

论经济法的现代性

张守文

内容提要 经济法的现代性是经济法不同于传统部门法的重要性。本文着重分析了经济法在精神追求、背景依赖和制度建构方面的现代性,提出了经济法在基本理念、法益保护、产生基础等方面的特殊性;同时,探讨了经济法在制度建构方面的政策性、自足性和可诉性等问题,以说明经济法与传统部门法的联系与差异,强调经济法研究在推进法学发展方面的重要价值。

关键词 经济法 传统部门法 现代性

经济法具有突出的现代性,这是经济法不同于各类传统部门法的重要特征,但相关的研究却微乎其微。其实,深究经济法的现代性问题,不仅有助于经济法学乃至整个法学研究的深化,而且有助于消除不同学科学者之间的对话壁垒,从而能够促进法治水准的全面提升。

对于经济法的特征,已经有许多学者从不同角度进行过概括,但以传统部门法的总体为参照系,来揭示和概括经济法的特征,则尚待深探。在此需加说明的是,本文的分析是在以经济法为一方,以经济法产生前即已存在的传统部门法为另一方的“二元框架”中展开;同时,这里的“传统”与“现代”都是相对的¹,只是用来说明经济法在某些方面的特质,并不存在孰优孰劣的价值判断,更不存在厚今薄古、去彼存此的问题,而恰恰要说明各个部门法“合力”调整,以共同发挥法律系统的整体实效的必要。

经济法的现代性,主要体现为其在精神追求上的现代性,在背景依赖上的现代性,以及在制度建构上的现代性。这三个方面的现代性是本文需探讨的主要论题。

一、经济法在精神追求上的现代性

人类总是有自己的精神追求,这种追求往往更直接地体现在上层建筑领域,特别是意识形态、法制建设等方面,由此使法律成为体现人类精神追求的一个重要领域。一个法律部门之所以能够形成,很重要的原因在于它有不同于法律部门的精神。由于人们在不同

¹ 对于何谓“现代”,一直存有歧见,许多人把现代性、现代现象与现代时空相联系。对于现代问题的起点,也认识不一,但往往与资本主义的起源相联系。如韦伯是以 16 世纪的新教改革为现代问题的起点,伯尔曼是以 11 世纪的宗教革命为西方文化的开始,当然,也有人认为应以 19、20 世纪为现代问题的起点。参见[美]哈罗德·伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社 1993 年版,第 39-42 页、第 657 页;刘小枫:《现代性社会理论绪论》,上海三联书店 1998 年版,第 186-190 页。

时代有不同的精神追求,因此,不同时期的法律所体现的精神亦不同。如传统私法,主要体现的是契约自由、保护私权的精神,这同当时盛行的自由主义经济理论、国家的自由放任政策等都是是一致的。但经济法由于其产生和发展的背景与传统部门法有着非常大的区别,因此,其精神追求也与之有很大不同。德国学者海德曼(Hedemann)早就指出,现代社会的时代精神就是“经济性”,这种经济性是现代法的特征,经济法就是这种渗透着经济精神的现代法¹。可见,在海德曼看来,经济法具有突出的经济性和现代性。

事实上,经济法与其他部门法相比,确实具有突出的“经济性”,因为它与经济活动、经济规律、经济机制、经济体制、经济政策、经济杠杆、经济制度等都有着直接而密切的联系,因此可以把“经济性”与“规制性”并称为经济法的两大特征^④,这是经济法不同于所有部门法的本质特点。然而,如果转换一个参照系,将经济法与传统部门法(并非所有部门法)相比较,则由于“传统”与“现代”的差异凸显,因而又使经济法具有了“现代性”的特征。

其实,经济性与现代性是统一的。人类社会只是发展到现代市场经济阶段,才是经济上取得了“加速”的发展。伴随着经济和社会领域的巨大变迁,新兴的经济法与传统部门法在精神追求方面的差异日显,这尤其体现为经济法的价值取向或宗旨等方面。在现代社会,经济领域里的突出矛盾,只有协调矛盾的两个方面,即一方面保护个体的营利活动,提高市场在配置资源方面的效率,另一方面保护社会公共利益,强调社会分配方面的公平,才可能促进经济的稳定增长,保障基本人权和社会稳定,从而实现经济与社会的良性运行和协调发展。

可见,经济法所追求的目标是与效率的兼顾,是对私人利益与社会的协调保护,是经济与社会的良性运行和协调发展,因此,经济法既不同于注重保护私人利益的传统私法,也不同于强调保护国家利益的传统公法,它更追求是一种从资源配置到财富分配,从调整手段到调整目标的和谐或称协调,这种追求是经济法的一种基本理念,是经济法不同于传统部门法的一种基本精神。

经济法的上述精神,导因于时代精神的改变,导因于人类经济生活和社会生活的实际需要。从个人本位向社会本位的价值取向转变,是时代精神变易的重要体现,自然也会影响到法律的产生和发展,影响到法律的精神。德国法学大师拉德布鲁赫(G. Radbruch)曾经指出,从私法观察角度出发所看到的经济关系,不过是平等的私人主体之间的关系,但却忽视了在任何经济关系中都是最大的利害关系人的公众;当自由竞争不能自行平衡各方私利,因而需要从经济的共同利益的角度维护社会公众的利益时,从经济观察的角度来调整经济关系的经济法也就得以产生^④。

由此可见,时代及时代的精神不同,法律所保护的法益的侧重点也不同。传统的私法侧重于保护私人的利益,传统的公法侧重于保护国家利益,但它们往往对社会公共利益的保护都很不够。经济法则不然,它在侧重于保护社会利益的同时,也能兼顾对国家利益和

¹ 海德曼的观点集中反映在他的著作《经济法的基本特征》(Grundzüge des Wirtschaftsrechts, 1922年)中,其理论被称为“世界观学说”。该理论对于经济法的现代精神的研究至今仍很有价值。

^④ 我一直认为,经济性是经济法区别于所有部门法的重要特征,它是全面把握经济法的一个重要维度。参见拙著《市场经济与新经济法》,北京大学出版社1993年版,第69-71页。

^④ 参见[德]拉德布鲁赫:《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第77页。

私人利益的保护。

从现实情况来看,经济法的法益保护往往具有双重性或多重性,例如,宏观调控法的有效调整,既可保障宏观经济的良性运行,也可使市场主体从中受益,从而使整个经济发展有一个良好的环境和气象,这当然有利于公共利益的保护,有利于政府合法化能力的提高;在市场规制法方面,通过反垄断和反不正当竞争的有效调整,不仅可以保护相关市场主体的利益,同时也可维护整体市场秩序或经济秩序,进而有利于社会公共利益和国家利益的保护。因此,经济法保护的法益并非单一,而是具有双重性或多重性,并且,这些法益本身也有着内在的关联性和协调性。而传统部门法等则与之不同,例如民商法,尽管在原则上也强调要保护社会公益,但实际上主要还是侧重于保护相关的独立个体的利益,至于国家利益则往往无暇顾及。可见,尽管传统部门法有时也可能存在着兼顾各类法益保护的情况,但往往以直接地保护单一法益为主。

从历史上看,时代的精神取决于人们的普遍认识,其中,理论的发展具有极为重要的先导作用。现代经济法的发展,其基本理念的形,不可避免地要受到各类理论,特别是经济学理论的影响。而在经济学理论中,宏观经济学、福利经济学、制度经济学、信息经济学等,以及更为具体的产权理论、博弈论、公共选择理论、产业组织理论等,都对经济法精神的形成有着重要的影响。

上述有关现代市场经济的理论或理念,主要形成于凯恩斯主义产生以后,它是与弥补市场失灵问题联系在一起的。很多影响经济法制度形成的理念,都产生于凯恩斯理论产生以后的大略相同的一段时期:如涉及宏观调控的赤字财政,复式预算,国债发行,转移支付,税收调控,银行监管,货币稳定,经济计划,产业政策等。在这一时期,市场规制方面的反不正当竞争,规制垄断,消费者保护等,也都增加了新的内容并体现出现代理念。上述理念在传统部门法产生时多未形成,因而也很难浸润其中,从而使体现新理念的经济法更具有现代性的特征。

各种现代理念直接影响着经济法的精神追求,但仅存于精神层面是不够的,还必须把现代理念融于或转化为现实的制度;而制度的形成,必须依赖于特定的背景。这种内在的联系,是本文进一步分析经济法的现代性问题的主要线索。

二、经济法在背景依赖上的现代性

诺贝尔经济学奖获得者诺斯(D. North)教授曾经提出了著名的“路径依赖”(Path dependence)理论,强调初始的条件或选择对一国经济发展的特殊影响。与此类似,一国法律的形成和发展也同样受一系列初始的特殊背景因素的决定性影响,对此可称之为“背景依赖”。事实上,各个部门法产生和发展,都离不开特定国家的特殊背景。就经济法而言,它之所以产生于传统部门法之后,就是因其特殊的理念和价值追求,使之只能产生于特定的时空背景之下,而不是与传统部门法一起产生。也就是说,经济法的产生和发展,从发生学的角度说,同样要依赖特定的背景¹。

¹ 在《经济法的时空维度描述》(载《法商研究》1998年第6期)一文中,作者曾分别从时间维度和空间维度,简要探讨了经济法产生和发展的特殊背景,以求说明经济法的一些特质及其现代法的地位。

经济法产生和发展的背景, 主要体现为经济法赖以产生和发展的经济基础和社会基础。由于基础不同, 因而其基础理念、精神、目标等, 也就不可能与传统部门法完全一致。虽然单纯规范意义上的经济法也许在古代社会即已存在(这是一个法律考古学的问题, 需由考古成果来决定), 但从较为广泛的领域来看, 作为部门法意义上的经济法, 则是产生于国家对市场经济进行积极的调控与规制以后, 尤其是产生于资本主义大危机和二战以后。之所以做出这样的判断, 是因为经济法有其独特的精神追求或称价值取向。

经济法产生和发展的经济和社会基础, 不是传统的近代市场经济或近代市民社会, 而是现代市场经济和现代多元社会。恰恰是在这个超越了近代社会的特定时期, 出现了一系列重要的经济现象和经济问题, 并且, 它们是依据传统部门法理论和规范不能有效地予以解释和解决的。正是这些问题, 促成了经济法的产生和发展。

对于经济法得以产生的这一历史时期, 曾有许多著名学者进行过深入研究, 尽管有的是从其他角度进行分析, 但对于研究经济法同样有重要的意义。例如, 哈贝马斯(J. Habermas)就曾指出, 在 19 世纪末, 最晚到一战时期, 当市场主体的利益冲突无法继续在私人领域内部得以解决时, 冲突便会向政治层面转移, 从而使干预主义得以产生; 而随着资本集中和国家干预的加强, 在国家社会化和社会国家化的过程中, 便产生了不能完全归于传统私法领域或公法领域的一个新领域, 这是对古典的私法制度的突破¹。

在哈贝马斯所描述的历史时期及其以后, 传统部门法不能有效解决的“现代问题”日益突出, 这些问题是各国进行制度创新或法律变革, 以突破古典的或称传统的法律制度的直接动力, 因而对于这些现代问题应予以重视, 并尤其有必要从经济和社会的角度加以分析。

例如, 从经济学的角度看, 近代自由市场经济的充分发展, 使垄断及不正当竞争作为其副产品而得以出现, 严重影响了市场经济所追求的自由竞争精神, 阻碍了市场机制作用的有效发挥; 同时, 在提供公共物品方面普遍存在的“搭便车”的心理, 使公共物品很难由市场主体来提供; 而信息偏在的问题, 则使交易成本大为提高, 令市场机制的作用难以有效发挥, 等等, 都是导致市场失灵的重要原因。这些现代问题的存在, 不仅影响着经济运行, 而且还带来了道德、信仰、稳定等社会问题。

此外, 还有一些因素, 不仅导致了突出的社会问题, 而且本身也是经济问题。例如, 环境污染等外部性问题, 收入分配不公问题, 因信息偏在而带来的消费者权益保护方面的问题, 等等, 都是各国现代化过程中存在的突出问题。解决上述现代问题, 并非传统部门法的主要目标, 而只能是经济法等新兴部门法的主要目标。

从总体上看, 经济法的产生, 其重要前提是市场经济的充分发展, 以及需要由新兴的部门法加以解决的市场失灵等问题的存在。如果市场机制在各个方面都能够有效地发挥其作用, 能够实现其自发的调节, 或者说存在一种“哈耶克式”的“自发秩序”^④, 使国家对

¹ 参见[德]哈贝马斯:《公共领域的结构转型》, 曹卫东等译, 学林出版社 1999 年版, 第 170-179 页。

^④ “自发秩序”(spontaneous order), 或译为“自生自发秩序”, 是哈耶克博大精深的理论体系中的核心概念。它强调秩序必须是“自发的”而非“人为设计的”, 任何政府都不可能“设计”人类合作的秩序。这种“自发秩序”被一些学者(如著名的布坎南等)认为是经济学的第一原则甚至是经济学的唯一原则。参见[英]弗里德里希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》, 邓正来译, 三联书店 1997 年版, 第 7-8 页; 汪丁丁:《在经济学与哲学之间》, 中国社会科学出版社 1996 年版, 第 203 页。

市场运行基本上可以“无为”,则经济法就无从产生。因此,市场经济的充分发育,特别是由自由竞争导致的垄断的普遍出现,私人成本外在化所导致的外部性问题的突出,因消费的非排他性和不可分割性所导致的市场供给公共物品的不可能性,以及信息的不对称、分配的不公平等问题的普遍存在,是经济法得以产生的重要经济基础。

上述的经济基础对于经济法的产生和发展是非常重要的。与该经济基础相对应,从社会的角度看,在现代社会,社会分工的细化,社会的多元化和抽象化,社会成员之间的互赖与互动的强化,以及由此而导致的社会公益保护的虚化,使得市场所无法提供的公共物品受到重视,导致权利保护从个人本位向社会本位转变,传统部门法所忽视或无力保护的公共利益越来越被强调,同时,也促进了在传统的政治国家与市民社会之间的“社会中间层”的迅速发展,这些都为经济法的产生和发展提供了重要的社会基础。

社会学上的一些研究表明,现代社会作为一个“抽象社会”,其重要特征是程序性、反思性和非人格性。在人格化方面,在现代社会中,绝大多数的互动过程所涉及的机制、知识或观念,都是与个人的具体特征或人际的具体关系无关,这与传统社会中的互动主要是建立在个人特征和人际关系的基础上形成了鲜明对照¹。由于互动关系发生了改变,因而法律的调整也必须随之做出相应的变化。

上述的经济与社会基础,是经济法赖以产生的重要背景,而这一背景与传统部门法是不同的。因为现代市场经济和现代社会存在的突出问题,才是经济法产生的直接推动力。

在探讨经济法的背景依赖问题的过程中,实际上提出了经济法研究方面往往被忽视的一系列重要假设:如“市场失灵假设”,是研究经济法的产生、调整对象、本质、体系等问题的一个重要前提;“社会公益或公共物品假设”,是研究经济法的宗旨、与传统部门法的区别等问题的一个重要前提,它有助于更好地研究不同法益的法律保护问题,等等,正是基于上述相关的假设,人们才能够更深刻地认识到:私人利益应主要由传统私法提供直接保护;国家利益应主要由传统公法提供直接保护;社会公共利益应主要由经济法、社会法等来提供保护等。由于公共物品理论的假设表明,国家或政府是公共物品的最佳提供者,因此,公共利益也主要由国家来予以保护。这也是揭示经济法的公法性质的一个维度。

事实上,经济法与传统部门法之所以在时空维度上有很大不同,主要是因为它们在经济基础和社会基础上存在差异。把诸多部门法分为传统法、现代法和后现代法,也主要是基于它们的背景依赖的考虑。具体的背景依赖,使各国的经济法在同具一些共性的同时,也还存在着其他一些差异。特别是各国文化、历史、法律传统、民族精神等方面的特殊性,都会导致经济法的差异。如同韦伯(M. Weber)所指出的那样,从中世纪的传统主义到现代资本主义的产生,离不开环境、政治、经济、宗教等因素的综合作用^④。与现代市场经济紧密相关的经济法也是如此,它同样是多种因素作用的结果。

三、经济法在制度建构上的现代性

经济法不仅在精神层面具有现代性,而且在制度层面同样具有现代性。这是过去长

¹ 参见李猛:《论抽象社会》,载《社会学研究》1999年第1期。

^④ 参见[德]马克思·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第11页。

期被忽视的一个重要问题。下面主要从制度形成、制度构成、制度运作等几个方面,来分析经济法在广义的制度建构上的现代性。

(一) 制度形成上的现代性

经济法制度的形成,与经济政策的联系十分密切,具有很强的“政策性”,这是以往的传统部门法所没有的。由于现代社会是一个分工复杂、变化多端的社会,从而对经济运行效率有更高的要求,而法律本身却有相对的滞后性,因此,能够灵活地及时应对各种复杂问题的经济政策,便得到了广泛的重视和运用。

充分重视和广泛运用经济政策,是现代国家的普遍特点。经济政策作为整个公共政策的重要组成部分,在当代各国都发挥着非常重要的作用。在强调“法治”的情况下,也要重视经济政策的重要作用,以及经济政策对经济法的重要影响。

以往的传统部门法,是在强调法治精神的情势下应运而生的,其积极意义已被无数的著述反复申明。由于法治的精神往往与对政府权力的限制等联系在一起,因而政府的政策(特别是政治性的政策)对法律的影响,自然会受到许多挹伐。于是,“法律高于政策”等命题受到许多有识人士的认同,法治精神得到了弘扬,这当然是可取的。但同时也应看到,在现代社会,政策的影响在客观上是非常巨大的,并且,这些政策已不仅仅是人们过去所理解的那些“政策性的政策”,而更多地是体现现代国家职能的多种政策的组合,如经济政策、社会政策等。在经济政策中又有财政、货币政策,产业、外贸政策,竞争政策,消费者政策等;在社会政策中又有环境政策、人口政策、社会保障政策,等等。这些政策,更突出了现代国家的经济和社会职能,更体现了国家在现代化过程中应着力解决的问题,因而更具有现代性。

由于许多现代问题在过去并不突出,因而传统部门法并不以其为规制对象,这使得那些具有“补漏”价值的政策的影响越来越强。法治乃人心所向,但如果仅对“法治”做狭隘的理解,全面排斥政策,则不仅是错误的,而且也是不合社会现实的。更何况政策本身就是法律制定的前提和基础,没有好的政策,没有经过实践检验的好政策,就不可能产生“良法”。应对政策和法律做出正确的定位,因为它们都是一种“制度安排”。事实上,不仅政策本身是需要由人来制定,需要由人来执行,法律本身又何尝不是如此?现代政策作为一种公共政策,不仅大量存在,而且是实际上发挥着重要作用的领域。与政策联系的紧密程度,正反映了一个法律或者一个部门法同变化万千的社会联系的紧密程度,也反映了一个部门法的生机与活力。

(二) 制度构成上的现代性

经济法在制度构成上的现代性,主要表现为其“自足性”,这是现代法的重要特征。而该特征的形成,又与现代社会的特征直接相关。

现代社会的重要特征是强调程序与效率。其中,程序性本来就是日益抽象的、非人格化的“陌生人社会”所必须强调的,因为这是互赖又互动的人们维系其良好秩序所需要的。此外,社会的分工与分化,使专门化与规模经济得以发展,社会供给和需求大量增加,从而使社会节律与经济效益大为提高。于是,程序和效率便成了影响社会发展的重要因素。

为了适应社会发展对程序与效率提出的需要,在制度的形成和构成上,就必须体现程序价值和效率理念,由此使现代经济法制度具有了突出的自足性。经济法制度的自足性,

表现为在经济法的制度构成中,既有实体法制度,又有程序法制度,因而无需再单独地构筑一套程序制度以与实体制度相适应,从而在制度供给或运作上是自给自足的。这与传统的刑法、民法、行政法等实体制度之外再单独构筑一套程序制度是有所不同的。

从制度构成上看,经济法不仅包含了大量的实体法规范,而且还有越来越多的程序法规范不断渗入。这当然是经济法所要解决的日益复杂的现代问题对程序性的要求,同时也是对效率价值的追求。程序不仅有助于保障公平,而且在一定意义上还有助于提高效率。受市场经济观念影响日深的现代法律不只是讲公平,而是在讲公平的同时,更加强调过去被忽视的效率,这是社会高效运行的体现。

传统的部门法在形成过程中,所对应的是一个“分析的时代”,因而突出的特征是,在实体法之外,还要专门制定程序法,并且往往认为程序法是实体法有效实施的保障。在现代社会,分析与综合并存,而且综合的趋势在法律领域体现得非常明显。这本身也是解决现实问题的需要。

产生于现代市场经济基础上的经济法,直接对应的是一个“综合的时代”。要解决复杂的现代经济问题,不仅需要各类经济政策的综合运用,而且也需要各类经济法制度的综合运用。因此,从解决复杂的现实问题的角度,以及从确保制度运作的公平与效率的角度,经济法从一开始就把实体法规范与程序法规范熔于一炉,而不再另外进行专门的程序立法¹。事实上,经济法所规范的许多活动,无论是各类宏观调控活动,还是各类市场规制活动,都很难把实体法与程序法截然分开。因为调控主体或规制主体都必须依法调控或规制,并且尤其强调要依据有关的程序规范进行立法和执法活动,而接受调控或规制的市场主体也必须依据程序规定来行使或主张自己的权利。

其实,自足性是现代社会对制度构成的一个重要诉求。近些年来,许多传统部门法的学者对此都已经有所认识,因而强调程序价值的重要性的呼声越来越高,有一些学者提出要把实体法与程序法的问题结合起来进行研究,要打破传统部门法将实体法与程序法截然分开的藩篱。例如,有的行政法学者认为行政法应当包括行政程序法^④,这是对现代社会和现代行政法发展的重要认识。此外,刑法学者提出了“刑事一体化”理论,其中也有人强调要把刑法与刑事诉讼法结合起来进行研究,等等。应当说,这些都是对法律的现代发展,特别是对法律的现代性的有益认识。

(三) 制度运作上的现代性

经济法的制度运作涉及很多内容,其中,在制度运作过程中所体现出的政府权力膨胀,以及经济法制度的可操作性和调控行为的可诉性问题,则很有特色和值得关注。

在现代社会,由于国家职能的日益分化,导致政府权力不断膨胀,这是各国的普遍趋势。因此,如何限定政府权力,是行政法上的重要问题。尽管如此,执法主体享有准司法

¹ 在进入垄断阶段后,经济法中的市场规制法发展非常迅速,于是有了著名的美国1890年《谢尔曼反托拉斯法》、德国1896年的《反不正当竞争法》,这些法律以及以后的经济法规范的一个突出特征,就是在规定实体制度的同时,大都规定为保障实体规范实施所需要的程序制度。

^④ 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》,北京大学出版社、高等教育出版社1999年版,第21页。

权,或者说司法权被政府部门部分肢解,则是现代国家的普遍现象,也是现代性的一个体现¹。

司法权进入行政领域,以及将实体性规范与程序性规范加以融合的自足性,使那些具有宏观调控职能和市场规制职能的行政机关(而非司法机关)成了经济法的主要执法主体。正因如此,经济法的制度运作主要是体现在行政领域,而不是司法领域,因而经济法领域的纠纷有许多并不是在司法机关解决的,这与传统的刑法、民商法、行政法方面的案件大量由司法机关来审理是有很大的不同的。这也是经济法与传统部门法有所不同的现代性的体现。

经济法运作因其主要是在行政领域,因而会使那些强调法院功能的人们认为经济法的可操作性不强,因为相对于传统的刑事、民事、行政案件来说,法院审理的纯粹经济法方面的案件相对较少,由此甚至使一些传统部门法的学者怀疑经济法的存在是否还有必要。其实,现代国家所制定的法律是非常大量的,其中已有许多由法院以外的主体来执行;并且,就经济法等现代法而言,把大量问题决于诉讼之外,更是应追求的目标^④。其执行主要是体现为政府所进行的积极的宏观调控和市场规制,而不是消极的司法审判(即理论上的消极执法)。因此,不能以一种法律,或者一种部门法规范是否主要由司法机关执行,来判断其存在的理由和价值。重定政府与司法机关的执法分工,正是现代法精神的体现。

此外,涉及经济法的案件较少,除了它主要由行政机关来执行外,还有两个重要作用,一个是在现实的经济法制度中,对有关违法责任的规定不足,以致于影响了司法机关的执行;另一个是在经济法上,存在着一些不可诉的情况,使司法机关无法受理。

事实上,经济法上的宏观调控,往往针对的是不特定的一类主体,这与传统部门法主体相对较为确定是有所不同的。同时,对市场运行的宏观调控是间接的,因而对市场主体的影响也是间接的。这与传统部门法中广泛存在的法律规范对行为主体的直接作用很不相同。尽管在经济法中也存在着对市场主体的直接作用,如对企业或个人征收所得税,以及对市场主体的直接规制等,但与传统部门法还是有所区别的。这种区别表现在,经济法的职能是多重的,它是在保护社会公共利益的同时,才对市场主体的具体行为产生直接影响。同时,由于大量的宏观调控行为具有很强的抽象行为的特点,因而往往不具有可诉性。事实上,国家有时需要以计划形式,如国民经济和社会发展规划等,来提出政策,此类计划作为政策计划,一般在法律上对国民不具有直接的约束力或强制力,因其一般与国民的权益无直接的关系,故对其提出的抗告诉讼不予承认^④。此外,在运用具体的财政政策、货币政策及其法律化的制度进行调控的情况下,则因其多属于具有普遍约束力,因而

¹ 庞德曾经指出,在19世纪时,人们试图在法律领域排除行政的因素,而在20世纪,行政司法已经得到了复兴,这从行政部门及其任务的增加方面得到了证明。庞德的分析有助于增进对本文论述的问题的认识。参见博登海默:《法理学—法哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版社1987年版,第142页。

^④ 其实,现在已经有越来越多的学者开始注意用非诉讼的手段来解决纠纷的重要性,并不是强调只有把纠纷拿到法院去处理才最好。这对于经济法同样也是适用的。

^④ 参见[日]室井力主编:《日本现代行政法》,中国政法大学出版社1995年版,第53-57页。

一般也是不可诉的¹。

经济法中的宏观调控法的上述特点,与传统部门法是有很大的不同的。过去的部门法,主要针对的是具体的个人,因此都关系到具体个人的利益。而关系到个人的利益时,就必须使其在权利受到侵害时(无论这种侵害是来自平等主体还是来自非平等主体),能够得到司法救济。为此,确定可诉性是非常重要的。只有侵害行为是可诉的,才能把案件诉至司法机关。经济法与这些传统部门法有所不同,它是在强调社会本位而不是个人本位,在强调社会公益而不是私人利益的基础上发展起来的。因此,它的一个突出特点是现代法所共有的特点,即不是直接面对具体的个体及个体的利益,而是要面对“集合起来的个体”或称“集体化的个体”,因此,它并不单独影响符合“集体化规则”(如市场竞争规则、接受调控规则)的某个个人的利益,而是将具备法定条件的一类人,全部纳入调整范围之内。如个人所得税,实际是向符合法定课税要素(如达到了起征点)的一类人来征收。因此,在经济法上,特别是在宏观调控法领域,主要都是一些立法性行为,就像行政法上所说的抽象的行政行为一样,是不具有可诉性的。在经济法上,那些可以诉至法院的,往往是在平等的市场主体之间发生了权利侵害的情况下才发生的,如反垄断、反不正当竞争案件,就是属于此类情况。但国家之所以对此类问题加以处理,主要考虑的仍然是整个市场秩序,仍然是社会公共利益。由此可见,决不能单纯地从法院受案的情况来判断一个部门法的价值,从一定意义上说,这也是经济法学对传统法理学的一个重要的突破。

以上主要从精神追求、背景依赖、制度设计等几个方面,探讨了经济法的现代性问题,从中不难发现经济法与传统部门法的一些差异,特别是经济法作为现代法所具有的用以解决现代经济和社会问题所应具有的功能。在这些分析过程中,实际上也在探讨经济法对于传统部门法的突破与发展的问題。其中某些问题的研究尚待进一步深入,有些问题还需要专门写论文进行探讨。

在需要进一步深入研究的问题中,至少包括上述经济法的可操作性问题、自足性问题、可诉性问题,这些都是长期被忽视的问题。此外,经济法等部门法的形成、所需要具备的独特价值理念,也是过去的部门法理论所未予注意的。每个部门法所要解决的特殊的问题,决定了一个部门法的使命,也决定了部门法所应有的宗旨、职能、调整对象和规范体系,从而决定了部门法理论的其他方面的问题的研究。因此,依循这样的一个路径,同样可以小径通幽,窥经济法理论之堂奥,并可以进一步加强同相关学科学者的对话,使经济法研究更加进步。

〔作者单位:北京大学法学院〕

(责任编辑:王莉萍)

¹ 最高人民法院在《适用行政诉讼法的解释》中指出,具有普遍约束力的决定、命令,即行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件,不属于人民法院的行政诉讼的受案范围。