

论经济法的理念

史际春 李青山*

秉承了大陆法系传统,从“无法无天”时代一路走来的中国,曾几何时,由对法的渴求、向往,演化为法的形式崇拜:似乎法即法条、立法,“形式正义”、“法律真实”至上而置实质正义、客观真实于不顾,将公法与私法、民事与行政、“市民社会”与“政治国家”截然对立,达到了无以复加的地步。这在经济关系的法律调整中表现尤甚。诸如在法庭设置中令民事和行政严格分野、非“民”即“行(政)”,导致土地、国企、商标、产业政策推行、政府涉足经济的管理等亦公亦私的纷争无从适当司法;一个政府采购合同分拆为两个诉讼,无奈一方当事人在行政诉讼中胜诉、却在民事诉讼中败诉,两个判决冲突,无法执行,在同一个案子中都做不到“法制统一”;又有法院在侵权纠纷案中判决一方当事人胜诉,却声称产品不合标准的事属政府主管,法院不能责令他方当事人停止侵权行为,只好让其继续贻害他人和社会;在公司法、物权法等法的修订或起草中,总有人无视社会现实,希望推开或绕过国有财产管理经营问题,将其弄成纯粹的民法或商法,等等。这些,已对社会主义市场经济秩序造成了难以愈合的伤害。这一切,皆可归结为缺乏适当的理念之故。缺乏公平、衡平、正义、诚信的理念,就没有法和法治,徒有其表的立法、法条、法袍何益之有。缺乏公私交融,官民一致打拼又要反腐败、反利益(角色)冲突和舞弊,在交易关系中内在地顾及公共利益和公共秩序、在公的经济活动和管理中有机地考虑成本、效益要求,以及责权利相一致等理念,就没有现代市场经济及其法治。大陆法系历来是公私法分野,经济法及其理念因应经济的日益社会化,在传统的重压下破土而出、艰难地生长着;英美法却阴差阳错、歪打正着,在混沌中很好地适应了社会化市场经济的要求,可谓没有“经济法”而不需要经济法,或者说有“经济法”而不需要经济法。^①中国从来没有真正的市场经济,从未有过法治,缺乏法的精神和法治氛围,改革开放以来则对一、二百年前法典时代的大陆法如获至宝,加以经院学究式的发挥,讲了20余年的经济法,经济法的理念还是残缺不全,更有人欲将经济法扼杀于朦胧之中而后快,经济法治的形势严峻。有鉴于此,我们愿在此阐发、呼唤经济法的理念,呼吁她的普及推广,为催生现代中国的社会主义市场经济法治摇旗呐喊。

一、法理念诠释

在汉语中,“理念”一词的出现和使用比较晚。如社会科学中的多数词汇一样,它是日本人在引

* 史际春,男,中国人民大学法学院教授、博士生导师;李青山,男,中国人民大学法学院经济法专业博士研究生。

① 参见史际春、孙虹:《论“大民事”》,《经济法学评论》第2卷(2001),中国法制出版社2002年版,第100页。

进西方学术、文化、制度时由德语 Idee 翻译(意译)而来。^②而经过长期的语言演化,“理念”一词的涵义也在发生变化。Idee(英语为 idea)一词有想法、主意、念头、思想、观念、观点、见解、意见、计划、计策等含义,但在现代汉语中,“理念”的含义已被局限于“观念”、“想法”、“思想”等,更指最一般、基本的观念、思想倾向和追求等,而今在其他语种里已很难找到与之完全对应的词。就“理念”在汉语中的使用情况来看,如果不加界定,将其译成 Idee 或 idea 通常是不准确的,会发生歧义。据笔者的观察总结,如果不涉及专业学术领域,“理念”一词是指一定世界观之下的某种基本观念、立场和追求。

在哲学领域,学者从不同的角度阐述 idea。柏拉图将它视为永恒不变而为现实世界之根源的独立存在,非物质的实体;康德用以指纯粹理性的概念,即从知性产生而超越经验可能性的概念;在黑格尔那里,它是自在而自为的真理——概念和客观性的绝对统一;在主观唯心主义哲学中,它通常被归结为主体的感觉、印象或产生世界的创造本原,是事物的涵义或本质;在英国经验主义哲学中,它是指人类认识或思维的对象,即感觉与知觉。我国学者对“理念”则有如下理解:“理念即是内在精神,直至最高本体”,“理念是被理解的东西的定在”,“理念是知识论”,“理念是历史的成长”,“理念即哲学问题的解释和解决”。^③由此大体可以把握“理念”一词的基本内涵及其所指。

在法学领域,德国的鲁道夫·施塔姆勒认为:“法律理念乃是正义的实现。正义要求,所有法律努力都应当指向这个目标,即实现在某地某时的条件下所可能实现的有关社会生活的最完美的和谐”。^④他的法理念是法的追求、理想和目標的意思。史尚宽先生认为:“法律制度及运用之最高原理,谓之法律之理念”。^⑤李双元先生认为,法理念“是对法律的本质及其发展规律的一种宏观的、整体的理性认知、把握和建构。”^⑥由此大体揭示了“法理念”的涵义、属性、内容和地位。

笔者认为,对法理念的界定,既要符合大多数学者对它业已形成的一般理解,也要注意不同学者对它的特殊理解或诠释,还要避免玩文字游戏。基于这样的认识,本文所谓法的理念,是指对法的应然规定性的、理性的、基本的认识 and 追求:从学术角度看,它是法及其适用的最高原理;从实践看,它是社会成员及立法、执法或司法者对待法的基本立场、态度、倾向和最高行为准则。

首先,“法理念”属于法的意识范畴,是法律上层建筑之上的意识形态。它既反作用于法,又反作用于经济基础,较之法与经济基础的关系而言,它具有稳定性、滞后性,也可能比法更具超前性。所以,“法理念”可以指导并影响具体的法规范、法制度的形成和实施,但不能代替法规范、法制度。

其次,“法理念”反映法的质的方面,是一种高度抽象、理性的法意识,是具体法律制度的灵魂。法条、法规好比躯壳,同样的躯壳置入不同的灵魂,就成为不同的体制,效果不尽相同甚至大相径庭。这就是法理念的力量和价值所在。

再次,“法理念”反映的是法的应然性,是人们之于法的主观追求,包含着一定的理想或思潮成分。法的应然规定性是由社会物质生活条件决定的,是客观的、不以人的意志为转移的,但是这种决定要通过社会成员的集体意识和统治者、立法者的主张来实现,个别社会成员对法的应然规定性也不妨有自己独特的认识。就客观性而言,法理念与自然法是相等的。而我们这里所讲的法理念,一般是指法的主观理念,是人们对法的应然规定性的主观反映。由于理性的有限性,主观的法理念往往与法的客观应然性不一致,所以现实的法制度和个别的主观法理念并不当然合理。如无特别

② 见《汉语外来语词典》,上海辞书出版社1984年版,第207页。

③ 江山:《中国法理念》,中国地质大学出版社1989年版,自序。

④ 转引自[美]E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第163页。

⑤ 史尚宽:《法律之理念与经验主义法学之综合》,刁荣华主编:《中西法律思想论集》,台北汉林出版社1984年版,第259、264

页。

⑥ 李双元等:《法律理念及其现代化取向》,载《湖南政法管理干部学院学报》1999年第1期。

说明,文中的“法理念”指的都是主观的法理念。

至于要不要区分“法理念”与“法律理念”,二者是否为不同的概念?我们认为这种区分是不必要的。因为“法律”不仅是一个法律渊源层次上的概念,也可以用来表达抽象的法(law),与“法”在同等意义上使用。所以对“法理念”,也可称作“法律理念”。如果一定要认为“法律理念”是指实在法的理念,则因自然法不过是法的应然性在人们头脑中的抽象反映,诸如公平、平等、自由、诚实信用等,多数情况下就是未加理性界定、尚未或未必能实现的法律理念,我们不妨说,“法理念”是客观存在的、未必已实现、可能实现也可能不会实现的法理念,而“法律理念”是已经实现或者正在实现、希望能够实现的法理念。

界定了“法理念”的内涵,那么“法理念”究竟为何,即法的应然规定性又是什么?马克思主义法学家传统上认为,法的根本属性在于它是统治阶级意志的表现,是实现阶级统治的工具。这仍是某种外在的观察。因为法还有其社会性的一面,统治者需借助法来承担社会公共职能,而且统治者还在经由人民的意志和喜怒哀乐表达出来的社会客观规律的推动下,自觉或不自觉地、主动或被动地、乐意或不情愿地,使法不断地推陈出新、抑恶扬善。有鉴于此,笔者认为,就法这一社会现象或事物本身而言,其基本规定性或者说本质应当是实现公平正义的工具,法的最高理念应当是公平正义及其实现。这并不否定法的阶级性,因为人类社会并无永恒的公平正义,不同的社会暨统治者自有不同的公平正义观和公平正义标准,法的使命就是实现不同社会客观上所要求的公平正义。

法理念具有层次性。这种层次性首先体现在总体和部分的关系上。人们关于整个法或一国法律制度整体上的理念,是最高层次的法理念。当法划分为不同部门时,就会有部门法的法理念,如民法的理念、经济法的理念、行政法的理念等。部门法理念是某一法部门得以确立和存续的观念基础。

法理念层次性还体现在抽象和具体的关系上。公平正义是最高层次、最基本的法理念,也是最抽象的法理念,而“平等”、“自由”、“效率”、“秩序”等则是公平正义的具体形式,是仅次于公平正义、稍为具体的法理念。史尚宽先生认为,只有“正义为法之真理念”,“幸福”、“自由”、“博爱”、“平等”都“不得为法律之理念”。^①而我们认为,如果承认法理念的层次性和某种多元性的话,法理念就不是也不必是惟一的。

高与低、抽象与具体又是相对的,法理念的层次可以是多数的。即或部门法之下的某种或某类制度,也可以有其自身的理念。如产品责任法不妨将“产品安全第一、人身安全至上”作为其理念;“消费者主权、消费者是上帝”则可谓当代消费者法的理念,即在作为弱者的消费者与经营者之间不对等的关系中,片面赋予消费者以权利、对经营者片面地施加义务,消费者无理三分对,经营者有理三分错。上位的法理念统领下位的法理念,下位的法理念是上位法理念的表现形式或组成部分,为实现上位法理念服务。

二、经济法理念的涵义和内容

经济法现象的出现,打破了传统大陆法系法律部门划分的“和谐状态”,崇尚经院学术的法学家们长期苦心经营建立起来的法律体系受到了冲击。公不公、私不私了,公私莫辨、说不清楚了,犹如杞人之忧天,这些学者陷入了困惑、愠怒之中。他们通过对既有法律部门的修正和扩张来解释经济法现象,从“私法公法化”和“公法私法化”中所看到的,仍是私法和公法,所谓经济法无非要么可纳人民(商)法,要么就是行政法,结论当然是否定经济法部门的存在及其必要性。

^① 史尚宽:《法律之理念与经验主义法学之综合》,刁荣华主编:《中西法律思想论集》,台北汉林出版社1984年版,第264页。

这种思路只看到了经济法与民法、行政法的相同之处和相互联系的方面,而忽略了它们之间的质的差异。这种思路如果说在经济法现象产生之初还能自圆其说的话,那么在经济法现象高度蔓延、扩张的今日,就不免捉襟见肘了。从根本上说,这种思路犯了先验论的错误,企图用既有的理论和概念,来解释新条件下出现的不同认识对象。也有学者通过挖掘新的法现象所产生的社会土壤,发现并论证经济法,探究其理念,结论则是它应当成为现代市场经济社会及其法律体系中的一个新部门。所以,迄今关于经济法的论争,实际上是有关法的认识路线和理念之争。在经济法肯定论者之间,也有关于“经济法是什么”的讨论和分歧。其中有些学者,虽然承认经济法是一个法的部门,但是头脑中并无适当的经济法理念,或者根本没有经济法理念,或者主观上轻视经济法理念,譬如有一种流行的说法,认为只要做好经济法各项具体制度的学问就行了,务虚无益,不要搞“无谓”的争论。结果必定是动摇和茫然,到头来这些学者所做的学问,或可纳入民商法、或可归于行政法,惟独没有经济法自己。因为没有适当的理念,那些学问也就不免遇到“国有”、“行政”绕着走,避之惟恐不及,或者固守“干预”、“命令服从”、“不平等”之类,对“国有”、“行政”介入的经济实体关系不甚了了,或以民商法理念对其先批一通,或把它往“行政”那边一推了之,哪管身后“洪水滔天”。当前经济的法律调整中存在的种种有违公平正义、诚实信用的不和谐之音,其主观根源难道不正在于此吗?

否定经济法的学者与经济法学者之间的争论,说明前者没有认识到经济法的质的规定性,更谈不上有经济法的理念。经济法学者之间的分歧,说明他们对经济法的质的规定性有不同的认识,进而有不同的经济法理念,或者没有经济法的理念。所以,是否正确认识到了经济法的规定性、形成了适当的经济法理念,直接关系到上述学术争论的结果和经济法治的实际效果,并对经济法能否成为一个法的部门至关重要——因为法的部门划分是主客观的统一,与其他任何部门法一样,经济法成为一个法的部门必须具备主客观两方面的条件:客观条件是公私交融的经济暨法律关系普遍出现;主观条件之一则是适当、成熟的经济法理念的确立。相应于法的理念,经济法的理念是人们对经济法的应然规定性的理性的、基本的认识 and 追求,是经济法及其适用的最高原理。作为部门法,经济法的理念也应当是实现公平正义,但是经济法要实现什么样的公平正义呢?经济法对于公平正义自有其独特的追求,否则它与其他法律部门没有分别,也就没有必要成为一个法的部门。“经济法、尤其是我国由社会主义公有制主导之经济法的实质正义观,在于实现社会范围内的实质性、社会性的正义和公平。这种正义观,是一种追求最大多数社会成员之福祉的、社会主义的正义观。”^① 公平正义既是抽象的,又是具体的,它在任何情况下都表现为对特定利益的追求和维护。我们认为,经济法的理念是经济社会化条件下的实质公平正义,其核心内容是社会整体经济利益的实现。

首先,社会整体经济利益是客观存在的。社会整体利益与社会个体利益固然紧密相关,但又确实不同于社会个体利益,也不是社会个体利益的简单相加。经济增长、平衡协调发展、充分就业、整体的交易安全和交易暨竞争秩序、保护弱者^②、官民捆绑参与国际竞争等,是现代国家及其经济法律调整之要务,否则国家无以立足于世界民族之林,也会因内部矛盾冲突加剧而陷于动乱、衰落。经济法正是在解决此类矛盾中应运而生,自应时时以遵从、实现社会整体利益为其宗旨和任务。毋庸赘言,维护社会整体利益、优化了社会经济环境,不等于特定社会成员的利益也当然得到了维护,有时还会牺牲一部分社会成员的利益;个别社会成员的利益得到保护,则不必然保证社会整体利益的实现,社会经济环境的变化,随时可能致社会多数成员的利益减损、乃至生活和生命皆朝不保夕。

① 史际春、邓峰:《经济法总论》,法律出版社1998年版,第154页。

② 眼下的流行说法是“弱势群体利益保护”。

此外,社会经济利益也不同于国家及其政治利益,后者的核心是统治利益,二者性质有别,可能一致、也可能融合一体,但一般而言是矛盾的,矛盾严重到一定程度不可调和,社会就会通过各种形式的呐喊、抗争、战争和革命,通过政权更迭乃至改朝换代,迫使国家政权及其统治者尽可能服从社会整体利益。若将国家及其政治利益等同于社会整体经济利益,或将前者凌驾于后者之上,则这样的国家不配为经济法时代的国家,前景堪忧堪虞。

其次,依赖传统的大陆法架构及其民商法、行政法,无法实现社会整体经济利益。近世民商法与古典经济学的理念是一致的,它们假定人都是理性的、经济的,人都有追求、维护自身利益的本能,具有竞争的冲动和能力,法律只要在形式上平等对待各社会成员,人们就会在意思自治的基础上达成各自利益的最大化,并在此基础上自发促成社会整体利益。所以,民商法是在维护个体合法权益、维护微观经济秩序的基础上追求公平正义,只能顾及形式的公平正义、“机会”的均等,而不必也无法考虑结果如何,是否达到整体的、实质的公平正义。民商法和古典经济学关于市场经济的经典假设固然有其合理性,但是如果说它是一个普遍的事实,则是不成立的。因为人从来都是、永远将是社会的人,个人利益只是社会关系的因素之一,在许多情况下尚且不是占主导地位的因素,不同个体又具有不同的竞争条件、不同的竞争冲动和竞争能力、不同的价值观和道德追求,纯粹自由竞争、私人自治的结果必然导致贫富贵贱的鸿沟和社会的腐败堕落,并由不道德的竞争、限制竞争和不竞争(垄断)最终毁掉市场经济。真正的、纯粹的市场经济就是什么东西都可以买卖、任何自由的买卖不受任何非市场或超经济力量干预的经济,这样的经济是古今中外、过去现在和未来都不存在的。其弊端累积到一定程度,社会整体利益凸显出来,便须通过一定的社会系统工程并辅以相应的法——经济法来刻意加以维护。从理性人、经济人的假设也可推出,社会整体利益缺乏天然的利益关心主体,多数人在多数情况下会争先恐后去分享它,而不会以同样的热情去维护它。民商法是市场调节在法律领域里的反映,历史和实践早已证明,单纯的市场调节或民商法的调整是不能维护社会整体利益的。于是,贸易、产业和金融等各种管理监督,反垄断和反不正当竞争,计划和产业政策、财政等调节,国有企业、公司、政府经济合同等法应运而生,对这类法现象——我们称之为“经济法”。对此无论作肯定或否定的解读,就是最执着的民商法或私法学者也认可这样的道理,即:它是自由的交易和竞争导致社会矛盾激化,需要从社会的高度来平衡各方权益、维护社会利益的产物”。自不待言,只不过他们不以为一种信念和理念,不承认经济法,对此现象和道理表现出厌恶、拒斥和无奈罢了。

现代行政法理念的核心,是在公共行政无所不在的情况下防止人民、社会不受国家侵害,遏阻其滥权,以实现公平正义。这是社会化条件下追求实质正义的内在要求,所以它与经济法理念是不矛盾的,只是角度和层次不同。也正因为如此,英美法历来把行政法置于“民事”之中,并不将其分立出来,没有经济法而不需要经济法。显然,仅以这样的理念来维护社会整体利益是不够的、片面的、消极被动的,不足以对社会经济发展予以有效平衡协调,充分及时地向社会提供公共产品,达到民富国强和民族的伟大复兴。更糟糕的是,近年流行于法学、法律界的思潮,基于公私法分野对立,将行政法变成“行政管理法”——抽掉了“民主”的公法,建基于“授权”和“管”,立足点是国家、政府,基本特征是强制和命令服从,全然没有官民平等、在政府等公主体参与的经济活动(包括经济管理)中将其作为相应实体权利义务关系的一方当事人的观念,如此非但不可能维护社会整体经济利益、实现其最大化,还势将社会整体利益变为国家利益的附庸。可见,经济法理念在当前特定条件下,已成为对于中国的现代行政、社会主义市场经济及其法治能否最终建立来说十分紧要、前途攸关之事。

最后,中国经济法天然要以维护社会整体经济利益为己任。经济法从产生时起,就以社会整体

经济利益的实现为其使命,标志着资本主义和市场经济步入社会化阶段,也表明资本主义是可以自然长入社会主义的。中国号称社会主义国家,要实行社会主义市场经济,所谓“社会主义市场经济”在市场关系和资本关系上与资本主义市场经济并无分别、也不可能分别,不同在于公有制在社会经济中的作用及社会成员、统治者对其所持态度有别,即参与市场关系和资本关系的主体有相当比重是国有、集体所有制的主体(包括政府和其他公共团体等)或由其控制的主体。公有制的目的和本质是为了实现社会整体利益,公有财产的投资经营、管理监督则因其“行政+经济”、“政府+商事”的特性而天然属于经济法调整的范畴。若将其纳入民商法,则不免否定其正当性,并将其割裂为民事和行政而丧失可操作性,或行政滥权、擅权,或“私”主体普遍角色错位、利益冲突和越权、以权谋私。

在经济社会化条件的实质公平正义之下,经济自由、经济效益、经济秩序(包括经济安全)等都是其不完全的表现形式。依经济法理念,社会整体的经济生活应当是自由的、有效益的、有秩序的。

“自由”是经济法调整的出发点和归宿点之一。经济法追求的自由是社会整体的宽松、自由,个体均得以充分发挥其主观能动性的经济环境。民商法也奉行“自由”——个体自由、私人自治,期冀只要法律赋予每一个体以自由,他(她、它)就是自由的,社会整体的经济生活也就是自由的。但是,市场经济的实践和理论都证明,民商法对自由的追求不能保障个体自由和社会整体经济自由的实现,其调整不能避免、无法消除、反会助长诸如垄断、不正当竞争等妨碍经济自由的现象。民商法的调整只是实现个体和整体经济自由的一个必要条件,而非充分条件。只有通过经济法的反垄断法、反不正当竞争法、各种经济监管法等,方可消除限制竞争、不竞争、不道德的竞争等反竞争、反自由、妨碍或损害他人自由等行为,从实质上维护、保证个体和整体的经济自由。

经济法追求的效益是社会整体经济效益,而不是个体或局部的效益。这一理念要求个体和局部的效益服从社会整体的效益,短期效益服从长期效益。民商法也追求效益——个体利益和效益的最大化,它虽然不赞同通过损害他人合法权益、社会整体效益的手段获取个体效益,20世纪以来则出现了公序良俗、诚实信用等社会本位的条款,但这些条款不过是民商法与经济法等的连结,①而且它们及各种民商法规范、制度本身并不关注和追求社会整体效益的最大化。如前所述,由民商法的特性和作用所决定,其调整是无力的,无法实现社会整体效益最大化的。行政法原则上不追求效益,与之相关的是行政效率。行政效率的提高在一般情况下能够促进社会整体经济效益,但是二者之间并无直接的相关性,行政效率的提高不等于社会整体经济效益的提高,反之亦然;而且也不排除行政机关片面追求行政效率而损害社会经济整体效益。

经济法追求优良的秩序,这是经济自由和社会整体经济效益得以实现的一个前提。经济法所要求的秩序是国民经济的有序运行、整体上安全的交易环境和充分有序的竞争状态,微观的交易及竞争秩序尚在其次。民商法所建立和追求的秩序是个体之间私的、微观的秩序,这是建立优良宏观经济秩序的前提和基础,而对于宏观的周期性经济波动、金融危机、短期经济行为、经济结构和总量失衡、竞争不足或竞争过度等无序状态,民商法是无能为力的。要避免和消除这些无序状态,只能靠经济法,靠公共管理与经济活动、权力与权利、官与民之间积极的良性互动。秩序的核心问题之一是保障交易安全,民商法可以关注并实现个体的交易安全,其这一功能的承担和实现尚且需由经济法创造一个优良的大环境予以保障,而整体的交易安全和国民经济运行的安全只能靠经济法来维持。特别是在经济全球化的背景下,如何保证国民经济的安全、有序、高效、平衡、协调地发展和运转,业已成为经济法的重要课题之一。

① 史际春、邓峰:《经济法总论》,法律出版社1998年版,第138页。

三、经济法理念的确立和意义

人们的行为和实践均受一定理念的支配,有什么样的理念,就有什么样的行为和实践。因此,理念在主客观的互动中起着主导作用,它集中反映了意识、思想、理论等意识形态之于经济基础和法律上层建筑的主观能动作用。法理念以主观的方式存在,所以受人们的价值观念、认识水平、偏好、历史传统和习惯等主观因素的影响很大。这就可以解释,为什么同样身处中国的人或学者包括经济法学者,对于经济法理念却有不同的认识,或者说各有各的经济法理念。承认经济法理念的主观性,又不等于说它不受客观条件的制约,更不是说经济法的理念是先验的。经济法理念的客观性表现在:首先,它产生的基础是客观的,任何经济法理念都建立在一定历史阶段的既定社会经济条件之上,都是人们主观上对客观存在的经济法现象的一种反映。其次,它的内容具有客观性。经济法理念是对经济法的应然规定性的反映,而这种规定性是不能凭空捏造的。一定的经济法理念中包含的客观性成分的大小,决定了它在多大程度上具有真理性,能在多大程度上使实在法适应客观经济条件的要求,使之在多大程度上具有积极的价值、获得积极的效用。

经济法的应然规定性是客观的,而法理念却具有主观性,因此,法的应然规定性存在一个被发现的过程,这一过程同时也是法理念的形成过程。受到主客观条件的制约,特定的经济法理念并不一定能真正反映经济法的应然规定性,这样就会出现一些自诩为“经济法理念”的假理念。经济法理念的形成也必须具备主客观两方面的条件:客观条件是由于新的法律调整需求促生了大量的经济法现象(包括立法和司法及其与公私交融之社会经济实践的互动),否则经济法理念不会凭空产生。主观条件是人们认识到经济法现象的存在,并对其质的规定性加以研究,形成相应的具有一定真理性的认识,否则经济法的理念也不会自动产生。

具有相当真理性的经济法理念的确立,是经济法部门得以形成的主观要件,而判断经济法理念是否真正确立,须从以下几方面衡量:首先,该理念具有相当的真理性,即基本上、大体上能够反映经济法的应然规定性,当然反映的程度越高越好,多多益善。这是经济法理念确立的客观依据。不能反映经济法应然规定性的“经济法理念”,不但不能为经济法部门的成立作出任何贡献,往往还会授人以柄,成为他人批驳、否定经济法的“证据”。其次,论证该理念的理论、学说已基本趋于成熟,能够自圆其说,当然也是越成熟越好,这是经济法理念确立的理论基础。虽然已经大体上捉摸、把握到经济法的应然规定性,但是如果不能加以充分、令人信服的论证,该思想、“理念”就不会被人普遍地接受,不能被用来很好地统领、影响经济法的实践。最后,该理念被人们普遍地接受。真理可以掌握在少数人或一个人手里,但是法的制定、遵守、实施、变迁等是众人之事——众人之合力、社会的互动,只有当正确的经济法理念被众人所接受,至少是被多数法律职业者(广义而言也包括法官、检察官、行政执法人员、法律教学研究者、企业等民间法务工作者等)接受了,经济法理念才算是确立了。

正确的法理念不是一蹴而就的,它总是在社会 and 法的变迁、主客观的互动中逐渐形成的,不同的主客观条件会直接影响到人们对经济法内涵和外延的理解与界定。由生产力发展引起的生产关系变动,是法理念变迁的根本原因。回顾一下我国改革开放以来的历史,可以看出初期在“计划经济为主、市场调节为辅”、稍后在“有计划的商品经济”之上产生的“经济法理念”,与近期在“社会主义市场经济”的实践中形成的经济法理念是不同的,其原因即在于此。价值观和道德观的变化,也会对法理念产生重要影响。法及其理念本身并不能证明自己是否体现或反映了公平正义,实践固然是检验真理的标准,但它直接依赖于一定的价值观念和道德观念的评价,一定的价值观和道德观又是一定的法理念形成和变迁的主导因素。英美法和大陆法的区别,主要原因就在于此。英美法

没有经济法却实实在在地有“经济法理念”,因此其经济法实际上十分发达;大陆法的经济法理念弱小、错乱,以至其“经济法”若隐若现、名不正言不顺,尽管其公私交融的经济性法律规范与英美法中的同类规范一样地普遍、盛行。由于人的理性或认识能力在特定条件下的有限性,在既定的社会暨法律实践水平上,人们对经济法的应然规定性的认识是有限的,随着实践不断发展,人们最终应当能够基本或完全认识到经济法的应然规定性,形成正确的经济法理念。经济法规范初现时,立法者和其他实践者并不知道“经济法”应当具有什么样的规定性,对其应持何种理念,这时理念对经济法所起的作用是不自觉的。私法(民法)在古罗马共和国时期萌芽时,又何尝不是如此,民法暨私法理念的形成则是数百年以后的事了。当前我国社会主义市场经济改革正向纵深发展,开放和入世,则使我们得以比较清楚地观察理解发达国家实行的市场经济及其法治,认清其经验教训、高低优劣,确立中国的经济法理念的条件已经具备了,欠的只是主观的“东风”。

由于社会物质生活条件所决定的不同社会成员的利益差异性,以及一定的价值观、道德观对法理念的直接决定作用,经济法的理念可以是多元的。在不同国家、不同历史阶段、在不同利益集团的头脑中,对于“有没有经济法”、“经济法(应当)是什么”会有不同的回答,从而形成不同的法理念和经济法理念。从根本上讲,经济法理念的多元性是由利益的多元性决定的。不同社会、不同阶级、不同阶层中的人们处于不同的利益关系之中,有不同的利益需求,导致了人们的立场不同和价值观念的分歧,进而形成不同的法理念。人们认识水平的差异则是导致经济法理念多元性的主观原因之一。认识水平不同,所看到的经济法的应然规定性也就不同,从而也会形成不同的经济法理念。即使认识到经济法的理念是经济社会化条件下的实质公平正义,人们对其具体内容的认识和理解也不会完全相同。经济法理念的多元性导致了经济法学的各种流派。由于法理念的多元性是客观的,所以经济法各流派的长期并存是正常的、不可避免的现象。这并不否认在不同的法理念或经济法理念之间存在着共性。正如E·博登海默所言:“任何值得被称之为法律制度的制度,必须关注某些超越特定社会结构 and 经济结构相对性的基本价值。”^①不论在资本主义社会还是在号称社会主义的国家,也无论计划经济或(当代社会化的)市场经济,在其公私交融的经济关系、法现象和对其承认、肯定的人之间,都存在着共性,抑或共同的理念。因此,在看到经济法理念的多元性时,还应注意不同经济法理念之间的相互借鉴和促进,正是在这一过程中,经济法理念和经济法学科逐步增强了其真理性。

同时,我们还应看到经济法的客观理念和现实中占统治地位的法理念的一元性。在既定的社会经济条件下,法和经济法的应然规定性是客观的或一元的,这不以认识主体的意志为转移。现实中占统治地位的法理念是某种被大多数人认可的法理念在实在法中的体现,但是任何实在法都只有一种主导的理念——国家及其统治者、立法者、司法者等自觉或不自觉、主动或被动认可的法理念,这种主导实在法的理念一般不可能是多元的,否则整个法体系就会陷入矛盾、冲突、内耗以致毁损坍塌,死而后生、重归一元。因此,在既定的条件下只有一个经济法理念能够得以普遍实现,其他与之并存的法理念是不大可能普遍实现的。

由此可见经济法理念的重要意义所在:它主导着一国经济的法律调整,决定着其样式、倾向性和实际作用——有了适当、正确的经济法理念,就意味着符合客观要求的经济法制度的建立,没有法可以立法,没有适当的法可以通过修法、司法解释和各别法官依理念将现行法很好地适用于个案,从而发展完善相应的制度;反之,则纵然有“法”——如《公司法》、反垄断的法条、《土地管理法》、《政府采购法》等,国有企业也建立不了现代企业制度,限制竞争和滥用优势行为在政府推波助澜之

① 参见[美]E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,前言第1页。

下大行其道,土地管理和政府采购不仅承担不了公共职能且舞弊和腐败盛行,凡此种种,不一而足。

四、经济法的理念与经济法

经济法的理念是经济法和经济法学的灵魂暨最高原理,经济法学从总论到分则、经济法的各项具体制度都应体现恰当的经济法理念,否则就是空有驱壳、徒有其表。

首先,要在经济法学研究中确立符合经济法客观应然性的正确理念。经济法学研究曾经不重视理念、没有理念,到头来形势、政策、领导人的好恶稍有变化,在“经济法”旗下所作的研究,有的就轻易化为无意义的文字和故纸;有些则摇身变为其他部门法学的成果,有人美其名曰这是经济法学对中国新时期法学的贡献,殊不知理论、学说没有及时地对实践加以科学的总结、诠释和升华,且不说造成资源的浪费,这本身已经辜负了学问的使命,对实践和法学造成了损害。

由于不能准确、深刻地把握社会化和公私融合、官民平等合作的真谛,经济法学中存在着一些有欠适当、有些是似是而非的经济法理念。为了学科建设和科学,要藉此机会对事不对人地提出来。诸如“经济法是公法”、“经济法是国家干预法”、“经济法的基本特征是管理者与被管理者之间的不平等”(因此不能像对公民、法人一样对政府等公主体适用调整经济关系的实体法),动辄要把公私有机交融的经济关系割裂为“管理关系”和平等主体间的关系,或者干脆就从私的角度观察研究公有主体、公有财产参与的经济关系,把公司法、合同法、物权法等不假思索地推给民商法,放弃对公私交融之经济关系的法律调整及其中国特色作原创性的艰苦科研。这些自觉或不自觉的意识及相应的“学说”、论述,往往被认为就是中国的“经济法”,经常成为学生和学者们耻笑的“学问”,这无疑损害了经济法学的科学性和声誉,妨碍了经济法作为一门社会科学学科或专业在人们心目中的真正确立。经济法部门的存在依赖于主客观统一,其中主观方面又起着主导作用,如此没有正确理念的“经济法学”,自然不能积极有效地指导社会主义市场经济法治实践,反而有损、有害于实践。这段话似乎说得重了些,但希望它能起到一个警醒作用,让我们对经济法学的现状有一个清醒的认识,使之尽快消除泡沫,由虚胀变为实的繁荣,更上一个新的台阶。

其次,经济法的制定要由正确的经济法理念作为指导。法的制定是一种合目的性行为,是在一定的法理念指导下进行的。因此,立法者有什么样的法理念,就会制定出什么样的经济法,其经济法理念在多大程度上具有真理性,会直接影响到经济法立法的合理性。毋庸讳言,在我国经济法产生之初,立法者的头脑中尚无现代经济法的理念,他们区分不开经济法的理念与民商法、行政法的理念,所以当时制定的许多“经济法”,后来就逐渐显现出非经济法的特性,例如1981年制定的《中华人民共和国合同法》。更多的是政府部门为自己争权而起草或制订的法律、行政法规和政府规章,所谓部门立法,骨子里透着一股管卡压、官民不平等、管理者只有权力没有义务和可问责性的精气神。如今中国已加入WTO,越来越多经济法的法律法规开始体现官民一致、平等,公开、公平、公正,将政府公共管理、维护社会利益和经济秩序的职能具体化为其义务和可问责性,政府从事经济活动与民平权同责等现代经济法的要求,但是很难说立法者已经稳固地确立了现代经济法理念,还不能保证其制定的都是“良法”,不出台“差法”和“恶法”。因此亟需将人们业已认识到的经济法要求抽象、上升为立法者的理念,以保障今后将出台的一系列经济法如《反垄断法》、《电信法》等成为真正体现经济法理念的法。在这方面,入世是一个很好的契机,因为WTO规则本质上就是贯彻英美法理念的“经济法”,借助美欧发达国家基于其民族利益的强大外力,可以促动我们的立法者、政府和人民及早认清、掌握其中的理念,并将其置入中国的经济法中去。

最后,经济法的适用、实施也在呼唤经济法的理念。如果没有正确的理念指导,即使有立法或法条,它对社会关系的调整不但可能达不到立法者的预期目的,甚至造成更为严重的后果。例如,

经济法赋予行政机关一定的权力,期望它们运用权力去管理、调控国民经济,以维护社会整体经济利益,但是权力往往被用作追求、实现部门利益、小集团利益和个人利益的工具,背离了立法目的;投资和企业引资、经营中的营私舞弊由来已久,《公司法》和《刑法》中对其不乏种种规定,但由于行为的决策往往涉及政府、党委,最终便无人来切实承担有关行为应负的法律责任,土地利用、管理中形形色色的不法行为也是如此,结果是违法乱纪盛行,社会主义市场经济秩序久久不得规范、确立,原因就是缺乏经济法的理念。按照法治的基本要求,任何行为或社会关系都不得脱法,哪怕在法条的规定语焉不详、模棱两可、矛盾冲突、空白阙漏的情况下也是如此,决不允许执法或司法者推托或怠于执法、司法,也不允许其放弃公平正义而敷衍执法、司法,在任何情况下都要求它作为社会公正的最后保障,以法的名义对任何纷争给出“说法”。《反不正当竞争法》规定了政府不得封锁市场和滥用权力限制竞争,但只规定了由上级政府处理,结果几起诉至省级高院的政府垄断案,都以“和稀泥”调解结案,不辨正误,受害者有理莫辩,违法者不必承担法律责任,这也是没有正确的经济法理念所造成的。所以,如果执行法律的人头脑中没有适应社会主义市场经济要求的经济法理念,这个社会、这个国家事实上是没有经济法的,真是千钧系于一发啊。

当然,经济法的理念毕竟是主观的,它必须体现在具体的法律制度中,在实在法的制定和实施过程中表现其存在和价值。所以,研究探讨经济法的理念不是纸上谈兵,不能把它搞成脱离实际的纯粹思辨。人类的任何理性进而理念都是经验和教育的产物,法的理念是在人们长期的社会和法的实践中产生的,而不是先验的。我们需要实践为法暨经济法的理念提供经验材料,没有社会经济和法的实践、没有学术的探讨积累和教育,就没有正确的法暨经济法的理念。E·博登海默称:“事实上,人类自有一种与生俱来的能力,它使个人得以在自我之外设计自己,并意识到合作及联合努力的必要。这就是理性的能力。”^①这种先验论的观点自然是不能成立的,循此发展,经济法理念及其探讨就会变成无意义的玄学。

总而言之,本文要表达的基本意思是:我国的社会经济和法治实践、法学的发展已经到了这样一个关键时刻,亟待确立符合社会化客观要求的经济法理念,通过其主导、能动作用,使社会主义市场经济及其法治建设包括法学和经济法学的研究,跃上一个新的台阶,时不我待。一般而言,经济法理念与经济法之间的关系是这样的:由于生产力进而生产关系的变动,引起了利益关系的变化,既有法理念指引下的法已不再胜任对变化了的利益关系的调整,于是在人们需求本能的驱使下,社会上出现了不拘公与私、官与民的经济性法律规范或者司法案例,通过对此法现象的研究,人们开始发现其内在的规定性,在此基础上形成初步的经济法理念。在这种理念指引下,立法者开始自觉地制定、修改、废除经济法律规范,执法或司法者将其适用于社会生活,并通过社会成员逐步接受此理念,使经济法得以普遍实现,而社会整体上对此理念的感受、好恶和接受程度,又是该理念进一步变化乃至其他新理念产生的原动力。法学家通过对上述现象和互动过程的研究,不断修正和完善经济法理念,以此影响立法者、执法或司法者和社会公众。经济法就是在这样的“实践—认识—再实践—再认识”的过程中,始终在一定的经济法理念的主导下,日益走向完善的。

(责任编辑:郑少华)

① [美]E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第3页。