

中国经济法研究的转型 与转型期经济法研究

——中国经济法学理论的反思与追问

毛德龙
著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中国经济法研究的转型 与转型期经济法研究

——中国经济法学理论的反思与追问

毛德龙 著

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

中国经济法学研究的转型与转型期经济法研究：中国
经济法理论反思与追问/毛德龙著. —北京：中国
法制出版社，2010.5

ISBN 978 - 7 - 5093 - 1915 - 4

I. ①中… II. ①毛… III. ①经济法 - 法的理论 - 理
论研究 - 中国 IV. ①D922.290.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 076937 号

策划编辑 刘经纬 (L_Vigour@126.com)

封面设计 周黎明

中国经济法学研究的转型与转型期经济法研究

ZHONGGUO JINGJIFAXUE YANJIU DE ZHUANXING YU
ZHUANXINGQI JINGJIFA YANJIU

著/毛德龙

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640×960 毫米 16

版次/2010 年 6 月第 1 版

印张/21.5 字数/277 千

2010 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 1915 - 4

定价：42.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话：66033393

传真：66031119

编辑部电话：66070084

邮购部电话：66033288

序

经济法的基础理论问题，是经济法领域中十分蛊惑的问题，甚至已经成为中国法学界的一大难题，各种观点林立，不同学说纷呈，在二十世纪的八十年代还引发了法学界的一场大争论，卷入学者之多，观点分歧之大，已经成为中国法学界的一大公案。因此，选择经济法的基础理论，尤其是探讨“中国经济法是什么”以及“中国的经济法为什么会是这样”作为博士论文的研究课题，无疑是具有重大意义的。但是，毫无疑问，选择这样一个课题，也是需要极大勇气和决心的，否则就可能成为人云亦云的老生常谈，或者成为不能自圆其说的奇谈怪论。因此，有的学者将经济法的基础理论问题称之为是法学研究领域的“滑铁卢”，不是没有道理的。

毛德龙同志没有畏惧，迎难而上，在广泛研究中外经济法学理论和分析中国现实经济法律法规现象的基础上，提出了一系列有价值的观点，实属难能可贵：

第一，本文区分了几个重要的概念，理清了经济法研究中的一些似是而非的、却又十分重要的范畴。例如，文章区分了“西方经济法”与“中国经济法”的异同；区分了“成熟市场经济条件下的经济法”与“转型期经济法”的异同；区分了“主流经济法理论”与“转型期经济法理论”的异同。

第二，本文将研究路径定位为“由中国到西方，再从西方到中国”的双向研究路径，注重用“归纳”而不是“演绎”移植的方法来解释中国的经济法和中国的经济法理论，关切中国经济法和经济法理论中存在的“真问题”，而不是直接套用西方成熟市场经济条件下的经济法来

解说中国的经济法，在一定程度上实现了研究路径的重要转变。

第三，本文将中国的经济法定位为“转型期经济法”，将中国的经济法理论称之为“转型期经济法理论”，并重新阐释了中国转型期经济法的本质、体系、特征以及未来发展的方向，还运用“转型期经济法理论”对一系列长期困扰中国经济法的疑难问题做了卓有成效的解释，这些新的思想观点令人耳目一新。

第四，本文关注社会法在中国的兴起，不赞同用社会法的理论来解释经济法的问题，并反对西方社会法学派理论和后现代法学派理论在中国经济法理论研究中的不当引证，这些观点也是非常具有启发意义的。

毛德龙同志是我指导的博士研究生，同时我也是他的硕士研究生导师，相识相处已逾十年。他思维活跃，观点犀利，对待问题经常能够提出独到的见解。本文是在他博士学位论文的基础上修改而成的，文章资料翔实，观点明确，论证有力，充分显示了他的学术功底和科研能力。

当然，本文也不是没有缺憾的。本文将传统的各种经济法学说皆化约为“主流经济法学说”而一概进行批评，可能有以偏概全之谬误。另外，本文似乎过分地强调西方经济法与中国转型期经济法的差异，而对二者之间共同的东西关注不多，是否会存在矫枉过正的弊病也值得作者重视。

但是，瑕不掩瑜，我还是愿意向学界推荐这部作品，相信这部作品的面世一定能够引发学界对中国经济法学理论的进一步关注，推动中国经济法学的进一步繁荣！

是为序。

种明钊

西南政法大学教授、博士生导师

2010年1月11日于深圳

内容摘要

本文立足于中国社会转型的现实实践，来梳理当前困扰中国经济法学的一些重大理论问题，包括：诸侯割据问题、挑战不断问题、话语混乱问题、总论与分论不能通达问题、理论与实践脱节问题、研究方法的玄虚化问题等。之所以产生这些问题，根本原因就在于中国的经济法学研究，尤其是基础理论的研究在很大程度上脱离了中国社会转型的现实实践，将应然状态的经济法当成了实然状态的经济法，将西方理想状态中的经济法当成了中国当下现实状态中的经济法。中国经济法学要想真正解说中国的总体经济现实，不应当片面向西方求证，不应当再重复“从西方——中国”的老路，而应当格物致知，返身自省，走“从中国——西方，再从西方——中国”的新路径。

要走“从中国——西方，再从西方——中国”的新路径就必须弄清楚以下几个重大理论问题：西方的经济法学理论为什么不能直接移植到中国？中国经济法的根基是什么？在转型中国的根基上如何重构中国经济法学的理论框架？中国转型期经济法的本质和特征是什么？中国转型期经济法的主要任务是什么？重构后的中国经济法学理论（转型期经济法）如何回应或者解答中国经济法学研究中的某些悬而未决的问题？在经济全球化背景下中国转型期经济法将走向何方？由此可见，本文其实是要在颠覆“主流经济法学理论”的基础上重构中国的经济法学理论，也就是要回答“当下中国的经济法是什么”这一宏大命题。

正是围绕上述问题，本文提出了“转型期经济法”的核心概念，并力图在这一核心概念之下，批判既有的经济法学研究路径，揭开中国经济法学研究中的迷雾，描述中国经济法的实然和应然。

全文包括导论、结语在内共分为八章。

导论：当前中国经济法学理论的反思与追问。在这一部分，笔者既重述了中国经济法学研究取得的巨大成就，又着重指出目前中国经济法学面临的巨大挑战。并进而指出，中国的经济法学研究之所以出现目前之困境，主要原因就是因为目前的主流经济法学理论无法回答和阐释中国社会转型的伟大实践，而之所以无法回答或者阐释中国社会转型的现实，主要原因就是我们的传统研究路径是一种“从西方——中国”的单向研究路径。在导论中，笔者既指出了问题之所在，也归纳了问题之缘起，并在这些问题的基础上梳理了现有研究成果中可资借鉴的理论闪光点。

同时，笔者还理清了本文的研究路径和研究框架，本文的研究路径是一条反思型与重构型的“从中国——西方，再从西方——中国”的双向研究路径，而研究框架则是一个“提出问题——分析问题——解决问题”宏大叙事型的研究框架。

第一章，社会法学的兴起与经济法学传统研究路径的挫折。如果说传统的中国经济法学的研究理路在相当时间和程度上还具有一定说服力的话，随着社会法理论在中国的兴起，经济法的那些所谓特有的范畴和概念就变得不再具有专属性，因此社会法的理论化引起了经济法学界的又一次“分裂”和恐慌。伴随着经济法学界略显苍白的辩解，中国的经济法学研究越来越具有玄学化的倾向，一种新的、能够解释转型中国之经济法律法规现象的理论已经成为时代的呼唤。在本章中，笔者还归纳了社会法的理论化对中国经济法研究的巨大借鉴意义和经济法学应当与社会法学共享的一些理论成果。

第二章，中国经济法学对西方社会学法学理论的曲解。中国的经济法学研究之所以存在误区，不能解释中国之经济法律实践，与中国经济法学界对西方个别法学流派的曲解恐怕不无关系。不完整的理解这些法学流派理论，就不可能对这些法学流派理论进行真正的、有意义的借鉴。西方的法学理论在一定意义上也是一种“地方性知识”，盲目地、不加分析地移植只会是南橘北枳、徒增笑柄。而在西方众多的法学

流派中,对中国的经济法学研究影响最大的当数社会学法学派。西方社会学法学派的一些主要理论和观点,无论是从概念术语还是到思维范式,都对中国的经济法学研究产生了巨大的影响,成为中国经济法学者争相引证的标准资料。

在本章中,笔者首先介绍了西方社会学法学派的总体概貌,其次分述了西方社会学法学派的主要代表人物和观点,最后着重介绍了西方社会学法学流派对中国经济法学的巨大影响,进而指出中国经济法学研究存在着对西方社会学法学派理论的严重曲解,中国的经济法学研究必须根植于中国社会转型的现实实践,在此基础上对西方社会学法学派观点的借鉴才是真正有价值的。如果脱离了转型中国的这个根基,对西方社会学法学派理论的盲目崇拜和不加辨析的引证只会导致中国的经济法学研究更加脱离实际,更加玄学化。

第三章,中国经济法学对西方后现代法学思潮的误读。西方后现代法学思潮对中国的经济法学研究影响甚大。其实,西方后现代法学思潮的碎片化和解构性与目前中国之经济法学是完全不相容的。对于一个缺乏自由主义传统和法治精神的古老国度,西方后现代法学思潮不仅无益而且有害。要构建一个具有法治精神、具有反思性格的经济法学理论才是中国经济法应然的发展方向。

在本章中,笔者首先总括性地介绍了西方后现代法学思潮的基本特征,并简要介绍了西方后现代法学流派中一些代表人物及其主要观点。最后,笔者指出中国经济法学研究存在着对西方后现代法学理论不求甚解、囫圇吞枣的不良倾向。这种为我所用、以偏概全的引用和借鉴不仅无益于中国经济法学研究的真正深化,在某种意义上,还会产生些许玄虚的不良倾向。要想真正把握中国经济法学的真谛,我们首先要做的,就是要研究转型中国的社会经济现实,只有真正把握了转型中国的社会经济的现实,对西方后现代法学流派一些颇具启发性观点的借鉴才不会误入歧途。

第四章,转型中国与中国经济法的根基。要想真正认识中国的经济法,就必须认识转型中国和中国经济法的根基,没有对转型中国和中国

经济法根基的体认,要想准确地描述中国经济法的本质无疑是不切实际的。转型中国的现实有四个主要方面:第一个就是三种思想(马克思主义、西方自由主义、传统的儒家思想)交互激荡,呈现出一种错综复杂的思想脉络;第二个就是经济持续高速增长三十年,计划与市场博弈,权利与权力交织是中国经济的现实特征;第三个就是政治改革缓慢,社会变迁迅速,公民社会已经萌芽;第四个就是中国已经融入世界,世界在改变中国,中国也在影响世界。

同时,在本章中,笔者还着重论述了转型中国法律的总体特征,中国的法律还在传统与现代、甚至后现代之间徘徊,既有强烈的现代要素,又有明显的传统基因。作为与中国社会转型关系最为密切的法律部门之一的中国经济法,不可避免地打上了这个时代的烙印。转型中国的社会经济现实决定了中国经济法与西方经济法的根基截然不同:市场失灵缺乏市场完善的根基;积极国家缺乏宪政法治的根基;当代二元社会缺乏现代市民社会的根基;实质公平缺乏消极自由的根基。这些东西方根基的巨大差异决定着中国社会主义初级阶段的经济法必然与西方成熟市场经济条件下的经济法既有共性的一面,也存在独特的本质和特征。

第五章,中国经济法学研究路径的转变与抉择。在本章中,笔者首先归纳了中国经济法学的传统路径,这些研究路径主要包括:市场失灵与政府失灵双重干预之路径,市民社会与政治国家辩证统一之路径,市场调节与宏观调控关联耦合之路径,自由竞争与秩序调控均衡协调之路径。在市场经济体制在政策和法律上确立之后,中国经济法学的研究路径基本就定格在“从西方——中国”的单向理路上来,以上四种研究路径无一不是这种单向理路的体现,沿着这些路径推导出来的结果只能是中国经济法与西方经济法的混同。由于这些西方经济法学理论的舶来品性质,使得中国的经济法学理论始终或多或少地脱离了中国社会转型的现实实践。中国的经济法学在很大程度上成了一种自言自语的学问,得不到民众的认可,甚至在法学界也得不到其他部门法的认可,均与上述单向研究路径不无关系。

因此,笔者着力倡导一种新的经济法学的研究路径,即“从中国

——西方，再从西方——中国”的双向研究路径，主张首先要研究中国经济法的现实根基，其次才是借鉴西方经济法的经验，最后是借鉴或者改造西方经济法的理论来创建有中国特色的经济法理论。只有遵循这样的逻辑思路，才能够彻底解决困扰中国经济法学研究中的—些似是而非的问题。

第六章，转型期经济法的实然与应然。本章是对前面五章论述的水到渠成的总结，它以中国的社会转型为认知工具，正式提出了“转型期经济法”这一核心范畴，笔者还区分了“成熟市场经济条件下的经济法”和“转型期经济法”的不同，“主流经济法学理论”与“转型期经济法理论”的差异，也指出了“西方经济法”与“中国经济法”的分野。笔者认为目前中国的“主流经济法学理论”其实是一种“应然的经济法理论”，或者说是学界对中国经济法的一种期待，而中国“实然的经济法”却是“经世济民之法”，其实质是党和国家在组织领导社会主义经济建设的过程中所颁布的经济法律、法规、规章的集合，是一种组织型经济法、统制型经济法和管制型经济法。中国转型期经济法的调整对象也是分散和复杂的，它包括三类性质不尽完全相同的社会关系，即：经济统制关系、经济行政管理关系、宏观调控和市场规制关系。

相对于渐次从经济法系统独立出来的民商法、行政法、环保法和社会法而言，“转型期经济法”是一组“剩余法”。它体系庞大，界限未明，并且体系内部就存在着三种相互冲突的、异质的法律：一种是传统的经济统制法；一种是为市场经济创造条件的经济行政管理法；还有一种则是具备了现代性因素的宏观调控和市场秩序法。正是由于存在着这三类异质的法律，中国的经济法学体系和理论就必然显得涣散和不够严谨，“干预、协调、调制、管理、调节、统制”，无论哪一个术语都不可能囊括转型期经济法的特征。中国的转型期经济法呈现出令人炫目的八大特征，即：现实性、分裂性、过渡性、工具性、回应性、本土性、意识形态性和现代性。但是，也正是由于中国的经济法已经具备了一定的现代性，并且这种因素正在经济全球化的背景下不断增强，中国的经济法必将成为一个以竞争法为核心的、具有一定中国特色的现代法律体

系，这就是中国经济法发展的应然方向。

在本章中，笔者还着重论述了转型期经济法与成熟市场经济条件下的经济法的异同，指出了转型期经济法与法律的普遍价值——公平正义关联不大，其特殊任务就是国家用以促进经济发展的法律工具。转型期经济法尽管为中国社会主义经济建设发挥了巨大作用，但也有明显的缺陷，在很大程度上转型期经济法还不具有现代法治的根基：授权性有余而控权性不足，政策性有余而法律性不足，实体性有余而程序性不足，行政权力有余而法律救济不足，传统性有余而现代性不足，恣意妄为和过度干预是转型期经济法不能不面对的现实。

转型期经济法与经济政策、行政法、民商法及社会法的关系引人注目，它们既有本质区别，又有共通之处，既相互冲突，又相互补充、相互交叉、相互依赖。

转型期经济法理论对困扰中国经济法研究的几个重大理论问题给出了自己的回应和见解。在本章中，笔者还指出了转型期经济法理论必须关注的几个重大课题：它必须关注转型社会学和转轨经济学的研究；它必须关注法律变迁的研究；它必须关注具体经济法实践的研究；它必须关注经济法重心的研究。这些重大理论课题是转型期经济法理论具有持久生命力之所在。同时，笔者在本章中还预测了转型期经济法未来发展的方向，笔者认为中国的转型期经济法必将由高度管制的法迈向低度管制的法；由转型期不稳定的法迈向现代化相对稳定的法；由本土性格强烈的法迈向世界性的法；由片面注重理论构建的法迈向更加重视实践运作的法。

结语：在这一部分，笔者着重回答了关于转型期经济法理论中几个令人蛊惑的问题。第一，关于转型期经济法的视角问题。转型期经济法证成的前提是对中国社会经济总体现实的把握，社会转型理论为研究中国当下所处的历史情景提供了一种分析范式，运用社会转型理论来解说中国的经济法学就成为本文基本的认知模式。第二，关于转型期经济法转型的期限问题。转型期经济法的转型期是与中国社会转型的期限是同步的，至于中国社会转型的期限，任何的判断都只能是一种预测，可能

是五十年，也可能是一百年甚至是更长的时间，这个期限的长短可能还会因一些无法预测的突发事件而拖延或者缩短。第三，关于转型期经济法的目标问题。转型期经济法现在并没有一个完全清晰的目标模式，西方经济法只是转型期经济法的一个参照系，转型期经济法未来发展的方向取决于中国社会经济发展的状况。第四，关于本土主义的辩解。“中国法学必须解决中国问题”，不能回应中国社会转型现实实践的经济法理论是没有生命力的。矫枉可能过正，但并不意味着转型期经济法与西方的经济法理论毫无联系，转型期经济法的理论源泉恰恰是世界的。转型中国的经济法学无疑更需要在社会主义市场经济的大潮中去体味、去总结。

Abstract

This thesis sets its feet on the reality in China concerning the changing society, viewing some significant theoretical issues puzzling current Chinese economic law community, including too many different viewpoints conflicts, challenging issues, confusion on contexts, the disconnection between the pandect and the special discipline, the departure between theory and practice and so on. The key reason for these issues is that the economic law research in China, especially the basic theory research goes beyond the practice in the changing society in China, putting the should – be economic law as the practical economic law. To go close to the practice in Chinese changing society, the Chinese economic law science community should not go to the west for evidence, not repeat the passed approach “from west to east”, but go to the inner side, learning from a new way “from China to west, then from west to China”. We have to make the following significant theoretical issues clear to pursue the new way: why western economic law theory can not be transplanted to China, what is the base for Chinese economic law, how we re – construct the theoretical structure for our economic law to meet the practice in our changing society, what is the nature and characteristics for Chinese economic law in a changing society, what is the key task for Chinese economic law in this period, what the Chinese economic law theory community do to respond or answer the unsettled problems in Chinese economic law research, and what is the direction for Chinese economic law in the changing period?

To answer the above questions, this thesis puts the core concept, “eco-

economic law in a changing period”, tries to criticize the established economic law research route, removes the confusion in Chinese economic law research, describes the should – be and the reality in Chinese economic law under the summarizing concept.

The whole thesis consists of eight chapters.

The preamble is the second thought and question on current Chinese economic law theory. In this part, the author views the great achievement reached by Chinese economic law research, together with the great challenges faced by Chinese economic law community. Then the author further points out, the key reason for the difficulty faced by Chinese economic law community lies that the main schools in Chinese economic law community can not answer and explain the practice in Chinese changing society. The key reason for this is that our research approach is a one – way type “from west to China”. In this part, the author points out where the issue lies, why it occurs and reviews the glittering theoretical points in these researches. At the same time, the author cleans up the research route and structure for this thesis, the research route is a double – way one named “from China to west then from west to China” under second thought and reconstruction, while the research scheme is following the traditional research scheme, “proposing problems, analyzing problems and solving problems”.

Chapter I is the rising of social jurisprudence and the frustration faced by research route followed by traditional economic law science. If the research approach followed by traditional Chinese economic law science does bear some persuasion, with the rising of social jurisprudence in China, the so – called economic law category and concepts are losing their specialty, therefore the theorization for Chinese social jurisprudence causes the “division” and panic again in economic law community. For the economic law community lacks sufficient explanations for these issues, the research in economic law community is becoming more metaphysical, the call for a new and more explanation –

bearing theory in Chinese economic law community is approaching our times. In this chapter, the author also summarizes the great borrowing function bore by the theorization of social jurisprudence for Chinese economic law research and some theoretical fruits shared by economic law community and the social jurisprudence community.

Chapter II is the misunderstanding on western social law theories in Chinese economic law community. The research in Chinese economic law community could not explain the Chinese economic law practice, which is caused by the misunderstanding on some western law school in Chinese economic law community. Without full understanding on these law schools there is no real and meaningful borrowing. Western law theories to some extent is a localized knowledge, any transplanting without careful analysis could only bring laughing. Of the western law schools, social law schools bear greatest influence on Chinese economic law research. Some main theories and viewpoints in western social law schools bring great influence on Chinese economic law research. In this chapter, the author first introduces the total picture on western social law schools, then explains the main representatives and their views in western social law schools, and in the end emphasizes the great influence on Chinese economic law community by western social law community together with the explanation on the misunderstanding on social law schools in Chinese economic law community. The author also points out, Chinese economic law research should set its root in the practice in Chinese changing society, and the borrowing on this basis is meaningful.

Chapter III is the misunderstanding on western post – modern law thoughts in Chinese economic law community. Western post – modern law thoughts bear great influence on Chinese economic law research. In fact, the fragmentation and deconstruction in western post – modern law thoughts can not meet Chinese economic law science at this time. For such a country as China without freedom tradition and law spirit, this law thoughts may bring no

good but harm. It is ought to be a direction for Chinese economic law to construct an economic law theory with the nature of spirit and second thought. In this chapter, the author first summarizes the basic characteristic of western post - modern law thoughts, and briefly introduces some representatives and their main views. In the end, the author points out some tendency in Chinese economic law research which does not carry out full understanding on western postern - modern law thoughts. This partial citation and borrowing will not help the further progress in Chinese economic law research. To find the true essence in Chinese economic law, we have to carry out more research on Chinese economic reality in the changing society.

Chapter IV is the base on changing China and Chinese economic law. To know Chinese economic law really, we have to know the base on changing China and Chinese economic law. Without knowing the base on China and Chinese economic law, it is impractical to describe the essence in Chinese economic law. There are four aspects in changing Chinese reality: first is a complex thoughts nets caused by mutual communication of three kinds of thoughts; second is that the reality in Chinese economy is 20 years' economical high - speed growth, the playing between plan and market, and the intervention between rights and powers; the third is that political reforms grows slowly with a contrasting fast social evolution; the fourth is that China is one of the world, the world changing China and vise versa. In this chapter, the author focuses on the whole characteristics of Chinese law in the changing society, Chinese law wanders between tradition and modernity even post - modernity, with strong modern factors and evident traditional elements. As one law discipline with close relationship with Chinese changing society, Chinese economic law inevitably bears the prints of this time. The reality in changing Chinese society determines that the base in Chinese economic law is different from that of western society, market failure lacking perfect market base, active country lacking the base for constitutional rule of law, the society charac-

terized by double structure lacking modern citizens society base, and the essential fairness lacking negative freedom base. This great difference determines that Chinese economic law bears some common nature and unique one with western economic law based on mature market.

Chapter V is the transformation and selection on the research route in Chinese economic law. The author first summarizes the traditional research route applied by Chinese economic law community, which includes double regulation on market failure and government failure, the unity between citizens society and political state, the connection between market adjustment and macro regulation, and the balance between free competition and order regulation. After the market system being established, Chinese economic law community carries out their research route on one-way approach characterized by “from west to China”, which only produce the combination between Chinese economic law and the western one. These western economic law theories make Chinese economic law practice more or less going beyond Chinese reality for their western characteristics. Therefore, the author tries to advocate a new two-way research route for economic law characterized by “from China to west, then from west to China”, which proposes we first learn our reality, second learn from the west, then construct Chinese economic law theory with the help from western theories.

Chapter VI is the reality and future for economic law in the changing society. This part is a summing up for the previous five chapters, the author proposes the core category “economic law in a changing period”, pointing out that the popular Chinese economic law theory is a future economic law theory while the real economic law in nowadays China is a collection of Chinese economic laws and regulations issued in the process of developing our economy. “Economic law in a changing period” is a collection of “remaining laws” with a huge system and no clear boundary. There are three conflicting laws with different natures in this system; one is the traditional law on economy regula-