

私人在经济法实施中的作用

——理论逻辑与发展路径

刘乃梁

(西南政法大学 经济法学院, 重庆 401120)

摘要:经济法的实施问题是目前经济法学研究较为薄弱的环节。转变单一的公力规制思维,重视私人参与是探索经济法实施理论的应有之义。现代社会蕴藏着丰富的法律实施资源,私人实施已经在具有公害性特征的某些法律领域起到了举足轻重的作用。在秉承社会本位、着眼公共利益的经济法中,具有“经济人”特征的私人可以弥补公共实施的缺位、发挥信息优势、产生社会效应,提升法律实施的效果。建立公共与私人相结合的经济法二元实施体制、健全经济法公益诉讼机制是促进私人参与经济法实施、提升法律实施效率的重要途径。

关键词:私人;经济法;法的实施;私人实施

中图分类号:DF41 **文献标志码:**A **文章编号:**1009-1505(2014)04-0062-10

The Role of the Private in Economic Law Enforcement

—The Logic of the Theory and the Path of Practice

LIU Nai-liang

(Law Economic School, Southwest University of Political Science, Chongqing 401120, China)

Abstract: Currently, the economic law enforcement is the weak point of the research on economic law. The purpose of this paper is to find ways to solve the problem. Changing the single regulation thinking of public enforcement and paying more attention in private enforcement is the meaning of developing the theory of economic law. Modern society is rich in private legal resources. Private have already play an important role on the public damage area. The research methods of economics provides a good reference for us. The private with the “economic man” feature have the function of covering the public enforcement shortage, collecting information and guiding public opinion on economic law which focus on the public interest. We conclude that it needs to be explored from two aspects of entity and procedure. Establish a compound system of public and private enforcement and public interest litigation system is the key path of the improvement of the economic law enforcement theory and the efficiency of law enforcement.

Key words: private; economic law; law enforcement; private enforcement

收稿日期:2014-03-23

基金项目:国家社科基金项目“经济发展方式转变的产业政策协同法律机制研究”(11XFX021);西南政法大学科研创新重点项目“经济法的私人实施机制研究”(2012-XZYJS020)

作者简介:刘乃梁,男,西南政法大学中国市场经济法治研究中心研究助理,法学博士,主要从事竞争法、经济法基础理论的研究。

改革开放以来,中国经济法学研究取得的成就有目共睹。通过学者们的不懈努力,经济法学得以在中国特色社会主义法律体系中占有一席之地。据国务院新闻办公室2011年10月27日发表的《中国特色社会主义法律体系》白皮书显示:“截至2011年8月底,中国已制定经济法方面的法律60部和一大批相关行政法规、地方性法规。”领域遍及社会主义市场经济的重要环节。然而,在中国“法与正义的中兴之际”,经济法律规范的实施面临着诸多制度性瓶颈。与此同时,对于法律实施的理论探索也成为经济法学研究较为薄弱的环节。

博登海默曾经指出:“如果包含在法律规定部分中的‘应当是这样’的内容仍停留在纸上,而不影响人的行为,那么法律只是一种神话。”^[1]实践中,我们总是希望借助公共实施机构的巨大能动性将法律带回人间,可是效果并不总是那么尽如人意。“光凭法官在法庭时刻等候审案、警察派出巡逻还不够,每个人都相应地尽其所能加以协助是必要的。”私人参与法律实施已有悠久的历史。现代社会,私人会在具有公害性的法律领域发挥出比公共实施机构更为彻底的能动性,取得了异乎寻常的实施效果。在我国经济法的发展中,学者们苦于寻找具有经济法特色的实现路径、实施机制以及责任制度。私人如何在法律实施中发挥作用?经济法中的私人具有怎样的特点?他能否在经济法的实施中发挥作用、发挥怎样的作用、如何发挥作用?本文将尝试着对这些问题做出解答。

一、经济法实施问题研究的认知与思考

(一) 关于研究现状的认知

对于经济法实施的理论研究来讲,合理的界定经济法实施的内涵是首要任务。长久以来,学者们对于经济法实施的界定均有着自身独到的表达方式^①,但字里行间都折射出趋同化的理论认知。“经济法实施是一定主体依照有关程序将经济法规贯彻落实到社会现实中,启动经济法规的社会调整功能,实现经济法的预期目标”^[2]。从“经济法实施”与“法的实施”之间子母关系出发,也可将经济法实施演绎性的阐述为“经济法主体贯彻执行经济法规,把法定的权利义务转化为现实的权利义务,实现经济法价值的动态过程,具体包括经济法的遵守、执行和适用等环节”^[3]。从长期的发展来看,我国经济法实施问题的研究其特点在于:

1. 整体关注较少,个体争点突出。一方面,从整体关注程度来看。学界对于经济法实施问题的关注远不及经济法定义以及独立性问题的讨论热情。在经济法学主流教材中,有关经济法实施问题的讨论消失殆尽。在我国经济法的初创发展期,这种现象可能具备一定的合理解释。但是,法学历史的演进历程使我们清晰地认识到徒法不足以自行,缺少实施体系的法律仅仅是一纸空文;另一方面,从个别关注角度来看。学者们对于经济法实施问题的重要方面进行了一定的横向展开,内容涉及经济法实施的特征、运行原则、行政执法机制以及司法适用机制。但是,就目前的研究来看,仍未形成对现实发展具有影响力的程序制度构建。经济法实施程序,尤其是经济法诉讼程序的缺失,已经成为经济法发展中亟待解决的问题。对于这些问题尤其是程序性问题的持续关注,有助于经济法实施基础理论的完善。

2. 总论与部门法实施之间缺乏互动。经济法内涵丰富、外延宽泛,内容涵盖市场主体规制、市场秩序规制、宏观经济调控和可持续发展保障、社会分配等市场经济发展的重要环节。伴随着市场经济对于法治的强烈要求,以企业、市场竞争、金融、宏观调控、社会分配为代表的经济法律部门在各自的方向做出了富有建设性的实施探索。一大批配套的行政法规、辅助制度出台实施。从整体与部分的关系

^①参见李昌麒:《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487页;杨紫烜主编:《经济法》,北京大学出版社2006年版,第85页;漆多俊:《经济法基础理论》,法律出版社2008年版,第278-281页等。

来看,这些成果的取得应当对于经济法实施的研究大有助益,但是现实中并没有取得“一加一大于二”的效果。究其原因在于经济法总论对于部门法中具有共性的发展经验与制度成果的吸收、升华明显不足。这在某种程度上反映出经济法学与其部门法学研究上的脱节。

3. 研究视野存在一定的局限性。在探索经济法的实施路径时,学者们往往会走入一种思维定势,即“一部法律、一个机构、一种环境”:力图通过立法的完善,执法机构的健全以及法治环境的建设解决当下的诸多难题。我们不能对这种思路予以否定,但是这也势必将我们带入了另一种制度性瓶颈。这三种途径无不体现出对于公共权力的强烈依赖,是一种具有公法特色的思维方式。对于经济法来讲,极力追求近乎完美的公力规制或许并不是问题解决的良策。况且在我国有关公力规制的命题拓展会因现实的因素变得更为复杂。重视眼前,寻找可能的、符合当下的、回应现实的制度创新也许是成功之道。

(二) 关于研究进路的思考

首先,加强对经济法实施问题的关注具有重要意义。法的实施是法律之所以为法律的基本问题。“事实上,法的实施比法的创制更重要,它是考察一国法律的正当性、有效性和实际运行状况的重要视角和基本途径。”^[4]从我国的实际情况以及经济法的全球发展来看,较少有国家存在经济法成文法典。所以,从经济法实施的角度统筹部门法实施以及经济法价值实现上的诸多问题成为完善经济法实施理论的唯一路径。经济法实施问题涉及经济法实施、经济法责任、制度等相关核心问题,对于弥补我国经济法基础理论研究的空缺有着极强的现实意义。此外,对于诸如经济法公益诉讼制度的探索,不仅对于经济法自身发展的促进,更是对于公益诉讼程序制度的发展与完善。

其次,经济法实施的真正意义并不只是法律的适用。“在很多情况下,有许多人把‘法律实施’等同于‘法律适用’,而法律适用就是指的司法,这是个严重的误解。……现在我们一谈法律实施,都谈的司法问题,把其他的问题都忽略了”^[5]。相比于经济法律规范的一般适用来讲,将经济法自身的价值蕴含落实到社会生活之中,将经济法的理念、精神传承永续,这或许是经济法实施的最终追求。

最后,转变思路,寻求第二条实施路径势在必行。有学者曾指出,“法律不是由‘社会’实施的,而是由实施机关受命来从事这项工作”^[6]。不可否认,公共实施将会在经济法实施过程中占据主导地位,但是公共实施也会受困于某些限制性因素。由此,寻找不同于公共实施的第二条路径变得尤为迫切。参与法律的实施,某种程度上既是公民的权利又是公民的义务。正如耶林所指出的那样,“当恣意妄为和无法无天的九头蛇希多拉神抬头之时,每个人都有踏上一只脚的命令和义务。受法庇护的人都应该尽其所能为保护法的威力和威信做出贡献”。让更多的人参与到经济法的实施当中,深层次地挖掘社会中的法律实施资源有助于多元实施方式的探索。

二、私人在法律实施中的作用

私人参与法律实施,即私人实施^①,是指与公共实施相对,在某些具有公害性的法律领域,允许“私人依据法律规范开展的监督、追溯、裁判和制裁违法行为的活动”^[7]。

20世纪60年代末,日本英美法学者田中英夫和商法学者竹内昭夫由于一个偶然的的机会共同在哈佛大学法学院进修。在那里,他们共同意识到一个问题:为何日本和美国的法治进展存在着显著的差别。对于问题的解答,他们并没有常规的从国家与社会的角度进行剖析,而是首先考察两种法律制度本身的细微差别:“私人在法实现中的作用,即私人在多大程度上期待并积极行使其自身权利以促进

^①从严格的语义界定来讲,“私人参与法律实施”的外延大于“私人实施”,但是,出于论述便利的考虑,本文在与公共实施相对的这一语义上同等使用“私人实施”与“私人参与法律实施”。

法律之目的的实现。”^[8]十多年以后,他们出版了专著《私人在法实现中的作用》,蜚声遐迩,为日本法治改革注入良剂。现如今,中国正值“法与正义的中兴之际”,不同法学学科、不同研究领域的学者们对这一命题不约而同地产生了强烈的关切。历史总是惊人的相似,它或许已经告诉我们路在何方。

(一) 私人实施的共性作用考察

“法律实施是一项伟大的事业,是一项系统的工程,是一场艰难的革命”。^[9]正如前文所述,法律实施并不仅仅指法律适用,它至少包括执法、守法、司法和法律监督四个方面。私人在这四个方面发挥着不同的作用。首先,在行政执法中,私人可以通过向行政执法机构举报启动行政执法程序,也可以对于行政执法的决定提出异议。其次,在法律的司法适用上,私人可以通过仲裁、诉讼等方式对违法行为进行追究,这也是最为普遍的一种方式。最后,对于公民守法和法律监督来讲,这往往是我们容易忽视的法律实施的重要环节。公民守法与法律监督是推广法律规范、培养法感情、建设法治环境的极佳途径,也是最能发挥私人主观能动性的法律实施环节。值得一提的是,此外,私人对于法律实施的参与通常是一系列法律实施环节的联动。

(二) 私人实施的个性作用考察

如果我们过宽地界定私人参与法的实施,那么任何可以由私人或者私人代表律师参与实施的法律都是私人法实施的法域。由此,私法领域存在着大量的私人实施。而我们所言指的私人实施是指形成一定的制度化、得到公众认可的,与公共实施相对的实施方式。我们所言指的私人实施主要存在于公法领域,在刑法和行政法的实践探索中形成了鲜明的个性特征。

在刑事法律中。因其牵涉面大,利益波及广等原因,一方面检察机关不能较好而全面的对所有违法行为进行追诉;另一方面,被告人也会为生命和自由做出困兽之斗。出于提升执法效率的考虑,在刑事诉讼中往往会将一部分执法权下放给私人,这就是刑法中私人警察制度(Private eye),也称之为私人侦探、私人保安。私人警察制度从本质上讲是一种执法权的下放,私人警察承担了检察机关的部分职能,大量参与刑事证据调查的工作,对违法者进行追诉。私人警察带来的震慑作用是明显的,“美国的罪犯更惧怕私人警察而不太怕公共警察。因为最高法院曾于1873年确立规则,赋予私人捕快比警察更大的权力,他们可在各州边界外追捕罪犯,可无需批准闯入私宅,可在执行任务时使用武力,可还击毙对手”。^[10]

在行政法律中。行政法是典型的具有公法属性的法律,在其实施过程中,公共实施机构发挥着不可替代的作用。然而,伴随着公法私法化的发展趋势,行政法中逐渐出现了私法的元素,行政法实施中同样产生了“私人行政”的现象。“20世纪80年代后半期,联邦德国开始在联邦、各州、地方团体等不同层面上实施各种改革措施,受世人瞩目。”^[11]这次改革中对于行政法发展最为重要的两个方面在于行政的私化(Privatisierung)与规制的缓和。私人行政(Beleihung)即指“私人作为行政的中坚力量之一参与到行政作用中,利用私人的各种能力实行各种事务的行政现象”。^[11]私人参与行政法的实施打破了原有行政法律关系的二元主体结构。这种现象产生的原因在于现代政治国家中,行政执法任务随着社会的发展呈现出多元化的趋势,“传统行政机关的角色已无法适应新的行政任务需要,行政机关不得不利用私人部门的专业技术和管理经验,通过授权、特许等形式允许私人介入行政任务的完成”。^[12]私人行政方式的出现,影响了多国行政法的改革进程。

三、私人参与经济法实施的理论证成

(一) 经济法视野中的私人

1. “经济人假设”语境下私人。私人在不同法律中扮演着不同的角色。在刑事法律中,私人可以是被告人,也可以是自诉人,既可以是个人,也可以的单位;在行政法中,私人是行政管理的相对人,也可

以行政管理的参与者。当然,在所有的法律中私人人都可以是法律的监督者。不同的法律赋予了私人不同的角色,同时私人又对不同的法律回馈着这种角色效应。那么,经济法的私人又是何种角色呢?答案正是经济法学的言说前提——“经济人假设”。

“经济学研究是建立在两个基本假设的基础上,人是有差异的而且是自利的经济主体”,这就是“经济人”。^[13]“经济人”概念滥觞于西方古典经济学,经由亚当·斯密发展成为一种系统的理论体系^①。“经济人假设”包括两个核心部分,一为“利己”,二为“理性”。“利己”就是人的思考与行为都是朝着有利于自己的方向。它被古典经济学视为一种抽象的人性,指代“每个人改善自身境况的一致的、经常的、不断的努力”。^[14]而对于“理性”的认识,经济学经历了从“完全理性”到“有限理性”的转变。古典经济学假设认为人应当具有完全理性,思考与行为可以做出自身利益最大化的选择。但是,完全理性过于理想化,后由诺贝尔经济学奖获得者西蒙承继了阿罗关于“有限理性”的学说修正了“完全理性”的假设。“有限理性”论者认为,“人是有意识的理性,并且这种理性是有限的”。由此,我们可以对经济人假设下一个简单的结论,即是当个体在社会与经济活动中面临机会选择的时候,他们总是倾向于选择能够给自己带来更多经济利益的机会,即始终追逐最大的利益。

“经济人假设”同样赋予了经济法私人不可比拟的特点,这在法律实施领域表现得淋漓尽致。首先,经济法中的私人是利己的。一方面,为了追逐自身利益的最大化,他们不懈努力;另一方面,如果自身利益受到损害,他们也会不惜一切代价成为利益的捍卫者。利益的存在与博弈是私人参与经济法实施的根本原因,而“利己”成为其参与实施的强大动力。其次,经济法中的私人是理性的。一方面,私人会做出是否参与实施的理性决定。在私人准备参与法律实施前,他们会做出利弊权衡,进而做出下一步选择。知难而退或是迎难而上都取决于他们理性的判断;另一方面,私人会做出如何有效实施的理性策略。孤军奋战还是团结向前,理性也会使私人选择趋于正确的策略。最后,经济法中的私人是有限理性的。由于自身知识构成以及身处环境或单一或复杂,因而他们的决策虽然是主观利己和理性的,但是未必是实质上最优的选择。这时候就需要进行方式方法的引导。总之,具有“经济人”特征的经济法私人拥有极强地参与经济法实施的可能性与可操作性。

2. 经济法私人的表现形式。(1) 实施视角。从一般法律实施来讲,主体的适格性是开启实施程序的前提。例如,《中华人民共和国民事诉讼法》第119条关于起诉条件规定,“原告是与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织”。《中华人民共和国行政诉讼法》第2条规定,“公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法向人民法院提起诉讼”。而对于经济法实施来说,主体的适格性有着另一种含义。

首先,对于经济法律规范运行中,因违法行为受到利益损害的私人有权对违法行为进行追诉,寻求解决途径。这是普遍意义上的经济法实施主体,其理论内涵与一般诉讼法相同,注重主体的适格性。其次,在经济法的一些特有的责任形式中,实施主体范围有所扩大。例如,在企业社会责任的实施中,实施主体秉承“利益相关者”理论,即组织外部环境中受组织决策和行动影响的任何相关者。此外,在惩罚性赔偿制度的适用中,出现了“知假买假”意义上的消费者。他们能否界定为消费者曾引起学界的广泛讨论,但是从法律实施的角度审视,他们可以成为私人主动参与经济法实施的典范。由此可以看出,经济法实施对于私人的态度是以传统的主体适格为主,并在某些新的、独有的责任形式适当放开实施主体的范围。

(2) 主体视角。从经济法主体的视角对参与经济法实施的私人进行类型化展示有助于我们明晰他们在法律实施中扮演的角色。一般来讲,经济法主体包括政府、社会中间层组织以及市场主体三大

^①对于经济人的理解,亚当·斯密在《国富论》中指出,“每天所需要的食物和饮料,不是出自屠户酿酒家和面包师的恩惠,而是出于他们自利的打算不说唤起他们利他心的话,而说唤起他们利己心的话,不说自己需要,而说对他们有好处”。

类。这些类别对于经济法私人实施的意义是不同的。

首先,对于政府来讲。政府是公共实施的践行者,是法律实施当之无愧的主力军。在私人实施中,政府主要是去引导、激励私人进行有效的实施。其次,对于社会中间层来讲。他们是经济法中特色鲜明的主体形式。他们可以以私人的身份参与公共实施,例如独立第三方鉴证机构对于行政执法、司法的参与。此外,他们也可以在私人实施与公共实施中架起桥梁,促进沟通。例如,行业协会是经济法的重要主体形式。行业协会具有经济自治权,它既可以代替政府协调行业内部利益冲突,维持行业良性发展,又可以代表行业向政府表达自身的利益需求,争取更大的发展空间。最后,对于市场主体来讲。他们是最为广泛的私人实施主体,私人实施的效果某种程度上取决于他们参与的热情。他们是利益的最直接相关者,拥有最大的实施动力。

(二) 私人参与经济法实施的合理性分析

私人参与经济法实施的合理性一方面取决私人实施自身对于法律发展的优势,更为重要的一方面是私人实施在与经济法实施相融合后产生的化学作用。对于私人参与经济法实施合理性的揭示,我们可以从经济法本身以及经济法实施两个方面进行讨论。

1. 从经济法出发看私人参与经济法实施的合理性。第一,经济法的利益指向为私人开展实施提供了保障条件。经济法秉承社会本位的法治观念,从社会全局出发,维护公共利益。经济法的利益定位在某种程度上修正了经济学对于“经济人”个体利益定位的观点。不可否认,私人参与法律实施有着明显的“利己”痕迹。但是,经济法的规制领域经常牵涉社会公共利益,因此私人在进行“利己”追求的同时也会对社会公共利益的维护起到作用。我们不能因为私人实施的主观利己性,而忽视其对于社会的整体效用。例如,消费者因购买假货而对经营者或生产者追诉惩罚性赔偿时,这对于同类行为不可不谓一种极强的震慑。与此同时,这种为权利而斗争的行为也会引发社会群体对于某些行业现状的关注,进而产生一系列的连锁反应,促进社会法治进步。

第二,经济法公私交融的性质使得私人实施的探索成为必要。经济法并不是单纯的公法或者私法,我们通常将其视为第三法域。经济法具有极强的公私交融的性质:它既有政府对于市场主体的规制,又有对于平等市场主体间竞争关系的监控。这种公私交融的性质反映在经济法的实施上就是需要我们在某些环节考虑通过“私”的手段达到法律的效用。鼓励私人参与法律实施正是其中要旨。可以说,伴随着公法与私法的融合,二者之间在法律实施上的“灰色地带”不断扩展。与其踟蹰不前,不如大胆尝试。

第三,发展私人实施是经济法回应性的现实指向。回应性是现代法律的重要特征,在民商事法律与经济法中体现的尤为明显。然而,“脱胎于传统法律土壤的经济法的这种反映性绝不是仅仅局限于这种普遍意义的反映性的水平,即它已经超越了民商法等相邻部门法的水平而具有鲜明的个性特色”。^[15] 经济法所言指的回应性,“是通过对旧问题的层层剥离和对新问题的不断发掘而逐步体现的”。^[16] 对于经济法实施来讲,“旧问题”应当是如何提升实施的效率以及实施的透明性。这一问题的解决无疑与当下司法公信力的讨论热潮相契合。可以说,增强司法公信的重要途径,除了司法机关的主动作为之外,让更多的人参与法律的实施是非常必要的。另一方面,对于我们面对的“新问题”也必须有所回应。目前,我国正处于经济转型的关键期,为市场经济发展保驾护航的经济法如何契合这一趋势,在为经济转型服务的同时促进自身的发展又显得尤为重要。社会转型中一个重要的理念在于以“还权于社会”为核心的创新社会管理方式。对于经济法实施来说,就是要求重视社会中间层的力量,激励私人参与法律实施。

2. 从经济法实施出发看私人参与经济法实施的合理性。其一,经济法公共实施的局限性为私人实施提供了空间。作为经济法公共实施主体的政府同样具备着“经济人”特征。经济学研究证明,政府在决策之时由于其有限理性会造成对于问题认识的不全面。此外在某些环节也会产生道德风险,这种现

象称为政府失灵。我们不能忽视政府在经济法实施中的作用,但是我们必须客观的进行认知。可以说,以政府失灵为代表的公共实施局限性为私人参与实施留下了空间。这种意义上的实施是通过社会实施资源的深度挖掘,一方面弥补公共实施力所不及的区域,另一方面借助私人的力量开展有效的监督,进而从法律实施的两个方面完成对于公共实施的辅助效用。

其二,经济法实施的特征需要私人大力参与实施。对于经济法实施来讲,最明显的特征在于综合性与专业性。综合性是指经济法的实施应当尽可能的运用多种手段,选择多种途径。而专业性是指“经济法是一个高度专业性、技术性和知识性的法律部门,不具备专门知识和能力的人员和机构,是很难保障经济法的有效实施的。”^[17]综合性的实施特征为私人实施的开展提供了理论前提,而专业性是具有专业化背景的社会中间层与个人的参与显得尤为重要。这与德国开展私人行政有一定的理论互通性。

其三,私人参与经济法实施有利于法律的宣传。法律的实施是一项长期运作的系统工程。当我们在感慨美国浓厚的私人实施底蕴之时,孰可知制度开展时的艰辛与多年经验的累积。法律实施并不是一蹴而就的。古语“治乱邦用重典”的表述中颇含适当的时机有重点地推广合适的实施方式的内涵。我国经济法实施正处于初建完善期,在此时扩大私人参与经济法实施的范围有助于法律的推广,占领舆论的高地,为经济法的长远发展奠定基础。

四、经济法私人实施机制的发展进路

经济法私人实施机制的建构是系统的、多层面的。从实体层面来看,发展经济法私人实施机制的关键问题在于建立经济法二元实施体制,促进公共实施与私人实施之间的互动。在此基础上,通过私人实施的内生机制最大程度地挖掘私人实施的潜力。从程序层面看,公益诉讼制度是与私人实施理念共同的、现实中较为可行的程序制度。因此有必要对于经济法公益诉讼制度进行初步的制度发展探索。

(一) 实体路径:经济法二元实施体制的建立

法律的实施包含公共实施与私人实施两种体制。无论是公共实施还是私人实施,我们都必须有一个客观、全面的认识。公共实施的局限性为私人实施的开展留下了空间,同样私人实施自身的局限性也使得公共的引导成为必要。

私人实施不是万能的。私人实施仅仅在公共实施机构允许的范围内,发挥着有限的作用。这从某种意义上可以理解为私人实施的局限性。通过考察公法领域刑事法律与行政法律的私人实施现状以及私人实施的言说语境,我们认为,私人实施主要在具有公害性的法律环节发挥作用。在其他一些非公害性的领域,公共实施仍是主导。除此之外,更有学者研究指出,“即使在对全社会而言私人执法模式更有效情的情况下,一个有政治成本收益考虑的政府也可能选择公共执法模式”。^[18]在实践中,具有“经济人”特征的经济法私人会展示其利己与理性的一面,同样,他们更会表现出自己有限理性的另一面。私人由于其知识与视野局限性,在个人决策之时难免做出非理性的选择。在集体决策中,个人的非理性势必引发集体的非理性。更值得关注的情况是,个人的理性行为在某种条件下也会引发集体的非理性。当今社会诸多的消费潜规则即是明证。以“开瓶费”为例,趋利的经营者当然会选择收取开瓶费以期获得收益最大化,如果这种个体行为得到了其他同行的效仿乃至行业协会的肯定,那么这种个体理性就会成为侵犯消费者权益的集体非理性。

综上,私人实施的环节局限性以及实践有限理性决定了公共实施引导的必要性。由此,建立公共实施为主、私人实施为辅经济法二元实施体制,利用私人实施辅助公共实施、公共实施引导私人实施具有很强的现实意义。

(二) 程序路径:经济法公益诉讼制度的探索

制度创新与程序保障是经济法私人实施开展的两个重要方面。“程序是在做出决定时所依据的一定的方式和顺序”。^[19]虽然决定的本身影响着私人实施的效果,但是程序设计的合理与否也影响着私人实施的进程。对于私人实施来讲,健全公益诉讼制度是重要的发展路径。

1. 公益诉讼制度的历史流变。现代公益诉讼起源于美国,是指由私人因侵犯国家、社会公共利益行为而发起的审判活动。美国是世界上公益诉讼制度最为完备的国家。美国的公益诉讼以集团诉讼为代表。1966年“联邦民事诉讼规则”对集团诉讼的条件、类型、起诉主体与案件受理范围作出了明确的规定。除此之外,惩罚性损害赔偿制度、律师报酬分享制度的建立也为集团诉讼的实施保驾护航。集团诉讼的机制将法律实施的任务分散于个人实施,最大限度地挖掘社会司法资源,有效地促进了社会的改革。在之后的数十年间,英国、德国等国相继建立了独具特色的公益诉讼制度。“印度是亚洲第一个引入公益诉讼制度的国家,并在其特定的社会和经济背景下融入了自身的特点。印度的最高法院通过激进的变革的方式。放松了对诉讼主体资格的限制,任何个人和民间团体都有权提起公益诉讼,而不必证明其与案件有直接的利害关系。”^[20]在我国,2011年10月28日,全国人大常委会首次将“公益诉讼”列入民事诉讼法修正案草案的修改意见之中。2012年8月31日,十一届全国人大常委会第二十八次会议表决通过《中华人民共和国民事诉讼法》修正案,修改后的民事诉讼法增加了“公益诉讼”的规定,“对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼”。这对于我国公益诉讼制度的发展无疑是历史性的一刻。

2. 公益诉讼制度与经济法私人实施机制的多维契合。公益诉讼制度与经济法私人实施机制具有较为相近的程序正义追求,价值的契合是二者协同作用的基础和前提。从理论角度来看,公益诉讼制度与经济法私人实施机制的互动是多方面的。

首先,公益诉讼的程序机理与经济法私人实施机制的内在蕴含相通。从公益诉讼的角度探索经济法私人实施的完善是一次重要的尝试。公益诉讼借助私人的力量维护社会公共利益,它的开展是一次较为彻底的私人实施的洗礼。公益诉讼制度,以“公益”为名,求社会利益之达致。在“公益”与“私人”看似互不搭界的两者之间存在着内在紧密的联系。一方面,顾名思义公益诉讼制度力求通过单一诉讼的开展实现社会公共利益,这一诉讼的开展在很大程度上是私人的一次惊心动魄的权利斗争运动。由此看来,公益诉讼与经济法私人实施相同,也是一个从个人利益的追逐到社会利益整体实现的过程,不可不谓个人利益与社会利益的完美结合。另一方面,公益诉讼制度往往会具有较为广泛的诉讼范围。公益诉讼制度并没有具体的标的指向,而是通过社会公共利益的抽象标准,在合理的范围内尽可能扩大适用范围。同样,经济法的实施活动也会引起内涵丰富变得扑朔迷离,但是无论范围多广,社会本位的理念归属从深层次决定着经济法实施的作用范围。共同的实施指向又让二者殊途同归。

其次,健全的公益诉讼制度本身是对经济法私人实施机制发展的一种激励。经济法实施发展的重要问题在于并没有现实中对应的“经济法诉讼制度”。这使得经济法实施这一议题在传统部门实体法对应部门诉讼法的言说语境下显得缺乏说服力。经济法私人实施机制的发展是在借用现有诉讼制度的基础上,寻求具有自身特色的诉讼制度的升华运作。因此,公益诉讼制度存在的本身就是对经济法私人实施开展最好的激励。公益诉讼制度为原本支离破碎的经济法诉讼体制指明了一个现实的发展方向,它的健全可以更好地激励私人参与经济法的实施活动之中。此外,有鉴于“公益诉讼当前已成为一个符号、一种大众性的话语机制”,^[21]它的开展相比于借用传统诉讼制度开展私人实施更能吸引社会舆论的眼球。社会目光的集聚会从一个侧面抵消私人在法律实施中的弱势地位,可以让诉讼在“阳光”下平等地展开。

最后,发展经济法公益诉讼制度对于我国公益诉讼制度自身的发展同样具有极强的现实意义。本世纪以来,舆论对于我国公益诉讼制度的建立进行了较为充分的讨论。虽然新《民事诉讼法》对于我国

公益诉讼制度的建立进行了首次规定,但是我们必须客观地认识到,制度建立是第一步,推广与完善是更为重要的一步,更何况我国尚处于公益诉讼发展的初级阶段,制度建立本身存在着很多亟待解决的问题。法定的环境污染与侵害消费者权益两类公益诉讼形式具有典型的经济法特征,所以,通过经济法公益诉讼制度的理论探究可以更好地为公益诉讼制度的实践发展积累宝贵的经验。

3. 经济法公益诉讼制度的实践向度。在经济法的实施过程中,公益诉讼发挥着巨大的作用。在消费者权益保护与食品安全领域,公益诉讼常常是消费者与大型企业对抗的有力武器。“消费者公益诉讼是指由于商品、服务经营者的不法经营行为,使整个社会的正常商业秩序和消费者公众利益遭受侵害或有侵害之虞时,法律允许消费者或消费者团体为维护消费者公众利益而向法院提起诉讼的制度”^[22]而“环境公益诉讼也是近年来环境法学界和环境保护实务界高度关注的问题”^[23]部门法的有益探索为我们探索实践中经济法公益诉讼制度的发展提供了一定的借鉴。在私人实施的理念下发展经济法公益诉讼制度应当从制度激励、诉讼指引和社会扶持三个方面进行突破。

其一,在制度激励方面。国外公益诉讼的保障机制以惩罚性赔偿制度、律师罚金分享制度为代表。我国的经济法律规范中存在着大量的有关私人参与法律实施的规定,其中不乏现实中较有成效的激励制度。《中华人民共和国消费者权益保护法》第49条^①明确规定了惩罚性赔偿制度,这对于消费者捍卫自身的合法权益起到了里程碑式的作用。此后,《中华人民共和国食品安全法》将惩罚性赔偿制度用于食品安全领域的私人权益保护,规定,“生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品,消费者除要求赔偿损失外,还可以向生产者或者销售者要求支付价款十倍的赔偿金”。笔者认为,经济法公益诉讼制度的发展应当在扩大惩罚性赔偿制度适用范围的基础之上细化相关规定。从双倍到十倍,从消费者权益保护到食品安全规制,对于惩罚性赔偿制度的质疑从未停止。惩罚性赔偿制度“由于该制度本身存在诸如合宪性以及过高的赔偿数额等问题,在英美法系也一直以来颇具争议的法律制度之一”^[24]经过多年的发展,对于惩罚性赔偿制度的存在已经形成共识,争议往往来源于赔偿金额、受偿者身份、适用范围等一系列细节问题。所以,惩罚性赔偿制度的细化势在必行。

其二,在诉讼指引方面。公益诉讼的发展取决于社会大众对于公益诉讼的正确认知,这就需要在实施的程序中加强引导。在私人实施的路径探索方面,反垄断法贡献了可观的科研成果。根据中国知网搜索显示,从2007年至今,以反垄断私人实施、反垄断私人诉讼、反垄断私人执行为篇名的文章多达188篇,内容涉及“反垄断私人”的文章更是多达12000余篇。值得一提的是,2012年最高人民法院发布《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》,对于私人提起反垄断诉讼提供了有效的指引。由此,扩大私人实施指引的范围、对私人实施进行指引是较为切实的推广路径。以反垄断法为例,司法解释的出台使裁判法院在反垄断诉讼的具体适用上更为明晰,也为私人提供了较好的司法指引,在二者共赢的基础上促进了反垄断法的实施。所以,在一些趋同性的法律领域出台私人实施指引会起到事半功倍的效果。

其三,在社会扶持方面。经济法公益诉讼制度的开展应当注重“经济法”和“公益”两个特色的把握。可以说二者的落脚点都在于社会本位,因为制度的发展离不开社会的整体扶持,社会扶持就是通过整合现有的社会人力与物力资源推动私人公益诉讼的发展。从人力上看,充分发挥政府和行业协会在诉讼启动和进行中的作用。政府毋庸置疑可以成为公益诉讼的推动主体,更值得一提的是,具有经济法特色的社会中间层主体促进公益诉讼的开展更加符合经济法自身的要求。例如,消费者权益保护协会对于消费者群体公益诉讼的支持、民间环保组织对于环境公益诉讼的推动等。从物力上讲,也可以考虑通过基金的方式破解公益诉讼的成本难题。环境公益诉讼基金和消费者诉讼基金是当下值得

^①经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的一倍。

借鉴的两种社会物质扶持方式。

五、结 语

“如果法律制度是建立在对英雄模范的期待的基础上,那就完全失去了其应有的意义”,^{[8]10}每个人都应该成为社会利益上的权利斗士。私人实施是具有经济法特色的实施方式。经济法私人实施的开展并不是培养权利斗士,更多的是去发现深藏于社会中的法律实施资源。在借鉴其他法律领域与自身部门法私人实施的发展经验之上,完善经济法的私人实施机制,促进法律实施效率的提升是经济法学发展的应有之义。当然,经济法私人实施机制的健全不是朝夕之事,我们需要以发展的眼光看待私人实施,合理规划,步步为营。本文对私人参与经济法的实施进行了初步的理论证成以及相关发展要点的思考。私人实施的完善仍有待下一步关于私人实施具体配套制度的横向研究。历史告诉了我们路在何方,但是路在脚下,冷暖自知,健全我国经济法私人实施机制乃至法律私人实施机制仍有很长的一段路要走。

参考文献:

- [1] E·博登海默.法理学:法哲学及其方法[M].邓正来,姬敬武,译.北京:华夏出版社,1987:232.
- [2] 邱本,梁代军.经济法实施研究[J].法学评论,2000(3):116-122.
- [3] 孟庆瑜.中国经济法实施问题的理论检视与思考[J].法学杂志,2010(10):29-33.
- [4] 范愉.多元化的法律实施与量化研究方法[J].江苏大学学报:社会科学版,2013(2):68-80.
- [5] 刘作翔.对法律实施问题的几点认识[N].人民法院报,2013-04-26(05).
- [6] 乔治·J·斯蒂格勒.法律实施的最佳条件[J].周仲飞,译.法学译丛,1992(2):41-45.
- [7] 李国海.反垄断法实施机制研究[M].北京:中国方正出版社,2006:14.
- [8] 田中英夫,竹内昭夫.私人在法实现中的作用[M].李薇,译.北京:法律出版社,2006.
- [9] 郭士辉.法律实施:成就法治中国愿景的重要阶梯[N].人民法院报,2013-01-23(05).
- [10] 徐昕.论私力救济与公力救济的交错——一个法理的阐释[J].法制与社会发展,2004(4):50-60.
- [11] 米丸恒治.私人行政:法的统制的比较研究[M].洪英,王丹红,译.北京:中国人民大学出版社,2010.
- [12] 韩康.“私人行政”的规制研究[J].山西省政法管理干部学院学报,2011(3):26-28.
- [13] 王世军.论交易费用的本源[J].商业经济与管理,2009(8):5-12.
- [14] 亚当·斯密.国富论(上卷)[M].郭大力,王亚南,译.北京:商务印书馆,1972:315.
- [15] 刘普生.论经济法的回应性[J].法商研究,1999(2):23-27.
- [16] 卢代富.经济法研究应注重回应性和本土性[J].郑州大学学报:哲学社会科学版,2008(5):53-55.
- [17] 孟庆瑜.中国经济法实施问题的理论检视与思考[J].法学杂志,2010(10):29-33.
- [18] 李波.公共执法与私人执法的比较经济研究[M].北京:北京大学出版社,2008:86.
- [19] 季卫东.法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考[M].北京:中国法制出版社,2004:17.
- [20] 蒋小红.通过公益诉讼推动社会变革——印度公益诉讼制度考察[J].环球法律评论,2006(3):372-377.
- [21] 肖建国.民事公益诉讼的基本模式研究[J].中国法学,2007(5):129-146.
- [22] 张明华.消费者公益诉讼若干问题研究[J].浙江工商大学学报,2003(1):38-42.
- [23] 吕忠梅.环境公益诉讼辨析[J].法商研究,2008(6):131-137.
- [24] 张新宝,李倩.惩罚性赔偿的立法选择[J].清华法学,2009(4):5-20.