的促进发展之法,为创新驱动经济高质量发展、大力发展新质生产力的最新经济建设目标服务不仅是其法律实践的价值体现,更是其不断发展的动力,同时也是经济法学理论不断丰富与发展的重要源泉。这并非是经济法、经济法学与经济形势和经济政策亦步亦趋、缺乏稳定性的表现,而是其作为回应型法的重要特征。在我国经济社会改革与发展的不同阶段提出来的诸如和谐社会、科学发展观、新发展理念、新质生产力、中国式现代化等改革与发展理念提出之后,经济法及经济法学研究都会做出最迅捷的反应³⁵,将最新的发展理念融入经济法的理念、原则、价值之中,从而指导具体的经济法律制度的建设与变迁,以便更好地服务经济社会的发展,彰显其促进发展之法的本色。

从法律的功能是促进和鼓励还是限制和禁止来划分,大部分法律基本可以划分为促进型和禁限型两类,经济法也可分为促进型经济法与限禁型经济法。有学者认为与传统的限禁型经济法相比,近年来促进型经济法则越来越多,且在经济法中具有重要的地位。这种功能型经济法不仅是经济法多元化调制模式发展趋势,也是禁限型经济法执法方式单一导致其法律功能受限所致³⁶,更是实现经济法促进发展之功能的重要规范性保证。肇始于解决市场失灵问题以反垄断规制为起点的经济法在经历激进、否定式调整之后,开始逐步转向以政府常态化介入经济运行的积极引导和促进式调整,促进型经济法规范开始逐步占据主导地位。从规范的具体类型来看,促进型经济法由于与国家经济政策及其贯彻密切相关,主要表现为宣布国家的政策、制度,或者鼓励市场主体从事与国家政策、制度相适应的行为。通常对政府机关设置经济发展的指导性、鼓励性规范较多,较少设置强制性规范。³⁷这种促进型经济法本身就是经济政策法律化的重要表现,大多存在于宏观调控法领域,如预算法、财政法、金融法、产业促进法等。我国2021年修订的《科学技术进步法》第三章“应用研究与成果转化”和第四章“企业科技创新”部分,有大量通过财政、税收、金融等手段鼓励科技创新和成果转化的激励性规范,其中“财政性资金”被十余次提及。《促进科技成果转化法》中与技术创新密切相关的高新技术产业领域,也有许多指导性、鼓励性促进型法律规范,如第7条、第13条第一款、第19条、24条关于鼓励科技成果转化的规定。而法律责任的设置只有6条,主要约束政府机构、中介组织等,对于企业等创新主体的法律规定严格来说只有1条,其他都是针对侵权主体和单位职工在科技成果转化中的违法行为。³⁸即使在以禁止性规范为主的反垄断法(2022年修订)中,也体现了对“保护市场公平竞争”与“鼓励创新”的兼顾。

(三) 经济法风险防范与规制法之功能使然

经济法从其产生之日起就具有规制风险的功能,经济法促进发展之法使命的完成离不开对各类经济社会风险的防范与危机应对,对技术风险的防范与规制也是可持续发展的重要内涵之一。根据《我们共同的未来》定义,可持续发展是指既满足当代人的需要,又不对后代人满足其需要的能力构成危害的发展。其中就包含了需要与规制两重含义,即一方面满足人类基本生存与发展需要,另一方面对技术状况和社会组织满足眼前和将来环境需要的能力施加的限制。³⁹

³⁴ 张守文:《论促进型经济法》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2008年第5期,第98页。

³⁵ 在以上不同时期经济社会发展理念提出之后,我国经济法学界都有相应关于经济法融入最新发展理念的相关研究。

³⁶ 焦海涛:《论“促进型”经济法的功能与结构》,载《政治与法律》2009年第8期,第77页。

³⁷ 焦海涛:《论“促进型”经济法的功能与结构》,载《政治与法律》2009年第8期,第81页。

³⁸ 见《中华人民共和国促进科技成果转化法》, <http://ps.cq.gov.cn/Html/62/fgxc/2015-12/7247.html>, (访问日期:2018年8月12日)。

³⁹ 李挚平著:《经济法的生态化》,法律出版社2003年版,第3页。

新技术革命下的经济风险主要源于信息不对称,大数据、区块链、人工智能、算法等新兴技术的迅速发展,加剧了信息迅速膨胀和不对称,和市场经济领域各类经济风险的产生。经济法风险规制与信息规制密切相关,要进行相应的法律规制,在应对风险时进行有效法律治理,明确具体方式及相应责任,才能更好防范各类风险。近年来各种现代社会风险频频出现,传统的规制风险的法律治理方式表现得捉襟见肘,需要进一步挖掘和发挥经济法的风险规制功能。风险社会呼唤经济法的风险控制逻辑拓新,从风险控制到风险适应是经济法回应风险社会的必然选择。⁴⁰如同国家对市场失灵的干预,亦须透过国家对风险预防与责任的干预以实现社会公平。⁴¹经济法的产生及其责任制度的拓展是应对风险社会挑战的另一种选择。经济法领域出现的传统法律责任体系难以包含或解释的责任形态表明,无论是把经济法作为一个新的法律领域,还是将其视作一种法律思想方法在各个领域的适用,它对于传统法律责任体系的冲击、解构与重构是客观存在的。⁴²如果风险具有客观性唯一属性,科学理性就是风险治理的根本。⁴³在技术创新视域下,经济法规制风险的法律治理功能需要进一步强化,而其中理性适度的国家干预则是通过经济法律治理预防风险的关键。包括妥当性、必要性和相称性内容的比例原则乃是控制国家权力的“皇冠原则”,也应当适用于衡量风险规制原则的干预限度。⁴⁴

五、结 语

目前我国正处于世界格局多级重构、经济全球化、全球治理体系和国际秩序加速推进的“百年未有之大变局”,经济法的回应为新质生产力助推中国式现代化的进程照亮了前行的道路——发展新质生产力,是历史的必然选择。在历史进程中,经济法作为重要的法律规范体系,始终肩负着保障经济秩序、推动可持续发展的重任。科技创新支撑新质生产力的实现,它为中国式现代化进程注入了强大动力的同时,也不断冲击着传统的经济模式和法律规范。经济法必须要与时俱进,积极回应科技创新带来的新挑战与新机遇,为新质生产力的发展营造良好的法治环境。展望未来,新质生产力将继续引领中国式现代化进程的快速发展。经济法应不断创新与完善,以更加积极的姿态回应时代的需求,为中国在国际局势中提升话语权贡献更大的理论与实践力量。让我们携手共进,在新质生产力的浪潮中,书写经济法的辉煌篇章,为中国式现代化进程奏响激昂的乐章。

⁴⁰ 欧阳恩钱:《风险社会的经济法适应》,载《法学评论》2012年第11期,第101-105页。

⁴¹ 闫海:《论经济法的风险规制范式》,载《法学论坛》2016年第1期,第113页。

⁴² 阳建勋:《论风险社会中的法律责任制度变革——传统部门法的内部修正与经济法的责任拓展》,载《广州大学学报(社会科学版)》2012年第3期,第58页。

⁴³ 闫海:《论经济法的风险规制范式》,载《法学论坛》2016年第1期,第114页。

⁴⁴ 闫海:《论经济法的风险规制范式》,载《法学论坛》2016年第1期,第115-117页。

新质生产力视域下数字经济财产概念新解与刑事犯罪规制的探颐

张尧*

摘要：在大力倡导新质生产力的背景下，数字经济呈现出迅猛发展的势头，互联网信息通讯技术与数字数据技术同步创新发展又深入融合。在此数字经济发展的环境下，大数据作为一种新型的财产已然成为应予以研究的对象，其本身的财产概念界定、特性辨析、权利归属等本体内容应予以进行“数字经济化”的新解。大数据成为一种财产，其本身成为受保护的法益，无疑会进入刑事保护的范畴，但其本身有别于传统财产的特征和相应的犯罪行为模式已然给现行刑法造成了挑战。目前数字经济与网络犯罪案件数量日臻增长，刑法规制在面对该新型领域的犯罪时需重新针对数字经济下的法益边界、出罪路径、刑罚匹配等进行相应系统的梳理，以期刑事犯罪规制能够适应当前数字经济的发展，继而为数字经济的发展提供相对匹配的法治保障。

关键词：数字经济；数据财产；法益保护；刑事规制

2021年《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》（简称“十四五”规划）要求加快发展数字经济，并就其建立相关标准规范，当前我国社会发展中的数字经济规模迅速扩大。基于该种情形，数字经济的发展必然对刑法产生相应的影响乃至新的挑战，由此则必须对数字经济中的“新型法益”进行本体探究，并针对我国目前对于网络数字经济的新型犯罪存在的相应桎梏乃至困境进行梳理，以期我国刑事领域为数字经济社会提供全面、完善、立体的法律保护，为数字经济的发展提供符合新质生产力基本要求的法治保障。

一、数字经济下大数据财产本体概念新解

“财产”的刑法概念是伴随着社会的发展和生产力的进步演变的，其内涵与外延随着时代的变迁而不断丰富。数字经济时代孕育了全新的商业模式与形态，人们的生活方式随之改变，同时大量迭代而生的“新型财产”同步产生，对于传统的“财产”概念已然形成冲击之势。电子资金和第三方支付的出现使货币褪去

* 张尧，1990年4月出生，北京市惠诚（苏州）律师事务所律师，硕士研究生，党支部书记，高级合伙人。

了金属或纸质的外壳，演变成计算机系统中的数据编码；对他人财产的非法占有不再仅仅局限于“窃取”或“骗取”类的传统常见样态，而是延伸至可以通过“复制”的方式进行达到非法占有的目的；刚被抢走财产却可以被受害人通过互联网瞬间取回以达到回复原状的目的；团购券、二维码、电子积分、虚拟财产、大数据财产、比特币等新生事物使“财产”的概念边界变得愈发模糊，与此同时带来了大量的司法疑难案件：互联网背景下涌现的各种“新型财产”是否属于刑法意义上的“财产”或“财物”，刑法应当如何对其进行保护，侵害这些“新型财产”的行为应当如何定性，不同罪名如何界分，犯罪数额如何认定，既遂标准如何把握^①……

由此观之，对于数字经济下大数据财产的本体概念梳理则极为关键，其决定着刑法领域在数字经济时代学理层面的调整与升级，也关系到刑事规制的后续发展方向，在某种程度上其预示着法益规范在定罪量刑时需要进行与时俱进的审视。总之，新质生产力概念下的数字法治保障研究不应脱离最基本的概念进行，否则无法对于上层的刑事规制进行有益的指导，甚至会引发“误入歧途”的反方向的不良法治效果。

（一）刑法中“财产”与“财物”概念之辩

基于我国属于大陆法系，在此基础前提下刑法中涉及关于“财产”相关概念或问题时大多与另一刑法领域的概念“财物”进行对比或相提并论。仅就刑法分则中的第五章中以“侵犯财产罪”进行的命名为例，反观该章节下的具体罪名中却极少见到含“财产”一词的情形，高频率的罪名如盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪、抢劫罪、侵占罪等均以“财物”而非以“财产”作为犯罪的对象。细捋《刑法》第64条和第224条在同一条文中居然交替使用了“财物”和“财产”两个概念，没有进行用词的统一。无疑关于“财产”和“财物”的概念内涵和外延是否完全一致，能否进行替换乃至通用，该类问题是应首先予以辨析的。该问题也关涉到数字经济背景下新型财产犯罪的认定问题，基础的法律概念往往关涉后续整个理论体系的构建。

对于探讨刑法中的“财产”与“财物”的概念内涵与外延是否为同一问题时，存在两种明显不同的观点。其一为将刑法中的“财产”与“财物”概念进行等同

^① 张弛：《互联网背景下财产概念的流变及对刑法适用的影响》，2019年5月29日，上海交通大学凯原法学院博士学位论文。

对待，在使用中可以交替混用。如黎宏教授就认为虽说在刑法分则的具体条文当中，财产犯罪的对象多半被表述为“财物”，但在我国刑法条文中，“财物”与“财产”两个概念并没有明显的区分，甚至可以认为二者的含义是完全相同的。^①这在目前部分的刑事立法中的相关表述中足可直接印证。同时另有学者认为，财产、财物、财产权三者密切关联，在罗马法中这三个概念基本上同义；就刑法规定而言，侵犯财产罪，顾名思义，此类犯罪的对象应当为财产，而无论是诈骗罪还是其他侵财犯罪，我国刑法均规定侵犯的对象是财物。^②法学泰斗张明楷在较早之前一直秉持我国刑法中“财产”和“财物”的概念内涵完全一致，应作同义理解的观点。^③由此可知，持有该类观点的学者已然将二者进行等同对待。另一种与此截然不同的观点则是针对在立法中使用两个完全重复的用词（或可言立法概念）产生了质疑，并由此认为两者不同。“立法者认为不能使用‘财产’的地方即以‘财物’代之，主要还是出于前者的内涵过于广泛，并且处于不断更新和变化当中，容易使人产生对于法律的不同理解。尤其在涉及作为某种行为的对象使用的时候，“财物”出现的次数就更加频繁，立法者的谨慎态度由此可见一斑。据此，抹杀两者之间的本质区别，不当地扩大刑法打击面的解释结论就显得过于草率了。^④所以，不少学者认为刑法中的“财物”不能简单轻率的完全等同于“财产”，在具体的使用时应予以相应区分。

细捋刑法自 1997 年至今十次的修正，并没有将“财产”和“财物”两个概念进行统一化处理，明显对此存在着严谨区别使用的考量态度，对于其任意的替换等同性的使用会造成整个刑法立法条款语境的变化，甚至会在刑法话语体系中产生抵牾。故基于此在大数据背景下的数字经济社会中对各类“新型财产”进行全面认定时，必需要对于刑法语境中的“财产”与“财物”的基本概念进行梳理与对比。

其一，在刑法中使用“财产”的法律规定中一般与“合法性”的行为指向相关，选取部分法条予以例证，如刑法第 64 条：“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得

^① 黎宏：《论盗窃财产性利益》，载《清华法学》2013 年第 6 期。

^② 游涛：《普通诈骗罪研究》，中国人民公安大学出版社 2012 年版，第 72-73 页。

^③ 张明楷：《诈骗罪与金融诈骗罪研究》，清华大学出版社 2006 年版，第 20 页。

^④ 陈焯：《财产性利益与罪刑法定问题》，载《上海交通大学（哲学社会科学版）》2013 年第 5 期。

挪用和自行处理。”该条规定中的“财物”指向为犯罪分子的违法行为所得，“财产”的指向为被害人合法所有。再如刑法第92条：“公民私人所有的财产”的范围，包括“（一）公民的合法收入、储蓄、房屋和其他生活资料；（二）依法归个人、家庭所有的生产资料；（三）个体户和私营企业的合法财产；（四）依法归个人所有的股份、股票、债券和其他财产。”刑法第239条：“以勒索财物为目的绑架他人的，或者绑架他人作为人质的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；情节较轻的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金。犯前款罪，杀害被绑架人的，或者故意伤害被绑架人，致人重伤、死亡的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。以勒索财物为目的偷盗婴幼儿的，依照前两款的规定处罚。”对比分析可知，在界定为合法积极的所有属性时一般使用“财产”，如公民财产，在如毒品等违禁品一般属于刑法意义上的“财物”，另外在整个规范语境中为消极面向时则一般使用“财物”。

其二，从宏观概念来说，“财产”具有总则性、概括性的用词属性，而“财物”在刑法分则中出现的频率较高。当然该点也仅能说明“财物”作为犯罪对象，在整个刑法体系的使用语境中“财物”属于微观与具象的刑法规范概念，在司法实务中针对具体行为判定是否构成犯罪时则成为重要的构成要件。“财产”则属于一种更为抽象、原则、宏观的总则性概念，旨在强调财产权利的合法性，主要为宣示刑法保护公私财产法益之目的而存在。所以，二者在指向的具象与抽象范围中存在选择使用的考量。

其三，“财产”在刑法规范中为刑法保护的犯罪客体，其意涵的射程范围为公民的财产权利，而“财物”则属于犯罪活动直接作用的指向对象，不是刑法保护的法益。刑法第2条规定，“中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全……保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，”刑法第20条：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害”。所以，刑法保护的犯罪客体应当是“财产”而非“财物”，“财物”只是犯罪行为具体作用的犯罪对象，并非刑法保护的真正法益。

对此予以小结综述，刑法中的“财产”与“财物”是应予以区分的，“财产”强调的是财产关系的合法性以及附着于财产上的公私财产权利，故此“财产”一

定是具有合法性的，而“财物”则并不必然具备合法性，可以是合法的、也可以是非法的，“财产”和“财物”的概念不能混同和替换；另一方面，“财产”和“财物”也是内在统一的，“财物”是“财产”在财产犯罪中的表现形式与物质承载，二者的关系归根结底是犯罪对象与犯罪客体（法益）的关系。

回归到数字经济视域下层出不穷的各种新型财产情境下，对于其仅需判断是否属于“财产”就可以了，没必要对其是否构成“财物”再进行判断。“法秩序对财产的保护是从物的保护出发，对财物的保护是刑法规定财产罪的主要任务”。^①数字经济高速发展的当下，对于“新型财产”能够判定为刑法意义上的“财物”，其就具备了财产性犯罪的对象条件，行为人采取某种特定手段将其非法据为己有，从而给合法的权利人造成损害，明显就侵害了刑法保护的法益，因此应对该行为人科处相应的刑罚。

（二）数字经济下嬗变的“财产”认定标准

数字经济下需对“财产”的认定进行相对标准性的界定，鉴于对一般传统“财产”认识的基础上，对于当前数字经济领域“财产”概念的界定需立足于以下几点：首先，“财产”概念不能拘囿于动产或者有体物，目前社会中具有客观经济价值的财产性利益应纳入“财产”的概念范畴之中，该点在数字经济高速发展的当下尤需予以重点审视。其次，客观经济价值是一切财产和财物所必须具备的共同特征，仅对特定主体具有使用价值（主观价值）而不具有交换价值（客观价值）的物品不属于刑法意义上的“财产”，客观经济价值的背后是凝聚在财产（具象至财物）中的无差别的人类一般劳动。最后，数字经济时代下，权利人对于财产的占有形式各异、多种多样，甚至已经超出当前人们预期中的形式。在该种情形下，更应该强调财物的占有状态称为刑法保护对象所具有的特殊意涵。基于上述论点，需予以逐项详言阐释“财产”在刑法体系中的判定标准。

数字经济下的“财产”也应具有客观的物质存在形式。在秉持“财产性利益说”观点的研究者看来，其通常是指有形财物以外的、具有客观经济价值的利益。持此立场的学者认为，“刑法中的‘财物’，是指存在一定客观价值或主观价值，具有管理可能性的财产，包括有形物、无形物及财产性利益^②”。该种观点能够在最大程度上与数字经济背景下的“财产”概念的演变相匹配，财产性利益应被纳

^① 童伟华：《财产罪基础理论研究：财产罪的法益及其展开》，法律出版社2012年版，第72页。

^② 陈洪兵：《财产犯罪之间的界限与竞合研究》，中国政法大学出版社2014年版，第53页。

入具体的“财物”概念范畴之中。当然如果将具有客观经济价值的财产性利益均视为刑法意义上的“财物”，会有违普通社会群体对此概念的认识，也会与现行刑法规定产生冲突。所以，财产性利益在大多数情况能够作为判定的依据，但其需依附于特定的客观表现形式，纯粹的权利和自然人的劳务无法成为刑法中的财产。推演到数字经济时代，刑法意义上的“财产”也应当具有一定的客观表现形式，仅为纯粹的劳务或利益无法纳入刑法的评价体系之中。延伸而言，该处所述的“客观表现形式”或“物质存在形式”并非以占据特定物理空间为其单一、必然要件。数字经济时代中的电力、无线电资源、通讯资源等不具有物理形态但是能够被人们通过特定的设备控制、储存和使用的能量资源也可以被视为刑法意义上的“财物”，互联网中的数据也可以成为财物的载体和物理表现形式。只要能够通过一定的手段将特定的利益或服务固定下来、使其不再依附于特定的人身或者仅仅存在于意思表示阶段，那么这种具有客观存在形式的财产性利益便具备了成为“财产”的可能性。

数字经济下的“财产”应具有通过金钱进行衡量的客观经济价值。马克思认为，“如果整个过程从其结果的角度，从产品的角度加以考察，那么，劳动资料和劳动对象表现为生产资料，劳动本身则表现为生产劳动”。^①财产所具有的客观经济价值来源于其内在的、凝结的劳动，所有的财产必然包含一定数量的人类一般劳动，财产的价值量是由其所包含的社会必要劳动时间所决定的，是为财产经济价值的实质侧面。财产的价值来源于劳动，而劳动特指生产劳动。在数字经济时代，对于“财产”的认定也应要求其需要包含一定数量的劳动之后才能具备成为“财产”条件；申言之，“财产”的客观经济价值来源于人类的生产劳动，这是“财产”必须具备的实质性条件。另外，刑法意义上的财产必须是具有一定的交换价值，可以自由转化、兑换为货币或者其他财物的物品或权利载体，如果某一物品仅仅是对某个特定的个人具有独特的价值，不能进行交换，就不能被称作刑法意义上的“财产”。

数字经济下的“财产”应具有占有和转移的可能性。在刑法中侵犯财产罪的构成要件中，占有是除了财产之外的另一核心概念。^②当前我国的刑事司法的实

^① 《马克思恩格斯全集：第3卷》，人民出版社1972年版，第205页。

^② 徐凌波：《存款占有的解构与重建》，中国法制出版社2018年版，第316页。

务与理论界一般也是将达到非法占有^①目的与占有状态作为盗窃罪、诈骗罪等常见典型财产性犯罪的构成要件，换言之，作为财产性犯罪的对象的“财产”必须能够为合法占有人以某种合法形式占有，而且该种占有状态是可以打破的。如果某类“财产”从始至终无法被任何人占有，或虽被特定权利人占有但行为人无论怎样也无法打破该种合法占有状态，如此可判定该类物品无法纳入“财产”的考量范畴。诸如景区、居住区等。再如某些社会生活中的服务工作，需要依附于服务提供者的人身，该种服务无法通过“盗窃”“抢劫”类的途径或方式占有，故该类服务也无法称之为刑法意义上的“财产”。数字经济时代背景下，对于“财产”的占有性与转移性应进行扩展性的理解，通过对纸媒、数字载体形成的权利凭证等的占有应认定为刑法本体意义上的占有。针对大数据形成的占有的认定，该种特定物或权利便顺理成章的成为刑法规范意义上的“财产”，成为其受保护的法益。

概而言之，刑法体系中规范的“财产”具有客观的物质存在形式、能以金钱进行衡量相应的经济价值、能够具有占有与转移的可能性，具备前述标准的物品或财产性利益就可以称之为刑法意义上的“财产”。遵循前述标准并突破原有陈旧的判断理念，对于分析和甄别数字经济时代下衍生的各类“新型财产”能否进入刑法体系评价的“财产”具有十分重要的意义。

二、数字经济下“新型”财产概念对现存刑法的挑战

正是基于财产概念在数字经济下的嬗变必然会导致现行刑法需要重新审视，数字经济时代下，种类繁多乃至闻所未闻的新型财产不断涌现，由此带来的刑事司法实践问题不断出现，现存的刑法面临着史无前例的挑战。

数字经济下财产形式流变对刑事“财产”的界定理念已然形成冲击。数字经济下催生的众多以数字化、虚拟化、网络传输化为特征的新型财产，对于传统财产概念的内涵与外延产生了一定的冲击。

数字经济是继农业经济、工业经济之后的主要经济形态，是以数据资源为关键要素，以现代信息网络为主要载体，以信息通信技术融合应用、全要素数字化

^① 需特别申明的是，此处的“占有”并不仅限于事实上的有形占有。关于刑法意义上的“占有”，传统上将之理解为事实上的支配关系。所谓事实上的支配关系，是指占有人对物所具有的不受阻碍的直接作用的可能性，占有人可以随时地对物行使这种支配。事实上的支配关系奠定了占有概念的事实性基础，但随着时代的发展，仅仅从纯粹的事实支配的角度来定义占有却可能无法得出逻辑自洽的结论，数字经济时代的占有就存在该种争议，囿于篇幅，此处暂搁置不表。

转型为重要推动力，促进公平与效率更加统一的新经济形态。^①当前数字经济在我国广泛推动生产方式、生活方式、以及治理方式的深刻变革。聚焦于大数据、云计算、物联网、人工智能的领域，生产企业依托于此能够在较短时间精准定位市场决策，数字成为决定企业成败的关键，具体而言是成为企业重要的生产要素与战略资源。数字经济下的商品销售与消费，其双方奔赴均需要依赖于数据化的载体，具有虚拟性的优惠券、团购券、提货码、电子积分等应运而生，对于社会群体的消费方式产生重大影响。在支付交易环节，电子现金、第三方支付平台、数字人民币等数字经济应用场景的不断扩张，以银行债权为主的财产性利益转移逐步取代现金支付成为主要的支付交易模式。另外，数字经济下人民群众的娱乐方式已经突破传统的运动或消遣方式，互联网游戏为主要形式的虚拟娱乐活动成为主流的娱乐方式。诸如腾讯、网易、三七互娱、世纪华通、昆仑万维等公司已经将游戏产业作为其主要乃至唯一的产业进行经营，其创造的产业价值已足够让众多实体经济为之叹服。

正是基于数字经济产生出的新型财产形式各异，其对于刑法规范无疑会直接造成挑战乃至冲击。

关于支付形式中的数字货币的法益属性存在众多不同的学说争议，囿于篇幅不再展开赘述。但归纳而言，数字货币等虚拟财产在本质上也属于现实中流通的货币，其具有货币的基本属性，即使数字货币是以电子数据的形式存在，但其特定的交易时空中具备转移、占有、管理、交换的基本财产属性，在该种数字时空中起到特定的货币交易功能，能够成为财产犯罪的对象，其理所当然会受到财产犯罪的相应规制。从应然层面而言，互联网世界中以电子数据形式而存在的数字货币性质是多元的，其既可以作为区块链时代的交易中介，又可以作为现实财产的具体载体，并具备通过一定形式转化为现实财产的典型特征，可以说，数字货币同时兼具货币属性和财产属性。^②所以数字货币在司法实务领域产生的刑事犯罪应予以规制，但在司法实务中对其产生两种裁判的考量路径，其一是将数字货币纳入电子信息数据的范围之内，以计算机信息系统、数据类犯罪进行论处；二是将数字货币作为财产进行保护，以相应财产类犯罪进行规制与保障。穿透深思，产生该两种不同实务裁判路径就已经侧面证明了数字经济对于刑法产生了挑战，

^① 参阅《国务院关于印发“十四五”数字经济发展规划的通知》（国发〔2021〕29号）。

^② 宋坤鹏：《数字货币的法益属性及其刑法应对》，载《社会科学动态》2021年第2期。

也表明了理论研究者与司法实务者对于数字货币法益属性的认识难以统一。

数字经济下电子权利凭证已经开^①始逐步取代纸质或其它相关实体物作为权利表达的载体，这无疑会给刑法中“财产”概念的认定提出一定的挑战难度。仅仅梳理近几年最高院的公报案例就可以发现很多基于侵害电子权利凭证的犯罪案件已经在实务界产生了关注度，诸如河南省郑州市金水区人民检察院诉杨志成盗窃罪，起诉书指控：2006年10月份以来，被告人杨志成以破译程序软件的手段，进入郑州丹尼斯百货有限公司的VIP积分充值系统，将作废的VIP积分卡激活并重新充值后用于个人消费，共计8.5万元。杨志成的行为已经构成盗窃罪，请依法予以惩处。再如，童文媛等盗窃罪——虚增消费积分用于消费构成盗窃罪，裁判要旨中指出，消费积分是经营者为鼓励消费而赠与消费者的一种财产性权利（利益）凭证，消费者可凭获赠的积分直接换取一定的礼品（实物）或者兑换积分、优惠券等用于其他消费。本案三名被告人盗用同事的调整积分权限，通过虚增积分方式换取联华OK卡积点用于消费的一系列行为中，虚增消费积分行为是主要的犯罪行为，且符合秘密窃取的行为特征，应作为行为定性的事实依据，故对三名被告人应以盗窃罪定罪处罚。^②前述以会员卡或电子积分等类似电子凭证为犯罪侵害对象的行为在具体案件中司法实务者对其产生较多困惑。电子凭证是否全部都能够成为刑法评价体系中的财产，各类会员积分的本质究竟是什么，盗窃不记名且不可挂失的电子权利凭证、盗窃记名但不可挂失补办的电子权利凭证以及盗窃记名可挂失的电子权利凭证的行为分别应当如何定性，能够多次使用的电子权利凭证与仅能一次性使用的电子权利凭证在定罪量刑中有何区别等等问题均需刑法对此进行回应，以满足司法实务的需求。

“大数据财产”成为社会探讨的话题时就已经昭示着“大数据时代”的到来，大数据业已被用于政府公共服务、商业经营、市场分析、大众传媒、学术研究等领域，其所蕴藏或释放的巨大经济利益、商业价值、社会影响已经为公众所关注。2015年4月14日，贵阳大数据交易所正式挂牌运营并完成首批大数据交易，标

^① 案件详情可参阅北大法宝网站：

<https://www.pkulaw.com/pfnl/a25051f3312b07f3732dc1983dab4be5311534c2ff60a093bdfb.html?keyword=%E6%9D%A8%E5%BF%97%E6%88%90%20&way=listView>;

<https://www.pkulaw.com/pfnl/a25051f3312b07f3732dc1983dab4be5311534c2ff60a093bdfb.html?keyword=%E6%9D%A8%E5%BF%97%E6%88%90%20&way=listView>, 2024年6月26日访问。

^② 案件详情可参阅北大法宝网站：

<https://www.pkulaw.com/pfnl/a25051f3312b07f3c475484968f087f50967a45fec882abbbdfb.html?keyword=%E7%AB%A5%E6%96%87%E5%AA%9B%E3%80%81%E9%99%88%E7%A3%8A%E3%80%81%20&way=listView>, 2024年6月26日访问。

志着大数据正式作为一种商品在现实的市场平台上进行交易。“大数据财产”能否成为民法乃至刑法意义上的“财产”已经出现诸多争议,在较大层面而言其具有财产性是争议不大的,而某种程度上持否定观点的认识则是基于隐私权角度的考量,其对于将具有人格属性的个人数据加工、提取成为“财产”的行为完全做否定性评价。试图将数据作为一种财产对待的做法面临着巨大的经济挑战、法律挑战、技术挑战和社会伦理挑战。所以,再进一步将数据财产归聚于刑事领域,则明显无法进行明确的判定,也将对刑事司法领域造成一定的挑战。

“虚拟财产”在较大程度上是与互联网游戏产业关联的,当前已经形成规模的互联网游戏是热衷于此的玩家投入的经济成本与网络游戏公司投入和产出利润循环构成的。引鉴相关学者所言,所谓“虚拟财产”,是指以互联网游戏为基础,由游戏玩家通过互联网游戏账号控制的游戏币、“装备”、“宠物”、“级别”、“宝物”、装饰等保存在游戏服务器上的游戏数据资料或参数。^①对于“虚拟财产”能够与现实社会中交易的财产进行等同的观点认为应将“虚拟财产”解释为财产犯罪的对象,在相关财产性犯罪中追究非法获取虚拟财产的刑事责任。持相反观点者认为,“虚拟财产”仅为一种通说,并非法律概念。虚拟财产并不属于法律意义上的“财物”,主体对其并不享有所有权,^②由此应推论出相关犯罪无法纳入财产性犯罪领域。即使当前司法领域认可了后者的观点,但在具体案件的司法处理过程中仍旧存在一定的争议,很多具体的案件无法达到闭环的逻辑论证程度。

延续论之,正是数字经济下产生的“财产”使得犯罪的行为模式迥异于传统有体物品的物理占有,该种犯罪行为模式的变异导致犯罪手段和犯罪罪名在数字经济下产生多种、多重的模糊性、混杂辨识。

数字经济下,传统的固定、具象、有形、可触的物理化财产被互联网空间中存储、运行的数据所取代,财产性犯罪的行为模式、作案手段演变成复制、刷取、篡改、虚构、替换等数据处理的技术手段,实施的相关行为并不会直接导致受害者直接对财产占有的消失,甚至受害者存在长期未知、未觉察的状态,该种特征直接给财产性犯罪案件的认定与具体罪名的确定造成了极大的难度。鉴于此,欲对互联网背景下财产犯罪的行为异变与罪名纠葛问题作出合理的回应,最终仍需

^① 于志刚主编:《网络空间中虚拟财产的刑法保护》,中国人民大学大学出版社2009年版,第23页。

^② 李威:《论网络虚拟货币的财产属性》,载《河北法学》2015年第8期。

对其所涉及的行为对象本身的财产属性进行深入探究,只有解决了互联网新型财产为何物的问题,才能在此基础上对侵害该新型财产的行为性质与罪名适用作出准确的认定。

延伸谈之,数字经济下的经济犯罪必然与犯罪数额相互关联,犯罪数额对于判断行为是否构成犯罪、区分此罪与彼罪、认定未遂与既遂以及决定情节与量刑的轻重等均具有非常重要意义。^①传统意义上的财产均是有形物体,价值相对可以衡量与判定,然而数字经济时代下的财产具有虚拟性的特征,其给财产的价格认定和犯罪数额的确认直接带来新的难度。比如已见诸网络报道的盗窃比特币的刑事案件,其价值的认定一直处于波动的状态,多种观点的估价方式均不具有实际操作性。^②

另外,对于网络游戏中的“虚拟财产”同样无法进行价值的直接判定,其无法衡量其中生产成本、劳动含量、市场行情等一般市场交易意义上的要素,根本无法以市场上正常交易的商品进行比较,相应的犯罪数额无法进行判定。数字经济下,僵硬的套用原来传统的刑法判定犯罪数额已然无法解决现实的数字经济类犯罪,量刑畸重或畸轻与罪责失衡的问题直接凸显,必须对数字经济的犯罪行为手段、数字经济下的相关财产属性进行深度研析与衡量。

三、数字经济下刑事犯罪规制的进路方向性探颐

数字经济下针对刑事犯罪进行的法制构建是一个长期化、动态化、体系化的工作,宏观层面必然要注重合理性、技术性、实效性等诸多问题,将运行良好的数字经济政策上升为具体的法律制度,结合域外治理数字经济的有益经验,及时确定法律原则的正确方向,调整落后于数字经济新业态的立法项目,加快构建符合数字经济内在本质,具有全球视野,体现多元化治理的数字经济法律体系。^③这种通过扩张立法来消解数字经济快速发展带来的新型经济犯罪具有一定的正当性与必要性,但是在法理层面要求法律具有相对的稳定性则促使我们需保留一定的谨慎态度,对于数字经济下衍生的法益保护体系需进行相应的斟酌构建,从而

^① 涂龙科:《犯罪论中数额的地位》,载《法律科学》2012年第4期。

^② 2017年9月4日中国人民银行等七部委联合下发的《关于防范代币发行融资风险的公告》将利用比特币实施ICO融资活动界定为一种“一种未经批准非法公开融资的行为”,并且在全国范围内全面禁止法定货币与比特币之间以及比特币等数字货币相互之间的兑换业务,自此,在中国大陆范围内,比特币等去中心化的数字货币彻底失去了所谓的“市场价格”与“兑换汇率”,侵害比特币的犯罪案件的数额认定与损失评估变得越来越具有难度性。

^③ 蒙志敏:《数字经济时代法律治理的困境与进路》,载《哈尔滨师范大学社会科学学报》2020年第6期。

对于刑法的介入边界进行相应的规范。

鉴于数字经济当前呈现的快速发展态势，国家已经将其具有的战略地位予以确定，网络犯罪数量在数字技术的加持下愈发飙升，刑法规范性的扩张亦属必然和正当。

进一步释之，基于刑法法益保护的基本要求，在数字经济下的刑法规制需要先明确其保护的法益对象，同时兼顾考量比例原则，刑法的介入应满足必要性，其应限于作为数字经济存续和运作前提下的法益才具有利用刑法保护的必要。

数字经济的发展以数字技术的跃迁式进步为手段，通过算法、平台、数据的三维结构循环实现经济收益的递增。在这一过程中，数据始终处于核心地位，不管平台还是算法，其功能指向都是数据本身。^①如果回归检索刑法中目前存在的关于保护数据的规定，也仅有第 285 条非法获取计算机信息系统数据罪，其它均无此相关规定，而且该罪的成立要件限于获取计算机中信息系统中的数据，而一旦更换数据载体则直接脱离该罪名的规制范围。此种立法逻辑与法理基础仅抓住了虚拟特征，将数据能够超越计算机系统这一载体的独立价值忽视了。我国的刑法在规制数据犯罪的规范中明显具有自我限定性与规制不周延的特点，与诸如域外德国等国家侧重于数据的流通的动态规制存在一定差距。^②为应对数字经济时代下的网络犯罪，同时也为解决前述所论证的数字经济类犯罪给当前刑法体系提出的挑战，必须着眼于数据流转的全过程，体系性地构建以数据法益为核心的刑法规范集群。

当前肯定数字经济下数据法益的保护趋势是毋庸置疑的，但是该种保护并非具有无限扩张性。其一，数据法益中的核心与关键是“数据”，置放于社会生产要素的评价体系中，其应有异于传统的基本特性而必须具有独立属性。其兼具传统生产要素外化表现的形式，另具经过算法处理后的数据方具有独立价值的特征。

“当数据作为传统生产要素的数字化表现时，数据的价值是附属性的，依赖于传统生产要素价值的背书，因此，此时对数据的侵害本质上是对传统生产要素的侵害。只有对具有独立价值的数据进行侵害时，才存在被数据法益涵盖的必要性。”

^① 曾燕等：《数字经济发展趋势与社会效应研究》，中国社会科学出版社 2021 年版，第 12-13 页。

^② 简单摘录可知，为保护数据存储安全，德国《刑法》规定了第 202a 条探知数据罪以及第 303a 条变更数据罪；为保护数据流通安全，德国《刑法》规定了第 202b 条截取数据罪。此外，为了应对网络环境中犯罪后果转化的即时性特征，该刑法还规定了第 202c 条预备窥探与截取数据罪，以实现刑法打击节点前移。由此可见，尽管德国《刑法》并未给出数据的明确定义，德国《刑法》对数据实现了从存储到流通的全流程保护架构，而其前提则在于对数据法益的承认。

^①概言之，仅以数据作为载体，无法纳入数据法益的保护体系之中。该种刑法规制方向的定位较好地回应了前述关于数字经济下财产概念嬗变导致的刑法保护法益界定的窘境问题，详言之，无论电子资金、电子权利凭证、大数据财产、虚拟财产等均需突破单一数据载体评价的模式，穿透评价其本身的独立价值是核心和关键，也是对于清晰界定各类罪与非罪、此罪与彼罪的轴思路。其二，对于另一面向中关涉数据安全的保护应将关键聚焦于数据流转、流通层面的保护要点上，数据本身具有的静态价值是与保密性紧密相关联的，该种状态下其自身无法自动产生相应的经济价值或可称之为刑法保护的财产法益（该种层面也可能涉及利益法益）。数字经济的运作依赖于数据在三维结构中的不断循环传递，数据传输效率的提高，才能使数据在额定时间内完成更多的循环与价值输出，才能真正为数字经济的发展创造更多的社会价值和利益。正是基于数据的该种特性，对于类似非法截取数据、非法利用数据的犯罪行为应当予以刑法规制。

关于刑法介入合理边界的限定考量层面，应坚持最大可能把握强制效果最低限度，同时必须保持与法益保护目的相匹配的基本原则。对此详言而论，主要归纳为两点，其一为侧重数字经济下刑事犯罪责任界定功能化，其二为数字经济下刑事犯罪出罪的路径与机制的严格规范标准化。

数字经济下刑事犯罪责任界定功能化是基于目前针对数字经济下互联网犯罪刑事规制高频使用预备犯实行化和共犯正犯化的立法技术，由该点明显可看出，对数字经济下的刑事犯罪呈现轻于关注责任划定、重于关注犯罪功能的整体趋势。数字经济的特征使得参与主体之间的独立性、空间性乃至时间性全面被打破，所以传统的基于犯罪角色和犯罪行为的界定与区分已经被突破，此也是必然的需求所致。在确定责任的司法过程中，将行为人及其在犯罪过程中所具有的功能这一核心点进行锁定能够解决很多数字经济下刑事犯罪的责任厘定问题，为前文评述的数字经济下衍生的新型财产对应的犯罪行为模式进行刑事评价提供了全新的思路。数字经济下的刑事犯罪以非法获利为主，衍生的手段也具有多样性，所以相应的刑罚预防与报应效果需要整体予以考量。当然，由此导致现行的刑罚配套体系也需要进行相应调整，此为另一后续需要深入探讨的问题，此处暂不深论。

数字经济下刑事犯罪的出罪也是当前应予以关注的焦点问题。该点仅从“两

^① 姜涛，韩辰：《数字经济时代刑法规制网络犯罪的困境与出路》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2023年第1期。

高”2019年10月21日《帮信罪解释》第15条对刑法第13条但书的强调，体现的即是构建网络犯罪出罪机制的要求。根据第15条的表述，“综合考虑社会危害程度”是探讨情节是否轻微、是否可以不以犯罪论处的核心标准。这意味着对侵害行为社会危害程度的考虑不仅要考虑行为本身的规范意义，还应着眼于行为过程的全貌。^①所以，对于数字经济下的刑事犯罪中行为本身的规范与现行刑法体系的比对是规范的基础与根基，而对于数字经济犯罪的全流程的宏观、上位评价是规范出罪的升级与提升。

结 语

“法律如同远行者，要为明天做准备，它必须拥有成长的原则。”^②习近平总书记2024年1月31日在二十届中央政治局第十一次集体学习时讲到：“新质生产力的显著特点是创新，既包括技术和业态模式层面的创新，也包括管理和制度层面的创新。必须继续做好创新这篇大文章，推动新质生产力加快发展。”法律的发展是一个社会发展的镜子与指向标：其一方面应反映社会的发展，另一方面应引导社会的发展，二者相互匹配。新质生产力是当前党和国家重点强调发展的方向，其核心是创新。所以，法律作为其中的镜子与指向标亦需同步进行创新与发展。

当前，数字经济的迅猛发展和加速演进，展现出其发展速度之快、辐射范围之广、影响程度之深是史无前例的。在该种时代背景下，传统刑法理论在梳理清楚新型法益的基础上，应具有提前预判性，需在现有的基础上进行前瞻性建构和体系性变革。在此过程中，需要法律适用主体充分发挥主观能动性，不断地为包括数字经济下的财产性犯罪理论在内的传统刑法理论注入新的活力，进而以期达到“老凤清于雏凤声”的司法效果。

^① 姜涛，韩辰：《数字经济时代刑法规制网络犯罪的困境与出路》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2023年第1期。

^② [美]本杰明·N.卡多佐：《法律的成长》，李红勃、李璐怡译，北京大学出版社2014年版，第30页。

新质生产力推动农业发展之法律探索

曾晓昀¹

(广东技术师范大学法学与知识产权学院, 广东广州 510450)

[摘要]新质生产力迅猛发展,是数字时代推动经济社会全面发展的动力源。农业作为第一产业,承载着国计民生的根本使命,是新质生产力应用的基础领域、首要领域。考察相关法律现状,解析在要素配置、劳动力、劳动资料、劳动对象、产业升级等方面存在的问题。应当不断完善农业法律机制,创新农业生产要素,提升农业劳动力,优化农业劳动资料,拓展农业劳动对象,加快农业深度转型升级。展望未来,立足人口大国国情,加快新质生产力发展,依法全面建设农业强国。

[关键词]新质生产力; 农业发展; 农业法

一、引言

我国的农业发展史是不断自主创新、努力开拓进取的历史。2024年中央一号文件提出“强化农业科技支撑”,农业农村部一号文件进一步强调“系统推动农业农村科技进步”。《中共中央关于进一步全面深化改革 推进中国式现代化的决定》提出,“健全因地制宜发展新质生产力体制机制”,“促进各类先进生产要素向发展新质生产力集聚”。农业作为第一产业,是国计民生之基础,却长期处于粗放型状态,科技贡献率不高,创新度不足,严重影响全国经济社会可持续发展。作为人口大国,农业领域必须全面改变依赖资源(能源)、劳动力的落后现状,不断创新才是长远之道。充分认识新质生产力的作用,通过新质生产力推动农业发展,是当务之急。政策研究方面,如农业新质生产力的内涵特征、发展重点和政策建议,²又如农业新质生产力的评价体系、动态演进及政策启示。³法学界一

¹ 作者简介:曾晓昀(1983-),男,广东潮州人,法学博士、博士后,广东技术师范大学法学与知识产权学院教授,法学专业负责人,硕士生导师。项目资助:主持国家社科基金一般项目“中国粮食节约法律制度研究”(22BFX196)。

² 姜长云:《农业新质生产力:内涵特征、发展重点、面临制约和政策建议》,《南京农业大学学报(社会科学版)》2024年第3期,第1-17页。

³ 宋振江等:《中国农业新质生产力:评价体系构建、动态演进及政策启示》,《农林经济管理学报》2024

直对农业法的重视程度不够，未能及时关注农业新质生产力这一法律现象，现有研究如以法治保障推进农业新质生产力发展，⁴未来有待开拓。本文研究问题在于，探索新质生产力推动农业发展的法律机制，加快建设农业强国。

二、国内考察：新质生产力推动农业发展之法律现状

宪法是国家根本大法，在促进农业新质生产力发展中起着根本指引作用。我国宪法规定了科技发展问题，如“推广先进的科学技术”（第14条）、“提高全国人民的科学文化水平”（第19条）。根据国家经济社会发展态势，发展新质生产力成为国家战略大计。未来应当在宪法之中明文规定“新质生产力”一词，从宪法层面加以肯认。

我国农业类、科技类法律均纳入科技/技术创新的规定，在法律层面促进新质生产力发展。一是农业法律，对农业新质生产力发展有直接的促进作用。既包括《农业法》第七章关于农业科技与农业教育的规定，也包括《农业技术推广法》《农业机械化促进法》等法律，以及种林牧渔等特色法律，均需明文规定新质生产力问题。所以，新一轮《农业法》修订工作要启动，主要修订内容即为数字时代的最新问题。借鉴经济法典研究成果⁵，着手准备农业法典的编纂，前路漫漫却又光荣伟大，这是农业法学人的历史使命。二是科技法律，关于科技发展的一般性规定可适用于农业领域。同时，科技法律也有直接关于农业的规定，如《科学技术进步法》第36条、第87条。科技法律与新质生产力直接对应，有必要在要素配置、劳动关系、产业升级等方面进行具体规定。

农业行政法规关注到了农业领域的科技问题，但着眼点不多，更未能从新质生产力的高度来把握和统领，离农业强国的要求还有很大距离。例如，《农作物病虫害防治条例》规定“科技创新”（第9条），《农田水利条例》规定“新技术”（第39条），《农药管理条例》第16条、第30条，《农业机械安全监督管理条例》全文规定的农业机械亟需新质生产力促进。行政法规是对法律的具体落实，可尝试专门制定行政法规《新质生产力促进条例》，并专章规定农业问题。

以地方性法规为例进行探讨。专门规定如《河南省中原农谷发展促进条例》

年第4期，第425-434页。

⁴ 浙江省人大农业与农村委员会课题组：《以法治保障推进农业新质生产力发展》《政策瞭望》2024年第8期，第42-45页。

⁵ 程信和、曾晓昀：《经济法典总则》，中国政法大学出版社2022年版，第193-199页。

第12条。间接规定如农业技术推广、农业机械化等内容立法，是新质生产力要求的典型体现。相关规定如农业园区、农业节水灌溉、农业生产托管、农业集体经济、农业环境保护、农业资源管理等内容立法，或多或少体现新质生产力的某些要求。需要认真权衡，部分农业地方立法纳入“新质生产力”的明文表述，部分农业地方立法则规定新质生产力的各类要求即可。地方立法先行先试，应当各具特色、创新求异，立法经验可提升为农业行政法规乃至农业法律。

三、新质生产力推动农业发展之问题探究

（一）农业生产要素配置问题

从新质生产力的要素配置要求考察，农业生产要素配置明显滞后，体现在知识、管理、资本等方面。其一，农业知识创新不到位。农业技术认知的原创性不足，过于依赖技术引进、记忆学习。农业技术认知的前沿性不足，未能及时掌握全球最新动态。农业技术认知的颠覆性不足，缺乏勇攀高峰的勇气和能力，认知实效不强。其二，农业管理水平较低。各类现代化的管理模式、管理手段、管理科技在农业领域的应用不足，智慧农业管理还在路上。其三，农业投资缺乏。缺乏聚焦投资领域，对民间资本的激励还远远不够，难以形成包容性发展。如何更好地把握农业安全底线、国家农业利益，需要在外资引进方面继续探索。

（二）农业劳动力问题

从新质生产力的劳动力要求考察，农业劳动力素质亟待提高，尤其需要培育青年农民。其一，本地存量农民发展受限。农业劳动力依然依靠本地存量农民，主要是中老年人，劳动力老龄化，科技技能不足，创新能力不足，新型生产经营主体缺失，农业职业化、专业化程度低。其二，高学历返乡人才少。现有的农业科技人才体系不健全，薪金待遇不足，发展空间有限，青年农民较少，高层次、高技能的青年农业生产经营者更少，本来报效家乡是理想选择，但高学历人才返乡较少，即使返乡也存在随时回城、转行的风险，关键是如何留得住、发展好。

（三）农业劳动资料问题

从新质生产力的劳动资料要求考察，农业劳动资料依然落后，智能化程度低。其一，人工化学品滥用。农业受自然条件的限制很大，无节制地榨取水、耕地等自然资源，导致耕地贫瘠、动植物发育不良，又倚靠化肥、农药（兽药）、添加

剂等人工化学品，滥用现象严重，而新型劳动资料的研发力度不足。其二，劳动工具的科技含量低。传统农业的粗放型模式缺少科技含量，农业生产率低，产业盈利空间小。农业过于依赖劳力，自动化、无人化程度低，农业智能设施落后甚至荒废，年轻一代不愿意从事农业，“空心村”现象严重，改进设施设备的现实需求不足，也缺乏使用新型劳动工具的技能。

（四）农业劳动对象问题

从新质生产力的劳动对象要求考察，农业劳动对象较为低端，农产品竞争力不足。其一，传统保护模式亟待革新。什么是现代农业、如何进行农业结构调整，是首当其冲要解答的问题。粮食生产、经济作物、养殖业之间难以平衡，动物高蛋白来源不足。种业保护机制不健全，动物遗传资源保护力度更低。其二，全新技术存在立法疑义。对转基因、基因编辑等新生事物缺乏针对性的规制措施，立法甚至有意避开不谈。细胞技术、合成技术亟待入法，各类合成蛋白、人造食品需要相应的法律调制。在生物科技发达的时代，科技风险应对还远远不够，需要进一步引起重视。

（五）农业产业升级问题

从新质生产力的产业升级要求考察，农业产业基础薄弱，产业体系不健全。第一，农业产业体系大而不强。农业规模不小，但在国民经济体系中的作用功能过低。对传统普适农业的革新不足，依然处于高投入、高消耗、高污染状态。智慧运输系统还没有普及，农业供应链脆弱，缺乏候补方案。第二，本地特色不足。缺乏对本地特色农业的挖掘，高科技应用场景单一。在本地化中孤立对待农业，一二三产业融合发展不足，各类新产业、新业态缺乏良好的研发、推广氛围。第三，未来领域布局滞后。新兴战略农业、未来高端农业才刚刚起步，难以有效布局建设关键领域，在世界范围内处于劣势状态。

四、新质生产力推动农业发展之机制设计

（一）农业生产要素创新

根据新质生产力的要素配置要求，健全农业生产要素创新机制。其一，农业生产要素配置机制的基础是知识。农业强国必然是科技强国，科技强国的前提是农业知识创新。知识创新才能推动科技进步，从跟跑、并跑到领跑，构建农业科

技发展的引领地、制高地。加快自主知识体系建设，及时掌握最新知识并适度前瞻，敢于挑战、突破前人，推动农业技术认知的原创性、前沿性、颠覆性革新，提高知识创新对农业升级的贡献度。加快健全农业知识体系，加快农业知识产权的软法保护⁶，打造大农科。其二，农业生产要素配置机制的关键是管理。发展新型生产经营模式和职业经理人等管理人才，建设开放共享的智慧管理平台，推广全周期管理理念，打造无人农场、无人养殖场、无人渔场，实现远程遥控，保护生产经营信息和商业秘密，强化风险管理。其三，农业生产要素配置机制的保障是资本。高效运用创新供资工具，⁷在农业创新方面吸引民间资本，加大对种业安全、数字基础设施、数字仓储的投入，鼓励包容性发展。发展新质生产力必须加快中外合作，走出去、引进来，但应慎重对待外资，保住农业安全底线，不能牺牲国家农业利益。总之，生产要素配置稳住农业发展的底盘，是基础机制。

（二）农业劳动力提升

根据新质生产力的劳动力要求，完善农业劳动力提升机制。其一，本地中老年农民提升机制。结合中老年农民实际，充分考虑不同区域、城乡差别，加快农业科技转型，更好地适应中老年需求。提高本地存量农民的知识程度、科技水平，开发田间学校、乡村课堂，熟练掌握普适性的农业科技，逐步运用现代数字技术。发展家庭农场、农业合作社、庭院经济，打造本地“土专家”“田秀才”，形成新的生产经营模式（如托管、外包），提高中老年农民的经济管理水平。其二，创新型青年人才发展机制。重新认识农业，聚焦后生产阶段，借鉴都市农业模式，健全农业科技人才体系，覆盖研发、应用、推广、保护、救济全流程，形成高吸引力的薪金待遇、发展空间和社会保障，吸引高学历人才返乡投身乡村农业科技服务工作，发展小微农企、农业社会化服务机构，开拓互联网+、直播等全新模式，培养新一代农业企业家，打造乡村农业创新人才队伍。总之，高素质劳动力依法保障了农业发展的人力资源，发挥主观能动性。

（三）农业劳动资料优化

根据新质生产力的劳动资料要求，把握农业劳动资料优化机制。其一，人工

⁶ 冯冬冬：《乡村振兴背景下农业知识产权软法保护》《西北农林科技大学学报（社会科学版）》2022年第2期，第120-129页。

⁷ FAO：《概要：2024年世界粮食安全和营养状况：为消除饥饿、粮食不安全和一切形式的营养不良提供资金》，载FAO官方网站
<https://openknowledge.fao.org/server/api/core/bitstreams/27385376-1c13-4f59-b0aa-b5e4d772881c/content>，
登录日期 2024-10-01。

化学品科学使用机制。从科技角度加强规划计划，合理使用、安全使用有机农药、生物农（兽）药，探索使用新农药、新疫苗、新化肥，提高节能、节水、节药、节肥等功能。在此基础上充分利用气候资源，发展气候智慧型农业⁸。提高耕地质量，发展耕地碳汇，加强固碳技术应用与碳循环利用。其二，依法提高劳动工具的科技含量。建设农业智能物联网，发展设施农业，加快种植、林业、畜禽、渔业智能工程，完善农业数字基础设施。结合各地地理状况、自然条件，研发海洋农业、山地农业、高原农业、沙漠农业的自动化设备、农业机器人，推广针对性的农业机械。慎重对待农业科技引进、输出，完善农业数据跨境传输规则⁹，建立完善涉外农业安全信息系统、预警系统。总之，依法运用农业劳动资料，更好地改造客观世界。

（四）农业劳动对象拓展

根据新质生产力的劳动对象要求，补足农业劳动对象拓展机制。其一，传统保护模式的法治革新。正确认识“现代农业”概念，辩证对待种林牧渔的科学配置，综合平衡粮食生产、经济作物、养殖业并加强区域协调。开辟动物高蛋白来源，拓展深海渔业，改善国民膳食营养结构。鼓励智能设计育种，改善种植业、林业的种子质量，保障种源安全。改善畜牧、渔业遗传资源，提高动植物种源质量。提高农业劳动对象的实效性，建设农产品特色功能区、产业带，引入全国性、区域性农产品交易平台。其二，立法慎重对待全新技术。掌握国际农业发展动态，稳步发展农业基因工程，慎重对待农业转基因问题，加快探索农产品基因编辑。发展农业细胞技术、合成技术，建设农产品细胞工厂，推进合成蛋白、人造食品。加强劳动对象的科技风险评估，设计风险预警、试验知情、市场化许可、应急终止、风险基金等特色机制。总之，不断拓新对现代农业的法律认识，树立大食物观、大农业观。

（五）农业深度转型升级

根据新质生产力的产业升级要求，催化农业深度转型升级机制，如世界渔业和水产养殖业的“蓝色转型”。¹⁰第一，立法健全农业产业体系。在农业转型升级

⁸ FAO. Climate-smart Agriculture Case Studies 2021 – Projects from around the World[EB/OL]. FAO 官方网站 <https://openknowledge.fao.org/server/api/core/bitstreams/1a3714ba-5e7e-407d-acf2-1faa4d07a160/content>, 登录日期 2024-5-14.

⁹ 齐鹏：《我国农业数据跨境传输规制标准构建》，《西北农林科技大学学报（社会科学版）》2023年第3期，第152-160页。

¹⁰ FAO：《2024年世界渔业和水产养殖状况：蓝色转型在行动》，载FAO官方网站

过程中，全周期形成“传统普适农业+本地特色农业+新兴战略农业+未来高端农业”的产业发展体系。加强系统分析、卫星技术、精准感知、动态导航，建设无人农场、智慧鱼塘，借助高科技手段应对病虫害，发展绿色农产品。加强农业智慧运输、智慧物流，推动冷链物流发展，及时拓展供应源、供应线路，设计多套候补方案，提高农业供应链的韧性。第二，依法发挥本地特色。在农业本地发展中推广前沿技术，实行数实结合，建设农业超级大脑，如植物工厂、养猪大楼，增强符合本地条件的农业应用场景，发展农业强镇、农业特色村。发挥农业多功能性，向本地第二产业、第三产业延伸，发展与农业对应的智慧制造业、智慧康养、文化旅游、科技金融，打造综合产业集群。第三，布局建设未来产业的制度保障。加强区域协调，在太空农业、沙漠农业、高山农业、生物农业、细胞农业、医学农业等方面发力，为未来农业全面赋能。设立未来农业研究专项、发展基金、普惠金融，打造世界未来农业高地。总之，产业升级依法培育更强的产业竞争力，使农业强国建设落到实处。

五、前瞻

农业强则国强，作为人口大国，从农业大国走向农业强国、加快农业体系转型¹¹是时代所需。农业的国计民生地位及其长期所处的羸弱状态，对发展新质生产力提出强烈的需求。必须根据农业发展规律，在适度超前的情况下，抓住关键环节、核心技术实现历史性突破，在世界农业竞争格局中掌握主动权。农业法属于新兴法律部门，跨越公法、私法之间。长期以来，法学界对农业法不够重视，现有研究往往也在经济法、环境资源法、国际经济法等领域展开，并未形成独立研究。法学界要密切关注农业新质生产力现象，推动农业法的现代化运动。

新质生产力不仅是国家战略问题，更是新时代立法关注的前沿问题。在新一轮修改《农业法》时，有必要把“促进新质生产力发展”作为立法宗旨，并在各章纳入新质生产力的有关规定（如要素配置、劳动关系、产业升级）。在此基础上，组织编纂《农业法典》，成为农业法集成化的最高形式。《农业法典》将新质

<https://openknowledge.fao.org/server/api/core/bitstreams/bb50d985-f951-4548-8ed8-c687ef54f4d9/content>,
登录日期 2024-10-01.

¹¹ FAO:《2023年粮食及农业状况:核算粮食真实成本,促进农业粮食体系转型》,载FAO官方网站
<https://openknowledge.fao.org/server/api/core/bitstreams/b711bc86-3dd6-4907-8329-95a5d9b6bbdd/content>,
登录日期 2024-5-14.

生产力贯彻于种、林、牧、渔之中，尝试探索新的农业模式（如太空农业），构建“大农业”制度体系。总之，重视法律手段的作用，依法提高农业全要素生产率，推动农业新质生产力发展，全面建设农业强国。

申请参加青年优秀论文征文评选

全国统一大市场视域下要素市场化配置改革的法治保障体系研究

周雪霞*

内容摘要：深化要素市场化配置改革、构建更加完善的要素市场化配置体制机制，是进一步激发市场活力、推动经济高质量发展的内在要求。基于法治与经济社会发展的客观规律，党的十八届四中全会作出“重大改革于法有据”的重要论断，由此，如何配置与要素市场化改革相适应的法律制度成为当前研究的热点问题。在传统“政府管控——市场调节”二元经济体制下，市场规则的不完善以及各种体制机制障碍不仅影响要素供给的数量和质量，而且限制了要素通过流动和组合配置资源作用的发挥。未来的制度设计和法治实践中，要以体系化思维推动要素市场化进程中立法、执法、司法、守法各环节的协同发力；同时，针对要素属性和市场化程度的差异，对土地、劳动力、资本、技术、数据五大生产要素分类施策，循序渐进深化要素市场化配置改革。

关键词：要素资源 市场化配置 法治体系 全要素生产率

一、引言

自上世纪七八十年代经济体制改革以来，从建立在公有制基础上的“有计划的商品经济”到强调公有制为主体、多种所有制共同发展的“社会主义市场经济”，市场在经济发展中的作用迭代升级，成为配置资源的决定性因素，有力推动了40余年的经济高速发展。当前，我国的产品市场已发展稳定并趋于成熟，全社会商品和服务的价格市场化程度达到97.5%，产品交易流动的范围不断扩大，超大规模市场优势逐步显现。

随着我国经济由高速增长转向高质量发展阶段，以高标准市场体系建设促进资源配置效率提升成为深化社会主义市场经济体制改革的重要内容，也是进一步挖掘市场潜力、激发经济发展内生动力，以回应人民日益增长的美好生活需要，解决其与不平衡不充分发展间矛盾的必然要求。这不仅依赖于产出端即产品市场的高阶转型和发展，更进一步延伸至投入端，生产要素的市场化改革势在必行。作为现代化经济体系的核心环节，要素市场是用于生产产品和服务的土地、劳动力、资本、技术等投入品本身作为商品在交换和流通过程中形成的一种经济关系。由于我国经济体制经历了从“计划型”向“市场型”的转轨，受改革渐进性的影响，我国要素市场长期滞后于产品市场，各种体制机制障碍严重制约了全国统一大市场的构建，影响到经济的持续发展^[1]。2013年《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出，“使市场在资源配置中起决定性作用”“必须加快形成企业自主经营、公平竞争，消费者自由选择、自主消费，商品和要素自由流动、平等交换的现代市场体系”。2020年，中央首份关于要素市场化配置的文件《中共中央、国务院关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》出台；2022年国务院办公厅印发《要素市场化配置综合改革试点总体方案》。今年，党的二十届三中全会通过的《中共中央关于进一步全面深化改革、推进中国式现代化的决定》强调“完善要素市场制度和规则，推动生产要素畅通流动、各类资源高效配置、市场潜力充分释放”，以要素市场化改革推动构建全国统一大市场的顶层设计和政策推动不断加强。

* 作者简介：周雪霞（1990.10-），女，汉族，江苏东台人，江苏省如皋市委党校讲师，研究方向为经济法。

社会主义市场经济本质上是法治经济。纵观我国改革开放的历程,法治总是与经济社会发展保持正相关关系。党的十八届四中全会提出,“立法与改革决策相衔接,做到重大改革于法有据”,这是在尊重和把握市场经济与法治的内生关系基础上作出的重大决策,也为要素市场化配置改革划定了总基调。无论是要素产权的确认和保护,要素交易行为的规范和市场秩序的维护,还是要素争议的协调和解决都要靠完善的法律制度和有效的法治实施来予以保障^[2]。因此,本文将从改革法治化和法治协调性的视角,从不同层面分析与要素市场化配置改革相适应的法治保障体系的构建需求,聚焦要素市场化全生命周期的重要环节和主要问题,探讨如何运用法律制度和法治手段构建更加完善的要素市场体系,以更好地发挥市场在要素资源配置中的决定性作用。

二、要素市场化配置改革的法治保障体系构建需求

以土地、劳动力、资本、技术和数据等为主要形态的各类生产要素或天然具有稀缺属性,或是在不同发展阶段呈现出有限供应特征而与生产发展形成客观制约,因此通过法治化的市场配置降低要素资源的利用成本、最大化提高其生产效率不论是对要素权利人个体还是国家和社会整体的生存与发展都是极其重要的。

(一)构建要素市场化配置的法治保障体系是相关权利人实现要素价值和权益的客观需要

微观层面看,生产要素作为进行生产经营活动所必需的资源,客观上处于被特定主体所占有或控制的状态,但是仅处于这种相对静止状态并不能自发地产生效益和效能,其内在的商品属性得不到充分激活,使用价值和价值必然无法实现,这与相关主体作为理性经济人所追求的利益最大化以满足基本生存和发展需求是相悖的。因此,让要素在市场内自由流动和有效组合,在价格与价值规律的作用下相关权利人才能获得经济利益。但是市场的自发性、盲目性和滞后性等弊端,又常常会使得要素的价值实现出现失衡现象,相关主体的权益就得不到保障甚至受到损害,此时亟需通过一套人们普遍认可的共同规则来规范要素的市场交易活动。正如恩格斯指出:“在社会发展某个很早的阶段,产生了这样的一种需要:把每天重复着的生产、分配和交换商品的行为用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。”^[3]可见,随着市场经济的发展,市场主体对法治的需求也更加迫切。要素市场配置本质上也是生产要素商品化的过程,这种特殊商品的市场流动和交易秩序同样衍生了配套法律制度的需求,相关权利人在要素市场中的主体地位需要法律的确认为,活动的边界和交易行为预期受到法律规范的约束影响,受损权益的恢复和维护依赖法治实施的保障。

(二)构建要素市场化配置的法治保障体系是地方经济和社会持续高质量发展的内在要求

中观层面看,改革进入深水区后市场发展的结构性矛盾和不确定因素对经济转型升级的制约效应明显扩大,各地经济增长速度放缓,如何通过经济体制改革优化资源配置,提高要素生产率,从而激发市场活力和经济动力是经济社会高质量发展的重要突破口。由于各地要素禀赋不同,通过要素的空间性流动,要素资源稀缺的地区和要素资源丰富的地区往往以契约合作的形式来促进该类要素资源的均衡配置,从而达成地区间的协调发展。但在这个要素流动的过程中,不同地方或区域间地理环境的优劣、产业政策和制度的差异、交易信息的不畅通等因素又往往容易造成要素的极化,比如大量劳动力要素从中西部流向东部地区、从

农村流向城市，导致中西部地区劳动力成本上升和农村的空心化，呈现出一种新的反向失衡。因此，只有将各要素市场纳入法治化轨道，通过建立完善统一的制度规则体系不断推动高效规范的全国统一大市场建设，使企业获取生产要素的制度性成本普遍降低，其生产经营的积极性才会提高，各地才能在充分发挥自身要素资源优势的基础上实现高质量发展。而且，科学合理的要素市场法律制度还有利于催生更多新的要素组合模式，对于提高全要素生产率^[4]、以不同要素间的功能性弥补助推地方产业结构的调整优化具有重要意义。

（三）构建要素市场化配置的法治保障体系是国家以高水平开放引领世界经济的重要保障

宏观层面看，“入世”20余年来，中国在经济全球化的历史进程中迅速成长，随着从“参与者”向“引领者”身份的转变，全面扩大对外开放、参与全球经济治理彰显出大国担当。从2018年中央经济工作会议首次提出“推动由商品和要素流动型开放向规则等制度型开放转变”到党的二十大报告强调“坚持高水平对外开放”“稳步扩大规则、规制、管理、标准等制度型开放”，这意味着构建以法律制度和法治体系为基础的更高水平开放型经济新体制是在全球变局下推动我国和世界经济共赢发展的重要保障。而制度型开放的前提是国内市场的制度完善，只有能够最大化激励促进经济发展的先进制度才能被世界各国更大范围地接受和选择适用。当前，全国统一大市场建设的关键就是要通过市场基础制度和规则的统一来保障充分公平竞争，从而推动形成统一的要素和资源市场，这个过程实质上就是要素市场的规范化和法治化。以此为支撑，不仅能够通过国内市场和国际市场的联通来提高全球要素和市场资源的利用率，促进更多优质和高端的要素资源在我国集聚并重新配置^[5]，而且制度型开放所蕴含的法治内核有助于形成国际共识，推动国内市场规则、法律、标准与国际接轨，并最终实现国内制度向国际制度的转变，不断提高我国在全球经济治理中的制度性话语权。

三、推进要素市场化配置改革面临的现实困境

要素市场化配置的过程涵盖了要素从投入到产出的全生命周期，既包括要素端的初始供给状态，也涉及到要素流动中的供需调整，最终体现在全要素生产率的提高上。但在要素配置“政府——市场”二元结构的影响下，当前我国要素市场建设尚不完善，市场规则不够健全，各种体制机制性障碍严重制约了要素的自由流动，甚至导致配置结构的扭曲，影响到要素配置的效率，亟待通过市场化法治化方式予以解决。

（一）要素有效供给水平不高

要素市场化配置作为深化供给侧结构性改革的重要内容，必然会围绕着增加有效的要素产品供给和配套的法律制度供给而展开。所谓有效供给，即要素资源的数量和质量与要素消费者和使用者的需求及购买能力相适应，要达到这种平衡状态，相关法律法规的及时调整和制度性保障必然是不可或缺的。但在自然条件和后天因素的多重影响下，无论是土地、劳动力等传统生产要素，还是数据等新型生产要素，其供给水平与市场需求间总是存在一定落差。以土地要素资源为例，我国《土地管理法》将土地按用途分为农用地、建设用地和未利用地三类。其中，耕地作为农用地的主要部分，事关14亿人口的粮食安全，但耕地数量减少和质量降低的趋势仍待扭转，2009—2019年十年间我国耕地面积减少了1.13亿亩，人均耕地面积从第一次全国土地调查的1.59亩减少到第三次全国土地调查的1.36亩^[6]。优质耕地的先天性紧缺加上大量化肥农药和疏于土地养护造成的耕地

退化，导致耕地质量的治理与提升成为系统性难题。而建设用地虽然总量有所增加，2012-2022年国有建设用地供应总量从69万公顷提升到76.6万公顷^[7]，但由于城乡土地二元结构的制度影响和土地使用监管不力等诸多原因，土地闲置和低效利用状况依然严重，目前我国农村宅基地闲置率已超过18%，工业用地单位面积利用效率和产出水平也亟待提升，由此加剧了项目建设用地难的困境，难以满足城镇化和城乡融合发展的用地需求。

（二）要素自由流动仍然受限

促进要素自主有序流动是要素市场化配置的重要任务，当前我国要素的市场化配置范围相对有限，各类生产要素的价格形成和自由流动受到体制机制的制约是不容忽视的客观事实，通过法律和制度层面来调整刻不容缓。一方面，市场机制潜在的不充分竞争和竞争失序现象会影响要素的自由流动。在市场规律的作用下，生产要素的权利人会“用脚”投票，自发地将要素流动到低成本、高产、价值实现快的地区和行业，但这种自由竞争引起的要素资源聚集在“市场逐利性”的驱动下必然会造成垄断等企图限制、排除竞争的不正当行为，使得要素流动转而陷入被动状态。特别是在数字经济发展的时代趋势下，数据的边际效用递增属性促使数据生产要素的规模效应、马太效应不断强化，“数据霸权”等新型垄断不仅扰乱了行业的竞争秩序，影响数据要素价格信号的正常发挥，而且“大数据杀熟”、强迫用户“二选一”等行为严重侵害了消费者的权益，对整个市场的持续发展和经济运行效率的提升都极为不利。另一方面，政府管制和行政干预的失当也是要素流动受限的重要因素。比如劳动力要素的流动受户籍制度、城乡和地区政策差异的影响较为突出，在居民最低生活保障、失业保险等福利待遇城乡标准不统一的情况下，目前劳动力呈现出农村向城镇单向流动、大量劳动力流向中东部地区等特征。以2022年为例，我国农民工总数超2.95亿人^[8]，其中在中东部地区就业的农民工人数占比达到75%，劳动力市场的城乡和地域分割明显。而且城市内部劳动力市场也不统一，就业歧视、同工不同酬等现象无疑为本地劳动力和外来劳动力的流动和融合设置了隐形障碍^[9]。其他要素的流动也受到不同程度的政府干预影响，比如行业准入限制实际上是对资本流动的管制，信息壁垒对数据流动的阻碍等等，需要通过行政体制改革和相关法律制度的完善来促进要素在地区、行业、城乡间自由流动。

（三）要素组合效率有待提升

熊彼特的“创新理论”提出，经济发展的动力在于创新，创新的实质就是生产要素的重新组合^[10]。不同的要素组合方式会影响要素综合配置的效率，有利于弥补单一要素质量的缺陷，产生更大的生产能力。根据索洛余值法测算，要素组合形成的产出增长率超出各要素投入增长率之和的部分就是全要素生产率。全要素生产率越高，说明要素组合的经济生产效率越高，要素结构越优。虽然我国全要素生产率总体上保持良好增势，2008-2020年，我国全要素生产率年均增长1.62%，但跟美国相比，波动较大且存在差距，我国全要素生产率水平仅为美国的43%左右。随着经济结构的转型升级，高质量发展对效率变革的要求越来越高，部分行业和地区的要素组合积弊对经济发展的制约效应也进一步凸显。比如房地产行业，土地和资本是决定其市场供给的关键要素，但长期以来政府对土地财政的高度依赖使得土地溢价不断攀升，房企用地成本增加；同时，资本市场对房地产的助推效应不断扩大，金融在土地一级开发、房地产二级开发和房产销售等环节中杠杆率都达到70%，要素报酬与贡献的匹配存在偏差，加上各地人口与土地、

资本等资源的错配,导致房地产的真实供求关系被扭曲,房产价格出现市场紊乱,呈现与经济发展相背离的趋势,亟需通过制度变革,完善生产要素由市场评价贡献、按贡献决定报酬的机制,从而促进要素结构优化和效率升级。此外,各地方的要素组合效率也存在差异,部分地区虽然单一要素资源优势明显,但却未能有效吸引到其他类别要素高质量集聚,全要素生产率的提升空间尚待挖掘。

四、在法治轨道上推进要素市场化配置改革的实践路径

更好地发挥法治对要素市场改革发展稳定的引领、规范和保障作用,既要遵循要素市场法治建设的一般规律,通过立法、执法、司法、守法各环节的协同发力,将法治理念和价值贯穿要素市场化配置的全过程;又要关注各类生产要素市场的特性差异,通过抓重点、补短板精准施策,在促进各要素市场均衡发展中提高资源配置效率、推动经济高质量发展。

(一) 构建要素市场化法治保障体系的基本理念

1. 坚持系统观念,在统筹制度设计和立法实践中完善要素市场化配置的法律体系。

要素市场交易有序有效的前提是有法可依。虽然我国现有法律如《土地管理法》《劳动法》《证券法》《数据安全法》等对各类生产要素的概念和市场行为有所规定,但条文分布相对零散,不便于行为人对法条的理解和适用,加上法律的滞后性影响,一些要素交易中出现的新问题尚缺乏法律的及时回应,客观上降低了行为人对市场交易的法律预期性。立足加快完善要素市场化配置的法律体系这一有机整体,必须加强系统谋划,以主动性的前瞻布局和制度设计缓解被动立法的内生缺陷。首先,各类生产要素是协同联动的,某一类要素市场发展的滞后,都会制约其他要素市场的发展和全要素生产率的提高,立法的顶层设计需要通盘考虑、统一规划,厘清土地、劳动力、资本、技术和数据等要素间的关系,从价格机制、竞争机制等方面构建要素市场的整体法律框架和基础性法律制度。其次,要素市场的法律体系既不是一蹴而就的,要根据各类要素的发展特点和立法需求区分轻重缓急^[1],比如资本市场的立法缺位和数据市场的紧迫需求要加快补齐;也不是一劳永逸的,法律的规定要随要素市场发展的不同阶段而加以完善,做到“立改废释纂”并举,对相关法规和行政规章也要定期清理,解决好法律间的协调衔接问题,才能以高质量的立法引领要素市场的发展。此外,生产要素的跨国流动和全球配置也决定了要素市场治理必须统筹推进国内法治和涉外法治,以资源环境要素为例,为实现“双碳”目标而出台的碳排放权交易的相关法律,需要审慎处理好《联合国气候变化框架公约》《巴黎协定》等国际立法原则和中国实情的关系。

2. 坚持辩证思维,在正确处理政府和市场关系中规范要素市场化配置的法治实施。

虽然“要素市场化”的概念强化了市场机制的重要性,旨在充分发挥市场在要素资源配置中的决定性作用,但无论是从我国经济制度的“政府——市场”二元结构传统考量,还是国际通行的以凯恩斯理论为基础的宏观经济学实践来看,任何市场的完全放任缺陷都必须通过政府干预进行调节。因此,要素市场配置法治化的实现必然依赖于有效市场和有为政府的结合,而且市场作用能不能发挥很大程度上要看政府能不能“有为”且“善为”。政府作为执法主体,承担了我国80%的法律、90%的地方性法规和近乎全部的行政法规的执行工作,也是要素市场化配置的法治实施的重要主体。而当前我国要素市场化改革推进的根源性问题就

在于政府干预不当，要素管理体制不能完全适应要素市场机制的运行要求^[12]。着眼于此，在要素市场化配置中处理好政府和市场的关系，法治政府建设是关键。政府在保障公平秩序和发展安全的前提下依法行使一定的要素资源配置权时要找准定位，有所为，有所不为。特别是在公有制经济基础下，政府代表国家行使土地、国有资产、自然资源等所有者的职责，其既是要素市场主体，从事相关交易行为；又是规则制定者，出台大量的政策制度；同时还是执法管理者，充当体育竞技“裁判员”的角色，身份的多重属性必然会导致利益冲突，唯有通过法治约束处理好国家利益和部门、地方利益，平衡社会公共利益和私人利益的关系才是破除行政壁垒、激发要素市场活力的根本途径。要进一步强化宪法的价值功能，通过更高的立法层级提高政府对要素市场行使经济治理权的法律约束效能，完善对涉及要素定价、市场竞争等内容的规范性文件的合法性合宪性审查。

3. 坚持实践导向，在全社会法治意识持续提升中保障要素市场化配置的综合效果。

“徒法不足以自行”，法律的生命和权威在于实施。从要素市场化配置的法律体系到强调法治体系，实践充分证明，如果没有全民的内心拥护和忠实信仰，法律不被遵守和落实，再好的法律也是一纸空文。而要真正发挥法治在要素市场化配置中的重要作用，提升全民法治意识和素养、聚合更多社会力量参与共建共治是打造法治化要素市场的必然途径。一是企业等要素市场主体要重视法治建设，特别是中小企业限于思维和财力的局限，法务部门长期缺位，没有建立完备的现代企业治理组织结构，导致在要素市场交易过程中抗风险能力较弱，在因要素权属产生纠纷甚至相关权益受到损害后才想到求助律师、诉诸法律，有时即使胜诉也面临无法执行的窘境，这种事后救济的效果往往不如人意，因此，要建立完善企业法律顾问制度，将专业法律服务贯穿在订立和审核合同条款、防范化解法律风险等要素资源交易的全过程中。同时，企业更要守好法律底线，在获取和使用土地、资本、劳动力、数据等要素资源时做到合法合规，自觉承担起社会责任。二是政府要强化法治意识，时刻绷紧“法定职责必须为”“法无授权不可为”两根弦。特别是为了引导推动一些新兴要素资源市场的发展而出台的相关产业促进法明确了各级政府和部门的责任和义务，必须予以重视、正确履责、严格追责。要带头守法，遵守契约精神，在招商引资、招投标、工程建设等重点领域对相对人作出的政策承诺和合同约定要依法及时兑现，更不能作出拖欠企业账款、民工工资等扰乱要素市场秩序的违法行为。三是行业协会、商会等社会组织要依法运作，通过加强和完善要素市场的行业自律管理、广泛进行政策宣传、提供法律咨询服务等发挥好诸如首都要素市场协会、顺德数据要素产业协会等社团组织联系政府、市场和社会的桥梁纽带作用。四是民众个体作为劳动力、原始数据等要素的提供者要有权利意识和法治观念，当要素合法权益受到侵害时要学会运用法律武器维权，同时对要素使用者等其他相关主体的不法行为勇于通过检举揭发等法定途径进行社会监督，成为自觉维护要素市场秩序的践行者。

（二）完善五大生产要素市场化配置的法治环境

1. 土地市场：聚焦农村“三块地”改革，加快构建全国统一市场。

土地作为人类赖以生存和生产发展的基本物质资源，是最重要的生产要素。为进一步激活土地资源，提高土地要素市场化配置效率，我国已出台并修订了《土地管理法》《农村土地承包法》《城乡规划法》《土地管理法实施条例》《基本农田保护条例》等法律法规，但要达到深化要素市场化配置改革、促进要素自主

有序流动的时代要求,还要通过立法的推进和执法的落实来推动土地管理体制和统一市场的完善^[13]。

承包地方面,要深入推进集体所有权、农户承包权、土地经营权“三权分置”改革,按照《民法典》《农村土地承包法》《农村土地经营权流转管理办法》《不动产登记暂行条例》等法律规定和精神,加快开展土地承包经营权确权登记工作,夯实土地流转的前提;完善各地农村产权交易信息服务平台功能和运行管理机制,进一步明确入场交易条件、规则、合同管理及存档等规定,确保农村产权流转交易的规范化;同时,地方政府和村集体要发挥好法治宣传和引导作用,为承包方和受让方平等协商土地流转方式、价款等合同约定、履行合同义务以及土地征收征用中村民合法权益的维护等提供法律政策咨询和帮扶服务,在确保土地经营权流转收益归属承包方和土地征收补偿合法合理到位的基础上妥善处理好国家、集体和个人的利益关系。

建设用地方面,由于我国长期存在的土地供应和使用双轨制影响,农村集体建设用地和城市国有建设用地权能不平等、流通不顺畅制约了土地市场化配置进程,土地划拨和市场出让并存也在一定程度上造成了土地价格的紊乱和资源的低效浪费等现象。虽然近年来为推动建设全国统一的土地市场作了积极探索,并在2019年《土地管理法》修订时删除了原有“任何单位和个人进行建设,需要使用土地的,必须依法申请使用国有土地”的规定,明确“国家依法实行国有土地有偿使用制度”“通过出让等方式取得的集体经营性建设用地使用权可以转让、互换、出资、赠与或者抵押”,从法律层面为土地市场化配置及集体经营性建设用地入市提供了基础保障,但实践中土地市场交易、集体经营性建设用地入市等还停留在政策层面,落实推进相对较慢,建议在各地出台的具体管理办法基础上以条例、办法等行政法规层级制定统一的集体经营性建设用地入市细则和监管措施^[14]。同时,建立完善全国性的建设用地、补充耕地指标跨区域交易机制,2018年施行的《跨省域补充耕地国家统筹管理办法》和《城乡建设用地增减挂钩节余指标跨省域调剂管理办法》两部行政法规有效期已届满,要通过新法规来进行政策衔接。

宅基地方面,针对城镇化进程加剧农村人口和劳动力的非农化转移、农村宅基地闲置程度提高的现象,自2015年试点开展宅基地制度改革以来,《土地管理法》以“国家允许进城落户的农村村民依法自愿有偿退出宅基地,鼓励农村集体经济组织及其成员盘活利用闲置宅基地和闲置住宅”条款对探索宅基地退出机制及盘活利用进行了政策引导,《民法典》也专章对宅基地使用权予以规定,但宅基地集体所有权、农户资格权和农民房屋财产权“三权分置”的法律制度设计和实践落实还处于起步阶段,要通过立法明确宅基地资格权的确认标准、权利性质和具体内容,妥善处理因独生子女等客观原因造成的继承“多宅”与法定“一户一宅”原则的冲突,通过有偿收回的闲置宅基地与集体经营性建设用地入市的制度衔接等拓宽《民法典》对宅基地使用权目前仅限于占有权和使用权的权能配置,进一步保障宅基地使用的处分权和收益权等发展权能;同时,通过宅基地上房屋抵押贷款、合法拆除和退出等制度保障农民房屋财产权的实现^[15]。

2. 劳动力市场: 户籍改革和服务保障两手抓,着力破除市场分割。

劳动力作为最活跃的生产要素,兼具要素主体和客体的双重属性,是要素市场化配置的核心,但由于户籍管理、人才流动等制度性因素,我国劳动力资源在城乡间、区域间、行业间都存在着明显的市场分割。

深化户籍制度改革是引导劳动力合理有序流动的关键。我国户籍制度的基本法律依据是1958年出台的《户口登记条例》，其奠定了城市和农村二元户籍管理的格局，虽然后来的市场化进程和城镇化发展客观上推动了户籍制度在实践中出现一定程度的局部松绑，并通过《居民身份证法》《居住证暂行条例》等法律法规明确了以经常居住地登记户口、由常住地提供基本公共服务的政策导向，但《户口登记条例》至今已施行60余年，却未根据时代要求作出调整，导致法律规定和执行操作的偏差，劳动力在城乡、区域间的流动依然存在制度壁垒。因此，有必要对该条例进行修订完善，要重新定位户口登记的立法价值取向、修改暂住登记条款、逐步将农业户口和城镇户口统一登记为居民户口以及对一些不符合当今时代特征的用语予以修改。在此基础上，根据人口流动和城市规模的发展规律，提高立法层级加强对城市落户政策执行的法律监督，按照城区常住人口分类施策，300万以下常住人口城市全面取消落户限制，300-500万常住人口城市放宽落户限制，500万以上常住人口的超大特大城市通过优化积分指标体系、推进积分累计互认、合理设置直至取消落户名额配置等措施来逐步调整完善积分落户政策^[16]。更重要的是，要通过住房、教育、医疗、社会保障等基本公共服务的均等化减少户口上附着的社会福利待遇和经济权益的隐性差异，从根本上削弱户籍制度对劳动力流动的影响。

平等的法律权益保障和高效的服务体系也是劳动力市场可持续发展的重要依托。要严格落实《劳动法》《劳动合同法》《就业促进法》《工会法》等规定，严厉打击侵犯劳动者合法权益的行为。针对就业中性别、户籍、学历等歧视问题，建议出台反就业歧视专项立法，明确就业歧视的法律概念、受案范围及受理程序等，设立专门法庭，保障劳动者的平等就业权^[17]。同时，要更加关注灵活就业人员和超龄劳动者等特殊群体的权益，加快制定灵活就业人员职业伤害保障办法，明确退休再就业、超龄农民工的法律身份，以特别条款的形式将其纳入劳动基准法保护范围，并探索设置与其年龄、状态相适应的灵活用工制度。完善劳动力市场价格机制，细化职工与企业进行工资集体协商的配套制度和法律责任，建立工资收入与劳动生产率同步增长的薪酬市场化调节机制。此外，还要通过《网络招聘服务管理规定》等加强对劳动力市场信息平台的规范管理，缓解因信息不对称、中介服务质量差等造成的摩擦性失业和劳动力资源错配；建立劳动者终身职业技能培训制度，推动职业技能和学历证书的互通衔接，拓宽人才流动渠道，不断提高劳动力供给的质量。

3. 资本市场：在安全规范中促改革、谋发展，稳定投资者预期。

健康活跃的资本市场是服务经济社会高质量发展的重要支撑。自1990年上海证券交易所设立开启我国资本市场建设进程以来，《公司法》《证券投资基金法》《商业银行法》等法律的出台初步构筑起资本市场规范运行的法律体系，但资本市场运行中不断出现的新问题也催生了法律调整和完善的新需求。

要为完善金融服务供给、推动多层次资本市场体系建设营造更加安全稳定的法治环境^[18]。进一步推动存贷款利率市场化，加快修订《中国人民银行法》《商业银行法》等，将央行贷款对象从“商业银行”拓展至政策性银行、农村信用合作社等金融机构，同时充分保障商业银行的自主经营和定价权，明确商业银行在不违背中国人民银行相关规定的条件下可以与客户自主协商确定存贷款利率，使资金价格更多由市场供需情况来决定。以2019年新修订的《证券法》和2022年颁布的《期货和衍生品法》等为契机全面推行注册制，加快完善相关配套制度，

调整证券期货交易场所和登记结算公司的行业自律管理规则,通过与刑法修正案等法律的联动,形成民事责任、行政责任、刑事责任三位一体的强迫责体系,强化信息披露义务人主动依法履责意识。适时出台《中小企业促进法》实施细则和具体办法,完善融资担保和再担保政策法规,建立银行、担保机构、企业间风险共担机制^[19],突出强化政府性担保机构在服务民营企业、中小企业的融资发展需求中的重要作用。

要深化对资本运行的规律性认识,加强对资本无序扩张的法律规制。马克思在《资本论》中指出:“如果有 10% 的利润,资本就保证到处被使用;有 20% 的利润,资本就活跃起来;有 50% 的利润,资本就会铤而走险;有 100% 的利润,资本就敢践踏一切法律;有 300% 的利润,资本就敢犯任何罪行,甚至冒绞首的危险”。既然资本逐利带来的无序扩张无可避免,就要辩证地看待资本,通过科学的制度设置和严格的法治体系来将其负面影响控制在最小范围,更好地引导其发挥配置资源的功能作用。在现行《反垄断法》《反不正当竞争法》等经济法框架下,要强化资本市场监管和治理,进一步完善资本有序发展和无序扩张的法律界定,将要素垄断、平台垄断等新型垄断形式纳入反垄断规制范围,加大执法司法力度,提高违法违规成本,同时拓宽中小投资者维权渠道,并通过政策宣传和约谈制度全面提升投资者的守法自律意识。此外,还要警惕资本无序扩张极易诱发的潜在系统性金融风险问题,加快推进《金融稳定法》立法进程^[20],建立风险监测预警、跨部门化解处置等从事前到事后的全链条长效机制,更好地促进各类资本在法治轨道上健康发展。

4. 技术市场: 强化科技成果产权保护和运用, 激发人才创新活力。

科学技术作为影响价值创造的高级生产要素,是生产发展最主要、最持久的动力源泉。近年来,我国高度重视技术要素市场发展,据国家统计局和科技部、财政部联合发布的《2022 年全国科技经费投入统计公报》显示,2022 年我国全社会研究与试验发展(R&D)经费投入超 3 万亿元,规模稳居世界第二;全年技术合同登记量超 77 万项,技术市场成交金额近 4.8 万亿元,技术市场发展迅速。但要真正破解关键核心技术“卡脖子”的现实难题、实现中国制造向中国创造转变还需要通过法律政策体系的完善推动技术要素市场化配置的纵深发展。

加快推进科技成果产权制度改革。关于职务科技成果的产权归属问题,当前我国法律采用的是人身权和财产权二元主体模式,即职务科技成果的署名权、荣誉权等人身权利由成果完成人个人享有,而职务科技成果的使用权、转让权等财产性权利则归属于成果完成人所在单位,其弊端在于科研人员参与科技成果转化的积极性不高。虽然《促进科技成果转化法》第 45 条通过科技成果完成单位将职务科技成果转让、许可他人实施、作价投资后所得股份或收益按不低于 50% 的比例奖励给完成人的规定对相关科研人员享有职务科技成果的财产收益保障作了初步尝试,但由于法律概念的模糊性,如“作出重要贡献人员”的范围界定,以及违反该条款的法律责任缺位,实践中科研人员利益分享机制落实效果并不明显。为此,2020 年,中共中央、国务院《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》明确提出,“深化科技成果使用权、处置权和收益权改革,开展赋予科研人员职务科技成果所有权或长期使用权试点。”随后,科技部等 9 部门印发实施方案,选取 40 家高等院校和科研机构开展 3 年期的试点工作。随着首批试点到期,不少省份也陆续出台继续扩大试点范围的实施方案,因此有必要组织第三方评估机构对试点开展情况进行法律、知识产权、财务等方面的综合

评估，将科技成果赋权改革中的成功经验和做法通过立法形式予以固化，及时调整《促进科技成果转化法》《专利法》《事业单位国有资产管理暂行办法》等相关法律法规，以“列举概括+负面清单”的形式进一步明确职务科技成果所有权的具体内容和权利边界，规范科技成果赋权转化的模式和实施程序，配套尽职免责条款，推动传统“先转化后奖励”向“先赋权后转化”模式转变，以科技成果转化效率的提升拓展技术市场化的配置空间^[21]。

此外，要以资本为牵引、以人才为支撑推动技术要素与其他生产要素的融合发展。通过完善《高等教育法》《职业教育法》等改革人才培养和管理体制，构建国际型开放的人才创新生态系统，深入推进政府引领、企业主导的产学研一体化，激发各类人才特别是应用型技术技能人才的创新活力，为高质量技术供给蓄势赋能。同时，健全知识产权质押融资、证券化的法律框架体系，规范知识产权评估机构，统一价值评估指引和标准，完善风险分担机制，以技术和资本的高效对接推动科技成果的产业化发展。

5. 数据市场：统筹推进数据基础制度建设，全面保障数据权益。

随着数据推动生产的价值凸显，国家对数据要素市场建设更加重视，2019年党的十九届四中全会首次将数据列为生产要素，2021年《数据安全法》《个人信息保护法》相继出台，2022年中共中央、国务院印发《关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》（简称“数据二十条”），数据要素市场的法律和政策布局加快推进。在制度变革的基础效应推动下，我国数据要素市场发展迅速，国家工业信息安全发展研究中心发布的《中国数据要素市场发展报告（2021-2022）》显示，2021年我国数据要素市场规模达到815亿元。国家互联网信息办公室发布的《数字中国发展报告（2022年）》显示，2022年我国数据产量全球占比达10.5%，数据存储量全球占比14.4%，以数据要素为核心的数字经济规模超50万亿元，位列世界第二，占GDP比重达41.5%。但数据具有的非消耗性、弱排他性、易复制性、规模收益递增等特点加剧了数据权属界定和交易规制的难度，而目前我国数据市场的政策法律体系还存在很多规则空白和缺失，要素市场化配置仍然任重道远。

加快出台促进和保护数字产业创新发展的专门立法。随着数据资源不断催生数字经济新产业新业态的发展，为适应信息社会变革的新需求，更好地统筹数据要素市场调节和政府经济管理职能，不少地方政府依照《宪法》和《立法法》的授权规定制定了《数字经济促进条例》，但由于地方利益局限和立法技术差异，这些行政规章存在着攀比效应下的条文高度相似性、利弊衡量中的法律责任规避等问题，对于构建全国统一的数据要素市场、激发高质量数据要素供给动力有所阻碍。因此，有必要在综合考量产业激励保护和经济法律调控的基础上，结合地方立法经验，制定统一的《数字经济促进法》，明确定义数据、数字产业化、数字经济等法律概念，以倡导性鼓励性规范对数据产权保护、开放共享、安全治理、数据主权等重点制度作出政策设计^[22]。

持续完善数据要素生产流通使用的基础法律制度。首先，数据确权是数据市场交易的前提，在《民法典》和《个人信息保护法》通过个人信息保护和隐私权规定对数据来源者的人格尊严和人身权利加以保障的基础上，数据确权的立法设计应坚持淡化所有权、突出使用权的理念，根据个人数据、企业数据、公共数据中各主体对数据利益的贡献等进行分级分类授权登记，建立数据资源持有权、数据加工使用权、数据产品经营权“三权分置”的新型数据产权制度^[23]，明确用户

个人对其产生或提供的数据享有著作权,数据处理者对依法持有或合法取得的数据享有加工使用和获得收益的权利,平台、企业等经营者对经算法、技术等投入而产生的数据价值享有收益权。其次,明确数据交易场所的法律地位为国家控股管理的公司制法人,提高设立门槛和标准,鼓励以注册资本实缴增强抵御运营风险能力,完善数据定价和交易规则,实行政府指导区间内的市场协商定价机制,探索出台数据标的审核、交易主体资格认定、数据交付使用的细化规定,并配套交易风险预警和监管机制,保障数据交易合法合规有序开展^[24]。再次,更好发挥政府引导作用,进一步提升数据要素治理效能。当前数据管理“九龙治水”现象突出,网信、公安、发改委等15个政府部门拥有数据管理权限,存在职能交叉、权责不清等问题,随着国家数据局的挂牌成立,从国家层面打通数据链路,促进部门协调,统筹推进数据要素基础制度建设的法治实践有了更坚实的制度保障。此外,还要推进以数据资源法庭为典型的专业法庭建设,创新刑事、民事、行政“三合一”归口审理模式,为涉及数据资源纠纷的案件化解提供有力的司法保障,从而维护数据市场的公平与稳定。

五、结语

深化要素市场化配置改革是坚持和完善社会主义市场经济体制的重要内容,也是一项持续时间长、涉及范围广、社会影响深的重大任务,只有通过基础制度的完善着力破除阻碍要素自由流动的体制机制障碍,推进立法和改革决策相衔接,让法律更好地适应改革需要、引领并服务改革发展,才能在要素市场建设上取得质的突破和量的跃升,这对于推动我国经济高质量发展具有十分重要的意义。随着要素市场化配置综合改革试点工作的开展,局部地区在依照法定程序获得立法机关授权的基础上,已经对要素市场重点领域和关键环节的相关制度进行了初步探索,如何总结并推广地方有益经验和创新做法,推动全国要素市场的发展,还需要国家层面的统筹协调,在系统观念、辩证思维和实践导向的指引下,从政府和市场的关系问题着手,围绕土地、劳动力、资本、技术、数据五大生产要素进行法律框架搭建和法治实施调整,再通过各地方各部门的有效落实和微观市场主体的协同配合,形成法治与改革相互促进的良好局面,不断以要素市场的制度变革推动社会主义市场经济体制的深入完善。

Research on The Legal Guarantee System of The Market-oriented Allocation Reform of Factors

ZHOU Xue-xia

Abstract: To deepen the reform and build a more complete market-oriented allocation of factors mechanism is an inherent requirement for further stimulating market vitality and promoting high-quality economic development. Based on the rule of law and the objective laws of economic and social development, The Fourth Plenary Session of the 18th CPC Central Committee made an important conclusion that “The major reforms must based on Laws”. So, how to configure the legal system which is suitable for the reform of factor marketization has become a hot issue of current research. Under the traditional dual economic system of “Government control-market regulation”, the imperfect market rules and various institutional barriers not only affect the quantity and quality of the supply of factors, but also limit the role of factors in resource

allocation through mobility and combination. In the future system design and rule of law practice, it is necessary to promote the coordination of legislative, law enforcement, judicial and law-abiding links in the process of factor marketization. Besides, in view of the differences in factor attributes and the degree of marketization, the classification of the five production factors of land, labor, capital and technical data is implemented, and the reform of market-oriented allocation of factors is gradually deepened.

Key Words: factor resources; market-oriented allocation; rule of law system; total factor productivity

参考文献

- 张守文, 2022: 《要素市场化配置的经济法调整》, 《当代法学》第 5 期。
- 陈国文, 2020: 《论要素产权保护的法律需求与供给》, 《兰州大学学报(社会科学版)》第 6 期。
- [德]恩格斯, 2019: 《论住宅问题》, 人民出版社, 第 79 页。
- 洪银兴, 2020: 《实现要素市场化配置的改革》, 《经济学家》第 2 期。
- 潘闻闻, 2021: 《上海范式: 要素市场全球资源配置的引领性》, 《探索与争鸣》第 10 期。
- 国务院第三次全国国土调查领导小组办公室、自然资源部、国家统计局, 2021: 《第三次全国国土调查主要数据公报》, 中国政府网 8 月 26 日。
- 中华人民共和国自然资源部, 2023: 《2022 年中国自然资源统计公报》, 中国政府网 4 月 12 日。
- 国家统计局, 2023: 《2022 年农民工监测调查报告》, 国家统计局网站 4 月 28 日。
- 高帆, 2022: 《基于城乡关系视域的要素市场化改革全国统一大市场建设》, 《马克思主义与现实》第 5 期。
- [美]约瑟夫·熊彼特, 2020: 《经济发展理论》, 中国华侨出版社, 第 112 页。
- 中国人民大学“完善要素市场化配置实施路径和政策举措”课题组, 2020: 《要素市场化配置的共性问题与改革总体思路》, 《改革》第 7 期。
- 王译, 2022: 《全国统一大市场视域下要素市场化改革的现实问题与应对策略》, 《新疆社会科学》第 6 期。
- 吕晓、王亚男、牛善栋、彭文龙, 2022: 《国土空间规划与土地要素市场化配置: 互动机制与融合路径》, 《中国土地科学》第 12 期。
- 钱文荣、朱嘉晔、钱龙、郑淋议: 《中国农村土地要素市场化改革探源》, 载《农业经济问题》2021 年第 2 期。
- 陈小君: 《宅基地使用权的制度困局与破解之维》, 载《法学研究》2019 年第 3 期。
- 赵军洁、张晓旭, 2021: 《中国户籍制度改革: 历程回顾、改革估价和趋势判断》, 《宏观经济研究》第 9 期。
- 周圆, 2023: 《社会法对平等就业权私法救济困境的破解研究》, 《河北法学》第 2 期。
- 方鸣、谢敏, 2021: 《中国共产党领导下的资本市场发展: 历史回溯、理论探索与实践趋向》, 《上海经济研究》第 8 期。
- 沈坤荣、赵亮, 2019: 《中国民营企业融资困境及其应对》, 《江海学刊》第 1 期。
- 肖京, 2023: 《金融危机历史镜鉴下的中国金融稳定立法》, 《山东大学学报(哲学社会科学版)》第 6 期。
- 王影航、李金惠、李炳超, 2023: 《职务科技成果赋权改革的法治标准及优化路径研究》, 《科技进步与对策》第 4 期。
- 席月民, 2022: 《我国需要制定统一的〈数字经济促进法〉》, 《法学杂志》第 5 期。
- 姚佳, 2022: 《数据要素市场化的法律制度配置》, 《郑州大学学报(哲学社会科学版)》第 6 期。
- 王璘, 2021: 《数据交易场所的机制构建与法律保障——以数据要素市场化配置为中心》, 《江汉论坛》第 9 期。