

论“促进型”经济法的运行机制

焦海涛*

内容摘要:“促进型”经济法具有不同于“限禁型”经济法的特殊规范结构,这使得其运作模式总体上是引导性而非强制性的。在“促进型”经济法的实施过程中,守法的特别效应明显,大多“促进型”经济法规范在性质上都依赖于或者可以由相关主体“自我实施”,在内容上较少规定严格的法律责任,去抑的作用由此削弱。同时,“促进型”经济法在“自我实施”中,也可能出现怠职行为及引发道德风险,为此,必须在立法或执法层面设立相关激励与监督机制。

关键词:“促进型”经济法 运作模式 自我实施

一、为何需要“促进型”经济法

从调整目的、调整手段或法的功能、结构等角度,经济法中的法律规范可分为两类:一是以限制或禁止为目的,多采用强制性或惩罚性运作方式的法律规范;二是以鼓励或促进为目的,并采取相对温和的运作方式的法律规范。前者可称为“限禁型”经济法,后者可称为“促进型”经济法。从经济发展历程看,经济法产生之初,就会面临实力雄厚的大企业,强力手段非常重要,法律规范的内容自然多以“限禁”为主,而随着经济的发展变化,国家调制经济的方式也随之不断分化与整合,现代经济法的功能定位已趋于温和,一些旨在促进、引导的激励性或指导性措施在经济法中已越发受到重视。

事实上,改革开放 30 多年来,我国经济法之所以能够有力地促进经济与社会的稳定发展,原因之一就在于:促进稳定与发展本身就是经济法的重要调整目标,并且,经济法存在着“促进型”的规范结构以及相应的“促进型”功能。人们也越来越意识到,“促进”与“限禁”都是国家管理经济的必要手段,经济法功能的实现既需要对某些违法行为进行消极的限制、禁止,更需要对国家倡导的行为进行积极的促进、鼓励。具体来说,在传统的“限禁型”经济法之外,还提出“促进型”经济法的概念并将其类型化,主要是因为现代经济法中,“促进型”法律规范的种类在不断增多,其作用也在日益增强。从对“限禁型”经济法的补充、协调、矫正等角度看,“促进型”经济法主要在以下两个方面发挥着传统“限禁型”经济法难以替代的作用:

第一,“促进型”经济法能有效缓解经济法执法中的各种困境。偏于“限禁”功能的传统经济法,在

* 安徽大学法学院讲师,法学博士。

① 张守文:《论促进型经济法》,载《法学季刊》(社会科学版)2008 年第 5 期。

实施过程中常常遭遇不同程度的执法困境:一是相对于应对问题的复杂性以及潜在违法行为的普遍性来说,人力、物力匮乏是“限禁型”经济法执行中的一个普遍性问题;二是执法资源的匮乏使得执法机关不得不进行“选择性执法”,但这种执法方式的合法性一直受到人们的质疑;三是传统“限禁型”经济法的运作方式往往过于僵硬,这容易在市场主体与执法机关之间形成一种“非合作”的对抗关系。经验告诉我们,在经济法作用的特定领域,法的功能并不是越趋向于“限禁”越好。相反,过于僵硬的执法方式不仅影响执法实效的取得,还可能引发“对制度的制度化反抗”^①。“促进型”经济法则不同,它更多地依赖了一些事前的、温和的、引导性的“助推措施”而非事后的、严厉的、强制性的惩罚体系来规范人们行为,无疑,这些非强制性的规范设置必然会增强人们对法律规则的认同感,会激励人们自觉守法,大大减轻执法机关的压力,甚至还会产生“自我实施”效应。因此,在“促进型”经济法的实施过程中,“限禁型”经济法所面临的执法困境多会不复存在或较大幅度地被减弱了。

第二,“促进型”经济法能有效克服传统经济法执法中的“信息悖论”。在“限禁型”经济法中,执法的主要目标就是惩罚违法者,为此,执法机关必须掌握足够的认定行为人违法的信息。同时,在“限禁型”法律规范占据主导地位以及执法方式过于强硬的情况下,信息获取无疑困难重重。这是因为,“限禁型”经济法都具有事后规制的特点,即只有在违法行为发生时才会启动调查程序,但在经济法执法中,信息不充分的情况普遍存在,这使得单纯的事后规制措施不仅难以收集必要的、完全的、准确的信息,更可能会加剧信息的不对称性与不确定性。可见,执法的有效性一方面过于依赖信息,而另一方面,执法的严厉性又限制了信息收集的渠道,这就是“限禁型”经济法无法解决的信息悖论。

从信息角度看,在经济法的发展过程中,之所以强调促进功能的发挥,强调“促进型”经济法的重要性,主要目的就是为了解决激励问题,即激励相关主体自愿地去披露执法机关所需的必要信息。“促进型”经济法的温和性、诱导性足保证这种激励的关键。例如,在规范设置上,为了减少违法行为发生的可能性,并使相关主体的行为一直置于执法机关的监督之下,立法者往往会为市场主体设定了一些自愿性的、提倡性的行为模式,并提供了相应的法律程序。这类模式或程序不仅可以引导市场主体从事法律或政策所鼓励的行为,也便于执法机关对市场主体的行为进行准确、及时地观测与监督。在这种情况下,这些模式或程序就成了执法机关掌握市场主体相关行为信息的重要途径。

可见,“促进型”经济法在解决信息问题上比“限禁型”经济法更有优势。“促进型”经济法本身就是一种典型的激励措施。而且,通过“促进型”法律规范实现的信息披露是一种自愿性信息披露,从而也是准确性与完整性更高的信息披露。

二、影响“促进型”经济法运行机制的主要因素

“促进型”经济法之所以具有不同于“限禁型”经济法的促进功能,并在解决很多经济法问题上更具优势,重要原因之一就是它具有独特的运行机制,能够运行结果的有效性。“促进型”经济法独特运行机制的形成,受到诸多因素影响,其中,最基本的因素是法律规范的自身属性,包括规范类型、权利义务结构与功能定位等。通常情况下,不同类型的法律规范需要不同的执行方式,法律规范的不同权利义务结构也要由各自的运

① 美国社会学家戴维·科尔曼认为,对制度性规范的挑战,当它同时满足下列情况时本身即被制度化:(1)由相当数量的行为者(2)被大多数人所采纳,而不只是被分布了各地的成员私下接受;(3)在形式上,为相当完备的社会机制,它由相互合作的参与者和/或,包括社会中的执法者;(4)很少受到制裁,即非受到制裁,也多是象征性的,尤其是为了重申规范的尊严。他还进一步认为,这些制度性规范行为的发生,或者是因为一个团体面对环境危机,要求采取与长期存在的规范不同的目标取向或适应外行为;或者是作为对提出的规范(或明显的或新的)立法;与长期存在的社会习俗和传统发生矛盾;或对制度化的阻碍反映了规范与广泛的社会需求之间的不协调。参见:美、奥伯斯·科尔曼:《社会研究与社会政策》,华夏出版社,2000年版,第80页。

作模式来实现。而规范或程序功能定位是趋于激励还是保守,显然也直接对其运作模式产生影响。

从法的规范结构看,“促进型”经济法之所以具有“促进”功能,主要在于其将“促进”的理念贯彻到了各项制度设计之中,体现在法律规范设置方面,“促进型”经济法较多地采取了具有指导性、鼓励性的规范类型,并设置了与之相应的独特的权利义务或责任结构。^①

从形式上看,“促进型”经济法中的指导性规范、鼓励性规范较多,这些规范的内容,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。虽然在“促进型”经济法中,针对市场主体或政府的强制性规范也会存在,但在性质上,这些规范与“限禁型”经济法中的义务性规定不同,强制很多时候只是潜在因素。在规范适用上,执法机关也很难单凭这些强制性规范中的“应当”、“必须”来追究相关主体的法律责任。

从规范的具体内容看,“促进型”经济法的内部权利义务结构与传统公法刚好相反。传统公法的权利义务配置都存在非均衡性的特点,即公权主体或执法机关的权利(权力)相对较多,义务较少。而市场主体或相对人的义务则相对较多,权利较少。而在“促进型”经济法中,公权主体或执法机关的权利(权力)少有规定,更多的是关于政府促进职责的内容。而对市场主体来说,大多“促进型”规范是鼓励性、提倡性的,也是具备可选择性的,而且在从事法律提倡的行为之后,往往还可享受相应的制度优惠或获得奖励,因而市场主体的权利(益)明显多于义务。

特殊的规范类型与权利义务结构使得在“促进型”经济法中,调节主体与两制受体之间更容易在能力、地位以及实现法功能的作用上形成一种相对均衡的、互相牵制的状态,这一方面使得双方之间的关系,不再像传统公法那样具有绝对的管理与被管理的属性,而是更多地偏向实质平等性的一面,另一方面也决定了在“促进型”经济法实施过程中,其运作模式必然具有不同于传统公法的特殊性。

除上述规范结构外,“促进型”经济法独特的功能定位也会对其运行机制产生重要影响。如果法的功能或定位于激励的、促进的、改造性的,那么法的执行方式也会是强制性的、惩罚性的。这种定位显然与“促进型”经济法的理念不符。“促进型”经济法的目的在于促进经济与社会的稳定发展,这一目的的实现显然无法单凭“限禁”来完成,更不能依赖于一次性的、“一竿子到底”式的法律执行方式,而只能是一个自发性的、持续性的过程。

从经济法的发展历史看,如果说早期经济法还偏重“限禁”因素,以“管理”为主的话,那么经过规划与调控方式的不断分化、协调与整合,现代经济法的功能定位已明显呈现出由激进转向温和的趋势。事实上,在经济发展的不同时期,经济法之所以都能发挥重要作用,与其功能定位上的适度变迁是密不可分的。

三、“促进型”经济法的总体运作模式

既然法的运作模式与法的规范结构与功能定位密切相关,“限禁型”经济法与“促进型”经济法必然采用并依赖于不同的法律运作模式。“限禁型”经济法的强制性非常明显,法律规范多是义务性规定,这就使得不论是实体制度还是程序制度,法律执行过程都较为严格。这种模式下,规范的确定性被高度重视,法律执行缺少回旋余地,不论是执法机关还是相对人的行为,都被限制在法律设定的严格框架之内。所以从总体上来说,“限禁型”经济法的运作模式主要是消极的、反向的、否定性的、强制性的。

“促进型”经济法与此不同,它摒弃了过于严厉的“限禁”方式,而是期望通过促进性手段的设置来引导企业行为,使得企业在充分激励进行“自我规制”。鼓励性或提倡性规范的大量使用,使得执法机关与相对人之间不再是一种命令与服从的关系,执法手段也不再是强制性的,而且随着执法中自

① 关于“促进型”经济法的规范结构内容,参见拙文《论“促进型”经济法的功能与结构》,《政治与法律》2009年第4期。

由裁量因素的增多,执法机关可选择的执法方式随之扩大,是否以及如何进行引导、调整,往往可以根据客观经济形势进行有针对性地选择,甚至执法中的合意因素也可能因此增多。这就使得“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。

引导性的运作模式首先体现在事前的各种鼓励性、优惠性促进手段的设置上。也就是说,通常情况下法律不会直接干涉企业的行为,而是通过促进性的制度设计来激励企业从事国家与法律所期望的行为。促进性手段显然较严格的法律责任、严厉的法律惩罚更受市场主体欢迎,因而在实现法功能上就更具有主动性,更能提高法的运行实效。

“促进型”经济法引导性的运作模式,还可能体现在事后的合作模式而非对抗模式的采纳上。事实上,通过“促进型”法律规范的设置,相关主体行为的合法化程度已经大大提高,许多“限禁”手段也就无需适用,因此,“促进型”规范自身就可以在一定程度上降低执法机关与相对人之间的对抗性。除此之外,“促进型法”的实施过程中,也可充分利用“促进型”的手段来妥当地处理法律执行过程中当事人之间的紧张关系。也就是说,即便某些主体违反了法律规范规定,也不意味着必然遭到处罚,事后的协商、合作等“替代性措施”,可能会成为处罚的重要替代手段。在现代法经济法中,主管机关与相对人之间通过协商、合作而达成的合意,已经与直接的惩罚一样,作为一种重要的事后规制措施,在法的运行中发挥了重要作用。由此可见,“促进型”经济法的不断发展,使得经济法的调整模式呈现了复合性的特征,一方面承认强制性规范与否定式调整方法的重要作用,另一方面也在法律中设置了大量的鼓励性、提倡性规范,并重视肯定式调整方法作用的发挥。在具体运作中,不同的调整模式体现为不同的权利、义务、责任与法律程序,也依赖于不同的执法方式,因而,“促进型”经济法的作用发挥不仅会带来法律规范的类型化,也使得法的调整模式呈现复合性的特征。

从总体上看,随着法律调整模式的不断更新完善,以促进为目的法律规范在法律体系中所占的比重可能会越来越大。例如,在财税法、金融法、竞争法、产业法等经济法中,都能看到一些鼓励、支持或促进某个领域或区域发展的规定,甚至目前还出现了专门针对某个特定行业、地域、产业或群体的“促进型法”,如《中小企业促进法》等。^④

四、“促进型”经济法的“自我实施”效应

在实施过程中,“促进型”经济法呈现出一个重要特点,即守法的积极效应尤其重要,不论是针对政府的责任性规定,还是针对市场主体的鼓励性规定,其实施大多情况下都依赖于相关主体的自觉行为。在性质上,“促进型”经济法更多地是一种依赖于或者可以“自我实施”的法律规范体系。

对政府来说,尽管“促进型”经济法中的责任性规定较多,但这种责任性质上不完全等同于法律义务,而是属于政府机关的职能,职能的履行主要依赖于自觉行为。通过法律外在强制,不仅存在责任设定的难题,实际上也很难奏效。政府机关怠于履行职能,需要承担的政治责任总是多于法律责任。因此,在这部分规范的实施上,政府机关的主动行为,恪尽职责是第一位的。

对市场主体来说,通常情况下,“促进型”经济法既没有明确的法律义务,也没有严格的法律责任,因而无法通过国家强制力保障实施。而另一方面,要想实现促进经济稳定发展的功能,这些法律规范又必须得到切实遵守。在执法机关与法院均无法强制市场主体接受相应规则约束的情况下,当事人的自觉守法就显得尤其重要。

④目前,我国以“促进法”命名的法律,主要有《中小企业促进法》《民办教育促进法》《清洁生产促进法》《农业机械化管理促进法》、《就业促进法》以及《循环经济促进法》等。从实质意义上讲,我国专门的“促进型法”还包括《农业技术推广法》(1993年)、《科学技术进步法》(1995年)和《促进科技成果转化法》(1996年)等。这些专门的“促进型法”中,有许多规范属于经济法律规范体系的成员有经济法属性的。

人们是否遵守某一法律规范取决于多种因素,既有相关主体的法律意识以及道德、良心、宗教等主观因素,也有法律规范自身的可遵从度、威慑性以及守法的示范效应等客观因素。这些因素都会对“促进型”经济法的实施产生影响。其中,直接决定市场主体选择或放弃适用“促进型”经济法的特别因素主要有两个,那就是守法的可获利性和法律规范自身的合理性。

如果人们基于对自身利益的追求,而自愿遵守某些法律规范,这样的法律规范就无需国家强制力保证实施。“促进型”经济法大多情况下就是这样一种可以“自我实施”的规范。“促进型”经济法之所以能实现促进的目的,在于它为市场主体设定了各种便利的、优惠的“激励型”措施,遵守这些规范能为市场主体带来实在的利益,由此,“促进型”经济法会由于当事人的自利行为而得到执行。利益是决定人们是否选择适用“促进型”经济法的首要因素,在“促进型”经济法中,各种促进手段的设置是保证守法可获利性的关键。从这个角度看,促进手段是“促进型”经济法中最为核心的内容,而且促进手段的设置必须与相关主体的实体利益挂钩。通过自利追求而实现的“自我实施”,还会产生一种示范效应,在大多市场主体都实施了法律规范所期望的行为时,“促进型”经济法的目标便容易实现了。

除必要的威慑手段之外,“促进型法”的规范设置,也必须具有相当程度的合理性,这不仅体现在与上位法或国家基本政策的一致性方面,即形式上的合法性与合理性,更为重要的是实质上的合理性,即与人们的基本观念、价值理念、社会风俗等相互一致。具体来说,规范的合理性至少应包括两个方面内容:一是规范的可遵从度要强,即“促进型”经济法的规范必须为相关主体所接受,“自我实施”这类法律规范对行为人来说是一种“最优选择”;二是规范的“自我实施”必须有助于“促进”目的的达成,即不能产生投机行为,不能导致实施偏向。

规范的合理性之所以重要,是因为单纯的利益导向可能使得市场主体的行为难以约束。也就是说,如果规范设置不当,“自我实施”也可能产生“羊群效应”,即基于个体理性行为而产生集体非理性行为。这在我国“促进型”经济法的实施过程中已初露端倪,例如国家质检总局授权“中国名牌战略推进委员会”组织实施的“中国名牌”产品评价、评选工作,本意在于促进企业提高产品质量水平,增强我国产品的市场竞争力,并推动企业名牌战略的实施。但在操作过程中却产生了“政府设租,企业寻租”等不合法行为。造成这种局面的重要原因之一即在于:促进措施设置的合理性很难定断。例如,政府是否可以作为认定“名牌”的主体(即“名牌”是否可以由政府“评”出来)?被认定为名牌的产品是否可以“免检”?名牌评定规则的不科学,使得这项措施在引导市场行为上发生了偏向,很多市场主体并未按照规则设定时的确立的目标行事,即不是致力于提高产品质量、满足消费者需要,而是将行为集中于如何被评选上,如何对政府机关进行公关等方面。

由此可见,“促进型”经济法虽然在总体上是一种可以“自我实施”的法律规范,但这种实施机制并非毫无条件,也并非总是具有正面效应的。政府无需通过强制力来要求市场主体选择适用“促进型”经济法,但却应该尽力提供一种合乎理性的、具有正确导向的法律规范类型。

五、“促进型”经济法的责任设计与可诉性

法律责任与义务相联,一般情况下,违反法定义务就应承担相应的法律责任。在“限禁型”经济法中,法律责任非常重要,它是保障规范得以实施的关键。而在“促进型”经济法中,强制性规范较少,义务的法定性不明显,法律责任在规范实施中的作用大大减弱。对市场主体来说,只在较少情况下会产生明确的法律责任。对政府机关来说,“促进型”经济法中的政府责任规定,严格来说不同于法律义务,怠于履行这些职责很多情况下也难以产生法律责任。

“促进型”经济法中适用于市场主体的规范,既有任意性的,也有强制性的。任意性规范主要是鼓励性的、倡导性的。由于优惠性或奖励性促进手段的存在,市场主体一般存在履行这些规范的充分意

励,即使不履行,也不会产生法律责任。”¹⁵ 市场主体的法律责任,一般只存在于其违反强制性规范的情况之下,而在“促进型”经济法中,适用于市场主体的任意性规范明显多于强制性规范。这样,在形式意义上的“促进型”经济法中,大部分都较少涉及市场主体的法律责任,甚至有些“促进型”经济法中,根本不设定市场主体的法律责任。¹⁶

对政府来说,“促进型”经济法的明显特征就是政府主导。“促进型”经济法不仅规定了大量的政府职责,还把政府作为法律实施的核心主体,期望通过政府来实施大部分法律规范。在规范形式上,这些职能都具有一定的强制性。但同时,在政府不履行这些职责或不提供相关服务的情况下,“促进型”经济法通常又很少规定严格的法律责任。从传统法律规范の設定模式看,义务应当配备相应的法律责任,否则义务规定就可能流于形式,甚至伤害法律权威,影响执法实效。但从理论上讲,在“促进型”经济法中过多地规定政府的法律责任,可能使法律自身所丧失政策性与灵活性的特点,从而回归传统“限禁型”经济法的调整模式。更为重要的是,即使规定法律责任,在现行体制下还存在追究上的难题。因为在“促进型”经济法中,政府职能的履行一般不针对特定主体,很难表现为具体行政行为,在抽象行政行为的责任追究体制在我国法律中还未完全建立时,“促进型”经济法自然很难对这些行为设置明确的、严格的法律责任。

此外,“促进型”经济法不同于传统法的一个典型特点是,虽然法律规范较多地涉及公权机关的行为,但这些行为大多是无受益性而非侵权性的,行为的不履行或不当履行一般不会相对人的实际利益产生影响。¹⁷ 对这些行为主张法律责任,可能存在责任难以认定、难以量化的难题,甚至还可能引起责任追究的僵化。

当然,不严格规定法律责任并不等于政府不需要承担责任。受“促进型”经济法强调政府服务功能及其阶段性、补充性或政策性特征的影响,“促进型”经济法中的政府责任通常是一种综合责任,除了法律责任之外,还包括道义责任、社会责任和政治责任等,而且更多地应该是一种政治责任。在现实中,如果政府机关推诿、拖延或怠于履行其法定职责,就可以通过官员问责制的形式,来追究其主要负责人或直接责任人的政治责任,如进行内部处分或要求其引咎辞职。如果官员问责制的运行能够体系化与制度化,在“促进型”经济法中就完全可以不必规定政府的法律责任。

所以,法律责任的弱化,实际上与“促进型”经济法自身的政策性、灵活性,以及其规范结构与权利义务结构的特殊性是紧密相联的。在对经济稳定发展的促进过程中,“促进型”经济法对严格的法律责任并不具有过多的依赖性。如果要保障法的促进功能,要以一种更积极、更主动的方式去实现促进功能,“促进型”经济法就不能对政府与市场主体设置严格的法律责任。

法律责任弱化带来的一个当然结果就是可诉性的弱化。与“限禁型”经济法相比,“促进型”经济法的可诉性明显不足,很少有哪一部“促进型法”在实施过程中会引起诉讼。在法律责任性规定缺位或

¹⁵ 虽然没有法律上的约束,但不履行这些规范可能会产生其他不利后果,比如市场主体通常情况下都选择规避履行。从积极方面看,响应的政策激励可以提升企业声誉,从而提升竞争力。从消极方面看,在其竞争对手都遵守这些规范从而获得国家的优惠政策或各方面支持时,企业为了竞争力也会选择遵守该规范。此外,企业可这些规范还可能获得其他企业或合作伙伴的青睐。

¹⁶ 这种情形会以“促进型法”的适用范围不同而有所区别。有些促进型法的表现,除了政府责任是第一位的之外,还较多地依赖于企业的行为,那么这样的“促进型”经济法中,就会较多地涉及市场主体义务,因而关于市场主体法律责任的规定就会多一些。例如,我国中小企业促进法就主要规定政府的职责,对企业未规定任何义务,因此涉及中小企业法律责任的规定几乎没有。但在《促进清洁生产促进法》中,对企业不仅规定了任意性规范,而且设置了强制性规范,企业违反这些规范就应当承担相应的法律责任。

¹⁷ 如果说有影响,那多是侵犯了相对人的信赖利益,和信赖利益保护的受制于多种条件的束缚。在“促进型”经济法中,政府与履行促进职能或服务职能,市场主体及相对主体信赖利益,当然会存在较大争议。尤其是政府的履行多表现为抽象行为,可否对抽象行为主张信赖利益保护更加复杂。

¹⁸ 李艳芳:《“促进型经济法”研究》,《法学评论》2006年第3期。

模糊的情况下,诉讼自然缺少明确的法律依据,相关主体很难证明何种权益受到侵害以及受到侵害的程度。至于那些适用于市场主体的强制性规范,虽然可以作为法院判决的依据,但往往难以单独适用。也就是说,即便诉讼到法院,这些规范在适用中往往还须借助其他法律规范的配合。例如,我国《清洁生产促进法》第20条规定:“产品和包装物的设计,应当考虑其在生命周期中对人类健康和环境的影响,优先选择无毒、无害、易于降解或者便于回收利用的方案。”如果消费者据此向法院起诉某企业产品包装对自身身体造成损害,则除了依据该规范之外,一般还应援引人身损害赔偿规则,并借助民法、产品质量法的相关规定。事实上,诉讼化或司法化本身不是目的,而是解决纠纷或追究责任的手段,那么在“促进型”经济法中,如果解决纠纷或追究责任本身不成为一个问题,或者既有程序能够实现这一目的,诉讼化就没有必要。由法律规范的自身属性决定,“促进型”经济法的运作模式是引导性的,法律规范大多是可以“自我实施”的,因而纠纷在法律适用中并不常见。即使产生纠纷,由于法律运算是温和的、合作式的,而非严厉的、对抗性的,很多情况下也无需依赖法院的裁决。

从理论上讲,很多“促进型”经济法本身就未必具有可诉性。一般认为,可诉性建立在高度形式化的法律技术基础之上,它以严密的法律概念、明确的法律规则、严格的法律推理为前提,离开了这些形式化的特征,法院的作用就会大打折扣。在传统法如民法、行政法的运行中,之所以司法一直占据主导地位,与这些法的形式理性与自治性密不可分。形式理性法或自治型法本质上就是一种司法法或裁判法。“促进型”经济法显然不具有这样的特征。法律规范性质上的抽象性和类型上的鼓励性、提倡性,使得法院在实施“促进型”经济法时必然面临种种障碍。在这种情况下,如果过分强调“促进型”经济法的可诉性,不仅无助于规范的有效实施,也可能给政府与市场主体的行为产生错误导向,最终影响法规进功能的实现。

六、“促进型”经济法执行中的激励与监督措施

“促进型”经济法功能的实现,很多时候依靠相关主体的自觉行为,自觉行为在实施前都存在一个激励问题,即只有存在充分的激励,才能保证行为实施的自觉性。在实施之后,自觉行为还可能面临监督问题,一旦缺少监督或监督不力,行为人基于自利追求可能会发生行为偏向,进而还可能产生道德风险。激励问题与监督问题很大程度上会削弱“促进型”经济法的运行实效,影响促进功能的实现。在我国“促进型”经济法的实施过程中,激励不足与监督不足的问题同时存在,但在政府机关与市场主体身上,两个问题的严重程度存在差别。政府行为中亟需解决的主要是激励问题,而对市场主体的监督则更为重要。

对政府来说,如果促进职责已转化为法定义务并对怠职行为设置了严格责任,那么政府如何履行这些职责就比是否履行更加重要,也就是说,监督比激励重要。但我国“促进型”经济法的情况并非如此。虽然政府职责规定得较多,总体上实行政府主导,但关于政府法律责任的规定明显不足,这就使得在政府行为上,更重要的是激励其履行职责。

政府履行职能的激励既可能是内生的,也可能是外在的。但在我国现行体制下,外在激励或多或少存在零散或缺位的问题。一方面,政府履行职能并不能从中获利,立法上并不存在补偿政府投入或奖励政府的相关规定;另一方面,对政府怠于履行职能的法律责任规定较为弱化并存在操作上的障碍,而政治责任也未形成系统的、稳定的制度。因此,通过责任追究来威慑政府履行职能目前还难以行得通。在这种情况下,政府行为主要依赖于内生的激励。内生激励的唯一来源是政府对自身声誉的顾虑,因为履行法定职能是其不可推卸的责任,不履行或履行不当就会使其遭受社会公众的质疑,甚

④ 引自:《经济法实施论研究》,法律出版社2005年版,第206页。

至带来合法性危机。也就是说,声誉是激发政府履行职能的重要手段。如果其政府成员的任期足够长,就有动力去维持声誉,进而履行法定职能,以便在更紧急的时候或在更长的时期内获得更大的边际收益。但这种激励措施的建立不能仅仅是正面的、肯定性的。在政府履行职能能够获得较好声誉的同时,政府怠职也应遭受一定的“声誉罚”。对政府的“声誉罚”,一般可通过对相关人员的内部处分并将这种处分公开化的方式来实现。因此,政府履行职能的内在激励,从根本上看,还是依赖于政治责任体系的建立。

当然,“促进型”经济法功能的实现,不仅需要政府履行促进职能,还依赖于市场主体从事法律所鼓励、提倡的行为。对市场主体来说,其行为激励来自于法律设定的各种优惠或奖励性促进型手段。通常情况下,“促进型”经济法中的激励措施是多样且充分的,市场主体有守法的充分激励。关键问题是行为的真实性和持续性,即市场主体会不会通过投机行为获取优惠或奖励,在获得这些优惠或奖励之后,又会不会违反法律规定。这就意味着,对市场主体来说,更为重要的是监督而非激励。

对市场主体的监督之所以重要,是因为在缺少监督的情况下,信息不对称可能会产生隐匿行动问题。隐匿行动是一种事后的机会主义行为,也可称为道德风险。在“促进型”经济法中,如果市场主体在获得优惠或奖励之后,并不遵照优惠授予的条件,而是改变行动方式,并隐匿自身行为,就会使得法律制度的目标落空。因此,要避免道德风险的发生,必须对市场主体的行为进行持续性的监督。

通常情况下,在“促进型”经济法中,市场主体有权选择自身的行为方式。按照法律提倡的方式行事固然可以获得优惠或奖励,违背这一方式也不应承担法律责任。因而对于市场主体的隐匿行动,追究法律责任是困难的。而且,对市场主体来说,既然是隐匿行动,自然要想方设法掩盖行为的隐蔽性。避免隐匿行动的最好方式是执法机关主动监督。通过监督发现相关主体从事了隐匿行动之后,可以终止优惠,收回奖励,甚至让企业溯及既往地承担既得利益损失的后果。

从理论上讲,“促进型”经济法的很多制度设计都类似于契约,尤其是那些附有优惠或奖励的提倡性规定,完全可以看作是国家发出的契约邀请。企业市场主体遵照了这些规范设定的行为模式,相当于向国家发出要约,国家因此给予市场主体相应的优惠或奖励,这就是承诺。承诺完成之后,契约已经生效,双方都应遵守。市场主体获得优惠或奖励之后,实施隐匿行动,事实上就是违约,因而应当承担违约责任。因此,虽然“促进型”经济法本身难以对市场主体的隐匿行动规定法律责任,但让其承担事实上的不利后果,不仅是可行的,从宽泛意义上看,也是有法律依据的。

七、结 论

“促进型”经济法是经济法规范体系中较为特殊的一类,它与“限禁型”经济法相互配合,共同作用,为经济法职能的实现提供保障。但在具体实施过程中,根源于法律规范种类、权义配置以及功能定位的特殊性,“促进型”经济法具有明显的不同于“限禁型”经济法的运行机制。

由于法律规范主要是提倡性或鼓励性的,“促进型”经济法主要采用引导性的运作模式。一方面,大多“促进型”经济法规范在性质上都依赖于或者可以由相关主体“自我实施”,守法的积极效应由此显得特别重要;另一方面,由于法律责任的弱化,法院在“促进型”经济法实施过程中的作用大打折扣,很多“促进型”规范都不具有可诉性,甚至从理论上讲,如果要以一种更积极、更主动的方式去实现促进功能,很多“促进型”经济法本身就不应具有可诉性。

当然,“自我实施”不是毫无条件、不受限制的,在“促进型”经济法的实施过程中,激励与监督措施尤其重要。如果激励不充分,监督不到位,“自我实施”就很可能产生怠职行为,甚至引发道德风险。为此,不仅需要立法层面明确相关主体的法律责任或替代性责任,也需要法律实施的全过程确立监督措施,防止规范执行中发生偏向。