

产业政策实施的控权实践与法治回应

万 江^{*}

摘要:产业政策自进入政府文本以来已从“国家产业政策”扩展为地方产业政策、行业产业政策,从政府引导演变为以土地、环境、安全生产等相关法律为载体的一系列强制措施。全国人大、国务院构建了基于法律和考核指标的双重控制体系,以推动产业政策的实施。由于侧重于行政行为结果的指标考核远比侧重于行政程序的依法行政的导向性更为明显,在指标考核和程序控制相冲突时,地方行政部门更倾向于完成考核指标而不顾程序的规范。此种情况下,司法机关部分履行了规范行政程序的职能。不过,对产业政策决策和实施的火警式控制还远远不够,人大、法院应进一步加大对产业政策实施程序的控制力度。此外,产业政策的实施应当去强制性,回归产业引导的本义,减少对指标考核的依赖。

关键词:产业政策 实证政治理论 指标考核 行政程序 行政结果

一、引言

产业政策作为我国政府干预经济的最主要方式之一,历来饱受争议。一些学者认为产业政策是发展型国家经济追赶所必需,应当将产业政策法治化。^①也有学者提出产业政策扭曲了市场运行机制,应当让市场回归自由竞争。^②一些学者则温和地主张通过竞争审查、民主审议减轻政府干预对经济活动所造成的不当扭曲。^③林毅夫和张维迎就产业政策的实施方式、产业政策和其他监管政策的关系等问题进行了辩论,但相关概念依然不够明晰。^④现代国家对市场资源的政府配置或多或少都存在,区别只在于介入的力度大小与手段不同。正如有的学者指出的,事实表明若干国家的产业政策确实发挥了有益作用,也有若干国家遭到失败,决定产业政策成败的原因在于不同国家的政治环境。要真正解释产业政策必须分析背后的政治因素,要从规范性分析转向实证性分析。^⑤对产业政策引发的政府与市场关系的讨论固然重要,但法学研究不应当仅重复经济学的简单结论,更需要关注法律文本、行政执法和司法实践,提炼产业政策实施中的法律问题。遗憾的是,学界对产业政策的是非争议虽多,对我国产业政策制定、执行引发的法律问题的实证研究却较为少见。

产业政策是行政权力对市场交易的介入,行政部门享有大量的剩余立法权和剩余执法权,^⑥需要制定行政法规、规章、指南等解释、细化、补充法律。针对规制型政府的兴起,现代行政法学理论对政府内部的权力配置和行为控制进行了深入研究。美国学者麦库宾斯认为存在着巡警式监督和火警式监督两种模

* 西南政法大学中国农村经济法制创新研究中心副教授

基金项目:西南政法大学专项资助项目(2017XZZXZD-01)、重庆市社会科学规划项目(2017YBFX122)、西南政法大学两江学者团队项目

① 参见王先林:《产业政策法初论》,《中国法学》2003年第3期;王健:《产业政策法若干问题研究》,《法律科学》2002年第1期。

② 参见李曙光:《对制定中国产业政策法的几点不同看法》,《法学》2010年第9期。

③ 参见丁茂中:《产业政策的竞争评估研究》,《法学杂志》2016年第3期。

④ 相关争论参见吴敬琏主编:《比较》(第87辑),中信出版社2016年版,第163~279页。

⑤ 参见[美]詹姆斯·罗宾逊:《产业政策和发展:政治经济学视角》,载吴敬琏主编:《比较》(第82辑),中信出版社2016年版,第61~77页。

⑥ 参见史际春、赵忠龙:《竞争政策:经验与文本的交织进化》,《法学研究》2010年第5期。

式,巡警式监督侧重于立法部门频繁的检查、质询等,属于事前控制;火警式监督则通过建立规则、鼓励诉讼等来纠正行政机关的行为,属于事后控制。到底是采取事前监督还是事后监督取决于不同的信息结构以及行政部门面临的激励问题。^①随着实证政治理论的兴起,学者就行政机关的立法控制、总统控制、行政部门的内部控制、司法控制等进行了深入研究,^②并对具体的预算审查、成本收益分析、行政问责、机构协调等进行了深入研究。^③一些学者在此基础上从信息经济学的角度分析了美国立法、行政和司法之间的权力分配演变,并认为美国的行政法在正当程序和可问责性之间摇摆,司法审查的可得性也不断发生变化。^④还有学者从横向和纵向角度探讨了行政机构的内部权力配置问题,并分析了司法审查、行政机构设置和行政程序等对行政机构内部权力配置的影响。^⑤另有学者分析了司法审查、行政内部的预算和绩效考核、民事诉讼等规范行政执法的作用。^⑥目前,我国学者对行政诉讼、行政立法等外部控制机制进行了极为丰富的研究,特别是有学者研究了全国人大常委会的执法检查 and 司法审查之间的互补效应。^⑦少数学者开始注意到我国行政内部的自我控制机制,并指出行政自制为中国行政法治发展道路提供了新的动力资源。^⑧个别研究还发现依法行政和行政内部的指标考核可能是互补也可能是替代的关系。^⑨

那么,在我国以行政部门为主导的产业政策实施中,尤其是在产业政策极容易扭曲市场调节的情况下,全国人大、国务院和各级法院如何控制产业政策的制定和执行?有关行政权力控制的现有实践和逻辑是什么?本文试图回答这些问题。

二、产业政策实施的演变

笔者以“产业政策”为关键词在北大法宝检索了相关法律、行政法规。截至2016年10月1日,总共有23部法律和39部行政法规规定了产业政策的制定和实施。总结这些法律、行政法规,可以发现有关产业政策实施的规定存在着以下规律。

(一)从国家产业政策到部门产业政策

1995年之前,15部有关产业政策的立法都将“产业政策”限定为“国家产业政策”。当时的国务院文件明确产业政策应由国务院决定,国家计委只扮演牵头、协调的角色。^⑩但是后续立法逐步将行业产业政策吸纳进去,各部委亦开始制定行业产业政策。例如,《指导外商投资方向规定》要求国家发改委、商务部门共同制定外商投资产业政策,《中华人民共和国药品管理法》(以下简称《药品管理法》)则规定由综合经济主管部门和药品主管部门共同制定药品产业政策。在62部有关产业政策的立法中,1995年之前的行业产业政策立法为0;2000年之前行业产业政策立法为6部;而在2000年之后,行业产业政策立法却达到11部。这种变化亦影响了国务院部委制定的与产业政策相关的规范性文件,2000年前主要是贯彻执行国家产业政策。2000年之后,国家发改委、工信部等部委先后制定了乳品、轮胎、林业、玻璃、农药等等行业

① See McCubbins and Schwartz, Congressional oversight overlooked: Police patrols versus fire alarms, 28 American Journal of Political Science, 165—179(1984).

② See Bressman, Lisa Schultz and Vandenbergh, Michael P., Inside the Administrative State: A Critical Look at the Practice of Presidential Control, 105 Michigan Law Review, 1(2006); Amanda Shami, Three Steps Forward: Shared Regulatory Space, Deference, and the Role of the Court, 83 Fordham Law Review, 1577(2014); Joshua D. Clinton etc., Influencing the Bureaucracy: The Irony of Congressional Oversight, 58 American Journal of Political Science, 387—401(2014).

③ See Eric A. Posner, Controlling Agencies with Cost—Benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective, 68 University of Chicago Law Review, 1137—1199(2001); Jacob E. Gersen and Matthew C. Stephenson, Over—Accountability, 6 Journal of Legal Analysis, 185—243(2014); Pasachoff, Eloise, The President's Budget as a Source of Agency Policy Control, 125 Yale Law Journal, 2182—2289(2016); Nou, Jennifer, Intra—Agency Coordination, 129 Harvard Law Review, 421(2015).

④ See Bressman, Lisa Schultz, Procedures as politics in administrative law, 107 Columbia Law Review, 1749(2007).

⑤ See Magill, Elizabeth, and Adrian Vermeule, Allocating Power Within Agencies, 120 The Yale Law Journal, 1032—1083(2011).

⑥ See Rachel E. Barkow, Overseeing Agency Enforcement, 84 George Washington Law Review, 1129(2016).

⑦ 参见林彦:《全国人大常委会如何监督依法行政?》,《法学家》2015年第2期。

⑧ 参见崔卓兰、于立深:《行政自制与中国行政法治发展》,《法学研究》2010年第1期。

⑨ 参见万江:《依法行政与指标考核:双重治理模式的实证研究》,《法学家》2017年第1期。

⑩ 参见《90年代国家产业政策纲要》(1994年3月25日国务院第16次常务会议审议通过)。

的产业政策,工信部、水利部、国防科工委等也先后独立制定了相关行业的产业政策。

产业政策外延扩大导致产业政策与行业监管的边界日趋模糊,产业政策不再属于宏观调控层面的结构调整问题,而是演变为行业调整。在缺乏对产业政策明确性的情况下,多数产业政策逐渐将土地、环境等政策纳入,大量相关部门亦参与到产业政策的具体制定中,其中发展改革部门负责制定和组织实施产业政策,城乡规划、国土资源、环境保护、行业管理等部门负责标准制定和监管。^① 多个部门决策和执行亦难免带来多主体行动的协调问题。

(二)从集中到分散

与货币政策可由中央银行单独实施不同,产业政策往往需要地方政府的细化和执行。62 部产业政策立法中有 23 部明确规定由地方政府、地方工作部门负责执行产业政策(参见表 1)。但是,由于中央与地方效用函数的分离使得中央积极性和地方积极性之间的矛盾不易化解,紧缩性政策容易受到地方政府的抵触,而扩张性政策则会导致层层加码。^② 例如,地方政府通过对土地等资源的控制,成为过剩产能、重复建设的主要推手。此外,在地方政府可以细化中央产业政策内容、控制中央产业政策执行力度的情况下,地方政府参与产业政策实施容易导致市场封锁与分割。因而,早在 20 世纪 90 年代初,国务院就极为强调产业政策的中央属性。国务院曾明确指出,全国是一个统一市场,“产业政策的制定权在国务院”。各地必须执行国家产业政策,不能因局部和短期利益破坏国家的整体和长期利益。省级人民政府如要对国家产业政策进行补充需报国务院审批,省级以下人民政府不再拟定实施办法。^③ 全国人大在 1991 年亦明确强调,地区经济发展要符合国家产业政策的要求。^④ 正因如此,20 世纪 90 年代初国务院颁布的 3 份专门规范产业政策的文件都将产业政策界定为“国家产业政策”,并要求地方人民政府不得实行市场封锁、地方分割。

表 1:法律、行政法规关于产业政策执行主体的规定

年份	国务院部委	地方政府	地方工作部门	不明确	其他 ^⑤
1988—1999	10	4	6	10	1
2000—2016	8	6	7	10	0

显而易见,早期的产业政策旨在统一市场、深化改革。但是,产业政策的内涵却不断扩展。2000 年后至少有 5 部法律、行政法规明确授权地方人民政府制定产业政策(参见表 2),^⑥《中华人民共和国旅游法》更是明确要求县级以上地方人民政府制定旅游产业政策。正因如此,实践中地方人民政府制定了大量的产业政策,涉及水泥、煤炭、矿山、水利、乳制品等多方面。数据统计发现,数百份地方性法规、规范性文件都明确将“地方产业政策”作为项目审批的标准。^⑦ 在缺乏对产业政策实施进行法律控制的情况下,不适当的产业政策就会造成产业政策趋同、重复建设、产能过剩、产业结构失衡等问题,扰乱市场经济的正常运行、限制市场竞争。^⑧

① 参见《关于 2013 年国民经济和社会发展规划执行情况与 2014 年国民经济和社会发展规划的决议》(2014 年 3 月 13 日第十二届全国人民代表大会第二次会议通过)。

② 参见周黎安等:《层层加码与官员激励》,《世界经济文汇》2015 年第 1 期。

③ 参见《国务院关于当前产业政策要点的决定》[国发(1989)29 号]。

④ 参见《关于国民经济和社会发展规划和第八个五年计划纲要及关于纲要报告的决议》(1991 年 4 月 9 日第七届全国人民代表大会第四次会议通过)。

⑤ 指商业银行。

⑥ 具体包括《中华人民共和国科学技术进步法》(1993 年)《中华人民共和国节约能源法》(1997 年)《中华人民共和国清洁生产促进法》(2002 年)《中华人民共和国旅游法》(2013 年)《中华人民共和国国防交通法》(2016 年)。

⑦ 例如,《深圳经济特区建设项目环境保护条例》第 15 条就规定,建设项目不符合国家或者地方产业政策的,环境保护部门不得批准。

⑧ 尤其是有关经济作物种植的地方产业政策的强制实施导致的市场价格波动最为常见。

表 2:法律、行政法规关于产业政策制定主体的规定

年份	国家	国务院部委	地方人民政府	不明确
1988—1999	1	2	2	26
2000—2016	1	4	3	23

(三)从指导性到强制性

产业政策的较早使用是在 20 世纪 80 年代后期,当时我国尚处于从计划经济向市场经济转轨过程中,国有经济占较大比例。国有经济的发展依赖于政府财政和银行借贷,国家必须合理分配资金,将有限的财力用于那些为生产、生活所必需的行业。早期的产业政策因而主要是对国有经济的计划和调拨,对非国有经济则是放开自主经营权。国务院办公厅当时亦强调产业政策的计划管理属性,并指出由于资金有限只能保证产业政策重点支持的生产和建设,对产能过剩、重复建设、资金使用效率低的企业则不再提供信贷。对非国有企业,则强调要让市场来调节一般产品和过剩产能的供给。^① 1991 年,时任总理李鹏强调,随着市场经济体制改革的深化,要缩小指令性计划、扩大指导性计划,通过制定正确的产业政策引导和调控经济运行。^② 在产业政策只是针对国有企业的情况下,早期的产业政策更倾向于使用计划经济管理时期的指标、信贷、财政、审批等手段。随着非国有经济在国民经济中的占比越来越高,现有产业政策的范围也从对国有经济的管理扩大到对非国有经济的调整,肇始于计划经济的行政审批、信贷等产业政策工具也得以延续。

由于现有的产业政策立法没有明确产业政策的具体定义,以至于政策的本质到底是规划还是行政指导抑或是何种行政行为难以确定。季卫东教授认为,产业政策与行政规制是同一个问题的两面,在立法层面体现为产业政策本位,但在执法、司法层面体现为行政规制本位。^③ 从产业政策的实施手段来看,产业政策主要是一系列规划和产业指导目录,此外,行政许可、行政执法、融资政策、供电、供地、税收、补贴、政府采购、价格等都属于产业政策的重要实施手段(参见表 3)。在鼓励、扶持产业发展时,因企业可以获得相应的税收优惠、财政补贴等,产业政策的执行尚没有压力。但是,在产业政策的导向是抑制相关产业发展时,如果市场信息是企业可以获得较大利润,企业则并不一定会对指导性的产业政策有政策制定者所期待的反应。为推动限制性产业政策的落实,现有的产业政策也逐渐从指导性演变为强制性,尤其是以行政许可为主的行政审批以及关闭、停产、转产、限产(以下简称“关停转限”)等行政处罚或行政强制。^④ 具体而言:

表 3:法律、行政法规关于产业政策执行方式的规定

	行政指导	行政许可	行政处罚	财政税收	融资	其他 ^⑤	不明确
1988—1999	0	4	1	3	8	5	10
2000—2016	4	6	2	3	2	1	13

首先,对企业投资予以事前审批。为从源头上维护投资建设秩序,行政部门会根据是否符合产业政策审批投资项目。例如,《药品管理法》第 7 条规定,颁发药品生产许可证的条件之一是符合药品行业发展规划和产业政策。而判断是否符合产业政策的主要依据乃是国务院制定的《政府核准的投资项目目录》,该“投资目录”区分了需要政府核准和备案管理的事项。对不符合国家产业政策的项目,国务院要求国土、环境、城市规划、质监、银监、证监、工商、安监等部门不得办理相关许可手续。^⑥ 为落实国务院的产业政策,

① 参见《国务院办公厅转发国家计委关于国家产业政策贯彻执行情况和下一步工作意见报告的通知》[国办发(1990)50 号]。
② 参见李鹏:《关于国民经济和社会发展十年规划和第八个五年计划纲要的报告》,《中华人民共和国国务院公报》1991 年第 12 期。
③ 参见季卫东:《法治视角下的产业政策之争》,《财经》2016 年第 35 期。
④ 参见刘桂清:《产业政策失效法律治理的优先路径》,《法商研究》2015 年第 2 期;江飞涛、李晓萍:《直接干预市场与限制竞争:中国产业政策的取向与根本缺陷》,《中国工业经济》2010 年第 9 期。
⑤ 指供电、供地、运输、就业、能源、价格、政府采购。
⑥ 参见《国务院关于投资体制改革的决定》[国发(2004)20 号]。

中央各部委又制定了大量具体的实施措施,如国家质检总局将符合产业政策作为企业申请生产许可证的必要条件。^①

其次,通过行政处罚、行政强制等对企业投资后的行为予以控制。由于法律、行政法规极少规定产业政策的实施手段,国务院发布的大量产业政策因而夹杂着土地、环境、安全生产等相关方面的法律,以强制手段推进本属于指导性的产业政策。例如,2004年的国务院文件规定,对淘汰类项目要采取收回贷款、停止供电、责令停产或予以关闭、吊销生产许可证、变更或注销工商登记、吊销排污许可证等措施。^②同年,国务院还要求对违规在建电站项目,电网企业不得为其接入系统,金融机构不得为其提供贷款,已批准的土地使用权要收回,交通运输部门不予安排运力或铁路接轨,设备制造企业不予供应设备。^③国务院在2010年进一步强调,各级部门要充分发挥法律法规的约束作用和技术标准的门槛作用,通过加强执法检查提高落后产能使用能源、资源、环境、土地的成本,以推动相关产业政策的执行。^④

产业政策本身或许不具有强制性,国务院更多次强调要保障企业自主决策权,利用市场约束和资源约束的“倒逼”机制,推动企业自主创新、主动调整结构。^⑤但是,基于产业政策所衍生的一系列市场准入、行政处罚、安全规制、供地、供水、供电、信贷等措施都足以影响企业的自由经营,具有相当的强制性。一方面中央将土地、环境等政策纳入产业政策强化了产业政策的强制程度;另一方面,又因环境保护、安全生产等目标的无争议性使得产业政策的正当性、合法性得以提升。例如,全国人大在2015年曾指出,为落实产业政策,要促进政策协同联动形成合力,加强消费、投资、产业、价格、区域、土地、环保、竞争等政策手段的协调配合。^⑥最终,产业政策和土地政策、环境政策等呈现出相互促进、相互强化的趋势,产业政策和环境政策、土地政策之间的关系日趋模糊。不可否认,产业、土地、环境等政策之间存在着互补效应,相关政策的良好匹配有助于更好地贯彻中央意志。但是,由于产业政策受宏观经济波动而必须予以调整,这也导致环境、土地等政策的执行力度有波动,进而出现选择性执法。^⑦

三、我国产业政策实施的控权机制

由于产业政策的执行依赖于地方行政部门,加之产业政策的强制性对市场影响巨大,那么如何控制产业政策的实施、防范产业政策实施的负面效应就成为现实问题。提炼如何规范产业政策的制定和执行、如何提高产业政策实施效果的实践经验,不只有助于理解我国现有的产业政策实施,同样有助于对监管型政府的法律控制。

(一)人大控制

1. 制定法律

全国人大规范行政行为的最主要方式是制定法律。不过全国人大并没有制定专门的产业政策法律,关于产业政策的分散式立法也仅仅是授权行政部门制定、执行产业政策的权力,对如何规范行政部门实施产业政策的行政行为则缺少关注。由于产业政策的实施工具主要包括行政许可、行政指导、行政处罚和行政强制,《中华人民共和国行政许可法》(以下简称《行政许可法》)、《中华人民共和国行政处罚法》(以下简称《行政处罚法》)、《中华人民共和国行政强制法》(以下简称《行政强制法》)等都成为规范行政部门实施产业政策的重要法律依据。此外,《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)、《中华人民

① 参见《国家质量监督检验检疫总局、国家发展和改革委员会关于工业产品生产许可工作中严格执行国家产业政策有关问题的通知》[国质检监联(2006)632号]。

② 参见《国务院关于投资体制改革的决定》[国发(2004)20号]。

③ 参见《国务院批转发展改革委关于坚决制止电站项目无序建设意见的紧急通知》[国发(2004)32号]。

④ 参见《国务院关于进一步加强淘汰落后产能工作的通知》[国发(2010)7号]。

⑤ 参见《国务院关于加快推进产能过剩行业结构调整的通知》[国发(2006)11号];《国务院关于钢铁行业化解过剩产能实现脱困发展的意见》[国发(2016)6号]。

⑥ 参见《关于2014年国民经济和社会发展计划执行情况与2015年国民经济和社会发展计划的决议》(2015年3月15日第十二届全国人民代表大会第三次会议通过)。

⑦ 参见戴治勇:《选择性执法》,《法学研究》2008年第4期。

共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)等法律有关禁止行政部门限制、排除竞争的规定,更是对产业政策予以竞争审查的重要依据。

不过上述法律都不能体现行政行为的具体效果,全国人大因而在多部法律中试图通过强化对行政行为效果的考核去推动行政执行。例如,《中华人民共和国节约能源法》明确提出要实行节能目标责任制和节能考核评价制度,将节能目标完成情况作为对地方人民政府及其负责人考核评价的内容,省级人民政府每年应当向国务院报告节能目标责任的履行情况。《中华人民共和国环境保护法》(以下简称《环境保护法》)则进一步要求县级以上人民政府将环境保护目标完成情况作为对本级环保部门和下级人民政府考核评价的重要依据。此外,《中华人民共和国大气污染防治法》《中华人民共和国循环经济促进法》《中华人民共和国水污染防治法》《中华人民共和国促进科技成果转化法》等都规定了考核制度。

2. 预算审查与专项调研

税收增减、财政补贴等都属于立法部门的审查范围。我国对光伏产业、电动汽车、节能工程等给予了大量补贴,大规模经济刺激计划亦花费了巨额财政经费,理当受到全国人大的审查。近年来,全国人大在一定程度上对产业政策中的财政问题予以了关注。例如,全国人大常委会在关于2011年中央决算的审查中就指出,发展改革委在产业振兴和技术改造投资计划中存在着资金管理不到位的问题,对不属于支持范围或未严格执行相关产业政策的6个项目安排了财政支出,而对需要支持的11个战略性新兴产业核心领域却未安排投资。^①

在国务院保增长、调结构的背景下,全国人大常委会还对地方人民政府实施重大公共投资项目、落实产业政策进行了调研,依法行使监督职权。^②对调研发现的配套资金未落实、地方债务风险等突出问题以调研报告的形式送国务院,并要求国务院向全国人大常委会作出书面报告,督促“一府两院”做好工作。全国人大常委会进一步指出,要通过听取国务院的中央决算、审计、产业发展、节能减排法律执行等报告,加强对经济工作的监督,督促宏观调控政策、产业扶持政策的贯彻落实。^③

总的来讲,全国人大在现阶段已经通过立法、预算审查、专项调研、政府工作报告审查等措施对行政部门进行监督。尽管这些措施的控制效果较为有限,甚至处于探索之中,但不应忽视的是,上述机制已然成为人大控制行政部门产业政策执行的正式机制,能够产生司法审查所不具备的效果,并使得全国人大“更加主动地与行政系统进行对话,并在此过程中确立起优势地位”。^④理智的做法是强化这些控制机制的效果而不是忽视其作用。

(二)行政内部控制

1. 对产业政策制定的控制

尽管早期的产业政策明确国务院才是产业政策的制定主体,但当时的能源部、建设部、海关总署、交通部、化学工业部等都以贯彻国家产业政策为由,制定了涉及城市供水、供热、电力、燃气等多个行业的产业政策。基于产业政策制定的无序,全国人大在1993年指出要理顺综合经济部门与专业经济部门之间的关系,^⑤国务院遂在1994年发布了《90年代国家产业政策纲要》(以下简称《纲要》),实行了产业政策决策、制定和执行相分离的制度。各项产业政策的制定由国家计委牵头,有关部门提出的产业政策草案和对产业发展有重大影响的政策草案须经国家计委审查和协调,由国家计委会同有关部门报国务院批准后发布执行。包括财政、银行等经济管理部门制定的涉及产业发展的重大政策措施也要与国家计委协调。产业政策的实施则以各行业主管部门为主。^⑥尽管上述处理方式加大了国家计委的权力,但在该《纲要》制定后

① 参见《关于批准2011年中央决算的决议》(2012年6月30日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议通过)。

② 参见《全国人民代表大会常务委员会专题调研组关于部分重大公共投资项目实施情况的调研报告》(2009年10月28日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议)。

③ 《全国人民代表大会常务委员会工作报告》(2010年3月14日第十一届全国人民代表大会第三次会议)。

④ 林彦:《全国人大常委会如何监督依法行政?》,《法学家》2015年第2期。

⑤ 《第八届全国人民代表大会第一次会议关于国务院机构改革方案的决定》,1993年3月22日。

⑥ 参见《90年代国家产业政策纲要》(1994年3月25日国务院第16次常务会议审议通过)。

的5年时间内,没有任何直接以产业政策为名义的规范性文件颁布。这表明国家计委的独立审查功能减少了产业政策制定中的部门本位等问题,抑制了相关部委制定产业政策的冲动。

此外,1994年的《纲要》还要求建立国家产业政策审议制度。相关部门起草的产业政策草案应当由国家计委组织国务院有关部门、产业界、学术界和消费者群体进行科学论证和民主审议;产业政策制定后,国家计委应当会同有关部门对产业政策的执行情况进行分析,定期向国务院报告。^①不过该项制度似乎没有得到严格遵守。最近几年,国务院又开始要求对经济政策进行成本收益分析以及公平竞争审查,^②这当然适用于产业政策,尽管能否得到有效落实尚待观察。

2.对产业政策执行的程序控制

在建设法治政府、推进依法行政的背景下,国务院、中央部委对产业政策实施的程序规范较为重视。早在1989年,国务院就要求各地区、各部门统一认识,保证产业政策的贯彻落实,追究违反产业政策的单位和个人的责任。^③建设部亦提出要完善法制建设、依法强化行政管理,落实相关产业政策。^④国家工商行政管理局亦明确指出,审批机关、工作人员执行产业政策不力的,可以依法给予记大过乃至追究滥用职权、玩忽职守的刑事责任。^⑤不过由于我国并没有产业政策立法,国务院更倾向于通过要求地方各级部门严格市场准入管理、强化相关法律执行来推动产业政策实施。国务院还在多份文件中要求地方工作部门依法依规把好土地关、环保关、信贷关、产业政策关和项目审批关,对违反相关规定、工作严重失职或失误造成重大损失或恶劣影响的行为要进行问责。^⑥

在地方人民政府可能违规、不当执行产业政策的情况下,国务院还会通过专项检查来控制地方执行。例如,国务院在2004年曾对江苏铁本钢铁有限公司进行了专项检查,并就其中存在的问题要求各地区、各部门认真贯彻国家产业政策,严格执行国家法律法规和政策制度,严格按照法定权限和程序行使权力。^⑦除此之外,国务院亦曾对南京市人民政府化整为零越权审批等予以了通报批评。^⑧

3.对产业政策执行结果的考核

由于单纯的合法性问题不具有激励功能,尤其是节能减排等产业政策的执行会降低地方经济发展速度,地方政府通常不会严格执行这些产业政策。因而,国务院在大量产业政策中都通过目标管理责任制推动政策的执行。由于中央经济政策的目标不可能细化到各个县市,无论是省市人民政府还是县级人民政府乃至乡镇人民政府都需要将上级下达的政策目标进一步细化、分解并落实到最终执行主体上。因而,我国不少经济政策目标都存在从中央到最终执行主体链条的层层分解。

早在1994年,国务院就明确提出,要“建立国家产业政策的监督、检查及评价制度”,国家计委应当定期向国务院报告实施情况和效果,并提出修改建议。^⑨由于不少产业政策的实施效果不佳,国务院开始进一步明确产业政策的目标任务,要求从上至下层层分解,并通过检查、评估来推动产业政策的执行。例如,国务院在2010年初提出了减少单位国内生产总值能耗、主要污染物排放总量等约束性指标,制定了2010年底前淘汰2500万吨炼铁、33万吨电解铝、8000处小煤矿等总指标,以及淘汰年产30吨以下的炼钢转炉、1万吨以下的造纸生产线、3万吨以下的酒精生产企业等执行标准。国务院还发文要求各级政府和部门将年度目标任务分解到市、县,落实到具体企业,将淘汰落后产能目标完成情况纳入地方政府绩效考核

① 参见《90年代国家产业政策纲要》(1994年3月25日国务院第16次常务会议审议通过)。

② 参见《国务院关于印发全面推进依法行政实施纲要的通知》[国发(2004)10号];《国务院办公厅印发关于做好国务院2007年立法工作的意见和国务院2007年立法工作计划的通知》[国办发(2007)2号]。

③ 参见《国务院关于当前产业政策要点的决定》[国发(1989)29号]。

④ 参见《城市集中供热当前产业政策实施办法》(建设部建城字第45号文,1992年2月2日);《城市道路当前产业政策实施办法》(建设部建城字第286号文,1992年5月4日)。

⑤ 参见《国家工商行政管理局关于执行新的外资产业政策有关问题的通知》[工商外企字(2002)第101号]。

⑥ 参见《国务院批转发展改革委等部门关于抑制部分行业产能过剩和重复建设引导产业健康发展若干意见的通知》[国发(2009)38号]。

⑦ 参见《国务院办公厅关于江苏铁本钢铁有限公司违法违规建设钢铁项目调查处理情况的通报》[国办发(2004)41号]。

⑧ 参见《国务院办公厅关于南京市有关部门越权审批中韩合资南京锦湖轮胎有限公司项目的通报》[国办发(2001)30号]。

⑨ 参见《90年代国家产业政策纲要》(1994年3月25日国务院第16次常务会议审议通过)。

体系,国务院以及相关部委亦会定期公布各地指标完成情况。^① 基于考核情况,国务院还进行了通报表扬与通报批评,要求未完成任务的地区限期整改,依法依规追究该地区有关责任人员的责任。^②

4. 预算控制

财政预算行政内部产业控制政策实施的重要手段。例如,建设部早在1991年就指出,城市排水资金的收支实行专用预算管理,各级财政、统计、监察、审计部门应定期核查计划的执行和资金的使用。^③ 审计部门也对地方政府债务进行了审计,发现部分单位违反国家产业政策,将债务资金投向高能耗、高污染、产能过剩、低水平重复建设的项目,因而要求将债务纳入地方预算管理,并将债务情况纳入考核地方政府绩效和任期经济责任的重要内容。^④

(三) 司法控制

产业政策最终必然会影响到企业经营。从行政诉讼实践来看,在实行扩张性产业政策时,由于地方政府倾向于放松相关法律法规的执行,会引发土地征收、环境测评方面的行政诉讼。^⑤ 但是,由于扩张性产业政策通常不会损害企业利益,相关案件因而极少涉及产业政策的合法性,法院亦不会对产业政策的实施进行评价。在实行紧缩性产业政策时,采取的“关停转限”等措施通常会损害企业利益,极易引发投资者与政府之间的矛盾,法院就不得不评价产业政策的合法性。其主要争议点在于,一是如何定性产业政策的性质,二是如何规范产业政策的实施程序,产业政策的定性又会影响到法院对产业政策实施程序合法性的判断。

在相关案件中,当属淘汰落后产能引发的争议最大。由于国务院明确了淘汰落后产能的一系列约束性指标,这些指标必然会层层分解至基层政府。如此,地方政府不得不淘汰一定数量的落后产能。最终,不少地方政府倾向于将那些产能在一定标准以下的企业定性为落后产能并予以淘汰。但是,那些因年产量不高而被划入淘汰类的企业并不一定存在着土地、环境等方面的违法行为,地方政府贸然将之淘汰极易引发行政诉讼。例如,浙江省临海市在执行《国务院关于进一步加大工作力度确保实现“十一五”节能减排目标的通知》[国发(2010)12号];《“十二五”节能减排综合性工作方案》[国发(2011)26号]。关于造纸企业的整合重组时规定,该市仅允许保留3家废纸造纸企业,且每家企业年产能应不低于3万吨。临海市环境污染整治工作领导小组办公室(以下简称“整治办”)对年产量只有0.2万吨的临海市东亚纸业有限公司直接下达了限期停产通知,最终被当事人起诉。一审法院认为,该通知具有行政处罚性质,“整治办”不具有行政处罚权力,未履行立案、调查、取证等程序,且该处罚仅援引了“国务院通知”,未援引法律法规,因而认定“整治办”关于限期停产的通知系超越职权、适用法律法规错误、程序违法。二审法院同样认为,应当严格按照《环境保护法》《行政处罚法》的相关程序给予行政处罚,该“停产通知”应予以撤销。^⑥ 又如,国务院实行了关停落后小煤矿的产业政策,湖南省湘潭市人民政府因而出台了《关于全力做好全市落后小煤矿关闭退出工作会议纪要》,要求国土资源等部门不得再办理煤矿相应证照延期、变更的资料审核、审批和上报手续。湘潭市国土资源局因而拒绝了湘潭县国土资源局已同意的湘潭鸿泰宇矿业有限公司的采矿延续申请。^⑦ 湘潭市中级人民法院认为,被告湘潭市国土资源局依据被告湘潭市人民政府作出的未向社会公开的会议纪要直接作出原告不能办理采矿权延续初审手续的答复,且该会议纪要对有关部门的行政职权的限制不符合相关法律的规定,不能作为认定行政机关行政行为合法的依据。因而认定湘潭市国土资源局的行为违法。^⑧ 这些案件清楚地表明,司法部门具有规范产业政策依法实施的功能,防范了政府在执行产业政策时的程序失当。

① 参见《国务院关于进一步加大工作力度确保实现“十一五”节能减排目标的通知》[国发(2010)12号];《“十二五”节能减排综合性工作方案》[国发(2011)26号]。

② 参见《国务院关于对“十一五”节能减排工作成绩突出的省级人民政府给予表扬的通报》[国发(2011)31号];《2014年分地区淘汰落后和过剩产能情况》(工业和信息化部、国家能源局公告2015年第69号)。

③ 参见《城市排水当前产业政策实施办法》(建设部建城字第840号文,1991年12月13日)。

④ 参见《全国地方政府性债务审计结果》(审计署审计结果公告2011年第35号)。

⑤ 参见湖南省高级人民法院(2014)湘高法行终字第220号行政判决书。

⑥ 参见浙江省高级人民法院(2015)浙行终字第116号行政判决书。

⑦ 参见湖南省湘潭市中级人民法院(2015)潭中行初字第33号行政判决书。

⑧ 参见湖南省湘潭市中级人民法院(2015)潭中行初字第33号行政判决书。

四、反思产业政策实施的现行控权实践

在信息不对称下,立法、行政和司法会基于不同的信息优势分工协作。相对来说,程序的合法性是容易观测到的,实体上的合法性、合理性并不容易判断。因而,立法部门会通过程序来限制行政部门的行为,并对那些极为重要的实体内容予以控制,如预算。司法机关同样面临着信息不对称和专业化分工的问题,不能够代替行政部门决策,因而更多是判断行政程序是否合法,一般不会评价行政内容的合理性、合法性。问题在于,我国现行产业政策实施的权力配置更强调对结果的控制,忽视了行政程序、行政行为的规范。

(一)外部控制的弱化

1.人大控制范围过窄

尽管全国人大会对类似于国民经济发展规划等予以事前审查,但从已有的实践来看,这种事前审查的作用极其有限,还没有找到全国人大否认过、质疑过相关产业政策合法性、合理性的先例。对产业政策制定的科学性、产业政策执行程序与实施手段的规范性、产业政策实施效果的成本收益分析等问题尚缺乏关注。全国人大虽在近年来开始加强对政府产业政策执行的控制力度,但这种控制主要是对骗取补贴等行为进行事后追责,而对财政补贴本身的合理性、合法性进行的事前审查则非常缺失。更重要的,尽管多部法律都授予行政部门实施产业政策的权力,但对行政部门实施产业政策的权限、程序等问题都缺乏具体的规定。

2.司法控制空间有限

尽管司法部门受理了大量因为实施产业政策引发的行政纠纷案件,但也有不少法院认为产业政策属于行政指导、行政命令,拒绝给予司法救济。^①例如,浙江省富阳市人民政府规定在一定期限前关闭的矿山可以获得奖励,杭州市中级人民法院、浙江省高级人民法院均认为这属于以行政指导的方式来实现国家产业政策,不属于行政诉讼受理范围。^②个别法院甚至认为“关停转限”等强制措施并不属于行政处罚。例如,针对山东省安丘市人民政府关停取缔小硫磺厂的决定,山东省潍坊市中级人民法院认为,地方政府关停取缔决定的依据是国家产业政策,是国务院发布的规范性文件,并非法律或行政法规,该规定属于行政命令。山东省高级人民法院进一步指出,关停取缔的决定是针对从事国家明令禁止项目的禁止性命令,是对无资格生产经营者科以某种作为或者不作为义务的行为,其以实现义务为目的,而不是以惩戒为目的,不符合行政处罚的法律特征,不属于行政处罚。在行政命令而非行政处罚的前提下,就无须适用《行政处罚法》的相关程序,未进行听证、未告知复议权等不构成程序违法。^③在“尹绍林诉新宾满族自治县人民政府案”^④中,辽宁省新宾满族自治县人民政府同样根据国务院的产业政策关闭煤矿,一审法院认为执行国家产业政策、关闭煤矿的行政行为是行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定,不属于人民法院受案范围。二审法院同样认为地方政府执行国家调整产业政策的行为不属于人民法院行政诉讼受案范围。在相关部门都要配合淘汰落后产能企业的情况下,被列为落后产能的企业并无和地方政府平等讨价还价的可能。那种简单将淘汰落后产能、落实节能减排、减少重复建设的产业政策等同于行政指导的司法处理并未起到对行政程序的控制。尤其是不少地方政府早期为招商引资会降低准入门槛、提供土地税收等多项优惠,^⑤而在中央强化相关产业政策执行之后又以企业违法为由“关停转限”,更有损企业长期投资的激励。^⑥

① 这一问题不仅在我国存在,在美国同样存有争议。奥巴马政府正是以行政指导之名推行行政强制而被认为属于滥用行政权力。See Bernstein, David, The Abuse of Executive Power: Getting Beyond the Streetlight Effect, 11 Florida International University Law Review, 289—305 (2016); Richard A. Epstein, The Role of Guidances in Modern Administrative Procedure: The Case for De Novo Review, 8 Journal of Legal Analysis, 47—93 (2016).

② 参见浙江省高级人民法院(2014)浙行终字第239号行政判决书。

③ 参见山东省潍坊市中级人民法院(2014)鲁行终字第184号行政裁定书。

④ 参见辽宁省抚顺市中级人民法院(2014)抚中行终字第00047号行政裁定书。

⑤ 参见万江:《中国的地方法治建设竞争》,《中外法学》2013年第4期。

⑥ 参见浙江省松阳县人民法院(2015)丽松行初字第48号行政判决书。

那些成功进入法院审查范围的案件,法院亦主要是从执行部门是否履行了法定程序来评判行政行为的合法性,几乎没有探讨以产量多少认定落后产能、以国家产业政策作为行政许可依据的法律正当性问题,也没有考察产业政策是不是与《行政许可法》《反垄断法》《反不正当竞争法》等相冲突。最终,法院要么是认为属于行政指导行为、执行上级命令,因而不具可诉性;或者是因为那些被关闭的企业确确实实在土地、环境等方面有或多或少的违法情形,认定地方政府的行为并不具有违法性。极少有地方政府在行政诉讼中败诉。总体而言,法院最多是从产业政策的执行是否符合法定权限、法定程序予以控制,而对产业政策的制定是否符合法定程序、产业政策本身的内容是否合法的控制依然缺失。事实上,就算在司法控制较为发达的美国,司法对行政的控制依然较为审慎,对行政部门制定的大量规制政策多数时候秉持司法遵从的原则。^①在权力分离的情况下,产业政策是不是适当的、产业政策有没有必要等等问题都很难通过司法审查予以回答,法院在控制产业政策方面的作用并不突出,其拓展空间亦较为有限。

(二)行政内部控制失当

目前,我国对产业政策实施的主要控制是行政内部控制。但是,这种行政内部控制过于片面,只侧重于对行政执行结果的考核,而对产业政策的制定、产业政策执行程序的规范缺乏关注。具体而言:

首先,行政内部的权力分离机制并未得到有效贯彻。全国人大曾经指出,要防止国家政策部门化。^②国务院在20世纪90年代初试图通过分离产业政策的制定和执行来防止产业政策的部门化。但是,《中华人民共和国食品安全法实施条例》《农业机械安全监督管理条例》等却规定由工信部负责制定产业政策。实践中,诸多中央部委都制定了大量产业政策,产业政策制定和实施的权力分离机制未能够得到有效贯彻。

其次,产业政策制定的审查机制有待落实。早在20世纪90年代初,国务院就提出要推进产业政策制定的民主评议。但是,关于产业政策制定的民主评议机制依然流于形式乃至缺失。^③自20世纪80年代起,国务院几乎每年都会提及市场分割、地区封锁等问题,期间我国也颁布了《反垄断法》《反不正当竞争法》等法律,近年来我国开始逐渐强化公平竞争审查。但是,由地方反垄断执法部门去约束地方政府的行为,效果恐将极为有限。

最后,成本收益分析缺失。对政府干预的成本收益分析为委托人克服信息不对称提供了控制代理人的工具,代理人必须收集、分析和披露市场信息,可以在一定程度上缓解信息不对称问题。^④如果产业政策制定部门要分析、评估政策实施可能带来的潜在收益与落实产业政策需要耗费的成本,一定程度上可以减少政策制定部门对自身利益的考量,督促政策制定部门制定更加科学、合理的产业政策。国务院亦曾多次强调,政府立法尤其是经济立法应当进行成本收益分析,不仅要考虑立法过程成本,还要研究其实施后的执法成本和社会成本。^⑤但是,这种成本收益分析更多停留在口号层面而缺少实际的政策推动,并没有任何机构履行这一职责,目前尚没有看到关于产业政策成本收益的规范分析。

(三)双重治理模式下的指标替代效应

无论是全国人大的相关立法,还是行政部门的操作实践,都表明指标考核是行政内部控制的重要方式。尽管不可否认指标考核对促进产业政策实施具有积极意义,尤其是信息不对称下指标考核解决了地方执行的激励问题,但也应当注意到指标考核弱化了对产业政策执行程序的规范。

正如有的学者所指出,在委托人和代理人之间存在信息不对称时,过度的行政问责反而会奖励代理人

^① See Walker, Christopher J., *Chevron Inside the Regulatory State: An Empirical Assessment*, 83 *Fordham Law Review*, 703—729(2014).

^② 参见《中华人民共和国国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》(2006年3月14日第十届全国人民代表大会第四次会议批准)。

^③ 参见岳彩申、王力理:《产业政策实施中的民主评估机制》,《法学》2010年第9期。

^④ See Eric A. Posner, *Controlling Agencies with Cost—Benefit Analysis: A Positive Political Theory Perspective*, 68 *The University of Chicago Law Review*, 1137—1199(2001).

^⑤ 参见《全面推进依法行政实施纲要》[国发(2004)10号]。

的坏行为而非好行为,扭曲代理人的激励,损害委托人的利益。^① 指标考核无疑导致了过度问责。首先,依法行政会降低行政效率。依法行政当然有助于提高行政行为的合法性,但依法行政所要求履行的公告、听证等程序会延缓相关事项的推进,进而影响到相关事务的执行效率,^②造成相关指标考核不达标、会被认为政策执行不力;其次,指标考核易被观测。除非行政机关败诉或者行政相对人有上访等行为,否则上级难以观测下级政府行政程序的规范。相反,关闭的企业数量有多少、有无审批新项目都易于测度,中央不时进行的检查评估更化解了中央与地方之间的信息不对称;最后,指标考核更易兑现。指标考核决定了相关领导的职位晋升,甚至会影响到地方行政部门的办公经费和预算,上级可以成本低廉地根据考核结果给予奖惩。而在未严格依法行政时,法院却不一定会判决相应的行政行为违法,就算被法院认定行政行为违法,行政部门、行政官员也不一定会受到上级惩处。正因如此,基于指标考核的产业政策执行极易恶化产业政策执行的程序规范,导致对依法行政的替代。而在司法控制作用较为有限的情况下,企业承担了产业政策不当执行的主要风险。

从现有的实践来看,对产业政策的法律控制既不是巡警式控制也不是火警式控制。基于信息劣势,立法部门对行政机关的控制主要是明确行政程序,但我国目前并没有关于产业政策实施的专门立法。司法部门因为实施产业政策的性质争议而虚置了相关法律对行政行为的控制。事前、事后的外部控制都有较大的改进空间。尽管国务院试图通过环境、土地等法律来强化产业政策的执行力,但基于指标考核对地方行政部门的显著约束效果,地方行政在政策执行过程中更倾向于依据产业政策而非相关法律推进政策执行。产业政策与相关政策的交织并没有减少政策的执行成本,反而导致行政部门的行政行为游离于法律控制之外,最终损害了行政相对人的合法权益。

(四) 地方政府的角色冲突

我国之所以存在着大量有悖市场原理的重复建设、过剩产能,一定程度上是地方政府对企业经营的过度干预与过度保护所致。尤其是在招商引资竞争中,地方政府极容易违反法律、行政法规,弱化土地、税收、环保等法律的执行,减少企业面临的成本,诱使企业做出过度投资。但是,过度依赖于土地、环保等相关法律的产业政策需要层层细化落实,不少产业政策甚至规定地方政府负总责,地方政府因而可以在政策执行过程中夹带自身的各种利益。中央虽然对地方政府的执行行为给予了充分关注,并通过行政许可法、事后的人大决算审查等予以严格控制,但由于中央与地方之间的信息不对称只能够减少而不能消除,不大可能制定出既让马儿跑、又让马儿不吃草的周全之策。中央与地方两个积极性的冲突极难得到妥当处理,我国的产业政策在一定程度上成为中央调控地方的工具。

五、完善我国产业政策实施的法律机制

类似于节能减排关于污染物排放的控制目标本身具有正当性,尤其是在政策推进不力的情况下,对各地节能减排设定最低指标亦有助于目标落实。但是,目的正当性并不必然意味着可以不顾行政手段与行政程序的规范,要实现上述目标也并不必须采取“关停转限”等强制措施。

(一) 优化产业政策实施的控权机制

我国现阶段的产业政策实施主要是以行政内部指标考核为主,这种控制机制更强调产业政策的执行效果,但对产业政策制定的合法性、合理性、成本收益、竞争效应等属于决策方面的问题考虑过少,对产业政策执行的程序规范与投资者权益保护亦缺乏充分关注。因此,应从以下几个方面优化产业政策实施的控权机制:

首先,加强对产业政策的人大控制。全国人大对产业政策的控制突出体现在明确产业政策的制定和

① See Jacob E. Gersen and Matthew C. Stephenson, Over—Accountability, 6 Journal of Legal Analysis, 185—243(2014).

② 有关行政规章制定僵化问题的争议, See Yackee, Jason W. and Yackee, Susan Webb, Testing the Ossification Thesis: An Empirical Examination of Federal Regulatory Volume and Speed, 1950—1990, 80 George Washington Law Review, 1414—1492(2010).

执行程序,以及对产业政策财政资金使用的控制方面。目前,全国人大主要通过预算审查来控制产业政策的实施,但对产业政策实施的决策和执行程序缺乏系统的法律依据。如若制定产业政策法律,基于对行政行为法律控制的分析,重点不应当是明确行政对象的法律责任,而应当是规范制定、执行产业政策的程序,限定产业政策的制定主体、制定程序、推进方式等。此外,全国人大还应当强化对财政预算的控制,产业政策所配套的税费调整、补贴等都应当经过人大的审议和批准。

其次,强化产业政策制定的内部控制与审查。正如有学者所论述的,“行政法治要运行良好必须借助内部行政法”,自发生成的内部行政法更能增进控制权力的实效。^①为防止产业政策部门化,确保产业政策的必要性、适当性与合法性,应尽快设立常态化的、科学的内部审查机制,真正落实产业政策制定和执行部委的分离机制,由独立的机构负责产业政策的成本收益审查和竞争审查,督促相关部委对产业政策进行更加深入的研究和审慎的分析。而为防止产业政策固化、长期化,建立产业政策的废除机制亦非常必要。

再次,改进产业政策的执行机制。现有产业政策执行方面的核心问题在于,地方政府既是被调控对象,又要对产业政策的执行负总责。要解决这种冲突,就需要明晰地方经济发展和国家产业政策的区别与联系、理清中央地方的事权配置。地方政府可以通过政策扶持等引导地方产业发展,中央政府则应当进一步提高产品质量标准、排放标准等要求,通过调整机构设置强化土地、环保、安全生产等相关法律法规的执行,减少以地方政府负总责的方式去推进产业政策实施。在中央产业政策并不依赖于地方政府执行的情况下,相应的指标考核也就没有存在的必要性,其对地方行政的扭曲亦必然会被淡化。

最后,加强司法审查。毫无疑问,司法机关对规范产业政策实施已起着较为重要的作用。但是,现有的司法审查主要关注执行程序的合法性,而对产业政策本身的合法性问题尚且缺乏关注。全国人大制定的《行政许可法》《行政处罚法》等法律在执行产业政策的名义下极易被扭曲、被规避,这种现象甚至出现在国务院制定的不少产业政策中。在火警式控权模式下,应当鼓励受产业政策不当影响的当事人通过提起行政诉讼对那些不当的产业政策进行审查,法院应重点审查产业政策实施是否违反《行政许可法》《反不正当竞争法》《反垄断法》,通过司法审查来弥补行政内部控制之不足。司法部门应当改变过度谦抑的现状。

(二)回归产业政策的引导本义

对国有经济而言,其资金来源主要是财政支出,政府作为国有企业的委托人制定产业政策,限制企业投资、控制信贷、关闭不符合产业政策导向的企业,都不应当具有争议。但对非国有企业而言,政府不应当再频繁地使用产业政策来干预市场机制的正常运行。笔者丝毫不否认关闭小型造纸、煤矿等落后产能企业的正当性与合法性,^②也不否认国务院制定节能减排约束性指标的正当性。但是,目标的正当性并不等同于手段的正当性和必要性。以关闭中小煤矿为例,行政部门完全可以根据政策目标调整安全生产、排放等标准,达不到该标准的企业根据《环境保护法》《中华人民共和国安全生产法》予以惩处。对中小煤矿而言,要达到新的标准只得购置昂贵的设备,其会自行评估是投资升级还是退出市场。产业政策完全可以实现从政府主导到因势利导的转变。^③无论是制定更高的排放标准还是直接关闭中小企业,都能够完成国务院制定的政策目标,但不同的政策干预手段引发的法律问题却不一样,对市场调节机制的扭曲程度更是有区别。那些采取高干预程度的淘汰落后产能的产业政策,通常是以相关企业不符合土地、环保、安全生产等相关法律法规为由予以“关停转限”。尽管根据产量多少来决定是否属于被淘汰的企业可以节省信息成本,有利于地方行政部门的工作开展和中央对地方执行的控制,但却导致行政部门行为的合法性极具争议、市场的自我调节机制亦被破坏。我国的相关法律已经较为健全,大量民事诉讼、行政诉讼表明司法控制已经开始正常运转,对节能减排等问题完全可以通过强化相关法律执行,辅以民事诉讼与行政诉讼予以推进,^④而不应当以产业政策的名义去管控这些本已经立法化的事项,更不应当单纯以产能的多少作为判

① 崔卓兰、于立深:《行政自制与中国行政法治发展》,《法学研究》2010年第1期。

② 有学者指出关闭中小煤矿有违法之嫌,参见罗丽、代海军:《我国〈煤炭法〉修改研究》,《清华法学》2017年第3期。

③ 参见黄茂钦:《论产业发展的软法之治》,《法商研究》2016年第5期。

④ 参见李曙光:《对制定中国产业政策法的几点不同看法》,《法学》2010年第9期。

断标准并以指标式的方式去强制推进。否则,那些实体上本来没有争议的政策却因地方政府执行程序上的不当影响到相关法律机制作用的发挥。更重要的是,一旦环保、土地等相关法律被产业政策所吸纳,基于宏观经济波动的选择性执法也就凸显出来,这更使得节能减排等产业政策的实行效果大打折扣。^①

短期内完全抛弃产业政策并不现实。但是,产业政策本身的必要性和合理性并不意味着政府应当以任何方式推进产业结构调整。市场经济下,产业政策应当是指导性的而非强制性的。全国人大、国务院反复强调要减少投资审批事项和下放投资审批权限,按照“谁投资、谁决策、谁收益、谁承担风险”的原则最大限度地缩小审批、核准、备案范围,切实落实企业和个人投资自主权。^②在简政放权的背景下,不少行业都逐渐放松行政许可。国务院早在2004年就区分了投资项目的核准和备案问题,在2013年则进一步强调,对不使用政府性资金的投资活动,除重大和限制类固定资产投资项目外不得设定行政许可。^③产业政策的推进应当采取更为市场化的方式对产业结构进行间接引导,减少对经济运行的直接干预,减少与环境政策、土地政策的混淆,减少对地方执行的过度依赖。

六、结语

尽管学术界对产业政策的有效性存在争议,但不乏关于制定产业政策法律的呼声,尤其是一些行政部门试图将相关行业产业政策立法化。例如,一些立法提案要求制定文化产业振兴法、工业振兴法,也有人大代表认为《中华人民共和国农业法》未规定农业产业政策的财政补贴、政府的责任事项等,因而需要修法。产业政策立法化一是可以规范行政部门的政策制定和政策执行,二是可以控制行政相对人亦即市场主体的行为。但是,如司法实践所表明的,现有的《行政许可法》《行政处罚法》《行政强制法》等在事实上可以规范产业政策的政府行为。如若制定产业政策法,地方人民政府就可以基于产业政策法而轻易规避《行政强制法》《行政处罚法》等对行政行为的控制,对合同交易、对当事人行为的干预更加容易和直接。^④因而,在全国人大、司法机关的控制本就较为弱势的情况下,要谨慎对待那些仅仅是要强化产业政策的法律效力而非控制产业政策决策和执行的观点。

中国行政权力控制的独特性在于,除基于程序的控制之外,对行政结果的控制更为关键。这种对行政结果的控制部分解决了信息不对称问题,但亦存在过度问责、扭曲行政行为的负面效应。本文的材料来自真实世界的具体现象和具体问题,部分问题更是在司法实践和行政执法实践中面临着巨大争议。但是,由于行政法学关注重心的差异,以及经济法学理论研究的空洞化,这些问题尚未引起充分关注。笔者基于实证材料捕捉了我国控制产业政策实施的运转逻辑,部分揭示了我国行政权力控制的结构安排。有关立法、行政和司法三者协调行动的研究丰富了实证政治理论的内容。当然,本文的研究只体现了产业政策实施法律控制的部分,类似于行政机关行为的协调问题、指标考核的结果正当性和依法行政程序合法性如何取舍、将产量多少作为认定落后产能的标准、相关行政诉讼争议的评判等具体问题,尚待后续研究继续推进。

责任编辑 翟中鞠

① 有学者分析了产业政策等对环保执法的影响,参见巩固:《环评风暴的制度困境解析》,《法商研究》2009年第6期。

② 参见《第十二届全国人民代表大会第一次会议关于国务院机构改革和职能转变方案的决定》(2013年3月14日第十二届全国人民代表大会第一次会议通过)。

③ 参见《国务院关于严格控制新设行政许可的通知》[国发(2013)39号]。

④ 《中华人民共和国合同法》第52条规定,违反法律、行政法规的合同无效。尚未制定产业政策法时,产业政策对合同交易的影响有限。相关案件参见中华人民共和国最高人民法院民申字第1984号民事裁定书。