

商法机制中政府与市场的功能定位

陈 甦*

内容提要 “使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”这一改革理念的确立,决定了其体制发生由“限定市场、余外政府”模式向“限定政府、余外市场”模式的结构翻转,也决定了今后商法建构中处理政府与市场关系的原则、思路与重点。应当根据市场经济体制的运行需要、政府与市场的应有能力、商法宗旨及实现机制,确定商法机制中政府与市场的功能定位。政府在商法机制中应实现职能转型,识别功能上政府由监护转向服务,选择功能上政府由主导转向辅助,规制功能上政府由管制转向治理,调控功能上政府由直接转向间接。

关键词 商法建构 政府与市场 政府职能

在政府与市场关系视阈观察与解析下的我国经济体制改革过程,就是一个不断调整政府与市场关系并将其调整结果予以体制化机制化的过程。“经济体制改革是全面深化改革的重点,核心问题是处理好政府和市场的关系”。^①从“让地方和工农业企业在国家统一计划的指导下有更多的经营管理自主权”,^②到“我国实行的是计划经济,即有计划的商品经济,而不是那种完全由市场调节的市场经济”,^③再到“市场在资源配置中的作用迅速扩大,……计划经济体制逐步向社会主义市场经济体制过渡”;^④从“要使市场在国家宏观调控下对资源配置起基础性作用”,^⑤到“更大程度地发挥市场在资源配置中的基础性作用,……健全国家宏观调控”,^⑥再到“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”。^⑦这些理念更新与政策推行明显呈现出阶段性跨越发展的历史轨迹,其中清晰展示了对政府作用与市场作用的认识不断深入,以及对两者关系定

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

- ① 《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(2013年11月12日中共中央十八届三中全会通过)。
- ② 《中国共产党第十一届中央委员会第三次全体会议公报》(1978年12月22日通过)。
- ③ 《中共中央关于经济体制改革的决定》(1984年10月20日中共中央十二届三中全会通过)。
- ④ 《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》(1993年11月14日中共中央十四届三中全会通过)。
- ⑤ 前引④。
- ⑥ 《中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》(2003年10月14日中共中央十六届三中全会通过)。
- ⑦ 前引①。

位的调整不断优化。社会主义市场经济是法治经济,是受法律规范、引导、制约、保障并严格按照法律运作的经济。^⑧在社会主义市场经济体制与社会主义法律体系交互作用的社会运行机制中,政府与市场关系的基本模式、核心内容及实现方式须以法律界定、规范与调整。作为规范市场主体与交易行为的主要法律,商法在其规范内容与体系结构中,大量容纳了市场机制与政府职能据以发挥作用的制度措施。因此,在商法建构中合理设置有关政府职能与市场机制的法律规范,通过商法实施以有效发挥政府与市场的作用,并基于“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”的理念,进一步完善商法的规范内容与体系结构,是当前商法建设的重要任务与主要思路。

一、政府与市场的作用界限及其对商法建构的影响

从我国经济体制改革的理念、思路、措施的整体内容和总体趋势上看,政府与市场的关系呈现出明显的彼此消长并相互优化态势。在这里,先做出两个事实性质的界定作为政府与市场因素在经济体制改革中变化连续性的依据:一是在计划经济体制中,政府是计划的主体,因此计划经济实质上就是政府作用最大化的经济体制;二是市场经济要素介入经济体制肇始于改革发端,因为独立的企业和自主的交易是市场经济的基本要素,经济体制改革初期虽然没有市场经济体制的提法,但将这两个要素引入经济体制改革方案,实质上是市场经济要素介入现实的经济体制。基于这样事实性质的界定,我们对政府与市场这两个因素在经济体制中变化的分析可以延展到改革起始,从而建构出与经济体制改革整个过程相关联的态势变化描述。这种政府与市场的关系在迄今为止的经济体制改革整个过程中的态势变化,与我国商法的形成发展之间存在着实质性的联动关系。因此,阐释政府与市场关系的体制表现、变化趋势以及在社会经济过程中的实践效果,既可以加深我们对商法的存在环境、建构理念、结构体系、实施机制及其演变过程的理解,也可以帮助我们深刻审视现行商法的结构性缺陷以及寻找更为合理的商法建设方案。

将经济体制改革以来政府与市场关系的理念演变及体制变迁的轨迹,与商法体系形成和发展的轨迹两相比较,可以明显看出两者之间存在着密切的关联关系。1978年提出让工农业企业在国家统一计划的指导下有更多的经营管理自主权,随之《国务院关于扩大国营企业经营管理自主权的若干规定》(1979)确立以政企分开、扩大企业自主权为国企改革的基本方向,《中外合资经营企业法》(1979)将有限责任公司概念引入我国当代法律体系。1982年提出计划经济为主,市场调节为辅,随之颁布《国营工厂厂长工作暂行条例》(1982)、《国营工业企业暂行条例》(1983)等,确立厂长负责制,规定国营

^⑧ 中国社会科学院法学研究所课题组《建立社会主义市场经济法律体系的理论思考和对策建议》,载《法学研究》1993年第6期。

企业的生产经营活动在国家计划指导下进行,同时发挥市场调节的辅助作用。1984年提出我国经济是公有制基础上的有计划商品经济,随之制定《民法通则》(1986),其中规定了具有商法规范性质的企业法人制度和商品交易法律制度。^⑨1987年提出社会主义有计划商品经济的体制应该是计划与市场内在统一的体制,随之颁布《全民所有制工业企业法》(1988),确立国有企业的自主经营权;颁布《私营企业暂行条例》(1988),确定私营企业的商品经济主体地位。1992年提出中国经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制,1993年进一步明确“要使市场在国家宏观调控下对资源配置起基础性作用”,随之制定了《公司法》(1993)、《保险法》(1995)、《商业银行法》(1995)、《票据法》(1995)、《合伙企业法》(1997)、《证券法》(1998)、《个人独资企业法》(1999)、《信托法》(2001)等,全面而迅速地展开了商法的专门化和体系化过程。2003年提出要进一步完善社会主义市场经济体制,更大程度地发挥市场在资源配置中的基础性作用,并健全国家宏观调控,随之修改了《商业银行法》(2003),进而全面修订了《公司法》(2005)、《证券法》(2005)、《合伙企业法》(2006)、《保险法》(2009),并制定了《企业破产法》(2006)、《企业国有资产法》(2008),商法体系进一步完备,将更多的市场规则法律化,但同时也更加强了政府作用。^⑩2013年提出全面深化经济体制改革,使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用。当年即对《公司法》做了重大修改,大幅度减少了政府在公司运作领域的干预事项与干预力度,为市场选择释放了更大的制度空间。^⑪另外,《证券法》等商事法律的修改也正在加紧进行。

以上简要展示出的商法变迁过程并不仅仅是商法当代立法史的粗线条摹写,而是在经济体制改革理念、政府与市场关系的体制体现与商法制定或重大修改之间,建立一种可观察的经济与法律在历史过程中的关联性,从中提炼出反映一定规律性并可作为今后商法建设依据的结论。(1)在政府全面掌控经济的计划经济体制中并无商法的存在空间,商法只能在经济体制容纳了市场因素的社会经济环境中生成并存续。市场因素在经济体制中的比重越大、作用越强,商法的内容就越丰富、体系就越完整。(2)只有在市场经济因素已经体制化之后,商法才有以体系化的制度形式立足并发挥作用的社会环境。因此,在我国确立了社会主义市场经济体制的1992年之后,我国的商法体系才会突然有了爆发式增长。(3)从商法的规范内容设定和体系结构调整来看,在商法形

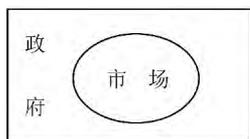
⑨ 有学者认为,“《民法通则》不是一部纯民法的规范文件,它的许多内容涉及到商法规定,尤其商主体和商行为的一般原则,在《民法通则》中都不同程度涉及到。”参见范健《略论中国商法的时代价值》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2002年第3期。

⑩ 例如,虽然2005年证券法已做重大修订,有学者仍然认为,“现行《证券法》规范保障政府管制权力有余,而体现证券市场主体设立自由和交易自由不足;政府主导市场作用明显,而市场决定作用不见。”参见顾功耘《〈证券法〉修改应该坚持市场化方向》,载《证券法苑》(第10卷),法律出版社2014年版,第31-32页。

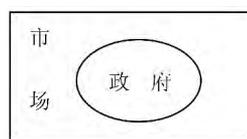
⑪ 有学者评价,“除法律另有规定外,新《公司法》取消了对公司注册资本的管制,已经将公司的注册资本事宜,完全交由股东自治,更加尊重了股东的自治地位。”参见邹海林《我国司法实务应对公司注册资本制度改革的路径选择》,载《法律适用》2014年第5期。

成与经济体制变动的关联性上,商法建设具有明显的体制跟从性。即经济体制的基本理念、主体结构和运作机制一旦发生改变,其体制变动力随即传导到商法建构过程中,商法的建构理念、规范内容和体系结构因之受到强大的影响甚至决定,在形式上表现为商法的快速或大规模的立法或修改。总体来看,迄今为止的商法形成与发展过程反映了商法在其与经济体制关系上的受动性,这或许是经济基础决定上层建筑的论断在现实社会经济生活中的一个绝好实例。

自经济体制改革以来,虽然政府与市场之间彼此消长的态势变化贯穿于经济体制改革的整个过程,但是其中的体制性节点却只有三个。第一个体制节点是1978年经济体制改革起始,市场经济因素开始进入经济体制并成为逐渐扩大的体制要素,但市场经济因素仍然是在计划经济的体制外壳内发挥作用,政府的功能及其作用力无疑大于市场。第二个体制节点是1992年市场经济体制的确立,市场经济因素随着改革不断深入的积累终于集聚成足够的体制变革力量,形成由计划经济到市场经济的体制转换。但是迄今为止,政府与市场在经济体制中的功能及其作用力处于同步增长的态势,甚至“尽管计划经济体制已经不复存在,市场经济制度框架初步形成,但政府对经济活动的干预以及对资源的控制却更强了。”^⑫具体以公司法为例,2005年我国《公司法》“对公司资本制度也进行了较大力度的改革,在很大程度上放松了资本管制,但依然维持了法定资本制,政府干预的因素依然很强。”^⑬再以证券法为例,“2005年《证券法》虽然加进了一些体现市场机制的条款,但是与证监会增加的权力相比,2005年《证券法》的行政色彩其实是更为强烈了。”^⑭第三个体制节点发生于当前,即政府与市场的功能及其作用力限阈发生结构性翻转。所谓“市场在国家宏观调控下对资源配置起基础性作用”,其在政府与市场功能及其作用力限阈上表现为“限定市场、余外政府”模式(见图示1),也就是说,在经济体制的建构理念、政策设计及其制度表现上,规定好市场的,其余都是政府的。所谓“市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”,其在政府与市场功能及其作用力限阈上表现为“限定政府、余外市场”模式(见图示2),也就是说,在经济体制的建构理念、政策设计及其制度表现上,规定好政府的,其余都是市场的。



图示1：“限定市场、余外政府”模式



图示2：“限定政府、余外市场”模式

^⑫ 金碚《市场经济中程阶段的市场经济再学习》载《江淮论坛》2014年第1期。

^⑬ 施天涛《公司资本制度改革与公司法的修改》载《中国法律》2014年第1期。

^⑭ 陈甦、陈洁《证券法的功效分析与重构思路》载《环球法律评论》2012年第5期。

政府与市场关系由“限定市场、余外政府”模式向“限定政府、余外市场”模式的结构翻转,是社会主义市场经济体制的应有结构和运行机制深化变革的结果。因为在市场功能被限定为起基础性作用的经济体制结构中,市场居于政府宏观调控下具有服从性的基础地位,政府具有把市场“关在笼子里”进行宏观调控的权势。而在市场功能被限定为起决定作用的经济体制中,发挥政府作用的目的是为了能够更好地促进和保障市场发挥决定作用,政府不应干预市场能够解决、能够决定的问题,所以要把政府权限“关在笼子里”发挥作用。这种由“限定市场、余外政府”向“限定政府、余外市场”的结构翻转,其意义不下于市场经济取代计划经济的体制转型,这将在根本上改变政府作用机制和市场运行机制的功能定位和制度结构。如在目前进行的行政审批制度改革所倡导的理念,“对市场主体,是‘法无禁止即可为’;而对政府,则是‘法无授权不可为’”,^⑤就是政府与市场的功能及其作用力界限发生结构性翻转的观念反映。

由“限定市场、余外政府”模式向“限定政府、余外市场”模式的结构翻转,改变的不仅是政府与市场在经济体制中的关系实态,也改变着经济体制与法律体系的关系实态,同时还改变着这种实态环境互塑下的观念生成与行为选择,包括商法建构理念的演变与建构方案的形成,这将在根本上改变商法中有关政府与市场关系的规范内容和机制设置。

在“限定市场、余外政府”模式下,政府干预市场的功能及其作用力没有边界限制,而市场机制只能在政府释放的空间中存在与运行,由此产生相应的社会经济效果以及法律建构和实施效果。(1) 政府权限不可能充分法制化。在政府对市场经济的干预机制中,政府权限明确、权力边界清晰既是政府良性干预的保证,也是依法执政的必然要求。然而在“限定市场、余外政府”模式下,政府的权限在体制上就是没有边界限制的,因而在法律上就不可能对政府权限做出周延的限定。例如,多个地方政府三年前对商品房进行限购,目前又大面积地解除限购,不论对限购或解限的经济效果如何评价,其中所涉的法律问题是大有可议的:商品房作为市场主体合法所有的非禁止流通物,政府是否有想限购就限购、想解限就解限的法律依据。依本文而言,政府限购商品房的权限并不是来自法律的授权,而是源自“限定市场、余外政府”模式下的体制权势。(2) 部门立法其实有客观的体制原动力。在“限定市场、余外政府”的模式下,市场可以扩张到什么范围、市场机制能够在多大程度上发挥作用,需要经过政府的“同意”,因为只有政府对某类市场的重要性有充分的认识,并且为发育或扩大市场做好规制准备时,市场才能扩展到被政府认识水平和干预能力所允许的范围。在这样一种市场发展机制下,部门立法具有天然的体制合理性。这就是为什么部门立法作为一种负面现象在理论上屡被诟病,却在实践中依然故我的体制原因。(3) 市场自由不可能得到法律的有效保护。在“限定市场、余外政府”模式下,对市场权利采取正面清单的确定方式,而对政府权力则

^⑤ 李克强《在国务院第二次廉政工作会议上的讲话》,载《人民日报》2014年2月24日第2版。

采取负面清单的确定方式,由此导致市场活力和市场主体创新能力被政府过多的事先规制所束缚。例如,1993年《公司法》“从总体上看强制性规范过多,留给当事人‘意思自治’的空间相对狭小,其立法理念的着眼点在于通过法律的强制干预来克服市场机制的缺陷”。^{①⑥}再具体到公司股票制度,对于公司发行普通股以外的股票,公司法早就授权国务院另行做出规定。^{①⑦}但直至2013年11月,国务院才发布了《关于开展优先股试点的指导意见》。实际上,公司是否发行特别股(包括优先股),完全是公司自治范畴的事项。由于公司法将此事项的决定权授予政府,反倒使得普通股和特别股的区别无法从法律上作出判断,从而影响公司的有效运营。^{①⑧}(4)体现法治观念的原则不可能充分有效的贯彻。早在我国社会主义市场经济体制刚刚确立之时,即有学者呼吁“确立对市场主体而言市场经济法律不禁止即自由的原则”。^{①⑨}但是,现实的法律制度不能和现实的经济体制对抗,对市场主体而言法无禁止即自由的原则之所以没有在现行商法中得到有效贯彻,与其说是立法者、执法者和社会大众的法治观念不够现代,不如说是“限定市场、余外政府”模式构筑了阻碍这一现代观念成为法治现实的体制壁垒。在一个市场有限的社会经济结构中以及反映这一结构的法律规范体系中,不可能有“对市场主体而言法不禁止即自由”的理念得以指导实践的制度空间。

与上述情形相反,“限定政府、余外市场”模式为商法体系的合理化建构,以及在其中为政府与市场确立有效的功能定位及运行机制,提供了新的现实可能性。(1)“限定政府、余外市场”模式以清晰划定政府权限边界作为体制建设目标,为政府权限法律化、政府权限行使法治化,提供了使其得以成为制度现实的经济体制结构。(2)对政府权力以正面清单方式管理,对市场权利以负面清单方式治理。例如,“对目前仍保留的审批事项,要公布目录清单”,“清单以外,一律不得实施行政审批”。^{②⑩}这既契合“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”这一全面深化改革的理念,也符合“对市场主体,法无禁止即可为;对政府,法无授权不可为”的现代法治理念。这种法治建设理念在商法建构中的意义既现实又重要,是今后商法内容合理化、体系完备化的观念生长点。(3)以“限定政府、余外市场”模式为基准衍生构成的经济体制现实,对商法建构理念与实施机制产生整体性的影响力。其一,既然是“限定政府”,那么就应根据适当性原则、必要性原则和比例原则来确定政府干预经济的权限与方式,因为在“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”的体制机制中,更好发挥政府作用的目的是为了保障市场在资源配置中的决定作用,而不是为了扩张政府自身的权力。其二,既

^{①⑥} 周友苏《新公司法论》,法律出版社2006年版,第17页。

^{①⑦} 《公司法》(1993)第135条;《公司法》(2005)第132条。

^{①⑧} 参见王保树《经济体制转变中的公司法面临的转变》,载王保树主编《商事法论集》(第5卷),法律出版社2000年版,第3页。

^{①⑨} 江平、张礼洪《市场经济和意思自治》,载《法学研究》1993年第6期。

^{②⑩} 前引^{①⑤}李克强文。

然是“限定政府、余外市场”，那么就应在不同性质商法规范的体系配置上，进一步限缩商法中行政法律规范的数量及适用范围，使之与政府限定的权限相适应；相应地扩大任意性规范的数量与适用范围，使之与市场的决定作用相适应。例如，“公司法中的强制性规范和任意性规范，是分别适应管制与自由的要求的”^②，在“限定政府、余外市场”模式下建构公司法，就应进一步减少强制性规范，而相应地增加任意性规范。其三，既然是“余外市场”，那么就应在适用商事组织法或行为法的场合，放宽效力认定的标准，更多地采取有效解释原则，扩张市场决定作用在商法机制中的效用范围，以促进交易成就和市场活跃，鼓励和保障市场主体的创新活动。

与迄今为止商法建设呈体制跟从性的特点不同，今后的商法建设更多地将展现理念引导性。如当前实践所展示的那样，政府部门正在释放其原先规制市场经济运行的权力。这固然是重要并值得称赞的，但这仍需依赖政府大度同意的自觉性，特别是对超越部门利益的客观认识的坦然承认，以及能够主动放弃部门权力的社会责任操守。在市场经济法治建设中，对理念更新与法治规划的普遍坚持及一体贯彻，才是更为需要的具有超越政府自觉的体制优化途径。如果说上层建筑对经济基础的反作用一直在商法形成与实施机制中得以蕴含的话，那么在“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”这一改革理念及其体制结构下，商法形成与实施机制对政府与市场关系合理定位及有效实现的反作用力，将在今后的法律与经济的社会互动中得以集中爆发。

二、商法机制的功能效用及相关能力假定

如前所述，“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”的理念与体制，实际上为当前商法建设确定了最为根本的制度形成依据。在商法规范体系中如何安排处理政府与市场的关系，应当基于社会经济体制环境和相应的法治体系，根据商法的宗旨及其机制有效运行的需要，将政府职责与市场规则予以规范化制度化而有机地纳入商法的体系结构中。这里的关键是，如何合理地确定、选择和配置政府与市场在相应功能上的定位及组合。

（一）商法机制的制度功能

根据“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”这一理念与体制，按照政府与市场的应有能力设置其在商法机制中的功能定位，是使商法有规划地建构并有效地发挥积极作用的重要依据。对于这种商法机制中所必需的制度功能，可以分类概括为识别功能、选择功能、规制功能和调控功能，政府职责与市场规则都是借助这些功能的设定与运作而形成商法机制的有机构成。

其一，识别功能。市场经济具有浓郁的陌生人经济色彩，市场主体在其市场活动中

^② 王保树《竞争与发展：公司法改革面临的主题》，载《现代法学》2003年第3期。

常与陌生的交易者打交道。因此,市场主体在做与陌生人相关的商业判断和交易决定时,必须首先对作为交易对象的陌生人及其相关主体因素和环境因素进行识别。完全依赖个人能力和交易经验进行识别,不足以满足连续的大范围的交易需要,商法机制的识别功能就成为市场交易活动得以规模性开展的制度保障。“商事立法必须对商事主体作出合理、准确而严格的类型划分,必须预先规定商事主体的资本构成、责任性质、组织机构等重大问题。……可使相对人据此知晓交易对象的性质并判断交易风险程度,从而维护交易的安全和巩固交易的基础。”^②除了主体身份识别之外,商法还设置了主体资信识别(如公司实缴注册资本)、财产归属识别(如股份登记)、交易模式识别(如保险产品备案)的功能措施。商法机制的识别功能主要通过各种公示制度而实现,如登记(如公司设立登记)、许可(如保险业务许可)、核准(如证券上市核准)、备案(如私募基金募集完毕备案)、信息公开(如上市公司信息披露)等。政府部门具有系统稳定性和较大公信力,以及强大的信息收集、处理和披露能力,因而商法机制的识别功能主要靠政府作用实现的。市场机制下的识别功能通过两个途径发挥作用,一是由专门的市场主体提供识别服务,如证券评级机构提供某个市场主体或其产品的信用评价,行业自律机构对其成员资质、资格做出的备案或分级等;二是市场主体根据能力与经验对交易对象及其相关因素进行的识别。相比之下,在商法实施机制识别功能的实现上,政府具有比市场更大的效用。但是,政府本身的权限与作为也是市场主体需要重点识别的对象,政府权限及其行使过程能否充分公开,其权限行使结果的可预测程度如何,构成市场透明度的重要决定因素。但如果政府权限及其行使过程越不透明,政府审批过程与结果的不确定性越大,市场机制的识别功能反倒越受减损。

其二,选择功能。如果说商法机制的识别功能是在为市场主体提供一个可判断的市场,那么商法机制的选择功能就是在为市场主体提供一个有质量的市场。商法机制的选择功能旨在通过法律的强制力促进市场机制发挥优胜劣汰的作用,让“好”的市场主体或经营项目进入市场,让“坏”的市场主体或经营项目退出市场。商法机制中政府发挥选择功能的基本方式,是制定与执行一系列的“准入-禁入”规则。即符合法定准入条件的市场主体或经营项目,经政府的审批或核准得以进入相应市场;不符合法定准入条件的市场主体或经营项目,则被拒绝禁入相应市场;对进入市场后又不具备准入条件或者发生严重违法违规行为的市场主体,则驱逐出市场甚至在一定期限或永久禁止再行进入市场。商法中“准入-禁入”规则越多,政府选择市场主体或经营项目的权限就越大,市场运行对政府的依赖性也就越大。商法机制中市场发挥选择功能的基本方式,是通过各个市场主体在交易活动中相互间“接受-拒绝”机制的持续效果,即一个市场主体能够被更多的接受交易,就能够在市场中存续和发展;一个市场主体如果被更多的拒绝交易,就只能被迫退出市场。商法中“准入-禁入”规则越少,市场发挥选择功能

^② 范健、王建文《商法论》,高等教育出版社2003年版,第144页。

的空间就越大,对市场主体自身选择能力的要求就越高,市场的自主性就越强。

其三,规制功能。商法机制的规制功能旨在维持一个有秩序的市场,这是商法机制最为基本而显性的功能。规制功能是通过商法中权利义务体系及相应的法律责任体系而发生作用的,商法规定权利使市场主体知其可为,规定义务使市场主体知其应为或不应为,规定责任使市场主体知其违法违规之后果。尤其是商法中的法律责任制度,其严格实施可以达到保障安全、约束行为、控制风险和救济补偿等效果,确保实现市场经济的有序运行。在商法上权利义务制度范畴,政府发挥规制功能是通过行政管理,如行业管理或功能管理;市场发挥规制功能则是通过市场自治,如市场主体的个体守法、团体自律、司法救济。在商法上法律责任制度范畴,政府发挥规制功能是通过行政法律责任制度的设置与执行,市场发挥规制功能则是通过民事法律责任制度的设置与适用。商法中存在大量行政法律规范,这一直是现代商法的一个显著特点。对于商法规制功能的完善,追求“更好发挥政府作用”是至关重要的。如何在政府规制功能实现中“更好发挥政府作用”,不是一个单纯量的增减问题,“最重要的问题不是强化或放松管制的问题,而是政府管制是否有效的问题。”^{②③}

其四,调控功能。人们通常认为,与政府宏观调控经济有关的法律规范属于经济法范畴,“宏观经济管理的核心是宏观经济调控,它强调的是总量平衡的法律效果,……应采取经济法的形式。”^{②④}但是在商法范畴,其实不乏旨在实现宏观调控的法律规范。当然,也可以将形式上在商法体系之中的宏观调控法律规范,称之为实质意义上的经济法。我国商法机制中的调控功能专属于政府,其在保障和规范经济体制改革、推进市场经济发展方面,曾经起到过十分重要的作用。但是,商法机制中的政府调控功能应当怎样发挥才能达到更好的程度,应当根据现实条件下的市场机制运行需要而定。与政府调控功能相对应的是市场调节功能,但在“限定政府、余外市场”的模式下,商法机制不必为市场调节功能专设制度措施,因为所有不体现政府干预的商法规范的实施过程与结果,就是市场调节功能得以通过商法机制实现的自然状态。

关于商法的功能,亦有学者将其概括为:确认商事主体的地位;促进交易迅捷、灵活;保障交易安全。^{②⑤}这种概括具有层次性和系统性,也是基于商法价值而对商法功能所做的精准阐释。不过,这一概括体系反映的是商法的目的性功能,而非机制性功能。目的性功能与机制性功能之间存在着属性上为目的手段的关系,以及范围上为交叉对应的关系。例如,对于“确认商事主体的地位”的目的性功能,要通过机制性功能的“识别功能”和“规制功能”实现,识别功能使市场主体能够判断交易相对人是何种商事主体(如是公司还是合伙),规制功能则确保交易相对人实际具备商法规定的组织要素和

^{②③} 邹海林《2007年商法学重大问题研究述评》,载《社会科学管理与评论》2008年第1期。

^{②④} 王保树《商法的改革与变动的经济法》,法律出版社2003年版,第374页。

^{②⑤} 参见钱玉林《商法的价值、功能及其定位》,载《中国法学》2001年第5期。

行为要素;识别功能的作用范围不仅包括确认商事主体的地位,还包括识别特定商事主体的信用状况、特定财产的性质与归属、特定交易模式的结构与效用等,这些也是保障交易安全的手段。从另一层面看,目的性功能是从立法者视角看待商法的功能,机制性功能则是从适用者视角看待商法的功能。究竟从哪类功能看待商法,其实质是商法立法者与商法研究者自我假定的一种反映。当然,这是另外一个需要专门研究的问题。

(二) 政府与市场的功能假定

在商法机制中如何设置政府与市场的功能定位,不仅要看市场经济体制借助商法机制的运行需要,也要看政府与市场在发挥商法建构的功能措施上应具备的能力,也就是在商事立法时要预先解决政府和市场的功能假定问题。

其一,公正能力。“市场经济是规则经济,是按照一定规则进行交易的经济。而市场经济要实现正常运营,其规则的设计和安排势必要蕴含一定的伦理原则和价值标准,而市场公正就是首要的原则和标准。”^{②⑥}使市场公正化的能力,在市场,通过公正运行来实现;在政府,通过公正执法来实现。市场虽然并不具有人格化的主体形式,但市场机制具有促进公正的运行效果,市场规律对所有市场主体一视同仁,而且市场机制运行所产生的优胜劣汰效果,不仅包括产品与服务竞争上的优胜劣汰,也包括市场主体因诚信经营而导致的优胜劣汰。一般而言,政府具有比任何单一市场主体更强的公正能力,但与整个市场机制相比却难分伯仲。因为政府的公正能力依赖于制度与人,因此政府不能自外于整个社会的道德系统。“政府自身虽然是为实现公共利益而存在,但由于组成政府的自然人是经济人,他们也会追求自身利益的最大化,所以政府也就摆脱不了经济人的特性。”^{②⑦}所以,我们不能肯定政府比市场更公正或者相反。

其二,反应能力。作为一个严密且有公权力的组织体,政府拥有比任何一个市场主体都强都快的反应能力,因此能够对市场失灵做出及时有效的干预反应。市场的反应能力要靠各个市场主体的信息传递和经验判断来做出,往往缺乏及时性和协调性。例如,对于公司股东抽逃资本的行为,政府的反应能力是直接而强制的责令改正,市场则要到利害关系人诉讼或企业清算才能作出反应。当然也不尽然如此,例如对三鹿集团“三聚氰胺”事件的市场反应是使其破产倒闭,而政府的行政处罚不过是令其停产整顿。可见,在信息通达的充分竞争市场中,市场可以表现出比政府更强悍的反应能力。

其三,专业能力。政府具有荟集职责范围领域专业人才的高度能力,并且在履行职责过程中可以持续性地积累专门知识、技能和经验,因此,政府往往具备比单一市场主体更强的专业能力。但与整个市场相比,政府并不具有囊括最优秀专业人才的能力与机制,并不比市场主体之集合更有知识理性、操作技巧和实际经验。由于公权力自信的存在,“政府的某些知识优势又容易陷入‘理性的自以为是’”,政府的大包大揽往往导致

^{②⑥} 王小锡《论道德的经济价值》,载《中国社会科学》2011年第4期。

^{②⑦} 应飞虎《需要干预经济关系论》,载《中国法学》2001年第2期。

对市场机制的颠覆。”^⑳经济学的研究结论值得参照。如在“20世纪70年代以来,规制经济学更加关注利益目标下的规制过程与行为,其基本假设相应地由‘完全理性’假设转换至‘有限理性’假设,“追求‘理想政府’或‘理想市场’的规制理论都只是难以证实的假说”。^㉑而在我国经济立法实践中,“有相当多的规定是基于对国家完全理性之假设而制定的。……由此而导致对国家的依赖,故过度干预的立法不可避免。”^㉒

其四,信息能力。与任何单一的市场主体相比,“政府在实力上、组织上、智力上具有更强的信息搜集、处理能力”^㉓这是政府干预在有些情况下比市场机制更有效率的重要原因。市场信息虽然全部生成或存在于市场之中,但由个别市场主体收集、处理、判读的市场信息总是缺乏充分性和公示性,因此,政府的信息收集、处理和公示作用是不能替代的,是市场主体最为重要的需求依赖。但是,如果把市场经济理解为“类似一种机械性关系”,“政府就会过高估计自己的信息处理能力”;如果把市场经济理解为“类似一种生物性(生命体)关系”,“政府则会充分尊重和敬畏市场经济规律,承认信息的高度分散性和自己有限的信息处理能力。”^㉔

其五,维持能力。市场经济中的任何组织体都需要维持成本,政府亦不例外。政府要维持和扩大其干预市场的功能,必须以持续的人财物负担为代价,而且政府功能的提升往往以增加维持能力为条件,如机构增设、人员增补、经费增加。但是,政府维持能力总得有个限度,起码得有编制上、财政上的限度,不可能为维持某项功能而高成本地无限支撑下去。相比之下,市场则具有满足自身存在和运行的无限维持能力,即市场总是能够维持自身运转。这是因为,如果没有相应的维持能力,就一定没有相应的市场。只要一个市场是必须存在的而且是能够发展的,就一定能够有维持该市场机制顺畅运行的自生能力。

三、商法机制中政府的功能定位转型

确立“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”的经济体制机制,以及“限定政府、余外市场”的关系结构模式,为商法建设中重构政府与市场的功能定位,确定了法律规范得以反映社会经济现实的法律表达方式,即以合理限定政府权限为当前商事立法的侧重点或主导路径,相应地产生充分释放市场作用空间的法律效果。这也决定了对政府与市场在商法机制中功能定位的阐释方式,即只要能够清晰阐释政府的功能定位,市场的功能定位也就因其与政府的相关联系而伴随清晰了。

^⑳ 黎江虹《知识论视域下政府与市场关系之辨思》,载《中外法学》2010年第1期。

^㉑ 张红凤、杨慧《规制经济学沿革的内在逻辑和发展方向》,载《中国社会科学》2011年第6期。

^㉒ 前引^⑳,应飞虎文。

^㉓ 前引^㉑,黎江虹文。

^㉔ 前引^⑳,金碚文。

(一) 在识别功能上政府由监护转向服务

由于政府具有最强的信息收集、处理和公开能力,并且具有超过单个市场主体的公信力,因此政府是最主要的发挥识别功能的公示平台,这一点并不因政府与市场关系的改变而改变。但是,政府发挥识别功能的理念、方法和效果却必须随着经济体制改革的深入和市场经济发展的需要而改变,尤其是在“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”的改革目标下,这种改变必须系统性地整体加速。

从改革开放以来商法有关识别功能的制度设计来看,充满法律父爱主义的立法关切,为发挥识别功能而给政府设置众多权限,使得政府实际上成为市场及其主体的“监护者”。(1)存在着为能力最弱市场主体着想的立法想象。即在分析立法的社会需要时,以满足能力最弱市场主体的识别需求来设计制度措施,以致商法中集中了全部可能想象到的登记公示事项,并且规定了较高的强制性标准。例如,1993年《公司法》对公司注册资本最低限额的规定,一是以当时国民收入来看其数额巨大,如股份有限公司注册资本的最低限额为1千万元;二是按照有限公司经营业务种类,分设不同的注册资本最低限额标准。^③作为这种制度设计假定的市场主体,显然是不大会做交易对象信用判断的市场主体。(2)以全体市场主体利益代表自许的执法专断。即存在所有公示事项都是为了所有市场主体识别需要的立法假定,因而政府在商法授权体系下采取了一概严格的执法措施,而不管各种公示事项的识别功效与相关市场主体意愿。例如,依据《企业经营范围登记管理规定》(2004)第4条的规定,企业的“经营范围分为许可经营项目和一般经营项目。……一般经营项目是指不需批准,企业可以自主申请的项目。”但是其第16条却又规定,“企业从事未经登记的一般经营项目的,企业登记机关应当按照超范围经营依法予以查处。”企业经营范围中的一般经营项目既然不需要批准,自应属于企业自治范畴之内的事务。企业从事未经登记的一般经营项目,如果并未影响交易相对人对企业信用等的识别效果,那么政府就缺乏据以查处的法律与法理。但显然,政府在此情形中自我充当了全体市场主体利益的代表者,即使企业从事一般经营项目不需批准,企业仍然要向政府“申请”,否则就是影响整个市场主体的信用识别与判断,政府虽然没有行政许可法上的依据,也可“依法”予以查处。(3)为维持公示措施而不计成本。为维持政府在识别功能上的作用,社会负担了较高的实施成本。一是适格成本,为了满足成为某类市场主体的法定条件如注册资本条件,企业要承担较大的资金压力和资金使用效益上的损失。二是登记成本,大量的登记事项使得企业须负担大量的登记费用,特别是法定文件的制作费用,如为财务报告向注册会计师支付的费用。三是企业运营成本,如企业经营范围登记过于追求形式效力,一个稍大企业登记的经营项目往往有几十项,而且每有增减,就需要召开股东会或股东大会以修改章程,徒耗企业精力。

^③ 《公司法》(1993)第78条第二款、第23条第二款。

“法律父爱主义在当前中国有其存在的社会经济基础。”^④特别是在市场经济体制确立初期,市场体系不成熟,相关法律不健全,市场主体缺乏识别能力和抗风险能力,维持市场秩序的需要大于提升市场效率的需要,因此法律父爱主义在市场经济法律体系建设中也起到了积极作用。在此情势下,政府在识别功能实施中起监护作用,是市场经济发展过程中在所难免的。但是,商法机制运行其中的社会环境在当前已发生了很大的变化,政府在识别功能上的定位与作用也应随之变化。(1) 市场体系已经进一步完善,市场经济法律体系的完备程度大幅度提高,对交易安全的维护更加依赖市场运行和法律实施的系统效益,而不是单一制度的功效。(2) 市场熟人化程度提高,具体企业多是在相对固定的领域与相对熟悉的相对人进行交易,不须再从整个市场陌生化的假定出发,为市场组织和交易规定较高的一般性识别标准。(3) 当代信息化社会资讯发达,对交易相对人及其业务的识别,不再完全依赖于政府部门的登记事项。(4) 信用识别与判断方面的社会中介服务更为发达,有大量的律师事务所、会计师事务所、信用评级机构等,用以满足企业在市场交易中的识别需要。(5) 市场主体的信用判断和风险偏好的差异化加大,而政府只能提供一般性的识别方式,例如对公司注册资本数额的了解。对此,有的市场主体在识别时很重视,而有的市场主体可能并不在意。

只要有市场经济,市场主体就有依靠商法机制进行交易识别的需要,政府在发挥识别功能上的作用就不可替代。但是,政府必须根据“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”的理念和已经发生重大变化的市场经济及其法律体系现状,将其在识别功能上的监护角色转化为服务角色。(1) 削减识别功效不大的公示事项,降低企业为配合识别需要而负担的成本。如2013年《公司法》修改时取消了一般公司的注册资本最低限额制度,取消了公司年检制度。有观点指出,“放松对公司资本制度的管制,凸显公司注册资本的股东自治属性,把应当由市场起决定性作用的因素彻底激活,成为我国公司资本制度改革的基本价值选择。”^⑤“公司的年检制度被年度报告备案公示制度取代,削减了公司登记机关对公司运营状况的监督检查权责,同时也减轻了公司企业的运营负担。……事实上也让登记机关的职责向商业服务性部门方向转化”。^⑥(2) 根据市场主体的识别需要,设置更有利于市场主体识别的公示方式。如2014年颁行的《企业信息公示暂行条例》规定“在工商行政管理部门登记的企业从事生产经营活动过程中形成的信息,以及政府部门在履行职责过程中产生的能够反映企业状况的信息”要在工商行政管理部门组织建设的企业信用信息公示系统上予以公示。可见,政府功能定位转型后,市场主体对企业信用识别及其相关政府工作的要求不是更低而是更高了。(3) 政府在识别功能上由监护转为服务,并不是减少事项、减少强制即可达到

^④ 孙笑侠、郭春镇《法律父爱主义在中国的适用》,载《中国社会科学》2006年第1期。

^⑤ 前引①,邹海林文。

^⑥ 甘培忠、吴韬《论长期坚守我国法定资本制的核心价值》,载《法律适用》2014年第6期。

转型目标,而是要根据实现识别功能的需要,合理设置相关制度措施。如这次公司注册资本制度改革,除了募集设立的股份有限公司之外,以认缴资本制取代实缴资本制,公司在工商登记时,以认缴的出资额作为注册资本,^{③7}并且不需提交验资报告。^{③8}但实际上,这种公示措施的安排还是不周延的。因为在法律规定实行认缴资本制的情况下,公司仍得以自主选择实缴资本制。如果公司将其实缴的出资额予以登记公示,则必须提交相应的验资报告,否则,实缴资本的登记公示就没有实际意义。也就是说,如果公司选择认缴资本制,登记时就不需提交验资报告;如果公司选择实缴资本制,则必须提交验资报告。这既体现了公司在注册资本缴纳方式上的自主选择,也提高了注册资本公示的实际效用。因此,在企业登记制度的改革上,还需要进一步的机制探讨和措施谋划。(4)在商法机制的识别功能上,政府服务职责应当与市场化服务统筹协调。例如,促进企业信用评级、证券评级、主体资格认证等市场化转型,提高市场化评级机构、认证机构的公正能力和业务水平,使之与政府的信息处理能力和公信力相互配合,以提高我国整个市场的透明度与可参与性。

(二) 在选择功能上政府由主导转向辅助

政府为市场整体利益而代为选择市场主体与经营项目是商法体系中常见的制度安排,主要就是商法中规定的大量审批或核准事项。例如,对证券公司、保险公司、商业银行、信托公司的设立及其业务许可,对公司设立条件曾经规定的较高注册资本数额,在公司资本制度中曾全面实行实缴资本制,对证券发行早前的审批与后来的核准,对证券公司、保险公司等主要股东规定的较高资格条件等,类似规定大量存在于证券法、保险法、商业银行法、银行业监督管理法等法律中。政府确认其行政相对人是否违法属于法律判断,而认定市场主体可否进入特定市场或从事特定业务则属于商业判断。对于我国的证券法、保险法、商业银行法、银行业监督管理法来说,其真正特点不仅是作为适用范围的市场或行业有特殊性,而且是政府监管体制也有特殊性,比如其中包含大量的政府做商业判断超过法律判断的权限安排。

作为一种经济体制现实和商法实施现实,在我国“由政府机构进行商业判断是一种常态。……政府是否应当具有以及应当具有何种商事功能,是与政府所处区域的商事主体(民众、企业组织)的‘市场成熟度’有关。”^{③9}确实,不成熟的市场主体对政府进行商业判断确有更大的需求甚至依赖,但这只是事情及其原因的一方面。依作者看来,政府应否进行商业判断更与政府本身的“市场成熟度”有关,即政府对市场机制的认识程度、对市场发展状况的掌握程度、对政府与市场应有关系的了解程度,决定了政府应否进行

^{③7} 《公司注册资本登记规定》(2014)第2条第一款、第二款。

^{③8} 在申请公司设立登记时,《公司登记管理条例》(2014)第20条第二款、第21条第二款规定应提交的文件中,均未包括验资报告。

^{③9} 蒋大兴《隐退中的“权力型”证监会——注册制改革与证券监管权之重整》,载《法学评论》2014年第2期。

商业判断的场合、时机、方式和程度。

首先,依据前面对政府公正能力和专业能力的分析,政府未必具有超过一般市场主体的选择能力。其次,政府过多选择的结果可能造成市场竞争机制的体制障碍,因为能否进入或退出市场决定于政府的选择,市场主体得不到与市场发展相称的竞争机会,其竞争能力和竞争结果也得不到相应的市场反应。最后,政府得以行使选择权力的事项与标准也未必科学合理。例如,对于证券公司、保险公司设立时的主要股东,法律规定有“持续盈利能力”条件,^⑩但该项规定是否得当值得分析。一是证券公司、保险公司均采用实缴资本制,其主要股东足额缴纳资本即可,其自身是否有“持续盈利能力”与证券公司、保险公司的资信能力与经营状况没有必然联系;二是主要股东是否具有“持续盈利能力”,与其对证券公司、保险公司能否正面行使股东权利亦无必然联系,不能认定有“持续盈利能力”的股东就会对公司“行好”,而没有“持续盈利能力”的股东就会对公司“使坏”;三是证券公司、保险公司设立时具有“持续盈利能力”的主要股东,在公司设立之后却又失去“持续盈利能力”,此时对其持有的证券公司、保险公司股份将如何处置,却是一个难解的问题。可见,政府据以做商业判断、替代市场选择的法律规定,未必都是有充分道理的。政府过多替代市场选择与政府本身的“市场成熟度”不高确有关联,主要表现为政府对自身能力和市场机制了解的不透彻不实际。

在“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”的体制建构理念下,政府在选择功能方面的作用应当尽量限缩。(1)既然市场在资源配置中起决定作用,那么凡是市场主体根据市场机制能够做出选择的场合,政府就不必越俎代庖。(2)政府要多做法律判断,少做商业判断。政府要根据市场主体是否有违法违规行为,做出行政管理上的处理决定。例如,在认定证券公司、保险公司主要股东资格条件时,重点要审查其是否有重大违法违规记录;至于是否“有持续盈利能力”、“信誉良好”等商业判断,应由其他投资者和公司客户做出。(3)商法在选择功能的运用上,也要尽量减少“法律父爱主义”关切。一个市场主体是否资信品行俱佳以及是否在从事有价值的市场经营项目,应当由其他市场主体根据市场“接受-拒绝”机制自行判断。尽管我国当前的市场经济还不够成熟,但是“风险自担,责任自负,这是一个最根本的原则。……政府不必为投资者和相关当事人过多担忧。”^⑪因为一个市场或市场主体不是通过逻辑推理而成熟起来,而是通过经验包括屡受挫折的经验而成熟起来。(4)当然,在商法机制的选择功能方面也要“更好发挥政府作用”,在易于发生系统性风险的场合,或者易于造成公众投资者大规模损失的场合,政府还是应当适度发挥其选择作用。例如,对从事证券、保险、银行等金融业务的准入许可,对从事这类行业的公司设定较高的实缴注册资本最低限额等。但是,政府基于商业判断的选择权限必须居于辅助地位,是在市场机制不能有效

^⑩ 《证券法》(2005)第124条,《保险法》(2009)第68条。

^⑪ 前引^⑩,王保树文,第5-6页。

发挥选择作用时才可以行使的权力。

(三) 在规制功能上政府由管制转向治理

我们已经认识到,“始于1979年的经济体制改革,在由高度集中的计划经济体制向社会主义市场经济体制转变中,就是不断放松管制(或曰‘规制缓和’、‘政府适度干预’)扩大营业自由。”^⑫但是至今为止,我国商法体系的特点之一就是其中仍然存在大量的政府管制内容。例如,“尽管公司法应当坚持和彰显私法自治的理念,政府管制仍是公司立法的重要内容之一。”^⑬又如,“我国银行监管法律体系存在规则监管过度、安全目标偏重、行政权力独占、监管方式僵化、监管权力不清、监管标准不一、监管措施不当、信息披露弱化的问题。”^⑭再如,在上市公司证券发行时,“无论是‘审核制’还是‘核准制’仍在事实上蕴含着政府对证券发行进行‘供应管制’与‘价格管制’的行政管理思路。”^⑮能说明这方面问题的商法制定法上和学术观点上的例子,不胜枚举。归纳起来,就是在商法机制的规制功能上,政府基本上采取了严格管制的理念与措施。

政府以管制理念与措施来实施规制功能的主要表现是:(1)政府管制在整个市场规制体系中居于中心地位。以证券法为例,其实施机制以行政为主导,其中有关投资者权益保护宗旨,有关市场秩序维持的措施,主要是通过证监会的执法活动实现的,而证券市场自律机构(如证券业协会、证券交易所等)未能发挥出应有的作用。(2)在商法上的法律责任体系中,行政法律责任制度居于核心地位。例如,证券法、保险法上的“法律责任”章,基本上就是行政法律责任章;追究行政法律责任的措施多样,诸如责令改正、给予警告、予以取缔、行政罚款、没收违法所得、责令停业整顿、吊销业务许可证、撤销任职资格或从业资格、市场禁入等;在实践中也基本上通过追究行政法律责任来维持市场秩序,民事责任的制度功效不昌而事实上成为法律责任制度体系的“短板”。^⑯(3)政府对市场监管仍然采取行业监管的老套路,虽然近来开始提倡功能监管的理念,但相应的制度体现仍然滞后。例如,证监会对于证券公司、证券交易所,保监会对于保险公司,银监会对于银行等金融机构,其监管权力已深度介入这些企业的治理结构与经营活动内部,俨然计划经济体制下的行业主管部门。

在“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”的体制下,依然需要政府在市场规制体系中发挥其重要作用。但市场起决定作用下的市场规制体系应当以市场参与者共同治理为本质特征,而非以政府管制为本质特征。商法建构的市场规制治理体系应当包含四个层面:一是自我规制,即市场主体根据法律的规定,通过自觉遵守法律实

^⑫ 前引^①,王保树文。

^⑬ 前引^②,邹海林文。

^⑭ 杨松《后金融危机时代银行法面临的问题及其完善》载《法学杂志》2010年第11期。

^⑮ 郑彧《论证券发行监管的改革路径》载《证券法苑》(第5卷)法律出版社2011年版,第154页。

^⑯ 参见陈甦、陈洁《中国证券法律责任制度实施效果评析》载《中国法治发展报告》(No.12(2014)),社会科学文献出版社2014年版,第109页以下。

现市场秩序。例如根据公司法的规定完善公司治理结构,根据证券法的规定开展证券业务;二是相互规制,即市场主体之间根据商法规定建构其权利义务关系,通过向违法一方追究民事责任的法律机制实现市场秩序;三是自律规制,即市场自律团体(如行业协会、证券交易所)根据自治规范实行团体自律,以实现所在行业领域的市场秩序;四是政府规制,即政府根据商法规定的权限严格执法以实现市场秩序。政府在市场规制体系中的作用是协同而非统治的,政府规制是有机存在于其中而非外在强行介入的。

在商法机制的规制功能上,要实现政府规制从管制向治理的转型,应当在以下几方面采取措施:(1)改变政府规制理念与规制措施。例如,为“提高证券市场监管效能,由行业监管与功能监管并重转变为功能监管为主、行业监管为辅,由全面监管向有效监管转型,降低市场监管成本,提高市场监管效益。”^{④7}这一建议也适用于其他领域市场监管体制的改革。(2)对政府规制的权限实行“减、放、转”。“减”就是根据市场起决定作用的规制需要,尽量减少不必要的政府规制权力。“放”就是充分发挥市场自律团体的规制作用,对于市场自治团体可以规制好的事项,政府应当将相关权限下放给市场自律团体。例如,对于专业人员任职资格的取得或撤销,特定市场从业人员的市场禁入处罚等,这些权限最好下放给行业协会行使。“转”就是政府对市场活动的规制,应当由“正面清单”管理转向“负面清单”管理。(3)加强市场自律团体的建设,使之能够承接政府下放的市场监管权力。例如,证券交易所既是证券市场上的集中交易机构,也是证券市场起自律规制作用的机构。但是,“从我国法律法规的规定以及目前实践看,我国的证券交易所已经成为政府监管机关的附属机构,交易所缺乏独立性”,^{④8}因而难以有效实现其自律规制功能。“市场起决定作用”包括市场自律团体起到应有的规制作用,因此应当将证券交易所转制为真正独立的市场主体,使其依法依规独立地发挥所在领域的市场监管作用。在这里,树立市场主体也能发挥相当于政府规制作用的信心是十分重要的,因为“在自发追求和竞争压力下,交易所必然不断寻求提高监管水平的措施,积极应对证券市场的迅速变化和 demand,从而有助于形成更为有效的证券监管体系。而政府监管则因为没有竞争压力和自发需求,而往往处于过度监管或者监管不足的局面。”^{④9}或许这样的认识对整个商法领域中的市场监管体系建构,都是很有意义的。

(四) 在调控功能上政府由直接转向间接

如前所述,在我国商法中仍然包含旨在调控市场的法律规范,政府则根据这些法律规范实施调控功能。商法机制中的调控功能体现在诸多方面,一是推动市场的发育与发展,例如“我国的证券市场在很大意义上是借助政府的推动发展起来的”;^{⑤0}二是稳定

^{④7} 前引^{④1}陈甦、陈洁文。

^{④8} 谢增毅《政府对证券交易所的监管论》载《法学杂志》2006年第3期。

^{④9} 彭冰、曹里加《证券交易所监管功能研究》载《中国法学》2005年第1期。

^{⑤0} 高西庆《论证券监管权》载《中国法学》2002年第5期。

市场的扩张程度与速度,如对证券发行与上市实行计划控制;^{⑤1}三是调整市场的活跃程度,如商业银行法对存贷款利率上下限制度的规定;^{⑤2}四是调整市场结构,如证券法在2005年修改时,废除了原证券法对融资融券交易方式的禁止,规定“证券交易以现货和国务院规定的其他方式进行交易”;^{⑤3}五是调整市场领域的所有制成分,如2012年中国银监会发布《关于鼓励和引导民间资本进入银行业的实施意见》,表明民间资本是在一种受调控状态下进入银行业的。

尽管在当前的政府职能转变中,政府干预市场经济的审批权限已经大幅度消减,但是在商法机制中,政府调控市场的直接性却依然明显存在。其一,政府的市场监管机构直接实施市场调控功能,将市场监管权与市场调控权集于一身。实际上,市场监管的功能目标与市场调控的功能目标并不总是一致,侧重市场调控可能导致市场监管出现偏差,侧重市场监管则可能导致市场调控发生失当。其二,政府相关部门通过设立审批和业务许可,直接调控市场结构、规模、活跃程度和所有制成分。例如,根据银监会《关于鼓励和引导民间资本进入银行业的实施意见》(2012)第1条第(二)项的规定,“民营企业参与城市商业银行风险处置的,持股比例可以适当放宽至20%以上”。显然,政府对民营资本进入银行业有严格的持股比例限制,但是,这种限制既没有《商业银行法》上的明确根据,也有违市场主体地位平等的市场经济原则。其三,政府通过审批事项范围的扩大化,直接扩大对市场的调控范围。例如,保监会在审批保险公司设立分支机构时,要求申请人提交“拟设机构三年业务发展规划和 market 分析材料”,^{⑤4}显然保监会要据此做出商业判断,然后再根据商业判断结论做出批准或不批准的决定。

在“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”的改革理念下,商法机制中的政府调控功能应当转型。首先,将市场调控权力从商法规定的政府监管机构权限中剥离出去,使政府的市场监管机构不再直接行使调控权力。其实,在证券法、保险法、商业银行法、银行业监督管理法中,并无明文规定相应监管机构拥有市场调控权力,只是这些机构在履行监管权力时,往往以维护市场秩序为由扩张行使其市场调控权力。这是政府行政权力具有天然扩张性的一个典型例子。其次,根据“市场在资源配置中起决定作用”的理念,充分释放现行商法为市场发展保留的制度空间,政府不应再固守让这些法律空置的调控政策。例如,根据《证券法》的相关规定,证券交易所可以采取会员制也可以采取公司制,其设立也没有法律上的数量限制。在上交所和深交所之外再设立证券交易所,将证交所改制为公司制等,这类市场需求与要求肯定是存在的,政府不应基于管制方便和调控容易的考虑而人为限制证券市场发展。再次,继续修改现

^{⑤1} 虽然1998年证券法规定股票发行采用核准制,但在其实施后的几年里,对股票发行仍然实行有计划经济色彩的“通道制”等。参见陈洁《证券法》,社会科学文献出版社2006年版,第63页。

^{⑤2} 《商业银行法》(2003)第31、38条。

^{⑤3} 《证券法》(2005)第42条。

^{⑤4} 《保险法》(2009)第75条。

行商法中阻碍市场机制运行和市场发展的规定,避免政府调控权限的划分成为市场人为分割的体制障碍。例如,《证券法》(2005)第6条、《保险法》(2009)第8条都规定了证券业、保险业、银行业、信托业实行分业经营、分业管理的体制,但是这种分业经营、分业监管本身就是对关联性很强的金融市场进行人为的分割,除了方便政府监管部门行使权力以外,既阻碍了综合金融的市场发展,也提高了市场监管成本。因此,应当修改相关法律,废除分业经营、分业管理的体制,将继续分业经营还是混业经营的选择,留给市场机制和市场主体决定。最后,在商法机制中如果还必须保留一些政府调控功能,那也应当由直接调控转为间接调控。例如,将行业市场发展的规划与促进等事务,交由行业协会负责,政府通过监督指导行业协会来实现市场调控功能。再如,对证券市场运行的调控,还可以让证券交易所承担部分职责,证监会通过审核证券交易所的上市条件和业务规则等,实现对证券市场发展的间接调控。如果真正坚持上述理念并付诸实践,在我国市场领域发生政府监管权限减少和监管机构合并,将是可期待的前景。

“完备的商法制度是保障市场经济正常运转的基本要求,没有完备的商法规范就没有规范的市场经济制度。”^⑤在全面深化经济体制改革的今天,践行“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”的理念,必然要求商法根据变化了的社会经济现实继续不断完善,以实现商法范畴中政府与市场关系的合理化制度化。以上分析表明,按照社会经济发展需要建构商法机制,合理设置政府与市场在其中的功能定位,商法可以更加合理更为协调更有实效。

Abstract: the establishment of reform concept, “making market play a decisive role in resource allocation and making government play a better role”, decides the system turns from “limiting market, government managing the rest” to “limiting government, marketing managing the rest”, and also decides the principle, thought and key point of dealing with the relationship between government and market in commercial law construction. Government and market's functional orientation in commercial law mechanism should be decided according to the running needs of market economic system, the ability of government and market, commercial law purpose and realization mechanism. Government should realize function transition. In recognition function, government should turn guardianship into service; in selection function, government should turn leading to supplementary; in regulation function, government should turn regulation into management; in regulatory function, government turn direct way into indirect way.

(责任编辑:王莉萍)

^⑤ 赵万一、赵吟《论商法在中国社会主义市场经济法律体系中的地位和作用》,载《现代法学》2012年第4期。