

中国经济法现代化的若干思考

李昌麒 鲁 篱*

现代化既是理解本世纪中国历史的主轴，也是下世纪国人孜孜不倦的目标。值此世纪之交，很有必要对中国法制现代化的问题进行研究。我们拟对中国经济法的现代化予以探讨。

一、传统经济法向经济法现代化的嬗变

真正意义上的经济法肇端于 19 世纪末，距今已有百年历史，大体可以分为两个阶段：第一阶段是从上世纪末至本世纪 60 年代中叶，我们谓之“传统经济法”；从 60 年开始至今，经济法的演进则呈现出现代化的发展趋势。

考察各国传统经济法的产生，虽然因受该国特殊的政治、经济、文化等诸因素的影响而有所不同，但大都体现了危机对策法的特色。德国在本世纪初颁行的《卡特尔规章法》、《煤炭经济法》、《钾盐经济法》实际上是迎合了被第一次世界大战破坏了的德国经济的需要，而 1929—1933 年爆发的世界经济危机又是导致罗斯福实行新政，颁行经济法（如 1933 年的《紧急银行法》、1938 年的《农业调整法》）的最主要原因；而“二战”以后至 60 年代中叶各国出台的各种经济法，如英国的《塔夫脱——拉特克利夫修正案》，美国的《就业法》，其主旨亦大多在于振兴被战争破坏了的的经济。由于传统经济法大都是各国政府基于严峻的经济现实而采取的对策性方案，因而呈现三个极为明显的特征：（1）完全理性的假设。完全理性的假设是传统经济法法哲学的认识论基础，所谓完全充分理性假设是指“人类理性具有至上的地位，因此，凭借个人理性，个人足以知道并能根据社会成员的偏好而考虑到建构社会制度所必需的境况的所有细节”。^{〔1〕}由于对人类充分理性的崇奉和仰赖，故传统经济法认为由一批具备完全理性的人类精英所组成的政府是可以无所不能的，而这无所不能的政府是有力左右社会发展的过去、现在和未来。（2）全面干预。全面干预是完全理性假设的逻辑延伸。正因为这样的政府是由一批具备完全理性的社会精英所构成，它便有能力对社会的各种因素予以精确的计算，并对社会发展可能发生的各种变数进行准确预见，从而它便有资格对社会各个层面进行统一的安排或干预，在此种意识的推动下，又适逢凯恩斯在西方世界掀起了以国家干预为主旨的经济革命。缘于此，传统经济法便体现了国家对经济的全面干预，比如罗斯福新政颁行的经济法，其涉及领域就非常广泛，涵盖了货币金融（如《存款保险法》）、工业（如《全国产业复兴法》）、农业（如《农业调整法》）等社会各个重要的经济层面。（3）经济控制权的高度集中。全能政府理念必然导致权力拥有者高人一等的精英意识，

* 李昌麒，西南政法大学教授、经济法博士研究生导师；鲁篱，西南政法大学经济法博士研究生。

〔1〕 参见〔英〕哈耶克：《致命的自负》，刘载铎等译，东方出版社 1991 年版，第 71 页。

即认为唯有社会精英才可以把握时代脉搏和市场动向,而其他平民大众则难以担负发展社会的重任。于是决定社会发展的经济权力只能依托于建构全能政府的社会精英,从而经济权力的高度集中便成为传统经济法一个重要的表征。这可从近代许多西方国家都对行业协会等自律性组织功能的漠视得以佐证。

尽管传统经济法在很大程度上是一种危机对策法,但是我们也不得不肯定传统经济法所表现的三个特征在特定情形下具有一定的存在的合理性的。然而当其赖以存在的经济危机现象业已消除或者已发生变化,而传统经济法依然运作如故的话,那么它便难以适应业已变革了的社会。进入 60 年代后半叶,西方国家经济相继发生“滞胀”,即经济停滞与通货膨胀的交替并发,由此便宣告了“凯恩斯革命”的终结。凯恩斯主义作为经济政策的传统经济法就很难有效地调控社会经济了,于是便导致了由传统经济法向现代化经济法的嬗变。

现代经济法是在人类对市场与国家干预关系的认知更为深入和全面的基础上得以发展的,故而是一种较为成熟的经济法,其特征也集中表现在三个方面:其一,有限理性假设。它认为,作为传统经济法的认识论前提的完全理性假设是一种“致命的自负”。^[2]实践证明,人不可能完全洞察并精确计算社会发展的各种变数,因而在现代社会,各国立法者只能以有限理性的假设来建构现代经济法。所谓“有限理性”包含两层含义,即“一方面,个人理性在理解它自身运作的方面有着一种逻辑上的局限,这是因为它永远无法离开它自身而检视它自身的运作;而另一方面,个人理性在认识社会生活的作用方面也存在着极大的限度,这是因为个人理性乃是一种植根于由行为规则构成的社会结构之中的系统,所以它无法脱离生成和发展它的传统和社会而达到这样一种地位”。^[3]其二,国家的适度干预。承认有限理性假设,便必然认同国家不可能完全替代市场并成为资源配置的主宰性力量。60 年代末各国经济“滞胀”从客观上反映了国家全面干预给社会引发的各种弊害。亦正因为此,从 60 年代后半叶开始,各国逐渐修正了既往的全面干预经济的错误做法,从而使现代经济法出现了体现国家对经济适度干预的发展趋向。如通过立法“减少或取消航空、铁路、公共汽车的限制性管理条款、法令,放松对价格的控制,推行国有企业私有化,降低税收和简化税率等”。^[4]其三,经济民主。有限理性假设必然包含平等的真谛,精英意识也就因之被现实所摒弃,故而面对日趋复杂的多元社会,充分讨论的对话机制就应运而生。于是,使经济法的执行更富有社会大众基础,又成为经济法现代化发展的又一个重要的价值取向。

在回顾西方国家经济法嬗变的历程的时候,我们又不得不把考察视角转向原苏联和东欧社会主义国家。由于原苏东国家所实行的是一种完全不同于市场经济的计划经济体制,因而这些国家建构在计划经济基础上的经济法则呈现出与前述西方国家经济法有所不同的特征:不仅西方国家传统经济法所具有的三个重要特征得到了全面反映和进一步强化,而且前苏联、东欧国家的经济法还呈现出以下三个方面的特质:一是把经济法置于国家法律体系中的核心和主导地位。这可从世界上第一部经济法典——《捷克斯洛伐克社会主义共和国经济法典》对经济法的定义中得以佐证。根据该法典的规定,国家对在国民经济实行计划领导和对社会主义公有财产进行管理过程中发生的关系,国家在确立社会主义组织的地位和社会主义组织在经济活动中所发生的关系,社会主义组织之间的协作、支付和信贷关系,均由经济法典统一调整,从而使经济法无论是立法实践还是在理论上,呈现出取代或者排斥民法作用的

[2] 前引[1],哈耶克书,第 71 页。

[3] [英]哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店 1997 年版,第 151 页。

[4] 龚士其主编:《西方发达国家的市场经济》,中国轻工业出版社 1994 年版,第 49 页。

倾向；二是强调国家计划在资源配置中的基础性作用，忽视乃至反对市场在资源配置中的基础作用。这反映在立法实践上原苏东国家均借助经济法乃至民法赋予了计划的强制执行效力；三是经济法的运用具有明显的人治倾向，经济法治程度不高。

鉴于经济发展的停滞，前苏东国家自80年代便开始了以市场为导向的改革，在这些国家政治巨变以后，市场体制得以最终导入和确定，而与之相应的经济法理论与实践亦发生了重大变革，基本上摒弃既往做法，反映出与西方现代经济法大体相似的发展态势。其中突出的表现，一是在理论研究上，由拉普捷夫创立的“纵横统一经济法论”受到越来越强烈的抨击，拉氏本人也开始调整自己的理论观点，主张用“经营活动法”的概念代替“经济法”的概念。二是在立法实践中，俄罗斯颁布一系列体现市场经济体制要求的包括民法典在内的法律。

至于我国经济法的实践虽然从新中国成立之后便开始启动，但其理论研究则开始于党的十一届三中全会以后。尽管这次会议启动了我国改革开放的航程，但是由于种种原因，我国经济并未走出高度集中的巢臼，因而我国经济法理论在很大程度上继受了前苏联的经济法学说。在理论和实践上都反对和批判市场经济，甚至把计划法推崇为经济法的“龙头法”，从而使得我国经济法在其发展早期的许多理论都深深地打上了前苏东国家经济法理论的学术烙印，尤以拉普捷夫的“纵横统一论”为甚。这个时期经济法理论大都反映了高度集中的计划体制要求。伴随1993年我国宪法修正案对市场经济体制的确认，我国经济法迎来了全面革新的历史机遇，既往经济法理论和实践得到了全面的反思和检讨，在此基础上，经济法学者们将其学术视野转向业已趋于成熟的西方现代经济法，一些关于西方经济法的学术理论及立法实践相继被援引和借鉴，而前苏东国家经济法理论的学术影响亦日趋减弱和淡化。总之，我国经济法理论研究及其立法实践目前正朝着市场经济条件下的经济法的现代化演进。如果说党的十一届三中全会以后迎来了我国经济法的第一次勃兴的话，那么社会主义市场经济的确立及其实践也必将迎来中国经济法向现代化方向发展的第二次勃兴。

二、中国经济法现代化的几个基本理论问题

（一）中国经济法的现代化与本土性

中国法制现代化实质上是“标明中国社会法律系统由自然经济为基础的传统‘人治型’法律价值——规范系统向市场经济为基础的现代‘法治型’法律价值——规范系统的历史转型过程。”〔5〕但由于中国法制现代化是立足于中国特色的政治、经济，特别是传统法律文化背景下进行的制度、观念等方面的全方位大变革，因而它必然受到传统本土法资源的回应或挑战。由此中国法制的现代化与本土资源的利用便成为中国法制现代化必须予以答复的理论前提，对此笔者并不想就此命题再渲染过多的笔墨。〔6〕我们仅就经济法的现代化与本土性问题予以探讨。

中国经济法现代化实质上是中国经济法走向世界，与具有国际性和普遍性的现代化经济法相衔接或接轨的过程。考察西方现代经济法的特质并检视中国传统法文化，我们认为，中

〔5〕 刘旺洪、王敏整理：《法制现代化与中国经济发展学术研讨会综述》，《中国法学》1996年第6期。

〔6〕 国内学者在这方面已有针锋相对的两派论点：一是以苏力为代表的学者强调从法本土资源中演化现代法治。见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第17页。另一种观点强调法治必须建构在对西方法资源的移植和借鉴上。参见谢晖：《法治保守主义思潮评析》，《法学研究》1997年第6期。

国经济法现代化必须立足于借鉴和移植西方现代经济法的制度规则和观念体系，在此前提下，有选择性地吸纳传统法文化的某些有益资源。在我们看来，借鉴和移植西方现代经济法应当是中国经济法现代化的重要前提，这是因为：

其一，中国经济法赖以存在和发展的经济体制与西方现代化的经济法在许多层面是具有共性的。我国经济体制经过几十年的艰难摸索，最终确立了社会主义市场经济的目标模式。社会主义市场经济是一种在公有制基础上的市场经济，其运作模式、市场规则及主体架构等方面与西方国家的市场经济是完全相通的或者相似的，而西方国家市场经济的发展已历经几百年历史，进行了许多反复曲折的探索，其中国家对经济的干预几番起落，与之相应的经济法也是几经曲折才发展至今。“他山之石，可以攻玉”。因而，西方发达国家经济法的发展经验是可以为我们所借鉴和移植的；而且，从经济学视角，借鉴和总结他人的经验与教训，也有助于缩短博弈过程及减少试错次数，从而降低社会运行成本，促进效益之最大化。

其二，经济法现代化的三个重要特征难以在我国传统法文化中寻求发展的土壤。正如前述，现代经济法具有三个重要表征，即有限理性假设，适度干预以及经济民主。然而，审视我国传统文化的特质，则无法寻求与前述表征契合的本土法资源。这是因为：首先，中国传统法文化是以儒家文化的礼治作为思想内核，“礼是联结家国于唯一的价值和规范体系，是中国古代社会家国合一的大一流格局的最好表征。”^{〔7〕}礼治的基本内容则是“君为臣纲、父为子纲”的宗法制度，君主处于社会等级制度的最高层，国家之治，实为君王之治。而我国传统法文化认为只要君主有德，其便可以治天下，行大事，这实质上是暗含了有德贤君是无所不能的理论假设，从而确认了“德君”是个充分理性人的命题，而这与现代经济法的认知前提正好相反；其次，正因为君主处于宗法制度的最高层，因而整个天下系君主一人私产，全部国家权力都是皇帝私权；由此演绎，我们很难想象在传统法文化中如何可以发掘得到为社会广泛认同的有限干预的思想资源。最后，经济民主同样在我国传统法文化资源和制度资源中是缺位的。经济民主主要强调经济生产过程控制权的平等，^{〔9〕}关注的是经济管理和经济控制的大众参与，是政治民主在经济领域延伸的结果，而我国传统社会实行的是自给自足的自然经济，生产社会化程度极其低下，政治上又实行的是中央高度集权的政治体制，因而不可能生成经济民主的思想资源。对此，邓小平同志曾指出：“旧中国留给我们的封建专制传统比较多，而民主法制传统很少。”^{〔10〕}

其三，我国传统法文化中有许多认知构成了对我国经济法现代化的观念滞碍。这主要反映于人治观念、控权意识的缺漏、等级观念等等。鉴于学者们对此已有较多论述，在此不赘。

综上，中国经济法的现代化主要应以西方现代经济法作为自身发展的目标视域。与此同时，我们必须清醒地认识到：一方面，我国经济法现代化的历程由于立足于中国作为发展中国家的国情，而且又适逢知识经济时代的到来，因而不可能亦不必要是西方经济法现代化沿革的复制品或翻版，一个极为明显的例证便是作为一个发展中国家和新兴的市场经济国家，国家在开发创造市场以及促进科技开发和教育发展的功能方面，就应当较之西方有所不同，国家在这方面的干预就应得到一定程度的强化和理论支持。另一方面，我们在移植或借鉴西方现代经济法的制度模式和观念体系时，还应尊重和正视本土法资源，并更新和改造传统法

〔7〕 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，中国政法大学出版社1997年版，第31页。

〔9〕 [美] 乔·萨托利：《民主新论》，冯克利译，东方出版社1993年版，第12页。

〔10〕 《邓小平文选》，第292页。

文化中的若干障碍经济法发展的因素。

(二) 中国现代化经济法体系的合理架构

正如前述,我国传统经济法是建构在高度集中的计划体制基础上,其体系架构不可避免地具有当时时代之流弊,反映于:(1)方法论的缺陷,由于传统经济法缺乏现代化的关照,对经济体制的走向亦没有前瞻性的研究,因而无法科学地勾勒经济法的应然体系,亦难以把握经济法体系的内在主轴或灵魂,从而使经济法体系之建构极具随意性,并呈现大而全的表征,与其他部门法轩輊难分,一个极为明显的例证便是全国各种经济法教材专著都曾一度将归属于民商法的合同法,程序法的仲裁和诉讼纳入自己的体系框架;(2)指导思想错误。传统经济法的基石是计划经济,虽然伴随经济体制改革的推进,在一定程度上承认了商品经济的存在和发展,但从根本上而言并没有完全摆脱高度集中体制的藩篱;在经济法体系上,则体现为绝大多数经济法学学者均认为计划法是经济法的“龙头法”,计划法统帅着其他部门经济法,整个经济法体系是以计划法为轴心而构建的;(3)人为背离了竞争公平的内在要求,不适当地突出了市场主体的所有制色彩。譬如,在税法方面,则根据企业的全民、集体或私营的身份适用不同的税率,制定不同的税收条例;在金融法律制度中,亦曾一度采用根据贷款主体的全民或私营性质适用不同的贷款政策的做法。这些举措都不同程度地扭曲了市场机制的功能发挥,阻碍了我国经济法的现代化步伐。

市场经济的确立为中国现代化经济法体系的合理架构奠定了坚实的基础。根据经济法是国家干预经济的基本法律形式的命题,^{〔11〕}反思传统经济法之偏误,借鉴和参照国际上经济法现代化的成功经验,我们认为中国现代化的经济法体系主要应当由以下几部分构建。

1. 市场主体规制法。在市场经济条件下,各类市场主体法律地位相互平等,不存在任何依附关系;但是这并不意味着市场主体便可以为所欲为、我行我素、不受国家权力的约束,由此国家便必须根据国家和社会公共利益的需要对市场主体的某些活动进行必要的调控和行为的约束,由于这部分关系我们认为体现了国家对经济的干预,因而应当由经济法来承担,不宜以“民法公法化”来予以解决。值得指出的是,由于经济法中的市场主体规制法仅涉及市场主体中的国家干预因素,因而与民商法的市场主体制度大相径庭。具体而言,经济法的市场主体规制法主要包括企业形态的法定化制度、企业的市场准入制度、企业运行中的国家干预以及企业的社会责任四大部分。

2. 市场秩序规制法律制度。主要包括(1)市场体系规制法,如对商品市场、金融市场、技术、信息市场的法律规制;(2)反垄断法;(3)反限制竞争法;(4)反不正当竞争法;(5)反倾销法与反补贴法;(6)产品质量法;(7)消费者权益保护法;(8)广告法。

3. 宏观经济调控和可持续发展战略保障法律制度。这涉及到(1)产业调节法;(2)计划法;(3)财税法;(4)金融法;(5)价格法;(6)固定资产投资法;(7)国有资产管理法;(8)自然资源法;(9)能源法;(10)环境保护法。需要说明的是,在传统经济法中都是将宏观调控法律制度单独构成二级经济法,而我们却将之与可持续发展法合并构成二级经济法,理由有二:一是基于生态失衡业已成为社会的一个严重问题,联合国已将之纳入《21世纪行动议程》的重要事项,因而国家必须对此予以关注和干预;二是考虑到文明不断进步与生态恶化构成了现代社会经济发展的一个重要矛盾,而对此予以解决则必须仰赖国家的宏观调控政策及其法律措施,因此,我们将宏观经济调控和可持续发展合并构成二级经济法,

〔11〕 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1995年版。

其主旨则在于树立宏观经济调控与可持续发展的内在联系机制。

4. 社会分配法律制度。这涵盖了劳动法和社会保障法两个部门经济法。对此, 值得一提的是, 在国家教委确立的法学硕士、博士专业目录中, 劳动法和社会保障法是纳入民法学的, 我们认为这种分类极不科学, 而且亦有悖于劳动法和社会保障法的现代化发展。这是因为: 十九世纪的劳动法是以雇佣劳动关系为轴心而展开的, 但是进入本世纪以后, 特别是二战以来, 伴随人权运动的深入发展, 劳动者权利之保护逐渐成为劳动法的重要内容, 并进而取代雇佣劳动关系成为现代劳动法的核心架构。可以认为, 现代劳动法更多体现的是国家对劳动关系的干预以及对劳动者权利的保护, 将其纳入经济法界域, 正与经济法的本质属性相契合, 至于社会保障法, 则完全体现了国家对社会分配关系的一种干预或矫正, 纳入经济法体系顺理成章。

关于经济法体系的上述设计, 我们认为与传统经济法相较, 具有极为明显的特点: 一是克服了传统经济法之偏误, 厘清了与其他部门法的分野; 二是立足于市场经济的本质属性, 顺应了经济发展对经济法体系的要求, 并在一定程度上实现了与国际上现代化经济法的接轨。

(三) 中国经济法现代化的价值体系

经济法价值, 是指经济法所构筑的法律秩序的目标及其调整社会关系所应遵循的方向和原则。把握经济法价值体系, 对于我国经济法的现代化至少有两方面的功效: 一方面, 它是建构现代化的经济法律体系的内在要求。我们不妨将现代化的经济法看作一个大系统, 那么, 经济法的各部门法便是这个大系统中的子系统, 而在经济法学的各法律范畴中担负着促进各经济部门法协调统一功能的便应当是经济法的价值目标体系模式。换言之, 只有将经济法价值目标明确界定, 才能使经济法体系中的各部门法可以在价值目标同一的基础上相互配合和作用, 不致因价值的紊乱而互相冲突。另一方面, 经济法价值的确立有助于我国现代化经济法的理性运作。这是因为: (1) 现实生活的复杂性和多变性决定了立法者不可能对所有行为都预先进行确切的规范, 因而当社会冲突缺乏相应的法律规范调整时, 必须仰赖于执法者的法律意识来弥补, 而对经济法价值的认知应当是执法者法律意识中不可或缺的重要内容; (2) 当经济法体系中的部门法出现冲突, 而执法者又无法借助于一般的冲突法理加以适用时, 经济法价值便可成为执法者正确选择适用法律的有力工具; (3) 针对变动不居的社会而赋予执法者一定的自由裁量权已成为现代社会的客观需要和不争事实, 但自由裁量权的行使必须具有一定指向方可使权力运作效用最大化, 而经济法的价值目标正是促成自由裁量权合理运作的最佳准则。

作为部门法的法律价值的确定, 是受制于法律的界域及其内在调控机能的运作的。基于当前学界对经济法界域的普遍认知, 我们以为我国现代化的经济法价值主要应当关注社会公平和经济民主两个价值。

1. 社会公平。社会公平是一个含义颇多、使用含混的范畴, 不同学者从不同视角对此有不同的领悟和阐释, 我们赞成这样一种注释: “社会公平, 是指每个社会成员, 仅仅因为他是社会成员之一, 就有权不仅享受其他成员所提供的个人生活所需, 而且有权享受每一个人都想得到而实际上确实对人类福利有益的一切好处和机会。”^[12] 以此为理论尺度, 作为经济法价值之一的社会公平应当涵盖以下内容:

[12] [美] 彼德·斯坦等:《西方社会的法律价值》, 王献平译, 中国人民公安大学出版社 1990 年版, 第 85 页。

(1) 竞争公平。竞争是人类文明社会赖以发展的动力源泉,也是市场机制发挥其“看不见的手”的功能的基本条件。而竞争功能的实现程度又主要取决于法律对各竞争主体适用的公平性。为此就应当做到:一方面确保市场主体法律地位平等。即参加市场经济交易的主体不因其所有制性质的不同,经济实力的殊异而适用不同的法律,进而享受不同的待遇。另一方面竞争公平强调市场主体竞争机会均等,即按照统一的无差别原则对待一切主体,使他们能够机会均等地占有社会所有的生产经营条件,并享有同等地进行市场交易的权利和机会。

(2) 分配公平。它是指对资源成果的分享公平,其主要关注的是“如何将权利、权力、义务和责任分配给一个社会或群体的成员问题。”^[13]因而分配公平必须面临分配标准的抉择。考察现代社会经济的运作轨迹不难发现,按劳分配、按需分配和按资分配是三种主要的分配形式,鉴于我国现在生产力的发展水平以及整个社会经济结构的特点,我们主张将按劳分配作为我国当前最主要的分配标准,唯此才能在根本上保障分配公平确切内涵的实现。

(3) 正当的差别待遇。现代工业的发展为我们带来了一个矛盾的世界,一方面是人类进步的不断加速和生态环境的日益恶化;另一方面是贫富悬殊差距日渐显明。面临着这两个失衡,人们并没有用自己的全部智慧及相应的科研成果予以解决,人们所关注的更多是工业发展的财富的自我积聚,而很少倾注对贫困问题的关怀,从而加剧了矛盾。最近,我们高兴地看到1998年度诺贝尔经济学奖授予了印度籍经济学家阿马蒂亚·森,以表彰他在福利经济学上的贡献。这种贡献集中地表现为被人们称为“贫困经济学”的学说。贫困无疑是当代人也是中国面临的重大问题之一。森把他的关注放在对贫困问题的解决上,这不能不是一个伟大的贡献。在我国改革进程中,邓小平所倡导的“共同富裕”以及我国由此而采取若干缩小东西部差距以及扶贫等战略措施及其实践,无疑也是针对中国的贫困问题的。于是使我们想起了中国经济法的现状,不仅要通过对它的理论研究并以此推动中国的经济立法,促进内地的经济现代化,同时也要推动老、少、边、穷地区的经济现代化。在我们看来,经济法现代化的最终效应必然要表现为推动整个中国经济的现代化,离开了经济的现代化谈论经济法的现代化最多只是法学家的奢谈。由此引发了我们如下的思考:

现代社会的发展导致人们相互之间在能力、禀赋、财富等方面的差别愈加显著,如果法律对这些先天性不平等的景况视而不见,依然对所有人一视同仁,只能使“不平等变得天经地义,甚至加剧这种不平等。”^[14]因而,导源于人道主义的现代思潮,以及社会福利理念的倡导,有条件的差别待遇原则便逐渐被纳入了社会公平的范畴,成为其重要的辅助成分。差别待遇所表明的是社会资源要根据人的具体情况作具体分配。换言之,即法律权利义务的差别对待,其主旨在于给予社会上处于不利地位的那部分人一定的补偿或救济。在经济法界域,实行差别待遇原则,既可以从宏观也可以从微观两个层面进行安排。在前者,对于老、少、边、穷地区,经济立法特别是地方经济立法可以实行比内地更为宽松的差别规定;在后者,要求国家颁行《社会保障法》、《最低工资法》等,通过多种途径保障低收入者的收入,为社会福利的实现筹集资金。当然,值得一提的是,在社会公平架构中,竞争公平和分配公平始终是首要的和优先的原则,差别待遇仅仅是前者的必要补充和深化。

2. 经济民主。法律将民主作为自身的价值目标可以追溯至古希腊时期,但经济法将其纳入价值体系却是经济法现代化的产物。由于经济法是国家干预经济的基本法律形式,因而

[13] [美] E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来译,华夏出版社1987年版,第254页。

[14] 前引[12],彼德斯坦书,第84页。

经济法的民主价值主要是指经济民主。然何为经济民主，学者们却有不同见解。^{〔15〕}我们认为，经济民主是作为经济专制的对立物而存在的，它的基本涵义是指在充分尊重经济自由基础上的多数决定。在经济法界域，其主要强调的是经济决策的公众参与，包括宏观和微观两个层面：在宏观层面，经济民主要求国家对经济进行干预时，应当广泛征求各方意见，协调各种利益冲突，将宏观调控决策构建在充分对话基础之上，从而保障和促进国家宏观决策的顺利实施，降低社会运行成本；在微观层面，经济民主则体现为国家在充分尊重企业自由的前提下，要求企业建立一套有效的经济民主机制，保障企业职工的主权利，促进企业的民主化管理。具体到我国，要实现经济法现代化所确立的经济民主价值，就必须做到：（1）要改变高度集中的经济管理体制，实现政企分开，国家所有权和企业法人财产权分开，使企业成为真正意义上的法人；（2）要按民主集中制的原则，实现中央和地方经济职权的合理划分；（3）要实现企业的现代化和民主化管理，使劳动者真正成为国家和企业的主人；（4）要实现国家机构的经济职权和经济职责的统一，经济权利经济义务的统一，以实现经济法主体的权、责、利、义的统一；（5）要坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度，体现效率优先、兼顾公平的原则。

值得指出的是，我们强调经济法的社会公平和经济民主价值，并不意味着我们排斥其他经济法价值的存在（如经济效益、经济秩序等）；其实，多元价值的并存和相互平衡正是经济法现代化成熟的标志。我们着重关注社会公平和经济民主价值，其实质意义在于，这两个价值是其他价值赖以存在的前提和基础，因而当经济法体系出现多元价值的相互冲突时，经济法应当以社会公平和经济民主作为优先选择的取向。

（四）中国经济法现代化的法域定位

伴随对政治国家和市民社会的理论认知，公私法之分逐渐为我国法学界所认同并倡导，经济法学界亦不例外，然经济法究属公法、私法，抑或“第三法域”，学者们却有不同见识，^{〔16〕}我们仍然坚持既往主张，认为经济法是具有公、私法兼容性质的第三法域，这是因为：

其一，从经济法的发展历程来看，它是公法私法二元结构体系崩溃的产物。公私法之分虽肇始于罗马法，然理论昌兴却主要在自由资本主义时期，其现实原因在于政治国家和市民社会的二元结构以及自由主义之哲学思潮和经济政策，致使社会进而要求法律贯彻个人本位和私法自治之法律观念。但是自本世纪以来，随着经济的宏观问题、可持续发展问题、劳工问题、产品质量、消费者保护以及垄断问题的出现，逐渐冲击着以个人本位为基础的法律体系。作为对现实的回应，许多国家法律修正了个人本位之法律模式，倡导并确立了社会本位之法律架构，主张国家基于社会公益以及矫正市场缺陷的目的对经济进行必要的干预，于是便产生了一系列在充分尊重私权基础上的公权对私权进行有效干预的法律，而这些法律与传统公、私法又具有极为显明的分野。由此，传统二元结构之法律体系逐渐走向衰落，公法和私法兼容的第三法域——经济法便应运而生。

其二，从经济法的调整对象来看，不难发现经济法主要包括公的关系，亦包括一定私的关系。尽管经济法学界对经济法调整对象的认知表述不一，但大都赞成经济法主要调整在国家干预经济过程中所发生的社会关系。基于学界的上述共识，我们认为经济法的调整体现了公的关系和私的关系的条件的有机结合。这种条件只表现为国家为了克服“市场失灵”而需

〔15〕 参见前引〔9〕，乔·萨托利书，第11页。

〔16〕 刘文华等：《1997年经济法学研究的回顾与展望》，《法学家》1998年第1期。

要运用公权关系对私权关系进行必要限制的领域。因而,它不同于过去的“纵横统一论”。经济法对公的关系的调整,反映于对国家经济管理部门经济权限的划定以及权力运作程序的规制。而对私的关系的规制则体现在从国家通过制定经济法律上矫正市场主体间实际存在的平等关系。这是因为在现代社会,市场主体间的平等地位因诸多因素而存在实质上的差距,而这种差距客观上又必然导致市场交易的非正义性。由此,建构在社会公益基础上的经济法就必须使国家意志深入私法关系,对强者强调规范其职权,对弱者伸张权利。以反不正当竞争法为例,在该法中法律对工商行政管理机关在查处不正当竞争行为中的经济职权进行了规定,赋予了工商行政管理机关询问权、查询复制权、检查财物权、强制措施权、处罚权。这些内容从性质上完全属于公的关系;与此同时,该法又对不正当销售行为、国有企业滥用优势行为、行政强制交易行为等不正当竞争行为进行了规制,在本质上这又体现了私的关系的公权矫正。

其三,从调整手段层面来看,我们认为,经济法所体现的公权对私权的干预,必须建立在公权对私权充分尊重的基础上,其所体现的权力关系,不完全同于公法所体现的权力关系。故不为公法;同样,由于经济法主要关注的是国家对经济的干预,具有较为显明的命令服从表征,故亦与私法自治和权利本位的民法有本质差别。

经济法定位于第三法域对我国经济法的现代化是不无价值的,一方面,经济法第三法域的定位与现代化经济法对经济的适度干预的理论相契合。由于经济法介乎于公法和私法之间,因而能够避免在“干预”与“自治”两端中走向其中任何一个极端。因为仅讲“干预”,只注意国家权力的延伸,则将导致经济法混同于行政法,从而归入公法的范畴;而对“自治”的完全仰赖,经济法又难以回应现实的需要。故而经济法是第三法域的命题,包含了适度干预的内在要求;另一方面,经济法定位于第三法域体现了经济民主精神。由于经济法是第三法域,其所体现的公权对私域的干预是构建在对私权的充分尊重上,同时调整手段也多以指导为主,其主旨是在充分发挥市场机制的基本调节作用前提下,克服市场失灵。为此必须广泛吸纳社会各方意见,注重公众参与,而这正是经济民主的一个重要追求。

(五) 经济法学方法论的变革与中国经济法的现代化

理论是实践的先导,因而中国经济法走向现代化尚需仰赖于经济法学研究的繁荣。我们认为,经济法学方法论的变革应是提高中国经济法学研究水准的重要努力方向,对此我们有如下认识:

1. 坚持马克思主义的法学研究方法。主要是应坚持马克思主义关于经济基础决定上层建筑的学说,坚持实事求是的思想路线。这又集中地表现为经济法的理论观点必须反映经济体制的要求。经济体制发生了变化,经济法理论亦应进行相应的修正。当然,任何理论都不应是“现实的奴隶”,因而经济法学理论研究亦不应仅仅囿于对现实直观机械的反映,超前的理论思考应是必要和值得倡导的。

2. 遵循适合性与移植性相结合的研究路线,大胆吸收西方法学流派中科学的法学研究方法。现代法律和法学在一定意义上都是“西学东渐”的产物,因而对西方现代化法律的借鉴还必须学习和吸纳西方法学的科学研究方法。应当认为,由于西方国家适合市场经济的法律制度及其研究方法已有几百年的历史,发展态势已较为成熟,并已成为人类共同拥有的法律文化。因而我们没有任何理由予以全部排斥。当然,在引进西方法学研究方法时,我们还必须具体问题具体分析,不可全盘照搬,机械套用。

3. 广泛采用实证性和假设性结合的研究方法。具体到经济法领域,实证性是指通过对

现实存在的经济法律和法规的研究, 阐明经济法的共同的定义、原则、特征、功能及体系。假设性则主要强调经济法的理论研究要从预测和完善的角度, 阐述经济法应当具有的功能和体系。

三、经济法治信仰——中国经济法现代化的根本保障

法治作为人类文明社会的一种实质性要素, 其不仅包括设计精巧的制度规则, 而且亦涵盖了法主体的心理认同和信仰。正如日本学者川岛武宜所指出的那样, 现代法治秩序不是制定一套完备的典章制度就万事大吉, 更重要的是要致力于改变意识形态, 获得文化霸权。^[17] 因而中国经济法走向现代化之路的过程也必然是经济法主体法治信仰逐步培育和生成的过程。

经济法信仰的培育对于中国经济法现代化具有至关重要的效能, 反映于: (1) 经济法治信仰是经济法治课题中应有的部分。现代法治理论认为, 法治不仅仅是制度规则的简单罗列, 而且还必须取得社会公众的情感认同, 即“法律必须被信仰, 否则它将形同虚设, 它不仅包括有人的理性和意志, 而且还包含了他的情感、他的直觉和献身以及他的信仰。”^[18] 因而, 实现中国经济法现代化就必须培育公众对法律的神圣情感, 只有通过这种情感和心理上的认同和信仰, 经济法才具备有效实施的土壤及氛围, 经济法的合法性和合理性亦才能获得终极意义上的支撑和依托; (2) 经济法治信仰的生成保障着经济法治的恒久持续。经济法治信仰作为经济法主体对经济法内在精神的终极认同和内化的产物, 深深植根于法主体的心理情感世界, 因而它并不伴随相应物质性法律规则的存废而得失。相反, 一旦经济法治信仰得以成为法主体普适性的法意识, 即使相应的经济法律因某种因素而衰落, 其依然可以传承既往的经济法治传统并导引经济法现代化的延续。这正如卢梭在《社会契约论》中所指出的: “一切法律之中最重要的法律不是铭刻在铜表上, 而是铭刻在公民的内心里, 它形成了国家的真正宪法, 它每天都在获得新的力量, 当其他法律衰落或消亡时候, 它可以复活那些法律或代替那些法律, 它可以保持一种民族的创制精神。”^[19] (3) 经济法治信仰有助于摒弃法律工具主义的错误认知。法律工具主义是一种将法律仅视为治国安邦的技术性手段或工具的理念, 其主要强调的是法律的统治功能。按照法律工具主义理论, 由于法律仅仅是一种技术性工具, 因而在具体情形下一旦有其他工具可以使社会控制在短期内效用最大化时, 那么法律是可以替代或撤换的。不难看出, 法律工具主义极易导致法律虚无论以及引起法治传统的中断或间隔, 因而极为有害。我们认为, 法治信仰的培育有助于社会公众拒绝法律工具主义泛滥。在经济法界域, 主要体现在必须培育法主体对经济法的信仰和依赖, 而且经济法的内在精神亦应成为经济发展的一个终极价值和目标并内化为法主体的心理认知, 从而营造一个有效抗拒法律工具主义的社会氛围。

一般而言, 国家对社会法主体的法治意识和信仰应因其社会地位不同而有不同要求。对作为国家领导人和立法者的公民而言, 其法治意识不仅包括对法律的了解、掌握, 还必须包括他们对法律调整在社会关系中作用的价值判断; 而对一般执法者而言, 则应要求其对执行的法律的具体掌握以及对整个法律的信奉; 至于一般公民, 一方面表现为自学遵守法律, 另

[17] 参见[日] 川岛武宜:《现代化与法》, 王志安等译, 中国政法大学出版社1994年版, 第7页。

[18] [美] 伯尔曼:《法律与宗教》, 梁治平译, 三联书店1991年版, 第28页。

[19] 卢梭:《社会契约论》, 何兆武译, 商务印书馆1980年版, 第2卷第12章第73页。

一方面则表现为对公民权的正确行使和维护。

有鉴于经济法是国家干预经济的基本法律形式,因而在经济法中我们主张经济法治信仰的培育主要应当关注于国家经济管理主体(执法者)现代法意识和法信仰的生成。这是因为法律执行者自身对法律的态度将直接关涉社会公众对法律的认知和情感,特别是在我们这样一个现代法治信仰极为稀缺的国度,更是如此。执法者知法犯法,则上梁不正下梁歪矣。

如何培育执法者的经济法治信仰,是一个颇费思量而又涉及面极为宽泛的命题,在此我们仅从三个方面予以解析:首先,公仆意识的确立。在现代社会,税收已成为国家财政收入的主要来源,^[20]纳税人地位日渐显要,对纳税人权利的倡导业已成为现代税法最新的发展取向。而对纳税人权利的倡导必然面临如何建构国家和公民的正确位阶。笔者认为由于国家官员的薪俸主要来自税收,因而国家官员是“公民公仆”的说法是顺理成章的。亦正因为此,我们认为国家官员在树立经济法治信仰时,首先应当将自己置于公仆的地位,从而自愿接受公众的监督 and 参与,倡导经济民主精神。其次,守法意识的生成。一个社会的守法状态,往往既是衡量法治状态又是衡量社会文明程度的标志。正如前述,执法者守法程度将直接影响社会公众对法律的仰赖,因而培育执法者的守法意识对我国经济法现代化极具价值。然而,由于我国传统法文化中缺少法治传统,因而我国相当一部分执法者的守法意识极为淡薄。在此,我们检视一个极为典型的例证来予以说明。商业银行法第43条规定:“商业银行在中华人民共和国境内不得从事信托业务和股票业务,不得投资非自用的不动产。”然而,中国建设银行却于1995年8月11日同美国摩根斯坦利集团等五家金融机构和投资机构合资组建中国国际金融有限公司,主要从事境内外股票证券的承销和政府债券的自营和代理买卖。^[21]“中金公司”的开业明显违反了商业银行法第43条的规定,更令人深思的还在于,“中金公司”的开业仅仅是在商业银行法颁行生效(1995年7月1日)后一个多月发生,而且作为商业银行法主要起草人的中国人民银行还对其核发了业务许可证。我们不必对此作更多的置评,这个事例本身已说明了许多,足见中国经济执法者守法意识的培育将是一个十分艰巨的过程。“守法从执法者做起”,也许是人们观察现实后的必然选择和呼唤。最后,法律至上意识的培育。法律至上是指“法律在最高的、终极的意义上具有规制和裁决人们行为的力量,法律或者是公民行为的最终导向,或者是司法活动的唯一准绳,不论是私人还是政府,都必须首先和主要受法律约束。”^[22]在我国,对国家经济管理主体执法者培育法律至上意识,关键是要正确把握“权”与“法”的关系和位阶,使其权力运作受制于法律的导引,而不是相反。

值得指出的是,经济法治信仰的培育不是一蹴而就的,西方社会历经了千年才趋于成熟,^[23]而对于仅百余年现代化历史的我国,这个历程将是漫长的,需要我们长期的不懈努力。

[20] 英国在八十年代中期税收收入占财政收入比重为95.24%,美国为95.4%,法国为99.5%,参见唐腾翔:《比较税制》,中国财政经济出版社1992年版。

[21] 参见卓夫、程瑞华:《中国国际金融有限公司正式开业》,《金融时报》1995年8月12日。

[22] 王人博、程燎原:《法治论》,山东人民出版社1989年版,第431页。

[23] 参见[美]伯尔曼:《法律与革命》,中国大百科全书出版社1993年版。