

导 论

—

经济法作为一个新兴的法律部门，从其呱呱坠地之日起就被斥为法学界的“怪胎”不断地遭受非议与打压。这种困境不仅在于，一方面，“经济法究竟是一个新的法律领域，或者不过是一种法律思想方法在各个领域的适用，尚可争辩”，^①这显现的是学科还处于发蒙阶段；另一方面，传统经济法学多沿用的是注释法学或政策法学研究手法，使得学科居变性多于稳定性，破坏了对学科同质性的提炼与概括。因而，尽管有关经济法的教科书不胜枚举，但几乎千篇一律，缺乏理论的广度与深度。

经济法作为一种新生事物，其发展和本质的显露需要时间来铺开，自然，人们对其认知便具有片断性、过程性、局部性，其基础理论的构建以及对现行法律制度的贡献也不可能像传统法学科那样完备。不过，从另一角度审视，我们也要对“经济法”的生存发展趋势抱乐观态度，因为传统法学的研究只是一种“装修”工作，而经济法学的探索则是“造房”的创举。著者预言，如果中国法学界对世界法学的繁荣与发展具有某种上升为制

^① [德]拉德布鲁赫著，米健、朱林译：《法学导论》，中国大百科全书出版社1997年版，第80页。另外，根据查姆波特的看法，经济法是一种有助于把传统法的不同部门运用于经济领域的思想方法或新的观念认识。杰奎明则认为：“经济法与其说是一种法律体系，不如说是一种法律的研究方法。”意大利的朗果和莫萨似乎也持同样的看法。参见[美]丹尼斯·特伦：《商法与经济法》载《法学译丛》1986年第4期，第35页。

度文明的贡献，包括法学思想与法律制度的贡献，首当为经济法学。

二

时下，人们对伪劣产品深恶痛绝并抱怨其像“韭菜”一样，“割出一截又长出一截”。责难的是其表象，殊不知伪劣的产品是伪劣的人造的，伪劣的人是由伪劣的制度培育出来的，^① 伪劣的制度又源于伪劣的理论，伪劣的理论又生长于伪劣的思想之中。是故，由于其中的内在逻辑并不为善良的人们所洞悉，因而“打假”只能治标，不能治本，其本为伪劣的思想——那种把人引入利益或金钱的陷阱中而又不将其解救出来的思想。正因为如此，思想多半是片面的、肤浅的、稚嫩的，而理性却与之不同，它是全面的、深刻的、成熟的，意味着理念，表达着精神。经济法要走向成熟，除了要有丰富的思想外，还必须注重理性，根本上要注重理念和基本范畴的研究。^② 强调理念的研究，未必就是不重视制度的设计与实证。制度作为理念的外化物或对象物，是理念中自然生成的制度，这正如“鸡蛋中不可能孕出大灰狼”一样，有着其自身的内在规定性。“经济法的研究，应当是将理念贯穿入具体的法律制度，寻求新的调整方式。”^③ 何况，就我国的经济法理论而言，仍还“程度不同地存在着基础理论不能指导具体制度理论，以及从调整对象不能伸展和推导出后续各类相关主体理论、行为理论、责任理论、体系理论等问题”，^④ 因

对此霍布斯有句名言可做注脚。他说：“人们不是生而为公民，却是被造就为公民的。”

^① 对于有关理念（Die Idee）的精辟见解，可参见〔德〕黑格尔著，范企泰译：《法哲学原理》，商务印书馆 1961 年版，导论部分第 1～2 页，以及贺麟译：《小逻辑》，商务印书馆 1980 年版，第 397～404 页。

史际春、邓峰主编：《经济法学评论》（第 2 卷），中国法制出版社 2002 年版，第 2 页。

^④ 张守文：“经济法系统的系统分析”，载《经济法研究》（第 2 卷），北京大学出版社 2001 年版，第 167 页。

此，理性与制度的研究都不能偏废。

另外，任何一种理念的出现，由于首先是理性的，所以必然有着传统学术资源的支撑，并且可以从中窥探出逻辑上清晰的运行轨迹，不可能是“空穴来风”、“从石头中蹦出来”的，理论不是“岩层”，不可能有“断层”，这是基本的理论逻辑和学术常识。

三

“经济法”一词源最早可见之于法国空想社会主义者摩莱里的《自然法典》一书中。^①后来，法国另一位空想社会主义者德萨米也在其著作《公有法典》一书中使用过它。^②但是，这一称谓是否具有我们现在意义上所指称的内涵，学界有争议。一直到1906年，德国学者莱特（Ritter）在《世界经济年鉴》杂志里第一次从现代意义上使用了“经济法”这个概念，^③但是，他也没有给经济法下一个科学的定义及界定其确切的内涵。直至20世纪20年代，随着有关经济法的专门学术著作的问世，人们才开始对经济法进行了理性的思考，至此，在国内外，相继有了“国家干预说”、“国家协调说”、“商法说”、“企业法说”、“经济法说”和“经济私法说”等诸种理论。

目前，经济法经过几十年的发展，逐显繁荣之势。但是，在

摩莱里（Morelly, 1720 - 1780）在其出版的《自然法典》第四编“合乎自然意图的法制蓝本”中使用了“经济法”一词，阐述了“经济法”就是“分配法”的思想。参见〔法〕摩莱里著，黄建华、姜亚洲译：《自然法典》，商务印书馆1982年版，第106~110页。

^② 在该书中，德萨米（T. Dezamy, 1803 - 1850）再次提出“分配法和经济法”这一概念，“设想在整个共和国境内，普遍一律地在所有各公社之间实行社会财富的平均分配”。参见〔法〕泰·德萨米著，黄建华、姜亚洲译：《公有法典》，商务印书馆1982年版，第40页。

对于这个结论，学界仍还有人存有疑问，不过，基本上都持肯定态度。有关的论争可参见肖江平：《中国经济法史研究》，人民法院出版社2002年版，第56~57页。

著者看来，繁荣的背后仍隐藏着深刻的危机，最明显的是其理论的构建仍不充分和完备。比如，经济法有零散的思想，但没有逻辑上的统一性、自洽性。

如何构建经济法的理性，大陆法系研究模式限定我们的思维必须采取调整对象的进路。这诚如我国已故的民法学者佟柔所说，“谁要想建立一个经济法部门，就必须指出这些经济法规在调整对象上的同类性，或者指出在我国现阶段已产生了一种新的经济关系，它不同于以往人们所认知的任何一类经济关系，并应找到在这种经济关系中起作用的特殊规律，找出不同于其他部门法的调整原则和方法”。^①由此，推导出相关的主体理论、行为理论、责任理论、体系理论及相应的制度设计。^②著者把这种经济法的研究手法称为“佟柔一张守文”图式（*schema*）的整合研究方法论，并以此来作为经济法理性铺开的理路。

遵循上述的研究图式，本书的构架十分彰显，认为经济法是在社会化生产为基础的市场经济中，为缓和人与人之间争夺增量利益（即剩余价值，具体表现为利润等）的冲突，规范其争夺增量利益之行为，保障增量利益的生产和再生产的一种现代法。简言之，经济法是调整社会化生产中人与人之间的增量利益关系之法律规范的总称。全书共分六章，第一章从解读金泽良雄的经济法思想和对当前经济法学主流学说在方法论上的反思入手，阐明著者所主张的研究前提和范式；第二章在确定研究方法基础上分析经济法的生成；第三章是本书的核心，详研了著者所认知的经济法调整对象、经济法调整所遵循的经济规律、经济法调整原则、经济法独有的调整方法、经济法的本质、经济法的地位和体系等系列根本性问题；第四章是在本体论的基础上进一步探析了

^① 佟柔：“学科经济法论”，载本书编写组编著：《中国经济法诸论》，法律出版社 1987 年版，第 230 页。

^② 参见张守文：“经济法系统的系统分析”，载《经济法研究》（第 2 卷），北京大学出版社 2001 年版，第 167 页。

经济法存在的基础；第五章为经济法法权的研究，这为经济法的制度构设提供样本；第六章为经济法价值论，阐明经济法存在的法律意义。由此，试图统览经济法理性全貌，为经济法的理论与制度建设进行拓补和增新。

第一章 经济法研究方法论

本章提示

本章分为三节，第一节是通过对金泽良雄经济法思想的解读，阐明方法论在经济法研究上的重要意义；第二节是对当前中国经济法学主流学说的反思，以说明其在研究上仍存在类似的方法论不适问题；第三节在前两节的分析基础上归纳总结出经济法研究应有的方法论。在第二节中，著者以为，经济法基础理论的研究，应从唯物主义一元论，即物质生活事实出发，而不能为公私法二元分立的传统法学思维模式所禁锢。

第一节 一种失范的经济法学说： “社会调节法说”的解读

一、“社会调节法说”思想概述

有关金氏的经济法思想，主要集中在其名著《经济法概论》第二章中，通过此章，我们足以把握金氏的经济法思想的精髓。在该章有关经济法本质的论述中，金氏指出：“所谓的经济法不外是适应经济性即社会协调性要求的法律。也就是说，为了以社会协调的方式来解决有关经济循环所产生的矛盾和困难（通过市民法进行的自动调节作用的局限）的法律。”^①换句话说，经济法也就是资本主义社会，为了以“国家之手”代替“无形之手”来满足各种经济性的，即社会协调性要求而制定之法。而且他还认为，“经济法是具有着超越市民法限度时为解决高度发

[日]金泽良雄著，满达人译：《经济法概论》，甘肃人民出版社1985年版，第28页。

展的资本主义经济中的各种矛盾和困难所产生的一系列法的本质”。^① 金氏的这种经济法思想，国内有学者将其概括为“社会调节法说”，^② 著者据以此称进行剖析。

通览全文，在对其观点进行论证的过程中，金氏把资本主义社会的法律分为作为自由主义经济的法律秩序之市民法与国家经济干预之法。^③ 他认为，作为自由主义经济的法律之市民法，使自由主义经济得以建立的法，就是现代私法的市民法。在资本主义社会中，由于个人主义原则的支配赢得了某些社会和经济的协调的发展与繁荣。但是，这并非个人主义原则的全部贡献，而是个体自由与市场的“无形之手”共同创造了社会的协调与繁荣，也即“市民社会里，将个体自由（市民社会的私人一面）推向表面化的同时，而在其自身也潜在着以‘无形之手’所支配的协调与繁荣（市民社会的公共性一面）。因此，市民社会所要求的法律秩序，只是以确保个体自由的市民法为限，而借助‘无形之手’（经济法则）所完成的协调与繁荣这一面的原则上说，给法律现象造成了空白状态”，^④ 而填补这种空白状态的手段，虽然可以按照协调现实社会要求的典型和程度表现为种种方式（私法手段和公法手段），但作为最接近于市民法的形式个体之间的利益调整，还是从社会的观念借助于私法领域中法的规范和私法的原则。

在论述经济法的地位时，金氏还指出，“经济法为满足经济性——社会协调性的要求，不仅采取公法的规制，同时也采用了

① [日] 金泽良雄著，满达人译：《经济法概论》，甘肃人民出版社 1985 年版，第 183 页。

参见史际春、邓峰：《经济法总论》，法律出版社 1998 年版，第 105 页。

把资本主义社会的法律做类似划分的，在日本还有正田彬，他在研讨经济法的形成时，通过对法的秩序与经济秩序的关系分析，把资本主义社会的法的秩序归为与自由资本主义相对应的法秩序和垄断资本主义经济相对应的法秩序两种形式。可参见 [日] 正田彬：“经济法的形成与其意义”，载《法学译丛》1986 年第 6 期。

[日] 金泽良雄著，满达人译：《经济法概论》，甘肃人民出版社 1985 年版，第 25 页。

私法方面的规制，从这种意义上说，经济法正是跨于公法、私法两个领域，并也产生着这两者相互牵连以至相互交错的现象”。^①这就是我们一般所认为的“经济法是第三法域”的思想根源。

二、“社会调节法说”的解读

当然，金氏在确定其“经济法是什么”的命题并极力论证的过程中，既没有沿袭德国大陆法系的逻辑演绎的传统（尽管经济法是由德国导入日本的），亦没有采纳英美法学的实证或分析主义的方法论，而是有着自己独到的视角。尽管在著者看来，这些视角也未必全然具有合理性，而且在很多方面存在缺失。通过清理，我们可以大致掌握其基本理路：首先，在金氏看来，经济性是经济法的根本特征；其次，经济法所采用的社会协调方式，是为了解决经济循环过程中所产生的矛盾和困难，换句话说，就是市场自身的缺陷（我们通常所说的市场失灵），需要国家干预来进行弥补，也即“双手并用”的原则；第三，经济法作为一个独立法律部门的存在，源于两个方面：一是以既有公法和私法的划分为前提，二是在经济法的调整方法上，采取的是公法手段与私法手段并用方式，这些基本论调，我们应肯定其价值，但同时也是值得商榷的。

（一）有关“经济性”的问题

把“经济性”作为经济法的基本精神并不是金氏所创，德国学者赫德曼（Hedemam）就曾主张，以具有现代法特征，并渗透于现代法的经济精神为基调之法为经济法，并认为“正如18世纪中的‘自然’为该时代的基调一样，在现代则以‘经济性’（wirtschaftlichkeit）作为时代的基调，而以此经济性特征的法为经济法”。^②对于“经济性”，金氏并没有给其以严格的定义

〔日〕金泽良雄著，满达人译：《经济法概论》，甘肃人民出版社1985年版，第33页。

② 转引〔日〕金泽良雄著，满达人译：《经济法概论》，甘肃人民出版社1985年版，第125页。另可参见〔日〕锋村光郎：“德国有关经济法概念的各种学说”，载《外国法学研究》1985年第2期，第49页。

并确定其内涵、外延所适用的边界，只是含糊其辞地在很多地方把“经济性”等同于“社会协调性”，如“经济性即社会协调性”、“经济—社会性”、“经济性干预”，等等，而在给“经济性干预”下定义时，我们又可以推知其“经济性”的内涵其实就是“经济流转”。我们认为，金氏对“经济性”的理解在思维逻辑上是混乱的，他只隐隐约约地觉得经济性应为经济法的根本特征，因此在阐述其意义时，不得不大量采用例举的方法。把经济法的根本特征定位于“经济性”，我们很难用“正确”两字给它定位，只能说是欠准确。当然，我国也有不少学者赞同此说法，认为“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、经济规定、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，这是经济法不同于所有部门法的本质特点。^①但对此亦持有反对观点的，认为，所谓“‘经济性’，一是指具有财产内容，一是指与社会经济生产、分配、交换、消费有关（这种理解同金氏的‘经济性干预’中的‘经济性’的内涵颇为相同），并且认为具有经济性的法律部门远不止经济法……可以断言，世界上根本就没有无经济性的法律。”^②不过，把“经济性”定位为经济法的基本精神或根本特征，经济法学者在论证时仍是不充分的。因为人作为社会性的动物，不仅是“政治人”，而且还是“经济人”。社会人所参与经济而内生的法律秩序，我们很难说不具有经济性的特征，尤其是在经济高度发达的今天。比如宪法，查尔斯·比尔德就认为，“在某种意义上，宪法本身就是一个经济文

参见张守文：“论经济法的现代性”，载《中国法学》2000年第5期；张守文、于雷：《市场经济与新经济法》，北京大学出版社1993年版，第68~74页；史际春、邓峰：《经济法总论》，法律出版社1998年版，第55~57页。

^② 邱本：“经济法流派述评与经济法观念更新”，载《吉林大学学报》1997年第2期。

件，离开经济，宪法就是一纸空文”；^①而且，密尔顿·菲斯克也指出所谓的宪政，无非就是“调整私有经济中不可避免的社会矛盾的一种政体形式”，“随着情势的变化，如果要保存宪政以阻止向专制统治迈进的趋势，就必须对产权制度进行适当的修正”。^②还比如，有关“经济刑法”问题，也很明显具有“经济性”的特征。^③故此，在论及经济法与行政法的分野问题上，许多学者把经济性与行政性作为其一个根本区别标志，这是欠妥当的。当代社会，没有人会认为行政法是脱离经济而存在的法律部门。我们认为，可以普遍适用于理解一切事物的东西，因而也就不具体适用于解释任何一种特定的事物，这是一个基本常识。在这个意义上说，金氏把“经济性”理解为经济法的基本精神或根本特征是不准确的，这从方法论的角度来说，是以法现象的认识代替了法本质。

其实，这种以“经济性”特征作为经济法本质描述的经济学方法，也相类似地发生在其他经济法学者身上。把社会学方法适用于经济生活中进行研究，然后，试图阐明经济法的场景的现象亦有之。比如，伦布（Rumpf）主张，以对法律领域中经济的客观实际部分所作的法学上（Vollrechtlich）的全面探讨，理解为经济法的研究，企图从这一论点出发，来建立综合民法和商法的基础，并使这样的私人经济法与公共甚至国家经济法既对立，又在整个法学体系中使两者处于统一综合的地位。此外，卡伊拉（Geiler）也认为，经济法无非是在有关经济生活的

^① [美]查尔斯·比尔德：《美国政府与政治》（上册），商务印书馆 1990 年版，第 384 页。

^② 密尔顿·菲斯克：“财产权、经济与国家”，载阿兰·S. 罗森鲍姆编：《宪政的哲学之维》，生活·读书·新知三联书店 2001 年版，第 167 页。

有关刑法经济性问题论述，可参见陈正云：《刑法的精神》，中国方正出版社 1999 年版，第 112 ~ 219 页。当然，在刑罚学中，有时“经济性”也是“节俭性”的同义词。例如，边沁常将“经济性”与“节俭性”互换使用。在《惩罚原理》与《道德与立法原理导论》中，他使用“节俭性”一词，而在《立法理论——刑罚典原理》中，他使用的是“经济性”。

法律领域中，适用法学研究的社会学方法而已。再者，主张一切有关经济的法律均为经济法的威斯赫夫（Westhoff），也可以说是属于这一论点的。严格说来，这一论点，不应该被看做是有关经济法“概念”的学说。^①

（二）有关金氏经济法思想的理论基础问题

1. 金氏经济法思想的经济学基础

仔细研习金氏的经济法思想，会发现其理论基础不外乎两个：一是经济学理论基础，另一则是法理基础。对于前者，尽管金氏在书中没有明确提出，但我们完全可以猜测得出。在此书中，金氏并没有明确提出或公开标明其赞成某种经济学理论，或者说其经济法思想的经济学理论基础是什么，但我们依据其当时成书的背景来推测，凯恩斯的“国家干预经济”理论必为其立论之基。金氏曾指出：“市场本身存在的‘无形之手’所完成的协调与繁荣给法律现象造成了空白状态。”如果我们转换成经济学的语境就是：市场自身的自动调节存在缺陷，而这一块空白地带需要国家这只“有形之手”的介入进行填补。“有形之手”与“无形之手”的相互配合是符合凯恩斯理论创建以来的经济理论与实践发展的，这种主流经济学思潮在二战后一直占据主导地位。由此可知，金氏经济法思想一定程度上也追随了这种理论潮流，这在日本是有法制实践背景的，因为二战后的日本采取了一系列通过国家干预经济来组织和管理生产、干预劳动、控制资源、调节商品货币关系、控制市场、左右消费等措施振兴国内经济，所以，国家这只“看得见的手”从经济学领域置换到法学领域并为金氏所吸纳和提炼不是没有可能的。这种假以凯恩斯经济理论为思想前提，是缺乏理论深度的，亦是需要加以斟酌和反思的。

转引自〔日〕金泽良雄著，满达人译：《经济法概论》，甘肃人民出版社1985年版，第8页。另可参见〔日〕锋村光郎：“德国有关经济法概念的各种学说”，载《外国法学研究》1985年第2期，第65页。

自从斯密以来，西方的主流经济学派一直是在“自由”与“干预”两者之间进行徘徊，并相互交替在一定时期占据主导地位。由于契合市场经济的本质，斯密的理论无疑具有极大的魅力，斯密曾指出：

每个人都在力图运用他的资本，来使其产品能得到最大的价值。一般说来，他并不企图增进公共福利，也不知道他所增进的公共福利是多少。他所追求的仅仅是他个人的安乐，仅仅是他个人的利益。在这样做时，有一只看不见的手引导他去促进一种目标，而这种目标决不是他们所追求的东西，由于追逐他自己的利益，他经常促进社会利益，其效果要比他真正想促进社会利益时所得到的效果更大。^①

自由市场经济初期，“自由放任”（*laissez-faire*）的思潮具有极强的生命力，许多大师，如哈耶克都对其推崇备至。但随着市场经济的深入发展，其负面效应不断放大，在 20 世纪二三十年代终于显露并引发席卷全球的经济危机。凯恩斯理论就是这种经济背景下的产物，亦是人们对“自由放任”的古典经济学思潮的反思和批判的成果，凯恩斯在其名著《就业、利息和货币通论》中所提出的积极的货币政策及财政政策，成为人们希冀根治市场经济弊病的良方。然而，凯恩斯的理论很快因为资本主义社会陷入“滞胀”而流于破产。究其原因，依据公共选择理论，国家作为一种社会实体，并不是一个抽象的存在物，而是由具体的人组成的政府，这些少数的精英阶层掌握着国家机器的运作，因而其干预理论，严格说来都是极少数人采取的经济行动或决策行为。^② 因为人理性的有限性决定其政府的有限理性，干预

转引自 [美] 保罗·A. 萨缪尔森，威廉·D. 诺德豪斯著：《经济学》（第十四版）（上），首都经济贸易大学出版社 1996 年版，第 62 页。

参见 A. Downs, *An Economic Theory of Democracy*, New York: Harper&Row, 1957, pp. 290 ~ 297, 另可参见 Arrow, Kenneth J., “A Difficulty in concept of social welfare”, *Journal of Political Economy*, 58 (1950), pp. 328 ~ 346; Arrow Kenneth J., *Social Choice and Individual Values*, Yale University Press, New Haven, 1951.

未必能达到良好的经济运行效果，此其一；其二是人自身的自利性，政府官员的利益最大化行为又难以避免，权力寻租，政府失灵时有发生；其三也即更为重要的一点便是：市场本身作为“自然扩展之秩序”，其许多东西都是内生的，而国家干预则很可能破坏其自身的规律，包括其内在的规则，使市场经济的发展走向“反市场”的方面。真正的态度在于，人们只能利用自己的有限理性去尽量发现、认识市场经济规律并尽量地去限制其危害人类福祉的范围。在著者看来，经济危机、金融危机、资源环境危机等，其出现是以社会化大生产为基础的市场经济的必然结果，是“福利”的人们所必须承受的一种痛苦的、无奈的选择和代价。哈贝马斯曾就此精辟地指出，在自由资本主义社会里，危机的形式表现为无法解决的经济体制问题，危机的出现根源于资本积累与剩余价值占有上的矛盾性（其实马克思对此亦早有论述）。

“从资本实现的角度来看，同样的矛盾表现为：一方面，在每一个新的积累阶段，随着剩余价值增多，潜在的社会财富也在增长；但在另一方面，大众的消费能力以及与此相关的资本运作机会也会有同样程度的提高，但前提是资本拥有者必须放弃相应比例的私有剩余价值。因此，由于缺少资本实现的可能性，或缺少对投资的刺激，积累过程就必定会陷于停滞。”^①

只是文明的发展警醒人们，如何运用法律这种控制手段在居变中寻求稳定，在嚣乱中寻求和平，在磨难中寻求幸福。

对于周期性经济危机，无论是凯恩斯主义，还是后来的货币主义、政策主义、抑或福特主义及后福特主义，等等都未能根本解决，资本主义始终在“自由→干预→自由→干预……”的治乱中循环。很明显，国家对市场的干预问题，并不是由凯恩斯

^① [德] 尤尔根·哈贝马斯著，刘北成、曹卫东译：《合法化危机》，上海人民出版社 2000 年版，第 38～39 页。

起，亦不以其为止，这是以社会化大生产为基础的市场经济的必然要求。从功能主义角度考察，自从国家诞生以来，就存在对经济的管理职能，换句话说，存在对经济的干预或协调。依据“瓦格纳法则 (Wagner's law)”，社会的发展及市场的膨胀，政府的公共财政亦不断扩张，国家所起的作用和担负的责任扩大是不可避免的，^①关键在于干预或协调不应是单纯的行政手段，而是法制化的各种手段。现代经济发展的实践告诉我们，今日所谓的国家已非传统意义上的“政治国家”，而是“经济国家”，国家拥有庞大的自然资源与信息资源，已成为市场经济发展不可或缺的要害之一，从这个角度来说，金氏的思想是不能完全涵盖现代经济法的全部特质或内涵的。

2. 金氏经济法思想的法理基础

金氏经济法思想的架构源于传统的公私法二元分立的理论。在文中，金氏旗帜鲜明地指出，资本主义自由经济立法可以分为作为自由主义经济的法律秩序之市民法与国家对经济干预之法，至于为什么要这样划分，他并没有明确的解释，只是从其表述经济法在法律体系中的地位的话语中，我们可以窥出其是应用了传统的公私法二元分立的理论。因为在他看来，经济法是由于传统公法与私法相互渗透、融合而产生的第三法域，是基于已有的

著名的财税大师瓦格纳 (A. Wagner) 考察了 19 世纪欧美等国家的公共支出的增长情况，根据大量的统计资料，得出了“随着经济的发展，政府的公共支出也相应地不断增长”的结论。对于瓦格纳定律，人们存在着不同的认识。例如，马斯格雷夫认为，瓦格纳定律只是表明，随着人均收入的提高，公共部门的支出也会相应地提高。转引自张守文：“税权的定位与分配”，载《法商研究》2003 年第 5 期。

“三分论”说而作出的逻辑判断。^①按其思想逻辑，如果不是传统公法、私法的对立与融合的趋势，经济法作为一个法部门是不可能独立存在的。

这种定位，看起来似乎是毫无破绽的，但深入思辨，又觉得欠妥当。对于公法与私法的定义及划分，历史上许多著名的大师都有其经典的论述，而且其各自的理解都有较大的差异。公法和私法的划分最早源于古罗马法，古罗马法学家盖尤斯在其《法学阶梯》第一卷便对公法和私法进行切分：“法律学习分为两部分，即公法和私法。公法涉及罗马帝国的政体，私法则涉及个人利益。”^②而另一位罗马法学家乌尔比安在《学说编纂》里也指出：“公法是关于罗马帝国的规定，私法则关于个人利益的规定。”^③尽管如此，在罗马法中，我们认为实际生活中并不会严格存在真正意义的公私法，虽然罗马人具备这种公私法的理念，但整个罗马社会的公私法及其复杂性仍不充分，若仅就其对法律体系建构地位而言，还不至于成为法律分类的绝对界限。其主要原因在于，古罗马社会的法律并不乐意去约束统治者或限制其权力。当代英国著名法学家达维（David）和布赖利（Brierley）认为：“罗马法提出了公法和私法的划分，但这样做的目的在于撇开公法——如果真的存在公法的话，换句话说，法学家们谨小

据著者考证，把经济法概念与公私法理论牵扯在一起的最早人物应是蒲鲁东，1865年他在《论工人阶级的政治能力》一书中阐释了经济法的概念。他认为，法律应通过所谓的“普遍和解”的途径解决社会生活的矛盾，但是，公法与私法都无助于实现这一目标，因为公法会造成政府过多地限制经济自由的危险，而私法则无法影响经济活动的全部结构。因此，社会组织将建立在“作为政治法与民法之补充和必然结果的经济法”的基础上。参见[法]雅克曼、施朗斯著，宇泉译：《经济法》商务印书馆1997年版，第1~2页。其后，德国学者拉德布鲁赫从社会法的角度提出经济法为公、私法相互渗透融合的第三法域的观点。参见[德]拉德布鲁赫著，米健、朱林译：《法学导论》，中国大百科全书出版社1997年版，第77页。

^② [美]艾伦·沃森：《民法法系的演变及形成》，中国政法大学出版社1997年版，第206页。

转引自江平、米健：《罗马法基础》，中国政法大学出版社1991年版，第9页。

谨慎地避开了这个危险的禁区。”^①

事实上，真正意义上的公、私法划分必须依赖这一前提，即宏观意义上的公域与私域法治界限的出现和对立。换句话说，必须依赖于近代法治的正式建立，公法才有坚固的现实和理论基础，这就是以法律限制统治者的权力及规范其行使为基本原则，在此前提下，人们才开始承认法的领域应该扩展到统治者与被统治者，政府机关与个人之间的关系上。而这在很大程度上归功于16世纪以来出现的文艺复兴(Renaissance)运动，这场声势浩大的运动波及法学领域，使得罗马法复兴(Recovery of Roman Law)，也培育了许多著名的思想大师。公、私法的内涵确立，同此前相比，发生了革命性的变化。康德就把私法与“私权”相混用，认为，私法是“那些不需要向外公布法律体系”，而且其原则的核心是“一般外在的我的和你的”；^②而公法则相通于“公共权利”，“其表示那些需要公布的法律体系在文明社会中权利的原则”；^③法律社会学先驱马克思·韦伯则从社会学的角度对公法和私法进行区分，认为，公法是指“按照法律制度必须赋予行为的意向，行为涉及国家的强制机构，亦即它服务于国家机构本身的存在、扩展以及直接贯彻那些依照章程或者默契所适用的目的”；^④而私法则是指“按照法律制度所赋予行为的意向，行为与国家的强制机构无涉，而是仅仅可以被国家强制机构视为通过准则调节的行为”。^⑤自由主义大师哈耶克则认为，

转引自沈宗灵：《比较法总论》，北京大学出版社1987年版，第95页。

〔德〕康德著，沈叔平译：《法的形而上学原理》，商务印书馆1991年版，第136页。

③〔德〕康德著，沈叔平译：《法的形而上学原理》，商务印书馆1991年版，第136页。

〔德〕马克斯·韦伯著，林荣远译：《经济与社会》（下卷），商务印书馆1997年版，第1页。

〔德〕马克斯·韦伯著，林荣远译：《经济与社会》（下卷），商务印书馆1997年版，第1页。

“私法主要是指那些支配着个人活动和交易的规则；而公法则主要是指那些下达于各层人员执行集体计划或具体目的组织命令”。^①

综上所述，很显然，对于公、私法建构及划分，尽管在某些方面具有同一性，但不同的法学家基于各自的理论逻辑，都有不同的理解，很难形成实质上的统一。而且，我们还可以看到，公法和私法在近代大陆法系划分是同大陆法系成文法典化倾向分不开的，而英美法系最初则根本不存在公法与私法的概念，尽管宪法和行政法在英国相当发达，但公法作为一个法律部门一直未引起人们的充分重视，公法也并不被视为与私法对立的一个法律部门，英美法系国家把公法、私法的内容都融入了普通法和衡平法之中。大陆法系的这种僵死的划分（有时候这种方法也被韦伯称之为“形式理性”），在现代已受到了严峻的挑战。这种划分是大陆法系“概念主义”法学传统的产物，这种划分标准或认知的研究范式从法形式上便利人们认识法律的性质，并加以区别和适用，也有利于法学者进行“类型性”研究，然而，其弊端是极其明显的。首先，公、私法划分只能是作为一种学理上的界定，至于其是否真的在客观物质利益关系中存在以及两者有着明显的界域，这颇令人怀疑。^② 尽管形式反映事物的本质，但并不是所有的形式都会必然反映事物的本质；反映还是不反映，必须

^① Hayek, *Law, Legislation and Liberty: Rules and Order (I)*, The University of Chicago press, 1973, p. 132.

^② 比如，德国法哲学家、民法学家卡尔·拉伦茨（Karl Larenz, 1903—1993）就指出，“在公法与私法之间，并不能用刀子把它们精确无误地切割开，就像我们用刀子把一只苹果切成两半一样。公法与私法在许多方面相互交错一起，其中历史上的原因起着一定的作用。今天，在劳动法中，公法与私法的交错最为明显，劳动法中既有公法的成分，也有私法的成分。经济法也是这样，无论经济法包括哪些具体内容。”参见〔德〕卡尔·拉伦茨著，王晓晔等译：《德国民法通论》（上册），法律出版社2003年版，第5页。