

●马 洪

# 论市场经济与法律

## ——兼论我国经济法制建设中的一些理论问题

从1978年开始直到今天,我国经济体制改革虽几经波折,但经济上的巨大成就及其对人们思想观念和生活方式的强烈冲击,都是出乎预料的。相形之下,我国的经济法制建设却难尽如人意。不可否认,改革开放以来,在加强法制的口号之下,我国经济方面的立法规模和数量几成几何级数增长,但各种法律、法规的相互矛盾和冲突,司法与立法的脱离,立法与现实的脱离,以及有法不依(或难依)、执法不严(或难严)、违法不究(或难究)等法律适用方面的问题,纷然杂陈。使得我国微观层次即使是对自身基本的经济运转活动的维系,都得靠种种的自我保护才能实现,由此增加的额外成本无法估量。甚至于“三角债”这种法律中的A、B、C问题,我们的法律都无能为力,更不要谈大的方面了。只要简单回顾一下我国经济体制改革的历程就不难发现,我国经济关系的每一点变革,新兴的、积极的经济因素的每一次确立,几乎都是凭借党和政府的文件或直接推动而促成的;而一些极富成效的经济政策,往往都是在已突破法律的零界点、甚至是在根本没有任何法律规范的情况下发挥作用的。在法律中,我们很难寻求到富有建设性的东西。如果不认为偏激的话,可以说在经济活动领域内,谁如果仅仅把法律作为自己行为的依据或力量源泉,谁要么就无所作为,要么就是在冒险。迄今为止,我国的法律远远未成为确认和维护社会经济持续运行的恒动力。如何使我国的经济法制建设迅速赶上改革的步伐,进而使法律能真正成为经济发展的引导力量,已成为我国经济体制改革成功与否的关键。

### 一、法律与资源配置方式

我国经济体制改革的目标模式,是建立社会主义市场经济体制。其实质就在于,以市场机制为基础的资源配置方式,取代我国传统的资源配置方式。众所周知,法律是调整社会关系的行为规范之一,法律的内容、适用以及法律在社会生活中的地位和作用,都是与特定社会的资源配置方式紧密相联的。其中社会的资源配置方式,主要受制于一定生产力水平下的经济机制,它具有不以人的意志为转移的自发属性;而作为上层建筑的法律,则主要表现为人们对所处社会的生产力水平所要求的资源配置方式的认识和理解,更多地反映着人的主观能动作用。因此,任何社会的法律,都只是作用于特定资源配置方式的社会,作为一个历史范畴而存在。人类社会的法律史表明,法律上升为社会关系的主要调整器,是伴随着市场经济的出现而产生的现象,近代以来的法律意识、法制观念等也是这一过程的产物。在市场经济体制的社会,法律成为社会配置权利与义务的基本结构和程序,直接调整着作为经济学最基本问题的资源的有限性与人类需求的无限性的矛盾,从而使法律成为决定经济运转的方式和

效率的支配力量之一。因此，在我国由传统的经济体制向市场经济体制转换的今天，研究市场经济的法律问题，对我国经济法制的建设和发展，就具有十分重大的现实意义。

市场经济与商品经济作为同一经济类型，是具有一定社会化程度的、制度化的、高层次的商品经济。作为商品经济，它与自然经济、产品经济相对立；作为市场经济，它又与统制经济、行政经济相对立。关于我国的传统经济体制，已有许多学者进行了大量的分析，由于现实的生产力水平，我国传统的计划经济所形成的，实质上是一种具有浓厚的自然经济色彩的行政经济体制。在这里为了便于问题的表述，笔者将把市场经济与商品经济基本上以同一种涵义来对待，而作为其对立面的统制经济、自然经济等，则主要以历史上典型的封建自然经济社会来加以说明。因为人类社会迄今为止所创造出的生产力水平，尚不能寻求到比市场经济更富有效率的经济体制，在此前提下，任何否定市场经济的其他企求，最终都将导致向自然经济倒退。我国传统经济体制下经济建设中的所谓“大而全”、“小而全”等，正是最集中的体现。

自然经济社会，由于其经济体系是一种缺乏生产分工的综合劳动体系，人们在物质生产过程和生活过程中的社会结合方式，是人与人的直接联系，其间没有什么抽象的、非人格的中介，“个别劳动对社会总劳动的从属，个体对社会整体的依从，表现为个人直接从属于他人或从属于某种社会组织”<sup>①</sup>。因此，该社会的资源配置只能表现为在不同身份中的不同配置，人们（或社会组织）对特定资源的享有，只能表现为对特定社会身份的拥有。这样，该社会的调整措施，主要是确认人们在社会关系中的不同身份、并维护这种身份关系。因此，自然经济社会的法律，如果算是法律的话，也不过是身份法。它在西方中世纪表现为封建宗法等级制度，在我国古代表现为宗法礼治制度。而对于身份的拥有，西方中世纪是通过封赏和继承，我国古代则是通过封赏和科举考试获得的。同时，由于自然经济社会的生产是使用价值的生产，经济的运转过程由使用价值来调节，就必然导致其社会调整措施的繁杂与琐碎，具有因时制宜、因事制宜、因地制宜、甚至因人制宜等属性；统治者个人的旨意就往往是法律；法外予罚、法内施情都是常态；甚至在大多数情况下，法律只不过是断讼的参考。因此，在自然经济社会，是谈不上近代以来意义上的法制的。

而在市场经济条件下，整个社会的经济体系围绕着市场交换组织起来，生产部门的社会分工，生产的社会化，使市场交换关系成为人们在物质生产过程和生活过程中的主要社会结合方式。人与人的社会关系，直接表现为商品关系，或作为一般商品等价物的货币的关系，或财产关系。在这里，“生产表现为人的目的，而财富则表现为生产的目的”<sup>②</sup>。社会的资源配置直接通过人们的生产、并通过市场机制的调节来进行。社会关系（主要是财产关系）的抽象化，社会关系调节机制（价格机制）的抽象化，必然要求该社会的调整措施具有抽象性、规范性和统一性。这种抽象性、规范性和统一性的，以调整财产关系为主要内容的社会调整措施，正是近代以来意义上的法律，也正是市场经济的法律。因此，在市场经济社会，财产关系是法律调整的主要的、基本的内容；并且，由法律的抽象性、规范性和统一性决定，法律必须成为全社会最崇高、最神圣的东西，维护法律和严格适用法律就是目的本身；同时，法律还必须是在全社会范围内普遍有效的，它是一切现实的权利和权力的源泉，在法律之外不能有任何灵活、变通；颁布的法律，就应该是现实社会中普遍有效的法律，否则就应该修改或废除。这是市场经济体制对其法律的最基本要求。

关于法律以及法律与社会的关系，马克思主义的创始人早已有科学的说明。一方面，法律

的本质在终极意义上只不过是统治阶级的统治手段和工具，并不是什么神的意志或人类的普遍意志，法律本身则更不是什么圣典。另一方面，某一社会的法律，又是该社会占统治地位的经济关系内在要求的反映，据此，特定社会的法律只有具有全社会的普遍效力和神圣不可侵犯性，才能真正发挥法律的固有作用。同时，法律的科学性问题与法律本身一样，同属历史范畴，衡量法律科学性与否的唯一标准，就是看法律对该社会经济关系内在要求的反映程度。法律对该社会经济关系所要求的资源配置方式的把握愈准确，其历史局限性就愈深刻，这正是法律的科学性与历史局限性的辩证统一。而在我国目前的法学中，一直把对法律本质的终极意义的研究，代替了对经济关系内在要求的研究，把法律本质的终极意义与现实社会的法律概念相等同；至于法律的内容，则概括得极为空洞，与市场经济的财产关系联系甚少。甚至在许多方面，教条主义地把马克思对法律本质的终极意义的揭示推向极端，以致于法律“工具论”、“手段论”四处泛滥，法律的阶级性和暴力强制性无限夸大，使法律发生社会普遍效力所赖以维系的社会性、神圣性等，客观上遭到损害。在社会观念中，法律（特别是调整经济关系的法律）并没有神圣性、严肃性，反映在立法中则表现为，许多法律在颁布实施时就冠以“暂行”、“试行”、“草案”等字样。所有这些，导致了我国不少立法内容的空洞和脱离实际，法律中宣言式、口号式的条款比比皆是，而实际可操作性极差。在法律适用上，执行机构分工不具体、不落实，法律时用时休，适法时严时松等，甚至还有一些法律，在法律本身中就规定了许多模棱两可的适用条件。使得维护社会正常运转的法律适用活动，往往变成忽热忽冷的社会运动、群众运动。所有这些，都是与市场经济体制绝对不相容的法律现象。

## 二、市场经济的法律结构及其基本性质

与特定社会资源配置方式相适应的法律，都是作为一定的体系而存在的，法律体系的内在结构，决定了法律的作用和法律的基本性质。

众所周知，自然经济社会是诸法合一的。这里的诸法合一，不仅仅是没有明确分工的法律部门，更主要的还是整个社会的法律在结构上缺乏理论上的明晰性。其根源就在于自然经济社会是缺乏分工的综合劳动体系，整个社会的联系程度水平低，全部的社会关系相互交织和溶合在等级身份关系中。这里不可能有多少与之相独立的其他社会关系。所以，自然经济社会的法律只能是诸法合一的，既不可能产生相互独立的法律部门，也不可能对法律的结构上的划分。例如在我们现在看来十分自然的独立的财产继承法律制度，在中世纪欧洲就没有，它的继承制度在本质上是身份继承（所以法律中不允许遗嘱继承），而继承人在继承中所获得的财产，只不过是因对特定身份的继承才获得的、与该身份相应的财产。而（等级）身份关系的秉性就是超经济的强制，它最典型、最适宜地表现为封建时代以直接的人身强制为特征的政治原则和国家原则，以及经济由政治来组织或统帅，社会由国家来组织或统帅。反映在法律的理论结构上，就决定了整个法律的基本性质，只能是政治法、或国家法、或身份等级法，或不准确地说，是近代以来意义上的公法。

而围绕着市场交换组织起来的市场经济体系，社会资源的配置主要是直接通过人们的生产、并通过市场机制的调节来实现，主要的社会关系直接集中为交易性、有偿性的财产关系。作为政治原则、国家原则的贯彻的行政活动，在本质上是命令性和无偿性的。此时，财产关系与政治原则、国家原则必然发生分离，社会关系分化为经济与政治、社会与国家的二

元结构。并且，由于财产关系是市场经济社会一切关系的核心，所以在上述二元结构中，经济成为政治的基础，社会成为国家的基础。而作为社会关系调整措施的法律，相应地也分化为二元结构，即财产关系的法律和行政关系的法律，并且财产关系的法律成为行政关系的法律的基础。法律的基本性质就是财产法。早在简单商品经济十分发达的罗马帝国时代，法律的结构就出现了学理上的区分。例如在当时具有法律效力的《法学阶梯》中就指出：“法律的学习分为两部分，即公法与私法。公法涉及罗马帝国的政体，私法涉及个人利益”<sup>①</sup>。罗马帝国成熟时期的法律就主要是私法，罗马私法的主要内容则是调整财产关系的。随着中世纪末期社会经济形态的演变，市场经济的兴起，罗马法开始在欧洲大陆复兴，关于法律结构的公法与私法的划分为近代法律学承受，并成为近代划分法律学部门的基础。只不过与罗马时代不同，近代关于公法与私法的划分更为科学。它抽象出了行政关系的权力一服从属性和市场经济社会财产关系的权利一平等属性，认为调整权力一服从关系的法为公法，调整权利一平等关系的法为私法。从而把社会关系的不同属性，作为区分法律的理论结构的依据，这就为现实法律部门的划分和各法律部门的内在统一性，提供了科学基础。<sup>\*</sup>19世纪初在拿破仑主持下的法国大规模的立法活动中，正是以此为理论基础，开创了大陆法系国家对不同法律部门独立编纂法典的传统。英美法系国家由于判例法的渊源，其法律具有与大陆法系不同的概念体系，并没有明确的公法、私法的理论概念。但是只要我们对其创造法律和适用法律的司法活动略加分析，就完全可以发现与大陆法系相对应的公法与私法的界限。

关于法律结构的公法与私法的划分，遭到前苏联法律学界的猛烈抨击和彻底否定，并传至我国，至今仍占据我国法律学界的统治地位。这种现状，虽不乏教条主义的影响，或因“公”、“私”的相互分离之说太过刺耳而有过多的价值上的否定色彩，但其中最主要的原因，还在于改革以前我国的计划经济所形成的经济体制。在该体制中，生产的目的是完成计划，计划的制订者是政府，国家的职能被认为主要是直接组织和领导国民经济。在这里，政府是基本的、直接的资源配置者。因此，这种经济体制实质上是一种行政经济体制；同时，由于其生产目的或计划指标，在理论上就是满足各种社会需要（在实际上更复杂），因而这种经济体制就具有浓厚的自然经济色彩。所以财产关系不可能从行政关系中分化出来获得独立的意义。经济与政治、社会与国家、财产关系与行政关系，均遵循权力一服从的行政属性，它们只能是一元的。正象前苏联法律学界认为的那样，社会主义的法律只有公法。

在我国传统的经济体制向市场经济体制全面转换的今天，仍然沉溺于旧体制的法律学观念中，就根本无法认识现实社会法律应有的结构和基本性质，从而使我们的具体立法，以及对法律学部门和法律部门的划分，缺乏科学的理论基础，更不要谈建立新的法律学部门和法律部门了。这一点最集中地反映在我国新兴的经济法学上。众所周知，经济法学是我国开始经济体制改革后，在人们对经济活动法制化的迫切要求中出现的，并且一经产生就持续升温，如今已十分热门。从我国经济法学刚刚出现起，作为前苏联主流经济法学翻版的“纵横统一”经济法论，就占据我国经济法学的正统地位，并对我国的经济立法产生影响。“纵横

<sup>\*</sup>近代以来，关于公法与私法的划分标准问题，观点颇多，但各种观点只是角度不同，并无本质上的差异。这里应注意的是，法律的公法、私法划分，只是理论结构上的划分，与实际法律部门不是机械的、一一对应的关系；并且，由于具体法律部门一些立法技术上的考虑和安排，各法律部门也不可能机械地与法律的理论结构严密对应。

统一”经济法学认为，政府对经济的管理关系（纵）与市场交换关系（横）是统一的经济关系，这种统一也就是计划与市场的统一，应由经济法统一调整；进而把各级政府的经济主管部门和从事市场交换的各种主体甚至企业内部的各职能机构、职工等，均统一在“经济法主体”这一概念之中，把政府对经济的行政管理行为与市场主体的市场行为统一在“经济法律行为”这一概念之中（还有其他更奇特的“统一”这里就不多罗列了），这就完全混淆了行政主体、行政行为和行政关系，与市场主体、市场行为和市场关系的不同性质和界限，从而为各级政府部门直接进行资源配置，以及市场领域内的行政性、超经济性等制造了法律依据。深受其影响而出台的我国《经济合同法》，就导致了我国合同法律制度的所谓经济合同与民事合同的分离，进而也使我国司法救济中民事审判与经济审判相分离。直到今天，我国仍未建立起市场经济体制维护市场正常交易活动所起码要求的、统一的合同法律制度和统一的司法救济手段。这样，法律对“三角债”的无能为力以及“三角债”在全国范围内的不断兴盛就毫不奇怪了。至于否定市场经济社会的法律结构的客观划分，对我国《破产法》、《全民所有制工业企业法》等其他立法的影响及其所造成的种种现实弊端，这里就不一一枚举了。

因此，要使我国的经济法制建设与市场经济体制的要求相适应，我们就要认识经济与政治、社会与国家、私法与公法在市场经济社会二元分离的现实，并确认经济是政治的基础、社会是国家的基础、私法是公法的基础的观念。这既是适应市场经济发展的需要，真正转变政府职能的前提，也是确立市场经济的法律观念、转变法律职能的前提。同样，私法也绝对不是仅仅维护私有制的法，更不是维护自私自利的法。而是人类在充分认识和利用市场机制、以求优化资源配置的历史条件下所创造出的、规范社会关系的成熟的法律理论和文化结晶。我们要象大胆确认社会主义市场经济体制为我国经济体制改革的目标模式那样，大胆承认我们的法律，在基本性质上是财产法，或社会法，或权利一平等法，亦即私法。从而为我们建立与市场经济社会相适应的法律学体系和法律体系，正确划分法律学部门和法律部门；从理论上和立法上以及法律适用上，否定市场领域里的超经济强制和超经济特权，以维护市场机制作用的正常发挥；避免法律、法规之间的矛盾、冲突等，提供科学的立法理论。

### 三、市场经济的法律本位

任何社会，都有确立现实立法及法律适用的出发点和立足点，以及由立法和适法所形成的法律秩序的中心。这在法律学中称为法律的本位。一方面，特定社会法律的本位，是由该社会的资源配置方式决定的。因此，不同资源配置方式的社会，具有完全不同的法律本位；另一方面，特定社会资源配置方式的有效确立，只有通过法律的规定才能真正得以实现，因此，作为立法和适法的出发点与立足点的法律的本位，就要准确地把握住该社会资源配置方式得以有效运行的实质。关于法律的本位，我国的法律学在说明我国现代法律诸问题时，是摒弃这一概念的，只在说明其他历史类型的法律时偶尔出现。诸如我们常说封建社会的法律是以团体为本位、以义务为本位的法律（因而不人道），也说资本主义的法律标榜以个人为本位、以权利为本位（但是虚伪的），也说西方现代的法律已由以个人为本位转向以社会为本位（从而走向反动）等等。但这仅仅是简单地借用一些西方法律学中的结论性表述，加上一些我们的价值判断，而缺乏深入的分析。事实上，法律的本位是由法律的性质决定的；而法律本位与个人、权利和义务等概念的必然联系，只是近代以来在市场经济社会发生的现象。

在自然经济社会中，由自然经济的性质决定，人与人之间的社会联系表现为“人的依赖

关系”<sup>①</sup>，“它们或者以个人尚未成熟，尚未脱掉同其他人的自然血缘联系的脐带为基础，或者以直接的统治和服从的关系为基础”<sup>②</sup>。在自然经济占主导地位的封建社会，所有的社会组织、团体都是身份、等级制的封建政治团体，所有的社会资源都固定地、静态地配置在不同的身份、等级之中；任何人都没有单独的存在价值，人们对特定资源的享有，只能表现为对特定社会等级或身份的谋取，因而任何人只有依赖于、或皈依于某个社会组织、团体，才能获得生存的意义；同样，任何社会组织或团体也没有独立意义，各组织或团体是层层隶属的，彼此之间是等级—特权和统治—服从关系，整个社会是一个宝塔型结构，封建专制皇帝则处于其顶端。这种社会里，只有等级—特权和统治—服从，不可能有什么权利与义务；同样，人的社会联系是由亲属血缘、种姓制度、身份规定、政治级别等等各种外在的、宿命的因素决定的，个人处于具体的社会组织 and 具体人的控制之中，自己无法选择自己的行为。而近代以来的法律观念普遍认为，法律是规定权利与义务的行为规范；同时，法律也是要求人对自己的行为承担责任的调整措施。如果人的行为完全是被决定的，没有选择自己行为的自由，那么也就丧失了要求人为自己的行为承担责任的基础。以此来衡量，自然经济社会实际上根本没有法律，或法律并不是主要的社会调整措施。因此，在封建专制社会，法律就直接等于惩罚；同样，该社会的法律，只能是以服从为本位的法律，而绝对不可能以团体为本位，以义务为本位的法律。

近代以来强调法律以个人为本位、以权利为本位，实质上只是表明在市场经济社会，由法律的私法性质决定，法律必然要以个人为本位、以权利为本位。在这里，何为个人、何为权利，成为理解市场经济社会的法律本位的关键。

如前所述，在市场经济条件下，社会资源直接通过人们的生产、并通过市场机制来配置，任何人都是商品生产者和商品交换者，社会关系主要是商品交换关系或货币关系。“在货币关系中，在发达的交换制度中，……人的依赖纽带、血统差别、教育差别等等事实上都被打破了，被粹碎了（一切人身纽带至少都表现为人的关系）；各个人看起来似乎独立地……自由地互相接触并在这种自由中互相交换”<sup>③</sup>。换言之，在市场经济社会，每个人都同等地享有参与社会资源配置的机会（平等），每个人都自主地决定谋取财富的行为以及自主支配自己的财富（自由）。在这里，平等是个人行为的基础，自由是个人行为的方式。同时，“平等和自由不仅在以交换价值为基础的交流中受到尊重，而且交换价值的交换是一切平等和自由的生产的、现实的基础。作为纯粹观念，平等和自由仅仅是交换价值的交换的一种理想化的表现；作为在法律的、政治的、社会关系上发展了的东西，平等和自由不过是另一次方的这种基础而已”<sup>④</sup>。平等和自由，正是法律上的权利，其中平等是权利的形式，自由是权利的内容。因此，在近代以来的法律观念中，权利往往被解释为个人自由的社会尺度，或人们实现其利益的法律条件。它以人的利益为基础，以人的自主行为（包括作为和不作为）为内容，以法律的确认为保证。人的利益和实现利益的自主行为构成权利的主观内容，而法律的确认则构成权利的客观内容。因此，法律又称为客观权利，权利则又称为主观法律。法律、权利、自由，就是这样在市场经济条件下统一起来了。而权利的享有者，则是作为商品生产和商品交换者的平等、自由的人，它在法律上被确定为法律关系的主体、法律上的人格者，或权利主体（亦即市场主体）。《拿破仑法典》时代，法律确立了自然人为唯一权利主体，自股份有限公司出现，以《德国民法典》为代表，法律确立了与自然人平等的第二类权利主体，即法人。因此，法律上的个人，既包括单个的自然人，也包括单个的法人。在市场经济社



会，法律以权利为本位，也就意味着法律以个人为本位，权利本位的法必然是个人本位的法，反之亦然。同时，由于这里的权利是平等、自由的权利，这里的个人也是平等、自由的个人，因此，法律以权利、个人为本位，实质上就是以平等、自由为本位；而在平等、自由中，由于自由是内容、是核心，因此，法律以平等、自由为本位，实质上就是以自由为本位。

在这里，有必要分析一下与权利的观念同时产生、并且与权利的概念相对应的概念——义务。由于权利的内容就是自由，所以，在法律上，权利与自由往往混用，例如人身权利就等于人身自由。而对于义务，人们则习惯于把它与权利、自由相对立。事实上，权利和义务是自由的不可或缺的组成部分。黑格尔曾指出：“义务仅仅限制主观的任性，并且仅仅冲击主观性所死抱住的抽象的善。……所以，义务所限制的并不是自由，而只是自由的抽象，即不自由。义务就是达到本质、获得肯定的自由”<sup>⑥</sup>。马克思也是从权利与义务的统一性来认识自由以及义务与自由的关系的，认为义务是自由的一个方面或一个规定。从社会整体来看，义务是社会为了维持其存在的基本条件，而对社会成员所提出的要求，亦即自由存在于社会的基本条件；从社会个体来看，法律所规定的个人义务，也就是个人自由的基本条件；从权利与义务的关系来看，法律上的权利，是具体的权利，法律上的义务，也是具体的义务，并且权利与义务相对应，任何人既没有无权利的义务，也没有无义务的权利，二者相辅相成，共同规定着个人的自由。因此，在自然经济的封建社会，既不可能有什么权利，也不可能有什么义务，其法律更不可能是义务本位的法律；同样，在市场经济社会，与其说法律以权利为本位、以个人为本位，毋宁说法律以自由为本位更准确。

确立自由为法律的本位，实际上就是抓住了以市场机制为基础的资源配置方式的核心。经济学已从各种角度证明，市场只有是自由的，包括价格机制、供求机制、竞争机制和风险机制在内的全部市场机制才能正常发挥其有效配置资源的作用。因此，在这里自由绝不仅仅是法律的价值追求，而是由市场经济的性质所决定的。同样，这种自由本位的法律，又必然能促进市场经济条件下社会生产力的迅猛发展。因为人类社会的一切关系，可以归结为两种基本的关系，一种是人与自然的关系，一种是人与人（或社会）的关系，自由就是人在处理这两种关系时所取得的一种主动状态。由于法律只能通过规范具体的人的行为才能规范社会，因而作为自由本位的法律，就是把自由赋予全社会的每个人，在市场经济社会，就表现为每个人参与社会资源配置的自由，或每个人谋取财富、创造财富和支配财富的自由。而生产力中人是活跃、最积极的因素，通过自由本位的法律的确立，每个人独立人格的形成和发展，每个人的主动性和独立创造精神，每个人在财富支配下的无限进取心等等，都获得了社会的承认和尊重。在自由本位的法律价值中，个人自由是社会法律秩序的中心，个人利益是个人自由行为所形成的社会活动的原动力，共同的社会利益作为社会总的运动结果体现出来。这也是迄今为止人类社会所创造出的各种经济体制中，市场经济体制之所以最富活力和最具效率的原因。

长期以来，我国流行的法律学在摒弃法律本位这一概念的同时，也几乎摒弃了对如何确立现实立法及法律适用的出发点和立足点、以及由立法和适法所形成的法律秩序的中心的认识；并且在我国的法律学中，没有任何概念象自由、权利、义务、个人等概念那样混乱不堪。我们往往把哲学意义上的自由、权利、义务、个人等概念，与法律上的自由、权利、义务、个人等概念相混淆，使我们无法明确认识、更不能主动确立我们这个社会的法律本位。例如，自由在哲学意义上是指人们对必然的认识和对客观世界的改造。它与“必然”相联

系。但是法律上的自由，则是指个人自主行为的可能性，它既不是什么对必然的认识和对客观世界的改造，更不是我们常说的与纪律相对应的概念，而是与近代的法律概念同时产生的独立范畴。在这里，法律就是自由，自由就是法律；而权利与义务，则是对这种自由的规定。正如马克思所说的，“法律不是压制自由的手段，正如重力定律不是阻止运动的手段一样。……恰恰相反，法律是肯定的、明确的、普遍的规范，在这些规范中自由的存在具有普遍的、理论的、不取决于个别人的任性的性质”<sup>⑨</sup>。

由于我国法学中对自由等概念的混乱认识，因而在批判西方的法律时，常把其中反映市场经济基本要求的个人自由和权利，也归结为是对广大劳动人民虚伪的、骗人的和不可能实现的东西。完全忘记了法律中的自由和权利，本来是、也只能是反映现实经济关系当事人的地位和行为的、形式上的平等性和自主行为的可能性。并且，由于强调哲学上的自由，反映到我国的立法中，一方面为单纯追求法律的所谓进步性、先进性，而把许多根本没有现实可能性的东西、甚至与现实经济关系格格不入的东西，表述在法律的权利中。我国法律中许多口号式、宣言式的条款多属此列；另一方面，只注意抽象的自由，而不能及时把现实社会完全必要的、并早已具备了可能性的东西反映到法律中来。例如直到1988年才颁布的我国《私营企业暂行条例》，仍对有权开办私营企业的人加上种种限制，至于到具体的执行过程，限制则更多。这实际上就是对已经完全具备现实条件的、人们参与市场经济的主动性和积极性的限制。更有甚者，有些部门或地方，用行业性的、地方性的法规来限制或肢解国家法律中所明确确认了的自由、权利，并且，这种现象在一些人的观念中成了正常的事情。这样，客观上就容易造成人们在享受权利、行使权利、伸张权利和维护权利时缩手缩脚，不敢理直气壮，从而限制了法律作用于现实的力量。

同时，我国的法学中，还往往把作为对市场经济关系主体的自由的规定的权利与义务，与行政关系中的“命令一服从”、“职权一职责”等概念相混淆。立法中的典型反映就是全民所有制企业的经营权问题。著名的经济学家科斯已科学地揭示出，现代企业的出现实质上是为了减少交易成本而对市场机制的一种替代。因此企业是一种独立的微观行政组织；经营权实际上就是企业家对企业内外的生产、经营活动的行政管理权，亦即企业家的一种行政管理职权和职责。但是我国全民所有制企业的经营权在《民法通则》中是作为财产权来确立的，而在《全民所有制工业企业法》的具体规定中，为解决财产权与行政权的本质属性上的冲突，经营权被规定为既是经营者的权利，又是经营者的义务，所谓“职”、“权”、“责”的统一，或“权”、“责”、“利”的统一。事实上，立法上确立的这种经营权，如果没有行政部门的特殊安排，任何一个全民所有制企业都无法落实，即使得以落实，也只能是个别的、不规范的、永远也不可能普遍化的。

关于“个人”的概念亦如此。个人在哲学意义上是与群众、群体相对应的，有时也与阶级、阶层相对应。但是在法律上，个人则是与近代法律同时产生的、完全独立的概念。由于法律对社会的调整作用只能通过规范个人的行为才能发生，所以群众、群体、阶级、阶层等概念在法律上没有任何意义。法律上的个人，就是权利主体与责任主体相统一的自由的个人。由于我国的法学中混淆了个人的哲学意义和法律意义，因而在立法、特别是在法律适用的价值指导上，过份强调抽象的自由和权利，群体的自由和权利、社会的自由和权利，个人的自由和权利人在它们面前似乎成为非道德的东西。从而弱化了个人作为权利主体的法律地位，使法律失去了其发挥社会规范作用的着力点。同时，对于同样作为个人的自然人与法人，不理解两者都



是法律上的抽象，往往把法人看成法律人格中异己的东西。因而无法真正认识到，法人制度的科学性和必要性就在于，法人具有法律上的独立人格，也是权利主体与责任主体相统一的自由的个人。这一点集中体现在我国立法对全民所有制企业法人的确立上。众所周知，作为权利主体和责任主体相统一的法律人格者，必须具有独立的意思和独立的财产权，其中财产权独立是意思独立的物质载体。经营权是我国《民法通则》和《全民所有制工业企业法》确立全民所有制企业法人制度的一个最基本概念，其理论依据是现代股份有限公司的两权分立现象。但是股份有限公司的两权分离现象与我国《全民所有制工业企业法》中的两权分离理论有着根本区别。股份有限公司的两权分离主要表现为，股东享有股东权，董事会享有经营管理权，但股东仍是公司内部的成员，股东会也是公司内部的机构，并且是最高权力机构；同时，董事会享有的经营管理权，并不是财产权，更不是独立的财产权，而是对公司内外经营活动及其他有关活动的行政管理权。因此，这里的两权分离只是发生在公司内部（其实是内部分工），公司的财产权仍然是对内统一、对外独立的，公司意思的形成、表达和实现也是独立的。而我国《全民所有制工业企业法》所规定的两权分离，则是把本该独立由企业享有的财产权在政府与企业之间分离，并且一方面把经营权确认为财产权，另一方面，又否认经营权中的收益权，也就是说企业没有收益权。这样，企业就不可能有自主形成、表达和实现的独立意思了，法律对这种企业意思的确认、尊重和保护也就失去了应有的价值。这实际上是对企业的肢解。因此，即使企业符合《全民所有制工业企业法》的条件，也仍然不能具备法人的基本要件，成为真正的商品生产、经营者。同时，一方面全民所有制企业没有收益权，另一方面在我国的所得税法中该企业又是所得税的纳税人，一个在法律上根本不可能有所得的人，何以缴纳所得税呢？

总之，在市场经济条件下，法律的本位与法律关系的主体（主要是市场主体）、权利、义务等紧密联系。只有在我们的法律观念中，真正确立市场经济社会所必然要求的法律以自由为本位的观念，并以此指导现实的立法和法律适用，才能使我们的法律准确作用于法律规范的真实着力点，形成与市场经济体制相适应的法律秩序的中心，在引导和促进现实的经济发展中，发挥应有的作用。

市场经济是法制化的经济，在市场经济条件下，作为社会运动结果的法律，更重要地成为社会运动的前提；经济运转的方式和效率，与现实的立法须臾难分。在我国传统体制向社会主义市场经济体制全面转换的今天，经济发展问题将会越来越表现为法制建设问题，而从本文的分析中我们可以认识到，我国的法制建设将任重道远。

①刘佑成著：《社会发展三形态》，浙江人民出版社1987年2月版，第36页。

②《马克思恩格斯全集》第46卷上册，第486页。

③〔罗马〕查士丁尼：《法学总论》，商务印书馆1989年版，第5—6页。

④《马克思恩格斯全集》第46卷上册，第104页。

⑤《资本论》第1卷，第96页。

⑥《马克思恩格斯全集》第46卷上册，第110页。

⑦《马克思恩格斯全集》第46卷下册，第197页。

⑧黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆1965年版，第167—168页。

⑨《马克思恩格斯全集》第1卷，第71页。