

经济法主体制度重构: 一个常识主义视角

焦海涛^{1 2}

(1. 中国政法大学 博士后科研流动站 北京 100088; 2. 安徽大学 法学院 合肥 230601)

摘要: 在经济法主体制度研究中, 长期以来存在一个被视为理所当然的理论预设, 即法律主体的专属性理论。该理论的核心观点是法律主体与部门法之间具有对应关系, 独立的法律部门必然有独特的法律主体。但法律主体的专属性理论本身是对法律主体理论的常识性误读。专属于某一部门法的主体实际上是不存在的, 同一个主体因参与的法律关系不同, 会享有不同的权利义务, 从而成为不同部门法的主体。某一主体成为经济法主体, 仅意味着其参与了经济法律关系, 并不是指该主体本身为经济法所独有。换言之, 经济法主体只是该主体因从事经济法中特定行为而呈现的一种角色而已。基于此, 我们不能从主体的具体形态而只能从角色角度来界定经济法主体的含义及类型。经济法主体由此可被分为管理主体与被管理主体两类。每类主体身份的获得, 均应根据其从事的法律行为的属性来具体识别。

关键词: 经济法主体; 法律主体的专属性; 角色主体; 主体识别; 常识主义

中图分类号: DF41 文献标志码: A DOI: 10.3969/j.issn.1001-2397.2016.03.07

一、问题与立场

法规人的行为, 而行为总由主体实施, 故主体制度属于部门法中的基础性制度。一个成熟的部门法学理论, 应在主体制度上达成共识。但如同经济法中其他制度一样, 主体制度的建构之路同样存在较多的争论。在 20 世纪后期及 21 世纪初, 学界集中讨论经济法主体制度的文章较多, 但观点极为分散; 近年来, 有关经济法主体制度的文章明显

变少, 内容则更偏向于批判^①。有关经济法主体制度与理论的研究进入了总结、整合与反思的阶段。

经济法相对传统法而言属于新生事物, 对新生事物的争论有利于人们了解并认可该事物。但早期争论因事关经济法地位, 或多或少带有一些“意气”性质, 有时甚至偏离了基本的学术理性。这种争论的积极效果立竿见影, 经济法的地位现在基本无人质疑, 但其“后遗症”也逐渐暴露出来了——经

收稿日期: 2016-01-30

作者简介: 焦海涛(1982), 男, 安徽无为人, 中国政法大学博士后科研流动站研究人员, 安徽大学法学院副教授, 法学博士。

^① 代表性文章如: 李友根. 论经济法主体[J]. 当代法学, 2004(1): 68-75; 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[J]. 法商研究, 2007(4): 80-88; 孟庆瑜. 反思与前瞻: 中国经济法主体研究 30 年[J]. 云南大学学报: 法学版, 2009(1): 77-81; 张继恒. 经济法主体理论的再证成[J]. 甘肃政法学院学报, 2013(6): 116-125; 张继恒. 社会中间层的经济法主体地位析辩——由“三元框架”引发的思考[J]. 法制与社会发展, 2013(6): 76-87.

济法似乎成了被学界误解最多的法律部门。

学术争鸣应恪守学术理性,恪守学术理性的一个基本要求便是尊重常识。常识是十分简单的基础性问题,只要说出来,大家都能理解,但常识通常又是很容易被人们遗忘或忽视的知识。常识是各种理论应共同遵守的基础,学术交流、学术论争应建立在常识之上。偏离常识可能会使学术研究走向目标的反面,也可能使各种观点间因缺少共同基础而引发不必要的争论,或诱发针对假想问题的伪争论^①。

在经济法主体制度研究中,长期以来存在一个被视为理所当然的理论预设,即“独立的法律部门必然有独特的法律主体”^[1]。由于经济法学人早期倾向于从主体形态角度列举经济法主体的类别,而这些形态在其他部门法尤其是民商法、行政法中早就存在了,这很容易使人们认为经济法没有自己独特的法律主体。在法律主体与法律部门一一对应的观点的影响下,很多人自然对经济法的独立性难以认同。针对这种批评,经济法学界很少对法律主体与法律部门一一对应的理论进行反思,相反,大多经济法学人依然“囿于主体独特性的强制性证成思路”^[2],想方设法证明经济法有自己的独特主体。一个重要例证就是,很多人提出了第三部门、第四部门的经济法主体地位问题^②,认为这类主体在传统部门法中并未涉及,而它们恰恰是经济法的重要主体。

将法律主体与法律部门对应起来的观点,我们暂称之为“法律主体的专属性理论”。在这种理论预设下论证经济法主体的独特性,固然能够让入体会到经济法主体制度的特殊性,但也容易加深人们对经济法的误解。本文的观点是:法律主体的专属性理论本身是对法律主体理论的常识性误读,不仅在理论层面难以自圆其说,也与法律实践严重不符。在这种理论预设下研究经济法主体制度,难免会犯上先入为主的错误,也会撕裂经济法主体制度与其他法主体制度之间的内在关联。

在批判法律主体的专属性理论的基础上,本文

还将重申如下几个法学常识:(1)经济法中是否有必要构建独特的法律主体制度?(2)行政机关执行的法都是行政法吗?(3)为什么经济法的执法机关主要是行政机关?(4)第三部门能否成为与政府相并列的经济法主体?(5)经济组织法或市场主体法能否作为经济法体系的构成部分之一?后文会对这些问题作出一一分析,并据此来重新解释、建构经济法主体制度。

二、法律主体的专属性:一种常识性误读

法律主体的专属性理论认为,每个法律部门都有自己独特的法律主体。换句话说,缺少独特的法律主体制度,法律部门的地位就不能成立,学界一度视此理论为经济法主体制度研究的圭臬。即便有经济法学人从形式上的规范性法律文件中提取或提炼出了经济法主体的独特类别或特殊属性,大多数人还是认为,这些经济法规范中的主体无非是抽象的或具体的国家机关、第三部门和市场主体,而这些主体行为资格的获得通常都依据相关的组织法或民商法,与经济法并无必然关联,它们实际上还是行政主体或民事主体。

在现行制度框架内,经济法主体的确并非都是依据经济法规范而成立的主体,那么在理论上,是否需要由经济法来专门规定其主体资格的取得方式,也即有没有必要建立经济法中独有的主体制度?这一问题的实质是经济法主体的独立性。

我们先看看其他部门法的主体是否独立。通常,民商法将民事主体分为自然人、法人和非法人

^① 相关论述可参见:焦海涛,论常识主义经济法观——以若干重要的经济法基础理论问题为分析对象[G]//漆多俊,经济法论丛:第27卷.北京:法律出版社,2014:1-27.

^② 经济法学界有大量论著研究了第三部门的经济法主体地位问题,有关第四部门的研究则主要不在经济法学界。但也有学者论述了第四部门的经济法主体地位问题,代表性文章如:赖朝晖,论经济法与行政法划分悖论的破解——以“第四部门”和社会中间层为突破口[J].广西政法管理干部学院学报,2003(3):63-64.陈云良,陈婷,银监会法律性质研究[J].法律科学(西北政法学院学报),2012(1):74-83.

组织;行政法法中的主体主要是行政主体、行政相对人及行政监督主体;刑法中的主体主要有犯罪嫌疑人、被害人、公诉机关等。从形式上看,这些主体的称谓,在各个部门法中的确不同,但这些不同的称谓能说明其专属性吗?例如,行政主体主要是行政机关,而行政机关就是法人的一种,行政相对人则主要是自然人、法人或非法人组织;刑法中的犯罪嫌疑人,无非也是自然人、法人或非法人组织。可见,这些不同称谓所指向的对象,很可能是一致的。或者说,从主体形态角度看,民商法中关于民事主体的三分法——自然人、法人和非法人组织,已经穷尽了所有其他部门法中的主体。

之所以会有这种内在关联,是因为主体资格在一国法的体系中属于基础性问题,往往由一些基础性法律部门予以规定,其他部门法承认这种规定即可,而无须再专门规定。例如,自然人的主体资格由民商法中的权利能力与行为能力制度规定,在民商法中被认为具有完全行为能力的主体,其他法中一般不会作出相反认定;企业的主体资格除适用一般性的民事主体规定外,还有专门的企业法;国家机关的组织机构由具有宪法性质的组织法加以规定。这些法中关于主体资格的规定,在各部门法中都是适用的,也是各部门法发挥调整作用的基础。

由此可见,各部门法主体之间并非泾渭分明的并列关系。同一个主体,因参与的法律关系不同,会享有不同的权利义务,从而成为不同部门法的主体。作为外在形式,该主体也可能会获得一个独特的称谓,但称谓与主体资格之间没有必然联系,因此,部门法主体的独立性基本是不存在的。不同部门法主体之间的区别,主要在于其从事的行为不同,因而权利义务也就不同。从这个角度看,我们可以说每个部门法都有其独立主体,但这里的独立性,不体现在主体形态上,而是体现在其所享有的具体权利义务之中。同样地,我们之所以说某个主体是经济法主体,仅意味着该主体在特定的法律关系中享有经济法中的权力(利)、承担经济法中的义务,而非意味着该主体本身是经济法所独有的。

当然,每个部门法都有其自身特殊性,而基础性部门法中关于法律主体的规定,只能是一般主体,一般主体的规定有时可能无法满足特殊需要,故有些部门法可能会对一般主体提出特别的资格要求,或者也会设定一些独特主体。换言之,据特定部门法的法律规范而成立的主体有时也会存在,这时,这些主体就构成了该部门法中的独特主体。在经济法中,有些学者将这类主体称为狭义的经济法主体,将规范这类主体设立的制度称为“经济法主体制度”^[3]。例如,中国人民银行、政策性银行,就是我国经济法中的独特主体。

承认某些部门法中有其独特主体,也不意味着该主体具有专属于该部门法的独立性。独特主体只是某部门法基于特殊需要而设立,该主体成立之后,在其生命周期内也可能会参与到其他部门法的法律关系之中,从而成为其他部门法的主体。例如,我国的中国人民银行在履行中央银行职能之外,也要参与众多的民事、行政等法律关系,进而也可能成为民事主体、行政主体。

总之,“各部门法主体的特殊性,并非在于其创造一种新的主体,而是基于本身调整任务、调整对象的特殊性,而从各个不同的层面赋予主体以特殊的权利义务,从而形成一种不同于其他部门法的法律主体制度”^[1]。

三、经济法主体的性质:角色主体

(一) 经济法主体的角色属性

法律主体既然不存在部门法的专属性,就意味着同一法律主体的角色是多元的。经济法主体就是一种角色主体。具体来说,某一主体成为经济法主体,仅意味着其参与了经济法律关系,并不是指该主体本身为经济法所独有。经济法主体只是该主体因从事经济法意义上的特定行为而呈现的一种角色而已,大部分经济法主体都同时或先后参与民事、行政等其他法律关系。尽管经济法也有其独特主体,但总体上非常少,且这些主体也可能参

与到其他法律关系之中,经济法主体也不过其一种角色而已。法律主体的角色属性意味着不同部门法主体的形态之间必然会发生交叉,而不可能是一一对应的,所以,在经济法规范中出现传统民商法或行政法中的主体形态,再正常不过。

事实上,在法律发展高度整合的今天,法律主体与部门法之间一一对应的关系已被打破,任何主体都可能因从事的行为具有不同性质而成为不同部门法的主体,也即任何部门法的主体都不是一种专有主体,故角色主体可看作所有部门法主体的共性。但在新兴部门法中,主体的角色属性显得更为明显。传统法在其产生与发展的过程中,主体制度及主体理论往往非常丰富,因而至少在较长一段时期内,其主体的角色属性并不明显。只不过新兴部门法产生之后,依传统部门法中主体制度而成立的主体,也会参与到新兴部门法的法律关系之中,从而使得传统部门法的主体逐渐角色化。

经济法主体的角色属性会随着一国经济发展到高度社会化阶段逐渐从民事主体中分化出来。由于在一国法的体系中,经济法是一个比较特殊的法律部门,其价值追求与制度设计与传统部门法相比有较大不同,故经济法主体制度也会呈现出一些独特性。在历史上,经济法是作为传统民商法的补充而出现的,经济法主体同样是对民事主体制度的扬弃。民事主体制度的典型特征是自足性与抽象性,即在确立了相当完备的主体制度的同时,又将现实中各不相同的主体在法律上设定为一律平等的抽象人格。经济法在这方面不同于传统民商法,它一方面对法律主体的资格不作过多要求,更多地准用民商法的规定,而仅仅赋予其一种新的角色,另一方面又充分关注不同法律主体之间的经济地位差异。具体而言,从与民事主体相比较的角度而言,经济法主体的角色性又有如下不同:

第一,经济法主体是一种以差异化为基础的具

体主体。经济法是一种追求实质公平的社会本位法,实质公平与社会本位必然要求立法者在设计法律制度时,发现并尊重主体间的差异,以便不同情

况不同对待。为此,在主体制度方面,经济法必然超越民商法的抽象人格,设定一个个具体人格。消费者与经营者的区分,中小企业与大企业的区分,低收入群体与高收入群体的区分等,都是经济法主体具体化的表现。设定具体人格的目的,是为了发现主体间的差异,因为只有是具体的,才可能是差异化的。在差异化的具体人格之上,经济法才能在制度中做到控扶结合、区别对待。通过分析经济法中的很多具体制度,我们会发现,那些在经济领域处于弱势地位的主体,往往会受到制度上的特别优待,这样做并不是在保护劣汰、惩罚优胜,而是在维护某一特定群体的利益,在追求实质上的公平。这一目的的实现,离开主体制度中具体人格的设定,是无法完成的。

第二,经济法主体之间在权利义务分布上具有明显的非均衡性。在民法制度中,民事主体之间的权利义务在通常情况下具有一致性,很少有哪一主体的权利或义务压倒性地超过另一方。但在经济法中,主体间权利义务一致性的情况大多数时候不复存在。一方面,总体来说,经济法中管理主体与市场主体之间的权利义务分布是非均衡的。经济法中的权力(利)规范,明显向管理主体倾斜,而义务规范则主要是约束市场主体的。也就是说,经济法中管理主体的权力(利)较多,而市场主体的义务较多;经济法对管理主体来说主要是授权法,而对市场主体来说则限制效果更为明显。权利义务的

非均衡性也会影响责任分布。总体而言,经济法对市场主体的责任规定偏多,对管理主体的责任规定较少,甚至很多领域根本就没有管理主体实体责任的规定。另一方面,在市场主体内部,经济法规范也会根据市场主体经济能力或行为表现的差异,为不同市场主体设定程度不同的权利义务。一般来说,在强势方与弱势方、正外部性与负外部性、经济价值与社会价值等方面加以区分,是众多经济法制度的典型特征。据此,经济法规范往往会给弱势方更多的保护(权利),给强势方更多的限制(义务);对正外部性行为予以更多的鼓励(权利),对负外部

性行为设置更多的制约(义务);对追求单一经济价值的行为施加一定的约束(义务),对经济价值与社会价值并重的行为则给予更多的支持(权利)。

对权利义务的非均衡性,需要特别说明的是,这并非经济法的缺陷,而是经济法实现其调节经济目标时的必然选择。因为一方面,“市场失灵”本身就是市场主体滥用私权的结果,作为一种纠正机制,经济法必然会赋予管理机关更多的职权,而对市场主体的行为予以较多限制,从而在结果上,市场主体的经济法义务与责任自然较多。另一方面,单就市场主体的行为来说,经济法要想追求实质公平的目标,也必须予以区别对待。这正是经济法与民商法在价值目标以及实现价值目标的具体机制上的不同。

此外,经济法规范看似对管理主体特别优待,还有一个原因,即对经济管理主体的规制与调控,都旨在解决极为复杂的“市场失灵”问题,对其赋予较多义务可能会妨碍其能动作用的发挥。我们知道,再专业的经济管理主体也无法对客观经济形势作出完全准确的预测,故规制或调控是否适当、有效,很多时候经济管理主体自身也无法控制,或者说,经济管理的失效或失败有时因能力不足,而非主观过错。在通常情况下,我们既不应要求一个主体从事超出其能力范围的事,也不应在其因能力不足而失败时要求其承担法律责任。

(二)角色解释:经济法执法主体为什么主要是行政机关

尽管我们可以从多个角度论证经济法独立于行政法,但一个无法否认的现实是:从形式上看,经济法的执法主体主要都是行政机关,而行政机关一般被认为是行政法中的重要主体。这时,一旦我们固守法律主体的专属性理论,很容易就会认为,经济法不过是行政法的分支之一。事实上,在行政法学界和经济法学界,都有将经济法看作行政法分支的“经济行政法”观点,即认为行政法调整经济行政关系所形成的子部门法就是经济法。对这一问题,依据前述的角色理论,我们可从以下两个方面来

解释:

1. 行政机关执行的法都是行政法吗

行政机关执行的法是否都是行政法,原本是个很明确的问题,但在界定经济法与行政法之间关系时,有人基于行政机关作为经济法执法机关这一现实,认为经济法包含在行政法之内,这实际上就是将行政机关执行的法都作为行政法看待了。这明显是一个常识性错误。既然法律主体都具有角色属性,则行政机关并不必然专属于行政法。如果我们将行政机关执行的法都看作行政法,那么现代国家的法律实际上就只有三类:一是基本无须公权力机关执行的民商法;二是依赖法院或仲裁机构执行的诉讼与非诉讼程序法;三是行政法。

事实上,行政机关作为国家公权力机关,是行使行政权的主体,任何法律部门,只要依赖于公权力机关的执行,都离不开行政机关。除行政法之外,经济法、劳动法、环境法,甚至婚姻法、刑法等法律部门的执法活动,都直接或间接由行政机关来完成。即便是合同法,有时也需要公权力机关的介入,如我国《合同法》明确规定,工商行政管理部门和其他有关行政主管部门在各自的职权范围内,依照法律、行政法规的规定,对利用合同危害国家利益、社会公共利益的违法行为负责监督处理。很明显,行政机关执行的法远不限于行政法。

2. 为什么由行政机关来执行经济法

在否认法律主体的专属性之后,可以明确的是,由行政机关来执行经济法,在逻辑上与现实中都不会存在问题。就像民事主体从事的行为并不都是民事行为一样,行政机关执行的法也不当然都是行政法。亦如同民事主体可能成为其他部门法主体一样,行政机关从事的行为也可能并非单纯的行政法意义上的行政管理。

前面说过,在法律发展高度整合的今天,专属于某一部门法的主体几乎已经不复存在,每个部门法中的主体都是一种角色主体。既然如此,同一主体在不同情况下,就可能承担不同角色,因此也就具有不同的地位。在具体的法律关系中,我们应

当根据其行为的性质来认定其归属,从而决定其法律地位。例如,工商行政管理机关在我国当前承担的职能有多项,既负责企业登记、商标管理,又担任维护市场秩序的基本职责,如预防和制止某些垄断行为及损害消费者权益的行为等,但在从事不同职能时,尽管都是同一个工商行政管理机关,其角色及具体享有的权利(力)、义务是不同的。

之所以将经济法的执法工作主要交给行政机关,是因为经济法所调整的行为是一种管理行为,既然具有管理属性,主要由享有行政权的公权机关来承担这一职能,从现有国家机构及其职能设置来看并无不妥。在国家出现一项新的职能时,如果该职能与已有的基本国家职能没有本质差异,就无必要创设一个与已有国家机关性质完全不同的新机关。一般只需要根据新职能的属性,交由已存在的执行类似职能的某机关承担;即便新职能比较特殊,需要创设新的执行机关,也会首先考虑在原有立法、行政或司法体系内创设一个新机关。国家职能总是不断膨胀的,一个国家机关只能行使一项国家职能,既不现实也无必要。

当然,我们说经济法的执法机关主要是行政机关,并不意味着在行政机关之外,经济法就没有其他的执法机关。例如,第三部门在经济法中有时就会被赋予较大的经济管理权;有些国家基于经济法的专业性而设立的独立规制机构,一般被称为第四部门,如美国的联邦贸易委员会、证券交易委员会等,尽管也是经济管理机关,但其性质却不是传统的行政机关。

四、经济法主体的类型:从形态列举到角色概括

(一) 经济法主体的基本类型

从前面的分析可知,不同部门法主体间的主要区别,在于其承担的角色不同,而非具体形态不同。因此,我们不能从主体的具体形态而只能从角色角度来界定经济法主体的含义及类型。角色的背后是权利义务,某一部门法主体总是与该部门法中的

权利义务相联,基于此,经济法主体必然是享有经济法权力(利)、承担经济法义务的主体。权利义务主要体现在法律关系之中,因此,经济法主体也可被理解为参与经济法律关系的主体。法律关系通常因主体行为而产生,故更准确地说,经济法主体,是指从事经济法行为,从而享有经济法权力(利)、承担经济法义务的主体。

经济法主体与依经济法规范而成立的主体不同。不同部门法主体区分的标志,是享有的权利义务或参与的法律关系不同,而不是资格取得方式的不同。如前所述,经济法主体并非都是依据经济法规范而成立,而仅仅是指该主体因行为与经济法发生关联,从而享有某些经济法权力(利)或承担某些经济法义务,至于该主体的资格取得依据,则在所不问。例如,企业参与市场竞争即可享有竞争法权利并承担竞争法义务,从而成为竞争法主体,但企业如何取得经营资格从而成为一个经营者,一般无须竞争法来规定。

在明确经济法主体的含义与判断依据后,还有一个基础性问题——划分经济法主体的基本类型。学界对经济法主体类型的界定大致可分为两种模式:一是单纯的列举,即从主体形态角度列举出经济法主体的具体类别,最常见的列举就是国家(或国家机关)、社会组织、企业(或经营者)和个人(或自然人、消费者)等几类,如有人将经济法主体分为国家、国家机关、经营者、社会团体、消费者^[4],或者政府、经营者、消费者三类^[1];二是列举之外还概括出经济法主体的抽象类别,往往是先进行抽象概括,再进行具体列举。之所以抽象概括,是因为着眼于主体具体形态的列举方式,虽然看起来一目了然,但很难揭示各主体之间的相互关系;而且在列举方式下,各部门法主体之间的差异也不明显,无非就是自然人、法人、非法人组织或这几类主体名称的适度变异而已,因为各部门法主体在形态上本身就没有什么差异。

概括式的主要做法,是从主体职能及主体间关系的角度将经济法主体做相对抽象的分类,如分为

经济行政主体、市场主体与社会中间层主体^[5], 或经济决策主体、经济管理主体与经济实施主体^[6], 或经济管理主体与经济活动主体^[7], 或经济管理主体与被管理主体^[8], 或调制(即宏观调控与市场规制)主体与调制受体^[9]。

概括式的分类方法更能揭示经济法的基本内容及基本属性, 相对较为科学。上述各种观点虽使用的具体称谓并不相同, 但没有本质上的区别, 例如市场主体、经济活动主体一般就是指被管理主体、调制受体, 只不过社会中间层主体(或称社会团体、第三部门)能否与经济管理主体及被管理主体(或市场主体)并列, 还需研究。因为在具体某一行为中, 社会中间层主体可能不是经济法主体, 也可能是经济管理主体或被管理主体。

一般来说, 经济法主体可按经济法的调整对象或体系予以分类。经济法主要调整经济管理关系, 故总的来说, 经济法主体可分为经济管理主体与被管理主体两类。同时, 经济管理关系又包括市场规制关系与宏观调控关系, 故经济管理主体就包括市场规制主体与宏观调控主体两类, 被管理主体包括被规制主体与被调控主体两类, 后两类主体主要是市场主体。作为被管理者的市场主体, 在经济法中主要是企业和消费者。消费者是市场规制法中的主体, 而企业在市场规制法与宏观调控法中都是重要主体。

在经济管理主体与被管理主体这对主体结构中, 管理主体处于主导地位, 被管理主体应接受管理主体的管理, 但这不是说被管理者只能受制于人、被动行事。事实上, 在现代市场经济条件下, 市场主体很多时候是不需要政府管理的, 即使作为被管理者, 市场主体也并不总是处于无权地位。首先, 经济管理属于法定行为, 尤其是市场规制, 法定性要求极高, 故只有市场主体的行为明确满足法定的规制或调控要求时(如从事垄断行为、应税行为), 才可能产生相应的义务或承担相应的责任。在法定情形之外, 市场主体实际上只是潜在的规制或调控对象, 故其行为完全是自由的。其次, 所谓

经济管理, 既有规制又有调控, 在面对直接的市场规制时, 市场主体的实体权利较少, 但宏观调控是一种间接管理, 并不针对某一具体市场主体, 故在宏观调控关系中, 市场主体的行为具有极大的灵活空间(如税收筹划)。再次, 作为被管理者的市场主体, 除了经营者之外还包括消费者, 而消费者显然是被保护的主体, 其享有的权利十分广泛。最后, 在市场规制法中, 市场规制行为虽主要表现为对违法行为的限制、禁止, 但实际上也是对合法行为的鼓励、促进。从这个角度看, 如果某些经营者从事了不正当竞争行为、垄断行为, 其他经营者完全可以主张权利受侵害, 这种权利有人称之为“竞争权”, 包括针对不正当竞争行为的公平竞争权和针对垄断行为的自由竞争权。

此外, 还有一个问题需要特别注意, 即市场主体并非总是处于被管理者地位, 某些市场主体在特定情况下可能会承担一些经济管理职能, 从而成为经济管理主体。例如, 我国的各种国有资产管理公司, 虽性质为企业, 职能却是多方面的, 除管理和经营国有资产外, 通常还参与经济结构调整及资源开发利用, 并支持中小企业发展及重点产业建设, 从而事实上在行使着宏观调控职能。一些政策性经营的企业如政策性银行, 也具有类似的多重角色属性。这种多重属性正好说明经济法主体是一种角色主体, 也即尽管主体仍是同一个, 但因从事的行为不同, 在经济法中的地位就会不同。

(二) 如何看待第三部门、第四部门的经济法主体地位

1. 第三部门

第三部门即社会中间层主体, 它们既是非政府组织, 也是非营利性企业。第三部门在现代社会中广泛存在, 它们在政府干预市场、市场影响政府以及市场主体之间相互联系等方面, 发挥着非常重要的中介作用。在经济法实施中, 第三部门的作用尤为明显。有人基于这种客观现实, 认为第三部门是经济法中独特的主体类型, 甚至将其与政府、市场主体相并列, 视其为经济法中的三大主体之一。

第三部门通常以履行服务职能或协调职能为主,但在特定时候,它们也可能会直接或间接参与经济管理,从而在特定行为中具有经济管理者身份。例如,第三部门可能基于法律、法规的授权或行政机关的委托而参与经济管理;第三部门通过内部行业自律来约束成员企业的行为,实质上也能起到经济管理效果。同时,某些第三部门具有极强的专业性,其行为可能成为经济管理行为展开的依据,例如,会计师事务所的审计结论,一般可直接作为国家机关作出相应法律行为的依据,甚至某些市场主体的经营行为必须经会计师事务所审计后方能发生法律效力。

但另一方面,大部分时候,第三部门都以履行协调或服务职能为主,这时,第三部门的行为并不能被认为是经济管理行为,也就不属于经济管理主体。相反,第三部门本身或组织其会员企业从事经济法中的违法行为时,其行为也须接受经济法的规范,这时,其身份与普通市场主体一样,实际上是经济法中的被管理主体。

可见,第三部门的经济法主体地位不能一概而论,是否具有经济管理主体身份,要视其履行的职能而定。只有当其行使的职能具有直接或间接的经济管理性质时,才能认为它们具有部分的经济管理权,可以成为经济管理主体。但无论如何,第三部门在经济法中要么是管理者,要么是被管理者,不宜与政府、市场主体相并列。

2. 第四部门

第四部门主要指国外存在的独立规制机构。这些机构不是企业,不是第三部门,而属国家机关序列,但它们同时又与普通的行政机关不同,故有人称其为“第四部门”。

独立规制机构在境外较为普遍,美国的联邦贸易委员会、证券交易委员会,日本的公正交易委员会以及英国的金融服务局等,都是独立规制机构。这些机构虽然也由国家设立,属于国家机关范围,但与传统的行政机关相比具有很大不同。第四部门区别于行政机关的主要特征是其独立性与权威

性:一方面,它们不受行政机关领导,在经费、人员等方面,也不受行政机关控制,同时,第四部门的职权通常也较一般行政机关更大,往往集立法、行政与准司法权于一身;另一方面,其成员都为相关领域的专业人士,人员准入门槛较高。这些特征使得第四部门在保持执法的中立性、权威性方面,比其他行政机关更具优势。

第四部门虽然与我们通常所讲的作为经济管理主体的政府不同,但第四部门的出现,主要是避免监管者受其他行政部门或利益集团的影响,以保证其独立决策、独立执行。也即说,第四部门的职能只是对政府履行经济管理职能的部分替代,故其身份仍然是经济法中的管理主体。在我们将经济法主体划分为管理者与被管理者两类时,第四部门是无法与这两类主体并列的。我们最多只能说,经济管理者中既有传统的行政机关,也有新兴的独立规制机构。

当然,我国目前尚没有真正的独立规制机构,在众多的行业监管机构中,有些也采用了与境外独立规制机构非常相似的名称,如国家发展和改革委员会、中国证券监督管理委员会、中国银行业监督管理委员会、中国保险监督管理委员会、国家电力监管委员会、国务院国有资产监督管理委员会等,但这些机构仍隶属于政府,实质上并不具有独立性,不是独立规制机构。

五、经济法主体的识别:角色判断过程

既然专属于某一部门法的主体不存在,在具体行为中,就要识别某一主体的部门法归属。根据前面的界定,识别经济法主体的基础,不在于主体的外在形态,也不在于该主体是否为经济法中的独特主体,而在于就特定行为来说,该主体所享有的权利、承担的义务或参与的法律关系是否属于经济法性质。

通常,识别经济法主体有两个步骤:一是判断主体资格是否存在,即认定某主体是否具备享有经

济法权力(利)、承担经济法义务的主体;二是在资格确认的基础上,判断某主体是否从事了经济法中的行为,从而成为现实的经济法主体。

(一) 资格判断

1. 资格取得的一般情况

资格判断类似于民法中的权利能力与行为能力制度,只有具备相应的资格或能力,才能从事特定行为,进而成为真正的法律主体。由于部门法主体之间是交叉且相通的,在经济法中,主体资格的取得通常遵循作为基础法的组织法和民商法的一般规定。其中,经济管理主体主要属于国家机关,故其资格问题主要由相关组织法规定。就市场主体来说,其行为发生的市场经济环境,也属民商法的调整领域,故其资格主要参照民商法的规定。民法中的法人、非法人组织以及具有相应行为能力的自然人,在经济法中也具有从事相关市场行为的资格,如可参与竞争或成为消费者。当然,上述情况不是绝对的,经济法基于社会公共利益的考虑,有时也会对某些主体在资格上提出特别要求。总体上,经济法的特别要求,可能在以下三种情况下与民商法不同:

第一,比民商法的要求严格。如前所述,经济法中也会有一些独特主体存在,这些主体的资格取得会由经济法专门规定。此时,这些主体固然也属于普通的民事主体,如可能是法人或非法人组织,但又是基于经济法的规范而产生。通常,经济法之所以要作出特别规定,主要是因为对这些主体有着特别要求,如需要承担特别职能或需要特别加以规制,故法律对这些主体的资格取得往往限制得较严,如商业银行、政策性银行或自然垄断企业的设立。经济法中的市场准入制度,主要就是针对一些主体资格有特别要求的市场主体而设立的,而之所以设置准入限制,往往是基于维护社会公共利益的需要。

第二,比民商法的要求宽松。某些主体在民商法中可能不被视为独立主体,但如果经济法中也作相同认定,就可能损害公共利益,经济法可能会将

其作为一个独立主体看待。例如,对机关、高校、部队等非营利性组织的后勤部门,国家税务总局就曾下发通知,规定对该“内部市场”适用税法相关规定^①。

第三,对民商法的规定作出变通。在民商法中被视为相互独立的两个主体,如果其行为具有关联,为实现有效规制或节约资源之目的,经济法中可能将这两个主体视为一体。例如,在1972年“染料案”中,欧洲法院提出了母公司及受其控制的子公司在竞争法中应被视为一体的观点。这就是所谓的单一经济实体原则,各国竞争法理论或实践一般均认可该原则。基于此,一般认为,在竞争法中,判断一个主体是否具有独立性,不能仅看其法律地位,还要分析其经济地位,只有能够独立决策的经济实体才有被视为竞争法中独立主体的意义,因为一旦其被他人控制,其行为对竞争的影响就可以忽略不计^[10]。我国《反垄断法》中也有相关规定:一项达到申报标准的经营者集中行为必须事前申报,但如果参与集中的两个经营者之间具有绝对控股关系或同被另一未参与集中的经营者绝对控股,则申报就没有意义,法律规定这时即便达到申报条件也可以不申报^②。

2. 特定情况下的资格认定

在经济法主体资格认定方面,还有一个特殊问题:按照民商法的规定,某些主体根本不具备从事相应行为的资格,但它却从事了经济法意义上的行为,甚至从事了违法行为,这时,能否将其作为经济法主体呢?

从理论角度看,识别主体的目的是确定权利、义务及责任归属。如果某一主体连资格都未取得,

^① 如财政部、国家税务总局《关于国务院各部门机关服务中心有关税收政策问题的通知》、《关于中央各部门机关服务中心有关税收政策问题的通知》以及国家税务总局《关于国务院各部门机关后勤体制改革有关税收政策具体问题的通知》、《关于中央各部门机关后勤体制改革有关税收政策具体问题的通知》、《关于中央和国务院各部门机关服务中心恢复征税的通知》等。相关论文可参见:张守文,“内部市场”及其税法规制[J].现代法学,2001(1):106-115.

^② 参见:我国《反垄断法》第22条。

自然不能赋予其相应权利。但如果该主体从事了违法行为,则不应因其不具备相应资格而免除其法律责任,否则不仅会放纵违法行为,也对那些取得相应资格的主体造成不公,即取得资格者违法要承担责任,未取得资格者违法反而不承担责任。也就是说,在主体资格认定方面,对责任承担与权利享有,完全可采用宽严不同的两种标准。

具体来说,在决定某一主体是否应当享有经济法规定的权利时,必须对主体资格从严要求,即只有依法取得相应资格的主体才可主张经济法中的权利;在决定责任承担时,可适度放宽标准,只要从事了经济法中的违法行为,不论该主体是否取得相应资格,都要依法承担相应责任。资格认定上的双重标准不会造成法律适用上的不公平,因为它不是在守法主体与违法主体内部采用不同标准,而是区别对待守法者与违法者,主要目的在于提高违法成本,因此结果上会有助于遏制违法行为。

我国执法实践中已经运用了双重标准的认定方法。例如,国家发展和改革委员会在其《关于对〈价格法〉中的“经营者”如何认定的复函》(发改办价格[2003]884号)中明确指出:在价格行为上依照《价格法》的规定享有权利的经营者,应当是依法取得经营资格的合法经营者;依照《价格法》第2条关于“在中华人民共和国境内发生的价格行为,适用本法”的规定,凡在经营活动中有《价格法》规定的应受处罚的价格违法行为,不论违法者是否依法取得经营资格,都应依法处罚。

(二) 行为认定

判断主体资格只是主体识别的第一步,资格仅仅确定了哪些主体可能会成为经济法主体,而由可能转为现实,还必须切实参与到经济法律关系之中,也即从事相应的经济法行为。具体哪些行为属于经济法行为,必须按照经济法的具体规定予以认定,这是主体识别的第二步。行为认定在主体识别中比资格判断更重要,因为行为才是决定某一主体能否成为经济法主体的最关键因素。

经济法中的行为主要是规制行为与调控行为,

从事规制行为或调控行为的主体,当然是经济法主体。但在经济法中进行行为认定时,不能仅考虑规制与调控行为。规制与调控都有对象,规制直接针对市场主体的行为,调控针对整个市场,实际上是间接针对市场主体的行为。因此,一方面,某些市场行为是否存在,决定了规制与调控是否必要;另一方面,规制与调控的目的,也在于改变或纠正不当的市场行为,以促使市场主体的行为符合法律的要求。基于此,经济法中的行为包括规制与调控行为,也包括与规制或调控行为相关的市场主体的行为。对这两类行为予以认定,有助于识别哪些主体属于经济法主体。

在具体认定时,由经济法维护社会公共利益的公法属性所决定,基本的原则是坚持法定性,即哪些行为属于经济法中的行为,从事哪些行为可能会享有经济法权利(力)、需要行经济义务或承担经济法责任,都应由相应的经济法律规范予以规定。

经济法规范的基本内容就是设定各种经济法行为的界限。就经济管理行为来说,什么时候应当规制或调控,应采取哪些措施进行规制或调控,在经济法中往往都有规定。如果公权机关在法定界限内从事了规制或调控行为,则享有相应的规制权或调控权;超越了这些界限,则可能被认定为违法,进而可能要承担责任。至于市场主体的行为,因其种类繁多,经济法不会要求公权机关对所有的市场主体行为进行规制或调控,具体从事哪些市场行为,可能应受规制或调控,进而产生经济法权利、义务或责任,经济法也有明确规定。例如,要成为消费者,享受消费者权,必须有消费行为,对于什么是消费行为,经济法会有专门规定;要主张竞争法中的权利或追究他人竞争法中的责任,必须认定相关主体从事了相应的竞争行为,对于什么是合法竞争行为、不正当竞争行为或垄断行为,经济法会有专门规定;要确认某人的纳税义务,必须证明其有应税行为,什么行为应当纳税、纳何种税,经济法同样也有专门规定。

六、法体系视角下的经济法主体制度——代结论

在经济法理论中,还有一个与主体制度密切相关的问题,即经济法主体制度(或类似提法如经济组织法、市场主体法)可否作为经济法体系的构成部分之一。应当承认,我国经济法发展至今,在体系问题上,已基本形成经济法主要包括市场规制法与宏观调控法两大部分的共识。但也有学者在这两大体系之外提出了新的观点,其中就有将主体制度独立为一支的做法^①。

有些学者之所以将主体制度看作经济法体系的构成部分,可能是因为主体制度尤其是市场主体制度在经济法中特别重要。的确,经济法中的大多数内容都涉及市场主体,市场主体是经济活动的前提,也是政府经济管理的主要对象,离开市场主体,经济法中的大多数制度将无法发挥作用。但能否据此认为,经济组织法或市场主体法应作为经济法中与市场规制法和宏观调控法相并列的一个组成部分呢?

首先,经济法主体的角色属性有助于我们分析主体制度在经济法体系中的地位。如果认可法律主体并不存在部门法的专属属性,答案就很明显。前文用了较长篇幅论证了这样的观点——专属某一部门法的主体并不存在。既然如此,法律主体资格的取得就没必要在每个部门法中一一规定,而只需要在一些基础性部门法中作出一般性规定;除非其他部门法基于其调整目标的特殊性而需要作出特别规定,否则,基础部门法中有关主体资格的规定,其他部门法准用即可。基于此,本文的观点很明确,在经济法中,没有必要将主体制度作为经济法体系的构成部分之一。

其次,从历史角度看,市场主体法的产生要远早于经济法,将经济法产生之前即已存在的一个法律制度作为经济法的组成部分,在逻辑上也会存在一定的问题。

再者,因为市场主体在现代经济活动中的重要

性,将市场主体法视为任何部门法的组成部分实际上都不妥当。在现代经济体制下,市场主体主要就是企业,几乎所有经济活动都与企业密切相关,而经济法的调整范围,仅仅是经济活动中的一部分,因此将企业法纳入经济法并不合适。不仅如此,作为与公共部门相对应的私主体,企业在任何法律部门中都有涉及,离开企业,大部分法律制度将难以运作,例如,企业既可能是民商事活动参与者、经济管理对象,也可能是行政相对人、犯罪实施主体或诉讼主体等。从这个角度看,将企业认定为任何一个法律部门的主体并不妥当,企业是所有法律部门中都不可或缺的主体。

我们通常所讲的企业法,主要是企业组织法,即以企业设立、组织形式及内部管理为主要内容的法。由于企业组织是各部门法的共同主体,故严格来说,企业法不属于任何法律部门,而是所有法律部门的基础。换言之,企业法与各法律部门之间实际上并不处于同一层次,企业法是基础法,处于基础地位,其他法离开这一基础均无法运作。不过,在习惯上,我们通常将企业法作为民商法主要是商法的组成部分。之所以这样归类,主要是因为早期的经济活动主要就是民商事活动(商品交换),企业正是在这些民商事活动中产生,也即企业最早是作为民事活动主体而存在的。基于这种历史原因,企业法常被归入民商法范畴。但事实上,企业产生之后,所参与的活动远不止民商事活动,故企业法的这种定位仅仅是习惯做法而已。

进一步来说,企业参与各种活动所应遵循的法律规范,我们可称之为经济活动法。经济活动法不属于企业法的范畴,也不单属于任何一个法律部门,而应根据活动的具体性质来分门别类。例如,企业订立普通合同属于合同法范畴,企业参与行政活动成为行政相对人,则由行政法调整,而企业从事反竞争行为或侵害消费者权益,则必须接受经济

^① 相关著作如:刘文华、潘静成. 经济法[M]. 3版. 北京:中国人民大学出版社, 2008: 183;董玉明. 中国经济法学导论[M]. 北京:光明日报出版社, 2011: 49.

法的规制。

总之,我们可以论证经济法主体制度如何重要,论证经济法主体与其他法主体如何不同,但如果非要证明经济法有独特的主体类型,甚至将经济法主体制度视为经济法体系的构成部分之一,就可能陷入常识错误。■

参考文献:

[1]李友根.论经济法主体[J].当代法学,2004(1):68-75.
[2]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[J].法商研究,2007(4):80-88.
[3]刘文华,潘静成.经济法[M].3版.北京:中国人民大学出版社,2008:100.

[4]程宝山.经济法基本理论研究[M].郑州:郑州大学出版社,2003:133.

[5]王全兴.经济法基础理论专题研究[M].北京:中国检察出版社,2002:409.

[6]李昌麒.经济法——国家干预经济的基本形式[M].成都:四川人民出版社,1995:441.

[7]史际春,邓峰.经济法总论[M].北京:法律出版社,1998:186.

[8]漆多俊.经济法基础理论[M].3版.武汉:武汉大学出版社,2000:204.

[9]张守文.经济法理论的重构[M].北京:人民出版社,2004:349.

[10]焦海涛.论《反垄断法》上经营者的认定标准[J].东方法学,2008(5):146-153.

Reconstruction of the Subject System of Economic Law: From the Perspective of Common Sense

JIAO Hai-tao^{1,2}

- (1. Center for Post-doctoral Studies, China University of Political Science and Law, Beijing 100088;
2. Law School of Anhui University, Hefei 230601, China)

Abstract: In the research of the subject system of economic law, most scholars have long insisted a view that there must be distinct legal subjects in an independent legal department. But in fact, this view is a misreading of legal subject theory. The legal subject exclusively belonging to a legal department does not actually exist. The same subject with different behaviors will get different rights and obligations, and thus becoming the subject of different legal departments. When we say that a person or an organization is the subject of economic law, we only mean that it carries out economic law behaviors, which does not mean that the person or organization itself is unique to economic law. In other words, the subject of economic law is just a kind of role of the person or organization due to its economic law behaviors. Based on this, we should not define the meaning and types of economic law subjects from the perspective of the specific forms of the subjects, but only from the perspective of their roles. Therefore, the subjects of economic law can be divided into two kinds: the regulator and the regulated. The legal status of each kind of economic law subjects can only be judged according to the nature of its legal behaviors.

Key Words: the subject of economic law; distinct subjects in legal departments; role subject judgment of the role of legal subjects; common sense

本文责任编辑:邵海