

江平:真正的公平是机会平等 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E6_B1_9F_E5_B9_B3__E7_9C_9F_c122_485959.htm 今天我们必须完善市场秩序、市场竞争的规则，把那些不公平、不正当的竞争，扼死人喉咙的竞争从法律上加以限制。我们可以说市场自由体现的是效率，市场秩序体现的是公平。市场自由要求国家更少的干预，而市场秩序则恰恰相反，要求更多的干预。在这种情况下我们就会看到这形成了市场法制一个很大的矛盾。中国的现状是市场自由上国家干预度过大，要求国家减少不必要的干预。在这种情况下我们可以看到市场还不是真正发育的市场，美国和欧盟也不承认我们是真正意义上的市场经济国家。同时我们还可以看到我们的市场秩序又相当混乱，有两个毒瘤侵害着市场的肌体，一是信用度很差，一是商业贿赂横行。在这样一个秩序环境下成长的市场主体---公司，必然也会带有不健康的因素。与此同时，在我们需要加大政府管理力度的地方，可能我们又感到有些失望。在这个意义上市场法制建设要在市场自由方面加大立法的力度，而这个力度在于减少政府不必要的干预，但市场秩序却恰恰相反，要求国家加大管理的力度，使得我们的市场秩序环境更美好。另一方面，我们要看到市场自由从法律上来说是属于私法的领域，而市场秩序则是公法性质。从私法的角度来看，市场自由应该更多的体现并保护私人的利益，我讲的私人包括私主体、公民和法人。市场秩序更多的体现是公共利益的保护。那么由此看到了第二个市场法制的矛盾，就是在这个市场里面既需要强调保护私人的利益，还要强调保护社会

的公共利益。只保护私人利益，不保护公共利益不行，但是也不能借保护公共利益为名来侵犯私人应该享有的合法权益。在我们当前的社会当中，这两种现象都有。第二种现象也不得不引起我们的注意，确实我们需要整顿社会市场的秩序，而我们在整顿社会市场秩序的同时，又出现了一些侵犯私主体合法权利的现象，因此在市场经济里面，法制领域中如何处理好保护私人的利益和保护社会公共利益之间的矛盾，这是一个比较尖锐的问题。市场自由的立法 关于市场自由的立法问题，我认为市场自由应该包含着三大自由，第一个自由是财产自由。财产自由应该是一个市场的基石，如果财产都得不到保障的话，就谈不上市场经济。而在我们市场的财产自由里面，首先应该确认任何财产都应该获得平等的保护，不能够借口所有制的不同而强调财产保护的不平等。我也可以举一个实际的例子来看这个问题。前几年我碰到了香港的一个案子，其中原告是香港的一家企业，被告是一些航空公司。本来这个案子应该在内地的法院审理，但是原告在香港的法院提起了诉讼。因为按照香港法律如果原告可以证明在原告所在地以外的地区得不到公平审理的话，那么这个案子就可以在香港法院来受理，而原告恰恰拿出一系列的证据来论证，这个案子在内地的法院得不到公平的审理。原告方举了很多的例子，引用报刊上公开发表的文章和讲话，这些讲话里还引用了一些法院院长的讲话，甚至有的是比较高级别的法院院长的讲话。这些院长都是讲我们法院要为国有企业保驾护航，为国有财产保驾护航。如果这样来看的话，人家认为你的法院并不是公平的对待所有的企业，也不是公平的对待各种不同的财产，你是有倾向性的，你的天秤是倾斜

的。同样还要解决保护财产的问题，应该确立任何私人财产只有在法律有明确规定的时候才能够被剥夺和限制，我想这一条应该是确立市场经济很重要的一个原则，否则任何人的财产都得不到安全的保障。从这次《物权法》可以看出，第一确定了只有社会公共利益需要的时候才可以征收征用；第二，征收征用的时候必须要给予“合理”的补偿，比过去“适当相应”的补偿所用的词更准确了。同时还规定了一条很重要的，就是征收土地以后给的补偿应该真正落实到农民的手中，而不是给各级政府或者村委会。我想这个就确定了市场很重要的一个法律原则，就是国家要发展、城市要发展，不能靠剥夺农民和剥夺城市居民来完成。此外，我们还面临着一个问题没有解决。现在征收和征用补偿的办法和标准都是由各级政府来决定的，而各级政府也是通过规范性的文件来加以规定的。南京市房屋怎么样补偿呢？那个是南京市政府做的规定。而我们国家现在还不允许对政府抽象性的规定、抽象性的行政行为和规范性的文件向法院提起诉讼，我们没有司法审查的制度。这样的话政府抽象的行政行为、政府的文献侵犯了私人财产的利益应该如何补偿仍然得不到救济。因此在这一点上我们需要从法律上进行完善。第二，我们可以看到市场里面必须要保障交易自由。交易自由、契约自由和合同自由应该表现为市场主体可以从事任何法律没有禁止的活动，这一条原则目前在个别的城市，比如说北京市人大常委会通过的《中关村科技园区条例》里面第一次明确规定了在中关村科技园区成立的企业可以从事法律没有禁止的任何活动。我想这个原则应该确立为我们市场法制一个至高无上的原则。如果说过去法制还不完善，我们说这一条执行

起来可能还有困难，如今法律空白都已经填补了，我们应该明确的说只要法律没有禁止的就应该认为是合法的行为，而任何合法的交易行为、合法的经营行为都应该受到法律的保护，也不能任意被停止和关闭。在整顿秩序的名义下，我们现在仍然会关闭一些合法的经营主体和行为，而且也没有任何的补偿，这个在全国，尤其是基层还是比较多的。如果你是非法的，你没有经营资格，没有采矿的资格，没有营业执照，那么这些应该取缔的，假如人家有了合法的行为，为什么仅仅以整顿秩序为名随便加以关闭呢？第三，营业的自由、投资的自由。我想这次《公司法》修改已经体现了营业自由和投资自由的精神，大大降低了设立公司的门槛，我们也减少了一些不必要的审批，包括股份公司的设立过去要省部级的批准，现在把发起设立的股份公司和一般的有限公司都一样对待，说明我们的立法有了很大的进步。但是我们应该看到现在行政审批制度的问题在市场行为里面还没有解决，我们的《行政许可法》颁布的时候有一条原则很重要，就是在市场经济里面的行政审批，行政许可应该贯彻这样一个方针，就是当事人能够自己解决的尽量由当事人自己解决，当事人自己解决不了的由社会组织、社会中介机构解决，而只有当当事人自己不能解决的，社会中介组织、社会力量也不能解决的才由国家审批来解决，可见我们在这一点上贯彻了国家权力最小最后的原则。我想这一条原则应该在我们的市场经济里面更好的得到体现，而实际上有些政府机构不愿意放弃自己手中的权力，即使《行政许可法》出来了以后仍然用其他方式，用其他的行为来替代行政许可和行政审批的方式。法制的市场秩序 市场秩序更重要是完善市场竞争的法

律，真正的公平应该是市场的机会平等。美国20世纪30年代有一个案例，当初经济危机、经济萧条，很多的工人失业，其中有一个工人找到工作以后又返还给了雇主一部分工资，其他工人为此告到法院，认为这是不正当竞争的行为，这是具有商业贿赂的行为。这个案子到了美国最高法院，最高法院判决说一个人给另外一个人的钱是为了提供他的劳务和服务，那么这个佣金是合法的。一个人给另外一个的钱仅仅是买一个机会，或者保留一个机会的话这个就是非法的，因为机会面前人人平等，谁都没有能力、谁也没有权利花钱去买机会，机会对任何人都是平等的。因此，我认为市场最高的法则就是保护在市场的机会面前人人平等，任何人不能够利用权力和金钱来买一个机会、取得一个机会。利用权力取得机会，利用金钱来取得机会这个就是非法的。今天打击商业贿赂方面恰恰体现了这样的精神。小洛克菲勒最近写了一本回忆录，这本回忆录里面讲到他的祖父成家立业的时候很多人攻击说是强盗行为，小洛克菲勒说当时这些行为都是合法的，只是因为缺乏规则。而今天我们必须要完善市场秩序、市场竞争的规则，把那些不公平、不正当的竞争，扼死人喉咙的竞争从法律上加以限制。如何完善这两方面的法律呢？我们刚刚提交的《反垄断法》就是这方面重要的法律。有人把《反垄断法》叫做经济宪法，其实我认为真正的经济宪法应当不仅仅包括《反垄断法》，还要包括《反不正当竞争法》、《反倾销法》和其他一系列竞争的法律，市场竞争的法律就是秩序的法律，市场竞争的法律里面就有在什么情况下出示黄牌，什么情况下出示红牌让你退出的机制。我们现在对这方面规定的还远远不够，这次《反垄断法》讨论当中居然

对于要不要写行政垄断，要不要写上反对行政垄断出现了争议，以前的草案里面有专门一节来讲反对行政垄断，没想到这个却受到一些国家机关的反对。利用国家的权力来控制市场明明是违法的行为，但是居然还是会有人反对，可见中国在市场经济当中反对行政权力的控制和垄断仍然是很重要的。前一段时间闭幕的全国人大常委会上对于我们的刑法做了一系列的补充和修改，而刑法的补充修改可以看出体现了一个很重要的精神，就是对于商业犯罪的打击，这个打击不仅仅是指偷税漏税、走私的问题，这次修改重点有两个问题，一个是破坏商业信用，一个是进行商业贿赂，对于隐蔽财产来逃避债务的，破坏了商业信用的做了一些规定，同时对于商业贿赂也做了特别的规定。这次的条文里面有一条是这样说的，公司、企业或者其他单位的工作人员，在经济往来中利用职务的便利违反国家规定收受各种名义回扣手续费，如果归个人所有的应该承担刑事责任。大家可以看到过去我们讲的贿赂更多是用金钱来买政府的公权力，贿赂了海关的人员、税务部门的人员，用钱贿赂了药检部门的，可以让他批给我个药，而如今这个规定讲的是公司和企业工作人员利用它自己在经济往来中收取这样一些贿赂，这个贿赂显然不是拿钱来买公权力的，而是花钱买企业手中掌握的权力。由此可以看到我们对于贿赂已经明确分为公权力的贿赂和商业贿赂，对于商业贿赂现在也看的比较重，虽然它的性质和公权力的贿赂不同，但是对于我们社会的危害也是非常明显的。日本田中角荣首相由于从洛克希德公司拿回扣出现了问题，此后美国很重视这个问题。所以，美国法律规定严禁美国公司在海外从事商业活动中利用商业贿赂取得机会。我想只

有从法律上有了明确规定，而且在执法当中很好的完善才能解决这方面的问题。目前我们的立法越来越完善，但是我们的执法活动相对来说比较落后。本来立法和执法的矛盾在任何国家都会有，总不可能一个法律通过之后执法就能够完全跟上。但是中国的立法和执法我们可以看到很明显的差异。其中一个重要的原因就是我们的执法机构本身存在问题，就是执法机构有部门的利益和地方利益的保护。我们拿知识产权为例，知识产权老早就决定了成立一个知识产权局，把所有的知识产权集中在知识产权局来管，但是知识产权局成立了这么多年，商标仍然由国家工商管理总局来管，著作权仍然由出版总署来管，权力始终不能集中在一个执法机构以便加强执法的力度，这一个问题就可以表明中国在执法里面各自部门利益的阻碍作用有多大。拿这次《反垄断法》来看，它的执行机构是谁呢，商务部强调应该由商务部来执法，因为《反倾销法》是由它来执法的，但是国家工商管理总局认为《反不正当竞争法》说我是执法机构，所以我应该执法。它们为了这个争论很久，最后《反垄断法》只能规定在国务院下面设立一个反垄断的部门，由它来管。所以中国的执法机构各自为政，现在都在争自己的利益，这个存在的弊端很大，国外大家可以看到很多国家成立了很强力、统一的执法机构，例如公平交易委员会。公平交易委员会有很强大的执法力量，甚至可以进行调查，因为商业贿赂就是不正当竞争行为的一种，而商业贿赂必须要动用侦查的手段。所以在这个意义上来讲我们要有一个统一的，强有力的执法机构，而不能像现在这样每个部门都拥有自己的执法机构，执法以后得到的利益和自己的利益可能是相关的。我们在执法过程当中

中另外一个急需改进的现象就是当市场出现违法行为的时候，我们没有足够的立法，甚至有了立法，但是没有很好的执法，所以逐渐的就变成了潜规则。医院拿回扣成了潜规则，每一个行业里面拿回扣成了潜规则，而这些潜规则形成了以后，等到了它已经成毒瘤了，已经给社会造成重大的危害了，已经引起社会各个阶层很大不满的时候我们才决定重拳出击，但是这时它已经形成了很强大的破坏社会的力量。你也不能够把这么多人都绳之以法。有的人说按医院拿回扣来说，可能有很好的医生都要承担刑事责任了。所以在这种情况下执法只能够重点的打击一些，重点打击的未必就是最严重的，未必就是最典型的，这样也会引起社会一些人的不满。因为这么多的现象为什么只抓我一个人，所以中国的法制必须要很好的来解决这个问题，能够在出现违法现象的时候及时加强执法力量加以纠正，不能等问题已经成风了，我们再来惩办诸如此类的问题。（作者系中国政法大学终生教授。本文基于作者在中国留美经济学会2006年年会上的演讲整理而成，本报刊登时有删节，标题系编者所加，未经作者审阅。）

100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com