

政府经济行为规制的形式工具与实质依据

郭传凯¹

(山东大学 法学院, 山东 青岛 266237)

【摘要】 政府经济行为是指政府部门在市场经济运行过程中使用经济资源、运用经济手段做出的行为。规制政府经济行为对完善市场经济体制、推动经济法理论发展具有重要意义。政府经济行为以“法定授权+具体裁量”的方式影响市场经济的运行,主体权限与程序性规范的限制难以制约复杂多变的政府经济行为;与此同时,政府经济行为亦难以通过事后责任追究的方式进行规制,积极寻找新的规制工具成为亟须解决的问题。以重大行政决策制度为切入点,政府经济行为规制以行政裁量基准作为主要的形式工具。形式工具作用的发挥必然依托于实质依据,只有以一定的经济学理论作为实质依据,才能制定出科学合理的事前基准,从而实现对政府经济行为的充分规制。

【关键词】 政府经济行为 规制 形式工具 实质依据

【中图分类号】 DF41 **【文献标识码】** A **【文章编号】** 1003-8477 (2021) 05-0127-08

构建现代化经济体系是决胜全面建成小康社会、开启全面建设社会主义现代化国家新征程的基本途径。助力现代化经济体系的建设,经济法的独特价值主要体现在推动市场经济体制的完善。为完善市场经济体制,经济法学在规制市场主体行为的同时,还需回应政府经济行为的规制。只有实现对政府经济行为的充分规制,才能构建起统一、有序、自由、高效的市场经济秩序。

一、政府经济行为的界定及其规制的必要性

界定政府经济行为是对其进行合理规制的起点。有观点曾将政府经济行为理解为“政府与市场互动的过程中,为弥补政府缺陷,将市场机制引入政府干预”的产物。^{[1] (p104)}这种观点将政府经济行为与国家干预的过程同一化,因而无法揭示政府经济行为的核心要素。

(一) 政府经济行为的重新界定。

立足我国市场经济运行的现状,理解政府经济行为的经济性是准确界定政府经济行为的关键。政府经济行为的经济性不仅指目的上的经济性,更关涉经济资源和经济手段的运用,而后者是界定政府经济行为的核心标准。经济资源是指可以被政府部门或其他适格主体使用,以参与市场经济活动的客观实在,小到砖瓦水泥,大到货币、国债都是经济资源。经济手段则指影响市场经济运行的具体手段,例如,财政政策、货币政策等。^{[2] (p140)}但应注意,很多经济资源的运用实际是依靠行政强制力完成,例如税收的征收,这些行为的本质是具体行政行为而非政府经济行为。只有政府部门依照经济规律,运用经济手段或使用经济资源的行为才是政府经济行为,例如,税率的确定或调整、调整利率、货币的增发以及财政补贴行为等。

¹作者简介:郭传凯(1990-),男,法学博士,山东大学法学院助理研究员,硕士生导师。

基金项目:国家社科基金青年项目“全球性合规风险背景下刑事合规制度建构的方法及其边界研究”(19CFX039);中国博士后科学基金第66批面上资助项目(2019M662383)的阶段性成果

政府经济行为可以分为以下两类：（1）调控型经济行为；（2）参与型经济行为。调控型政府经济行为是指政府依照经济规律，动用经济资源实现经济增长、市场稳定、充分就业、结构调整、有效需求、公平分配、金融稳健等目标的经济行为。^{[3] (p94)}当然，不是所有的宏观调控行为都是政府经济行为。严格地说，通过抽象行政行为的方式强迫市场主体接受政府有关宏观经济的主张或命令的行为不是政府经济行为。参与型经济行为主要涉及政府采购、政府担保、政府补贴、特许经营、直接投资等行为，但政府部门直接以行政权力干预经济生活的行为不是政府经济行为。此外，国有企业实际是政府间接参与经济活动的产物，但国企改革属我国计划经济时期的特殊问题，与我国的政治体制存在密切关联，且学界已经在国企改革方面形成了相对独立的研究领域，因此应当另行探讨。

有学者指出，在经济法学领域，统一的行为概念不能涵盖存在较大差异性的不同行为类别，强行进行归纳将使经济法的行为概念成为不具备周延性和稳定性的“空壳”。^{[4] (p61)}调制理论将政府部门的规制与调控行为归纳为“调制行为”，^{[5] (p94)}其本身并不是严谨的法学概念。原因在于，以行为的法学属性进行分析，宏观调控行为实际是政府经济行为的一种类型，而市场规制行为则可被纳入行政行为的范畴，两者之间的差异性远远超过共性。以此类比，政府经济行为的概念是否也存在类似的谬误？首先，运用经济手段对宏观经济进行间接性调控是调控型政府经济行为的主要特征，参与型政府经济行为因其直接参与经济活动的属性与调控行为存在较大区别，但这种区别仅在于运用经济手段或使用经济资源的方式和对象不同，这种差异是以上文论述的经济性为基础的具体差异，经济性依旧是可以统摄两类行为的基本属性。换言之，调控型政府经济行为可以与参与型政府经济行为共享概念内核，但与规制行为存在本质的差异。其次，政府经济行为与其他市场主体的经济行为可以被统摄在“经济行为”的概念之下。尽管政府经济行为在主体、手段等方面具备很强的特殊性，但政府经济行为和其他市场主体的经济行为之间依旧存在明显的共性。不论是政府经济行为还是其他市场主体的经济行为都是相应主体在遵循市场经济秩序基础之上，运用经济手段和经济资源做出的行为。

（二）政府经济行为规制的必要性。

对完善市场经济秩序而言，实现国家干预在规则制约下的理性化、制度化是全面深化改革必须解决的重大难题。过去的经济法理论以“经济法律关系”为论证工具，将“市场失灵”作为论证经济法独立性的主要理论武器，¹造成政府与市场二元化的局面，其整体理论以国家干预为出发点和落脚点。尽管这些理论亦论述了限制国家干预的必要性，²但其依旧以克服市场失灵作为经济法产生发展的主要动力，导致了“先放任干预后限制干预”的思维产生。具体而言，宏观调控方面的法律规范大多集中于程序与主体权限方面，³难以形成切实有效的行为规制。在宏观调控主体责任及宏观调控行为可诉性难以落实的情况下，如何规制宏观调控行为是事关市场经济整体运行的重大难题。另外，许多参与型政府行为并不符合市场经济的发展需要，甚至对市场经济秩序造成了一定程度的破坏。以政府补贴为例，各级政府依照差异性产业政策制订补贴的具体方案，其中往往存在诸多直接干预、限制企业自由竞争的因素。⁴作为鼓励手段的政府补贴还造成了许多行业产能的严重过剩，与新常态下的“三去一降一补”策略相悖。⁵补贴之下的国有企业在缺乏激励的情况下依靠大量的政府补贴维持生产经营，而许多中小企业的发展却步履维艰，这直接违反了竞争中立的基本政策。⁶

拆解国家干预行为的概念，⁷强调政府经济行为的经济性是对政府权力进行限制的关键。新时期经济法理论应当直面市场经济体制的完善，放弃国家干预的理论出发点和“国家—市场”的二元框架，实现以市场限制政府部门的一元化。即在市场经济运行的过程中，将政府经济行为和其他市场主体行为作为被平等规制的对象进行制约。政府经济行为与其他市场主体的经济行为在本质上都属市场经济中的行为类别，客观上均受经济规律的支配，需要平等地接受市场经济秩序的制约。

规制政府经济行为不仅对避免不当的国家干预、完善市场经济秩序而言十分必要，更有助于推进经济法理论研究的发展。首先，政府经济行为的规制有助于改变国家干预视野下经济法工具主义的整体倾向，促使经济法学从国家干预的工具向规制经济行为的规则体系转变，实现以规则体系限制国家权力的愿景。^{[6] (p19)}其次，政府经济行为的规制有助于打破狭隘的部门法情节，不断走向广义经济法体系的研究。⁸经济学的研究“既要从事法律专业的角度理解和探讨经济法，也需要摆脱传统法律思想的束缚，突破部门法划分的疆界，本着理论服务于实践和经济决定法律的原则，从整个市场经济角度去思考经济法的应有之义”。^{[2] (p64)}

政府经济行为的规制，必将立足于市场经济发展的现实需求，打破民法、行政法、经济法等部门在相关问题上的门户分割，实现完整统一的市场经济秩序和规则构建，使三者形成促进社会主义市场经济发展的法律合力。最后，政府经济行为的规制必将有利于学科交叉研究，特别是有助于经济学知识在法学领域的广泛运用。法学研究与经济学研究之间必然存在着知识壁垒，经济法学者也难以对以实证定量、数理分析为特征的经济学有较为通透的研究，但法学研究应当尊重经济学的研究成果，借鉴其有价值的观点。

综上所述，政府经济行为与其他市场主体的经济行为共同接受市场经济秩序的制约是新时期经济法理论研究和制度构建的关键所在。为实现前述目标，规制者应当寻找合适的规制工具来制约政府经济行为。

二、政府经济行为规制的形式工具选择

由于“传送带”理论的失灵，^[9]大量政府经济行为以“法定授权+具体裁量”的方式作用于市场经济，笼统地制约主体权限或者制定程序性的规则均无法充分合理地规制政府经济行为。事后责任追究是我国转型时期的制度短板，^{[7] (p64)}且不当的政府行为一旦做出，不仅难以纠正，更有可能形成错误的路径依赖。因此，在传统规制手段之外寻找合适的规制工具成为规制政府经济行为需要解决的首要难题。

（一）作为切入点的重大行政决策制度。

除部分参与型政府经济行为外，大多数政府经济行为无法通过司法审查的方式进行限制，政府经济行为的规制在本质上难以摆脱行政系统自我规制的枷锁。在此背景下，规制政府经济行为无疑应从政府决策层面入手，重大行政决策制度就为政府经济行为的规制提供了合理的切入点。^[10]目前重大行政决策领域已经形成了有关决策启动、公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查、集体讨论以及决策调整等多个环节的框架性制度体系，对政府经济行为的规制有一定的借鉴意义，但其亦存在难以克服的局限性：首先，该规定倾向于针对政府决策的全过程制定程序性、原则性的规定，缺乏对政府经济行为专业性、多样性、复杂性的关切；^[11]其次，该规定夸大了公众参与、听证制度在政府决策制约中的作用。一些直接投资型的政府经济行为，往往无法实现制度化的公众参与，与此相关的信息公开实际上只能成为政府经济行为合法性的“装饰品”；在宏观调控型的政府经济行为的场合中，公众参与因其专业性的不足而难以发挥作用。^[12]最后，包括专家辅助作用在内的可行性论证则需要解决“政治应责”的问题，^{[8] (p7)}可行性论证作为一个灵活复杂且需要大量科学知识的领域，如果缺乏应责主体，则意味着可行性论证很可能沦为形式化的流程。直接向代议机构应责已经被证实难以发挥充分的制约作用，向执政党和上级机关应责则是比较常见的方式，而这样的可行性论证究竟可以发挥多少制约作用亦值得怀疑。由此可见，重大行政决策方面的制度体系并不能为政府经济行为的规制提供具体有效的形式工具，规制政府经济行为应当沿着决策制约的思路继续寻求可行的规制工具。

（二）作为主要规制工具的行政裁量基准制度。

不论决策动议还是决策实施，政府经济行为都因其强烈的裁量性而与行政裁量密切相关。从不确定概念的角度来看，^{[9] (p21)}行政裁量可分为狭义与广义两种。狭义的行政裁量不包括事实要件判断的过程，而仅指在法律授权下对“作为与不作为”以及“作为情况下有关内容、程序和时间的选择”，^{[10] (p16)}即行政裁量并不包括对经验性不确定概念的裁量。而广义的行政裁量则包括了对事实和价值的裁量，“作为不同法律传统交汇的结果，行政裁量在中国是一个多义的概念。如果我们不拘泥于某一个现成的概念，而把行政机关根据具体情境下的选择自由都理解成裁量的话，那么，行政裁量出现的场合将是多方面的：行政机关的政策选择，行政机关在行为程序上的裁量，行政机关在事实认定上的裁量，行政机关在具体决定上的裁量。”^{[11] (p332)}经验性与价值性的裁量往往难以分解，这在政府经济行为中得到了充分的展现。

在与行政裁量有关的研究中，裁量基准的确定对政府经济行为的规制至关重要。不论是决策的动议阶段还是执行调整阶段，事前规制难以实现的主要原因都在于缺乏限制政府行为的具体基准，从而导致规制措施的空洞化、流程化。与政府决策的可行

性论证制度相比，政府裁量基准的确立具备明显的优势。首先，裁量基准的制定旨在运用分类讨论和情景格次等技术对决策及其实施的不同情形制定具体的基准，政府部门按照具体的基准做出行为；而可行性分析是针对整体情况进行自由裁量，并根据裁量的过程及其结果进行可行性的论证，在这个过程中政府部门不仅行使了较大的自由裁量权，更容易使可行性论证沦为某种“在先意见”演绎的注释。其次，裁量基准不仅使已有情形下政府裁量的过程得以限制，亦能使新情形下的政府经济行为裁量有章可循；而可行性论证则无法实现这种举轻明重、互为参考的效用。最后，裁量基准的制定有助于规制优化路径的形成和规制经验的积累，而可行性论证则不具备这样的效用。

党的十八届四中全会通过的《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出，建立健全行政裁量基准制度，细化、量化行政裁量标准等主张。目前行政裁量基准已经广泛地出现在处罚、强制、奖励、征收、补偿等领域，且出现了格次化、情景化、公式化的做法，^[13]这些实践对规制政府经济行为有重要的参考价值。由于市场经济中的政府实践具有“高程度的复杂性、情景依赖性和不确定性，以至于无法事前在想象中被充分认识，也无法事后在规范上加以最后的确定”，^{[12] (p533)}但基于经济学理论的研究和实践经验的积累可以形成限制政府经济行为的事前基准。尽管通过制定详尽的基准将政府经济行为完全纳入市场经济秩序未免不切实际，但对政府经济行为的事前规制而言，基准制度无疑是最佳的工具之选。

（三）作为辅助规制工具的行政裁量理由说明制度。

目前我国地方实践中已经存在针对行政裁量的事后续效机制，例如，《四川省市政府绩效考核标准》就明确列举了对宏观调控进行考核的具体标准。^[14]不难发现这种事后的评价机制实际上是行政法领域成本绩效分析的延续，即运用能够量化的因素来考量调控的效果，其更接近于对宏观调控政治任务的考核。尽管这些可以量化的标准对衡量调控的绩效有一定的作用，但不能完全反映调控行为对市场经济秩序的影响，更不能实现市场机制对政府经济行为的限制功能。这种简单量化的“增长率”考核标准甚至会对政府经济行为形成错误的引导，导致宏观调控只重视经济增长却忽视市场经济秩序的维护。因此，事后问责并不能对政府经济行为的规制有太大助益，基于裁量基准的理由说明制度应当被提高到重要的位置。一旦裁量基准得以确定，那么政府部门依据该基准做出政府经济行为前，则应当进行充分的理由说明。该制度以政府主体法定的、主动的说明义务取代了相对低效的公众参与，并为司法审查创造了便利条件。当然，由于政府经济行为的特殊性，理由说明制度亦需要克服应责困境，现有的信息公开和委员会制度在一定程度上为理由说明提供了条件。^{[13] (p75)}理由说明的制度化的实际以裁量基准的确定为基础，因此只能是辅助性的规制工具。

三、实质依据：经济学理论在政府经济行为规制中的作用

经济学理论的本质是揭示市场经济的发展规律及发挥主观能动性对经济行为的影响。政府经济行为的事前规制策略与行政裁量基准的工具之选决定了规制政府经济行为必须依托经济学理论。首先，通过对市场失灵理论的反思，明确政府经济行为与市场主体自治的大致界限；其次，发挥主观能动性对政府经济行为的影响进行预先判断，并结合具体理论制定科学合理的行为基准；最后，产业政策需向竞争政策过渡，进而为经济学理论的运用创造良好的政策环境。

（一）经济规律与经济学理论的作用。

市场经济秩序的形成取决于主体之间基于自身意图和知识的运用而做出的行动，其本身具备自我调整或自我治愈的能力。^[15]然而，市场秩序亦有难以通过自愈机制克服的不确定因素。在发达市场经济国家，这种破坏力量体现为垄断行为，而在转型国家则是政府对市场经济不当的介入。“弗莱堡”学派对垄断行为的解读颇具说服力。作为一种自由主义的学说，“弗莱堡”学派主张个人知识的有限性和社会分工的必然性。在此基础上，市场主体依照个体知识形成有关自身行为的预期数据。在一定的经济体量下，若个体数据较大，足以影响其他市场主体行为，则该主体倾向于按照自身的计划做出生产等行为，从而试图对市场价格形成影响或控制，这种情况的出现就是垄断。^{[14] (p275-314)}毫无疑问，垄断行为建立在市场秩序的基础之上，其出现源自市场主体对经济规律的预期把握。因此，在发达资本主义国家，对市场秩序的真正破坏力量，来自市场运行中的垄断，以及私人垄

断力量与政治权力媾和后形成的权力中心。而转型国家的政府部门对市场经济的不当介入已经不再通过简单的计划手段，而是试图寻找“合适”的经济理由和“妥当”的经济切入点。不论是西方的垄断行为还是转型国家的政府介入，其本质都是一种利用市场规律实现自身愿望的行为，但愿望的实现最终扭曲了市场秩序。

秩序形成的正常状态下，市场主体的行为动机总是与秩序的运行相统一，此时的市场秩序表现为一种平稳的运行。而当强势主体以自身的愿望左右秩序的时候，发挥主观能动性对不当行为进行克服就成了必然选择。如果说秩序的平稳运行展现了市场规律经验性的一面，那么对市场秩序破坏力量的克服无疑是理论先验性发挥作用的最佳时机。历史主义早已被抛弃，仅满足于与实际状况亦步亦趋的经验主义难以实现对市场秩序的维护，对非常规因素的克服必须发挥理论先验性，实现对规律的预先判断。^{[15] (p5-7)} 诚然，只有经验可以告诉我们客观现实状况，脱离了经验，我们常常无法迈出解决具体问题的第一步。但对特殊行为的动机、可行性、造成的后果等因素的了解并非完全来自经验，而是更多地来源于合理的假设与推理。只有推理的过程能够阐释什么是自然垄断、什么是企业的治理结构、什么是某一行动对市场价格的影响。如同克服垄断必须发挥理论先验指导力一样，对政府经济行为的规制也必须发挥经济规律的制约作用。与其像传统法律部门一样苦苦追寻对权力的制约、单纯地考察主体之间的制衡与程序上的参与，不如借助经济学理论来制约政府经济行为。

（二）政府经济行为与市场主体自治的大致界限。

市场失灵理论的确在许多场合为政府经济行为的做出提供了理论依据，但以下情形并不是真正的市场失灵：市场一旦出现问题政府部门就进行接管，不留给市场机制发挥作用的空间，而不当干预造成的市场问题往往只能由政府进一步干预来解决，继而造成“越干预越需要干预”的路径依赖。假性的市场失灵问题自然不能成为政府经济行为做出的依据，即便是真正的市场失灵问题，是否必须通过政府干预来克服亦不无疑问。有观点认为私人主体与政府部门的行动目标是相异的，私人企业倾向于个体利益的最大化，而包括国有企业在内的公共部门是以公共利益为目标的。然而，依照现代福利经济学的理论，“如果竞争足够充分，私人利益与公共利益是完全一致的”。^{[16] (p60)} 只要保障充分的市场竞争，私人主体的行为效果将不断向实现社会公共利益靠拢。更为重要的是，公共部门可能出于特定目的而做出的经济行为并不一定符合社会利益。信息能力不足、竞争机制缺失以及激励函数不确定致使在许多问题的解决上，政府部门相较于市场机制并不存在明显的优势。^{[17] (p57)}

有些“市场失灵”并非真正的市场失灵，政府干预也不一定能够有效地解决市场失灵问题，因此规制政府经济行为必须首先限制政府干预的大致领域，并反思考察政府干预的方式与手段。经济学对政府干预领域的界定比“市场机制解决不了的领域”“政府应当解决社会不公”等政策性表述更加精准。例如，政府应当在无法通过分散化表决的方式做决定的事项上进行干预，具体包括规则的制定与裁决、回应垄断或者负外部性问题、政府根据家长主义的理由而采取的行动。^{[18] (p30-41)} 前两者主要涉及政府规制领域，而第三方面则主要涉及社会福利问题。之所以进行这么严格的限制，原因在于与市场通过基于明确产权的平等协商不同，政府经济行为采取的是集体决议或少数服从多数的决策机制，这种决策机制实际上限制了市场主体运用信息进行自主决策的权利。

划分政府经济行为和市场自治的界限对参与型政府经济行为的规制至关重要。以往观点认为，政府部门应当主动承担提供公共产品的职责，但实际上市场经济中并不存在当然可由政府参与的领域，政府参与市场经济必须经过科学的论证。只有在竞争机制失灵的场合，政府才有直接参与市场经济的空间，且在参与过程中亦应当采取对市场机制影响最小的方式进行，能够通过特许经营、公私合作方式的，则不应当使用直接投资经营的方式。^{[19] (p73-104)} 与此同时，要严格禁止行政摊派等政府部门直接以权力影响市场交易的行为。

（三）经济学理论在裁量基准制定中的运用。

在划定政府经济行为与市场自治大致界限的前提下，针对不同种类的政府经济行为制定具体的事前裁量基准是规制政府经济行为的根本出路。尽管货币政策、财政政策等调控手段已经进入常态化阶段，但这并不代表着宏观调控行为已经实现了规范

化的目标。首先，具体调控手段的选择应当尽量减少对市场经济的不良影响，例如，在选择货币政策工具时，若可以通过公开市场操作等手段调控经济，则不能直接印发货币。其次，规制政府经济行为应当确保决策者的独立性，比如，中国人民银行依法独立地制定货币政策。最后，加强事前基准的制定，基于宏观经济学理论对一定时期经济发展或经济波动规律的认识，在货币、税收、财政转移支付、房地产调控等政策制定环节应当尽快形成相对细致的公式化的决策基准并予以公布，并依据相应的基准做决策，从而展现经济学理论在行为决策中的关键作用。

经济学理论在规制参与型政府经济行为上亦发挥重要作用。以政府补贴为例，政府主体应当结合经济学理论综合考量政府补贴对有关企业及市场经济秩序造成的利弊影响，继而出台事前补贴基准，并严格按照基准发放补贴。同时，政府部门应在制定补贴等优惠政策标准的基础上反思现行产业政策的利弊。对特许经营而言，亦应当在招投标、项目运营等环节制定翔实的裁量基准，从而制约政府权力的运用。综上所述，尽管政府经济行为裁量标准的制定需要经济学与法学的深度融合，而且是一个漫长而富有挑战的过程，但其展现了政府经济行为规制的可行出路。

（四）产业政策向竞争政策的过渡。

政府经济行为往往以其背后的产业政策作为直接依据。¹⁶有效的市场和有为的政府并存，是产业政策的理论前提。作为国家干预市场经济的主要手段，产业政策往往以对不同市场主体的差别待遇作为核心特征。而这种差异性需要进行充分论证，否则很可能破坏市场机制。

目前，我国产业政策依旧存在诸多直接干预、限制企业自由竞争的因素。在财政补贴、税收优惠等行为方面，继续强调行政因素的影响，以经济行为的名义掩盖了行政权力直接干预的本质。特别是国有企业在目标激励和人事任免等方面的缺陷，导致长期重复投资以寻求政治威望、在职利益等非货币性利益的行为长期存在。在许多行业依旧存在着大量的准入管制，这些准入管制以不当的产业政策为目标，致使民营企业难以进入相关行业。目前我国产业政策分为鼓励、限制和禁止三大门类，每一分类的下设目录都规定了详细的准入条件。¹⁷但这些准入条件是否经过合理的论证值得怀疑。对国有企业而言，产业政策难以脱离政治生态和路径依赖；对民营企业而言，企业在产业政策放宽投资的领域往往蜂拥而上，在扩大投资规模的同时降低了投资利润率。^{[20] (p130)}

不难发现，依照产业政策做出政府经济行为的本质，是对不特定市场主体实施的差异性干预，而这种干预已然产生了不少弊端。有观点认为，政府职能应当由制定和实施产业政策向加强服务转移。一方面是为微观经济主体的企业创造良好的经济社会环境，以提供经济发展所需的软件和硬件基础设施；另一方面则需要强化社会公共服务，通过转移支付等财政手段支持教育、科技、社会保障、公共医疗卫生、环境保护等社会发展项目，为全体公民参与市场竞争创造公平的起点。^{[21] (p63)}此外功能性产业政策的主张认为，政府产业政策应当向以下方面转移：政府基础设施建设的职能，对自然垄断、外部性、信息偏在等问题的克服。^{[22] (p83)}服务性产业政策与功能性产业政策的主张已经远远超出产业政策的范畴，其主张政府干预的有限性、间接性，以修正以主动性、直接性、选择性为主要特点的产业政策，进而发挥市场机制的决定性作用。^{[23] (p65-68)}这一观点与产业政策应当向竞争政策转变的观点不谋而合。¹⁸

不论是强调政府职能的转变，还是向克服市场失灵的功能性产业政策的演进，都应以市场竞争作为最终的落脚点。反垄断政策、反不正当竞争政策、市场准入政策都是竞争政策的代表，这些政策以市场经济规律为基础，理应成为深化市场经济改革中公共政策的主体部分。政府经济行为的做出，应以整个市场经济秩序和体现该秩序的竞争政策为准绳。这为政府经济行为的规制扫除了障碍，为经济学理论在规制政府经济行为中的运用营造了良好的政策环境。

结语

实现现代化经济体系的构建需要更加完善的市场经济体制，而市场经济体制的完善则需要规范政府经济行为。政府经济行

为的规制与构建更加安全有效的宏观调控体系等目标不谋而合，对全面深化改革具有非常重要的意义。尽管现代行政法已经为政府经济行为的规制提供了形式手段，但归根结底还需要依托经济学理论的适用。规制政府经济行为，一方面需要将政府干预拆解为规制行为和政府经济行为，并将后者纳入统一的市场经济秩序；另一方面必须借助经济学理论和经济规律的作用，促使决策者遵守秩序、敬畏规律。

参考文献：

- [1]王全兴，管斌. 市场化政府经济行为的法律规制[J]. 中国法学，2004, (1).
- [2]薛克鹏. 经济法基本范畴研究[M]. 北京：北京大学出版社，2013.
- [3]张守文. 经济法学[M]. 北京：北京大学出版社，2014.
- [4]金善明. 竞争治理的逻辑体系及其法治化[J]. 法制与社会发展，2020. (5)
- [5]张守文. 经济法中的乏力及其类型化[J]. 法制与社会发展，2020, (2).
- [6]尹亚军. “中国经济法学”：一个理论命题的形成[J]. 经济法论丛，2018, (6).
- [7]席月民. 依法调控经济的程序与责任保障[J]. 中国法律评论，2015, (3).
- [8]沈岿. 行政监管的政治应责——人民在哪？如何回应？[J]. 华东政法大学学报，2017, (2).
- [9]王贵松. 行政活动法律保留的结构变迁[J]. 中国法学，2021, (1).
- [10]周佑勇. 行政裁量治理研究——一种功能主义的立场[M]. 北京：法律出版社，2008.
- [11]何海波. 实质法治：寻求行政判决的合法性[M]. 北京：法律出版社，2009.
- [12][德]哈贝马斯. 在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论[M]. 童世骏，译. 北京：三联书店，2003.
- [13]陈斌彬. 论中央与地方金融监管权配置之优化——以地方性影子银行的监管为视角[J]. 现代法学，2020, (1).
- [14][德]瓦尔特. 欧根. 经济政策的原则[M]. 李道斌，译. 上海：上海人民出版社，2001.
- [15][奥]路德维希·冯·米塞斯. 经济学的认识论问题[M]. 梁小民，译. 北京：经济科学出版社，2001.
- [16][美]斯蒂格利茨. 政府为什么干预经济？[M]. 北京：中国物资出版社，1998.
- [17]刘大洪，李华振. 政府失灵语境下的第三部门研究[J]. 法学评论，2005, (6).
- [18][美]米尔顿·弗里德曼. 资本主义与自由[M]. 北京：商务图书馆，2006.

[19]Oliver E. Williamson, Franchise Bidding for Natural Monopolies-In General and with Respect to CATV[J]. Bell Journal of Economics, 7(Spring 1976).

[20]黎飞靖, 李耀涛. 产业政策鼓励了公司投资吗? [J]. 中国工业经济, 2014, (5).

[21]田国强. 中国经济发展中的深层次问题[J]. 学术月刊, 2011, (3).

[22]黄先海, 陈勇. 论功能性产业政策——从 WTO “绿箱” 政策看我国的产业政策取向[J]. 浙江社会科学, 2003, (2).

[23]黎文靖, 郑曼妮. 实质性创新还是策略性创新? ——宏观产业政策对微观企业创新的影响[J]. 经济研究, 2016, (4).

注释:

1 以“国家调节说”即著名的“三三理论”为例, 其理论体系的构建就借助了市场失灵理论。其认为市场存在的三缺陷是指市场障碍、市场唯利性、市场的被动性和滞后性, 为了克服市场的以上三缺陷, 国家分别采取了三种调节方式: 针对市场不良竞争秩序引起的妨碍自由和公平竞争构成的市场障碍, 国家以强制力进行反垄断、反不正当竞争予以排除。针对市场的唯利性引起的某些经济领域投资空白, 采用国家直接投资的进入和退出方式, 一方面国家在进行投资时尽量考虑市场因素尽可能引进市场机制作用; 另一方面, 国家应当根据情况变化适时调整国家投资规模、方向和重点。针对市场的滞后性和被动性引起的某些领域投资膨胀和生产过剩而另一些领域投资不足, 进而引发的结构比例失调、经济波动、危机频繁, 采用国家指导、促进或称为国家宏观调控。参见漆多俊:《经济法基础理论》, 法律出版社 2008 年版, 第 68 页。

2 以“需要国家干预说”为例, 该理论就强调国家干预必须立足市场经济发展的现实需要。参见李昌麒主编:《经济法学》, 法律出版社 2010 年版, 第 53 页。

3 参见徐澜波:《论宏观调控法的调整方法——从经济法的调整方法切入》, 载《法学》2020 年第 7 期。

4 参见龚红、朱翎希:《政府研发与非研发补贴“光环效应”对企业外部融资的影响——来自新能源企业的实证》, 载《科技进步与对策》2021 年第 4 期。

5 由于钢铁行业产能利用率下降达 10%之多, 国务院 2016 年 2 月出台的 6 号文件就提出了 5 年内化解过剩产能 1 亿~1.5 亿吨的目标。然而事与愿违, 文件出台后的钢铁产量却连续增长, 许多濒临停产的钢铁企业又开始复产。田国强:《供给侧结构性改革的重点与难点——建立有效市场和维护服务型有限政府是关键》, 载《人民论坛》2016 年第 7 期。

6 竞争中立政策指, “政府及其拥有企业的商业活动不得因其公共部门所有权而享有额外的竞争优势”。参见胡海涛、刘玲、董婷婷:《竞争中立视野下国有企业法律治理研究》, 载《河北科技大学学报(社会科学版)》2021 年第 1 期。

7 拆解国家干预概念即将国家干预行为中的宏观调控行为作为政府经济行为来看待, 而将市场规制行为作为对市场主体行为的规制行为来看待。

8 广义经济法的研究方法滥觞于“国民经济运行法论”, 其提倡对经济法的研究要突破传统的法律部门的障碍, 将经济法视为与经济运行有关的法。这样的法律思潮与经济法虚无论下的“学科经济法”和仅将经济法视为一种研究方法的论断截然不同。参见刘瑞复:《经济法: 国民经济运行法》, 中国政法大学出版社 1994 年版。

9 “传送带”理论旨在借助立法权的正当性为行政活动提供合法性的评价，具备很强的形式法治属性。参见[美]理查德·B.斯图尔特：《美国行政法的重构》，沈岷译，商务印书馆2002年版，第11页。

10 2019年5月8日，国务院制定公布了《重大行政决策程序暂行条例》，其中第三条对重大行政决策进行了界定，按照该条规定，重大行政决策涵盖了公共服务、市场监管、社会管理、环境保护、经济社会发展规划、重大公共建设项目，以及其他对经济社会发展有重大影响的决策事项。政府经济行为过程中的各项决策实际应当归属重大行政决策的范畴。

11 即使是存在《联邦行政程序法典》的美国，亦只能是针对共通性的程序制定原则性的规定。程序性立法往往无法事无巨细地规定程序细节。参见李烁：《论美国行政程序违法的法律后果》，载《比较法研究》2020年第1期。

12 在重要决策中，专家论证与公众参与分别基于理性和参与发挥作用。在同一个决策中，公众关注的焦点常常与专家意见存在很大的分歧。参见郭传凯：《人工智能风险规制的困境与出路》，载《法学论坛》2019年第6期。

13 参见苏宇：《面向不确定性的行政裁量及其法律控制》，载《经贸法律评论》2020年第4期。

14 依照《四川省市政府绩效考核指标》，从职能职责角度宏观调控的评价标准如下：地区生产总值增长率；规模以上工业增加值增长率、服务业增加值增长率；地方公共财政收入增长率、税收收入占地方公共财政收入的比重及变化率；全社会固定资产投资额、社会消费品零售总额增长率、外贸进出口额；地方政府性债务率和新增债务率；高新技术产业总产值、淘汰落后产能任务完成率等。

15 市场经济秩序是自生自发的，而非任何主体通过理性构建起来的产物。参见[英]哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，三联书店1997年版，第39—44页、第70—73页。

16 产业政策是政府为了实现国民经济和社会发展目标而制定和实施的规划、引导、促进、保护、扶持、调整和限制等各种政策措施的总称，其由产业结构政策、产业布局政策、产业技术政策组成。参见薛克鹏主编：《经济法学》，中国政法大学出版社2018年版，第371页。

17 参见江飞涛：《中国竞争政策“十三五”回顾与“十四五”展望——兼论产业政策与竞争政策的协调》，载《财经问题研究》2021年第2期。

18 竞争政策可在狭义与广义两个层面进行界定。狭义的竞争政策专指那些鼓励竞争、限制垄断的反垄断政策；广义的竞争政策则涵盖了为维持和发展市场竞争机制所采取的各种公共措施。参见徐士英：《竞争政策视野下行政性垄断行为规制路径新探》，载《华东政法大学学报》2015年第4期。产业政策向竞争政策的转变已经成为学界的主流共识。参见王先林：《强化竞争政策基础地位背景下的〈反垄断法〉修订》，载《竞争法律与政策评论》2020年第6期。