

中国法学精萃系列丛书

中国经济法学精萃

(2004 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



高等教育出版社

内容提要

本书精选 2003 年度全国报刊上公开发表的有代表性的优秀经济法学论文编辑而成。内容涵盖经济法总论、市场管理法、宏观调控法等几个方面。这些论文代表了 2003 年度我国经济法的发展水平,可供法律专业高年级本科生、硕士研究生、博士研究生、准备考研的人士以及法学教研人员和法律工作者阅读参考,也可作为年鉴由图书馆资料室收藏。

图书在版编目(CIP)数据

中国经济法学精萃. 2004 年卷/法苑精萃编辑委员会
编. —北京:高等教育出版社, 2004. 10

(中国法学精萃系列丛书)

ISBN 7-04-015937-6

I. 中... II. 法... III. 经济法—法的理论—中国—
文集 IV. D922.290.1-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 095047 号

| | | | |
|------|----------------|------|---|
| 出版发行 | 高等教育出版社 | 购书热线 | 010-64054588 |
| 社 址 | 北京市西城区德外大街 4 号 | 免费咨询 | 800-810-0598 |
| 邮政编码 | 100011 | 网 址 | http://www.hep.edu.cn |
| 总 机 | 010-58581000 | | http://www.hep.com.cn |
| 经 销 | 新华书店北京发行所 | | |
| 印 刷 | | | |
| 开 本 | 787×960 1/16 | 版 次 | 年 月第 1 版 |
| 印 张 | 31.75 | 印 次 | 年 月第 次印刷 |
| 字 数 | 590 000 | 定 价 | 45.60 元 |

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号:15937-00

策划编辑 梁代军
责任编辑 李江泓
封面设计 张楠
版式设计 马静如
责任校对 尤静
责任印制

法苑精萃编辑委员会

编委(按姓氏笔画排序)

- 王利明 中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师
- 王保树 清华大学法学院教授、博士生导师
- 王晨光 清华大学法学院院长、教授、博士生导师
- 王家福 中国社会科学院法学研究所终身研究员、博士生导师
- 公丕祥 江苏省高级人民法院院长,南京师范大学教授、博士生导师
- 付子堂 西南政法大学副校长、教授
- 石少侠 国家检察官学院院长,吉林大学法学院教授、博士生导师
- 田平安 西南政法大学教授、博士生导师
- 龙宗智 西南政法大学校长、教授、博士生导师
- 石泰峰 中共中央党校副校长、教授、博士生导师
- 江 平 中国政法大学终身教授、博士生导师
- 孙宪忠 中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师
- 朱景文 中国人民大学法学院教授、博士生导师
- 米 健 中国政法大学教授,《比较法研究》杂志主编
- 李 龙 浙江大学法学院院长、教授、博士生导师
- 李 林 中国社会科学院法学研究所研究员,《中国社会科学》杂志副主编
- 李昌道 复旦大学法学院院长、教授
- 张广兴 中国社会科学院法学研究所研究员,《法学研究》杂志社社长
- 张文显 吉林大学党委书记、教授、博士生导师
- 张晋藩 中国政法大学终身教授、博士生导师
- 邵建东 南京大学法学院院长、教授、博士生导师
- 吴汉东 中南财经政法大学校长、教授、博士生导师
- 吴志攀 北京大学副校长、教授、博士生导师
- 何勤华 华东政法学院院长、教授、博士生导师

- 陈卫东 中国人民大学法学院教授、博士生导师
陈光中 中国政法大学终身教授、博士生导师
陈兴良 北京大学法学院副院长、教授、博士生导师
陈明华 西北政法学院院长、教授、博士生导师
周国钧 《中国法学》杂志主编
郑成良 上海交通大学法学院院长、教授、博士生导师
郑成思 中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师
贺卫方 北京大学教授、博士生导师,《中外法学》杂志主编
赵秉志 中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师
胡建淼 浙江大学副校长、教授、博士生导师
郝铁川 中共上海市委宣传部副部长,华东政法学院教授、博士生导师
徐显明 中国政法大学校长、教授、博士生导师
高鸿钧 清华大学法学院教授、博士生导师
黄 进 武汉大学副校长、教授、博士生导师
崔建远 清华大学法学院教授、博士生导师
曹建明 最高人民法院常务副院长、教授、博士生导师
梁慧星 中国社会科学院法学研究所研究员、山东大学法学院院长、教授、博士生导师
曾令良 武汉大学法学院院长、教授、博士生导师
曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博士生导师
霍存福 吉林大学法学院院长、教授、博士生导师

总主编 张文显

总策划 法苑精萃创作中心

法苑精萃编辑部

主任 王卫权

委员 (按姓氏拼音排序)

姜 洁

梁代军

宋 军

吴 勇

张 杰

序

当今是知识爆炸的时代,又是时间四分五裂的时代,这就形成了无限的知识与有限的时间之间的矛盾。其实这也是人生的矛盾,求知的本性与短促的人生的矛盾,这一矛盾深深地困扰着人类。

解决这一矛盾的努力无非有两种。第一种是充分利用时间。但会受到人的生理因素的制约,加上人生必要时间的支付,即使再充分利用时间,每人每天也只有 24 小时,因而这种努力未必真正有效。看来比较有效的是第二种,即对爆炸的知识进行甄别、挑选,取其精华,弃其糟粕。众所周知,著作虽多,但真正有永久价值的经典之作总是少数。择善而从,是人生的原则,自然也是读书求知的原则。读书求知的有效方法是取精用宏、含英咀华,读精品之作、经典之作。经典著作是知识的浓缩、思想的精华,读经典著作是纲举目张、事半功倍,恰似“与君一席谈,胜读十年书”,可以说,不读经典著作就谈不上真正的读书求知。

法治是治国安邦的大政国是,是全球大势和时代主题,也是人类智慧聚焦之所在。在步入法治社会的当代中国,法学日益成为一门显学,每年发表的法学作品数以万计。法律是时代精神精华的确认,法治是时代精神精华的贯彻,法学是时代精神精华的写照。法学必须是精华,只有精华才配称为法学,只有法学经典著作才是值得供人解读的真正的法学文本。人们希望快捷地找到其中那些真正有价值、有影响、堪称经典的作品。编选《中国法学精萃》系列丛书即是出于此种考虑。

考量著作是否精品、经典有以下标准:

一是思路新奇。学术的生命在于创新,学术的发展新新不已,学术创新之处正是学术精华所在。那些筌路蓝缕、独辟蹊径、开天辟地、振聋发聩之作当属精品、经典之作。

二是资料详实。思想没有全新的,学术是承先启后和不断推陈出新的,对大量的已有资料的搜集、占有、爬梳、概括、提炼本身就是十分重要的学术工作,而在这个基础上的研究才不是无源之水、无本之木。那些钩沉发隐、洞烛幽微、经纬百家、茹古涵今、集大成者当属精品、经典之作。

三是思想深刻。学术的使命是求真,追求真理。但真理作为规律是内在的、深刻的,这就决定了学术思想必须深刻,不深刻不足以入理。思想深刻是学术的价值所在、尊严所在,也是精华所在。那些体大思精、高瞻远瞩、笔扫千军、慎思明辨、警世谕人之作当属精品、经典之作。

四是传世之作。在所有的批判中,最伟大、最正确、最天才的是时间。精品、经典之作不仅是时代精神的精华,而且是时代精神的超越,是经得起时间批判的传世之作。那些与时俱进、雄视百代、历久弥新、嘉惠新学、启迪后人之作当属精品、经典之作。

当然,上述标准是很高的,也许身不能至,但心向往之。我们把它们作为行动的旗帜和追求的目标,并为此而与人们一道不懈努力。

对于本系列丛书来说,我们希望达到以下目标:

一是起到年鉴的作用。从每年公开发表的法学文章中精选出有代表性、权威性、经典性的文章,铭记法学各学科每年的发展状况和学术进展,以供图书馆、资料室收藏。

二是具有教研资料的作用。资料是教研的基础,了解把握研究动态是为教为研之始,本套丛书可以成为教研人员床头案前之必备。

三是具有考试指南的作用。近几年法学硕士、博士考试愈来愈热、人数愈来愈多,每个考生在复习过程中,都要查找、复印、装订相关的有代表性、权威性、经典性的文章仔细阅读,极其烦难不便,本系列丛书恰能予以弥补,提供方便。

我们的工作把我们推到了审判官的位置,但我们没有火眼金睛,或许有时还有眼无珠,难免良莠不分,取舍不当。我们在提请公众批判理解的同时,也虔诚地希望公众热情参与,把自己所认为的精品、经典之作推荐给我们。俟条件允许,我们也会敬请有关专家、学者进行评选,以求名至实归、不负众望。

张文显

目 录

第一部分 经济法总论

| | | |
|-----|---|-----|
| 李昌麒 | 发展与创新:经济法的方法、路径与视域——简评我国中青年学者对经济法理论的贡献 | 3 |
| 邱 本 | 再论经济法的调整对象 | 39 |
| 史际春 | 李青山 论经济法的理念 | 46 |
| 漆多俊 | WTO:市场国际化与国际调节发展新阶段——兼论“入世”对中国国家调节和经济法的影响 | 60 |
| 王全兴 | 管 斌 经济法与社会法关系初探 | 72 |
| 董保华 | 论经济法的国家观——从社会法的视角探索经济法的理论问题 | 84 |
| 李昌麒 | 单飞跃 甘 强 经济法与社会法关系考辨——兼与董保华先生商榷 | 99 |
| 郑尚元 | 社会法的定位和未来 | 117 |
| 吕忠梅 | 鄢 斌 论经济法的程序理性 | 135 |
| 徐孟洲 | 侯作前 市场经济、诚信政府与经济法 | 155 |
| 张守文 | 经济法责任理论之拓补 | 166 |
| 郑鹏程 | 论经济法制定与实施的外部性及其内在化 | 184 |

第二部分 市场管理法

| | | |
|-------------------------|-------------------------|-----|
| 邱 本 | 论市场竞争法的基础 | 201 |
| 王晓晔 | “入世”与中国反垄断法的制定 | 220 |
| 鲁 篱 | 标准化与反垄断问题研究 | 235 |
| 王先林 | 若干国家和地区对知识产权滥用的反垄断控制 | 250 |
| [德]E. -J. 麦斯特麦克 著 方小敏 译 | 全球化中的欧洲竞争法 | 259 |
| [日]松下满雄 著 朱忠良 译 | 世界贸易组织的基本原则和竞争政策的作用 | 277 |
| 陈丽洁 | 中国反垄断立法的现状与问题 | 292 |
| 孙 晋 | 反垄断法适用除外制度构建与政策性垄断的合理界定 | 299 |

| | | |
|-----|----------------------------------|-----|
| 郭登科 | 付 荣 行政垄断法律责任的界定及构成要件 | 311 |
| 钟明霞 | 公用事业特许经营风险研究 | 321 |
| 邵建东 | 我国反不正当竞争法中的一般条款及其在司法实践中的适用 | 331 |
| 郑成思 | 反不正当竞争——知识产权的附加保护 | 343 |

第三部分 宏观调控法

| | | |
|-----|-----------------------------|-----|
| 张忠军 | 论金融法的安全观 | 353 |
| 刘定华 | 易志斌 对我国金融电子认证法律制度的思考 | 366 |
| 李金泽 | 加拿大外国银行分行准入制度及其对我国的启示 | 375 |
| 屈茂辉 | 张 红 论征收法律制度的几个问题 | 383 |
| 王先林 | 产业政策法初论 | 396 |
| 吴志攀 | 外资收购企业国有股的法律问题 | 407 |

第四部分 其 他

| | | |
|-----|-----------------------------|-----|
| 冯彦君 | 劳动权论略 | 423 |
| 林 嘉 | 劳动合同若干法律问题研究 | 437 |
| 徐智华 | 劳动争议仲裁制度的缺陷与完善 | 449 |
| 谢晓尧 | 消费者:人的法律形塑与制度价值 | 460 |
| 吕忠梅 | 刘长兴 试论环境合同制度 | 473 |
| 附录 | 2003 年度全国主要报刊经济法学论文索引 | 491 |

发展与创新：经济法的方法、 路径与视域

——简评我国中青年学者对经济法理论的贡献

李昌麒*

[摘要] 我国经济法理论研究自生自发,群体互动,历经数载的艰辛探索,在老中青三代学者的共同推动下,现在已经是成绩斐然,举世瞩目,特别是一批勇于开拓、敢于创新的中青年学者作出了重大的贡献。文章从研究方法、分析路径、审视视域三方面入手,对我国中青年学者在经济法理论研究方面的突出成就进行了梳理与评介。笔者期望通过此种对已有研究成果的系统综合研究,能对经济法理论研究的潜深拓新有所助益。

经济法是我国法律体系中的一个非常年轻的法律部门,也是我国法学领域中逐渐成长的一个新兴学科。自改革开放以来,我国经济法学界的老一辈学者为经济法理论框架的建构、主流学说的确立、经济法思想的传播做出巨大的理论贡献,奠定了经济法在法律体系与法学体系中的应有地位。在经济法的学科研究阵营中,一大批优秀的中青年学者脱颖而出,他们敢于创新、敢于尝试、敢于实证,为中国经济法理论的发展添上了一笔笔浓墨重彩。我作为老一点的经济法学者,从他们身上看到了中国经济法研究进一步发展的前景,因此觉得很有必要对我国中青年学者在经济法理论研究方面所取得的成果进行梳理与评介。这既是对他们研究成果的一种赞赏,也是对经济法不断拓新研究领域与研究进路的一种倡导。

需要说明的是,囿于资料的限制,难免挂一漏万,事实上,对我国经济法理论

做出过贡献的中青年学者远远不止我在文章所提到名字,今后我将继续关注我国中青年学者对经济法理论的研究成果,以便从中吸收养料。

一、方法维度:推陈与出新

法学研究方法是人们认识法律理论和法律实践的基本性能、发展规律和社会功能的思维方式、工具、规则和程序的总称。法学的发展与法学研究方法的发展是紧密相关的,法学研究方法本身就是法学理论的重要组成部分。“纵观法学的发展历史,我们不难得出这样一个一般性的结论:法学方法的每次变革,都在不同程度上带来了法律理论的突破和变革,而法学理论的突破和变革,往往又会对社会的发展产生巨大的影响。”^①我国经济法学界有一个很好的现象就是中青年学者的研究方法不断推陈出新,“这里所谓的‘新’既包括历史上从来没有过的,又包括历史上曾有过但我们没有使用或者没有很好使用过的,或者在新的历史条件下需要创造性使用的研究方法或者思维模式。”^②我国中青年学者研究经济法的方法,可以说是法哲学方法、经济分析法学方法、社会学法学方法和法律史、法学史方法交相辉映。因此,对中青年学者的一些研究方法进行检视和评价,有利于促进经济法理论的繁荣。当然在对他们的方法论进行讨论的时候,并不局限于对研究方法本身的分析,而是要将运用该方法所取得的一些理论成果一并纳入讨论范围,以研究方法带出理论成果,以理论成果佐证研究方法。因为研究方法毕竟只是手段,而理论的发展、创新才是目的,并且二者实际上也是相互依存、相得益彰的。

(一) 法哲学研究方法

我们知道“法律哲学始终是与某种一般哲学有联系的,但往往以后者作为自己的思想基础”。^③事实上法哲学的研究方法主要是移植哲学方法中的价值分析法,其运用价值判断来评价经济法律现象,以社会对经济法的需求为出发点,研究经济法怎样满足人的需要,探索经济法的价值。中青年学者在研究经济法理论中广泛采用了法哲学的研究方法。

程信和从经济法基本范畴的角度研究经济法的基本理论,认为每个成熟的学科都有特有的范畴,范畴作为一个学科的细胞,它的科学性、系统性和稳定性反映了并且决定着这门学科的存在基础和发展前景。经济法的最基本范畴是国民经济发展、社会整体经济利益协调(宏观平衡和微观平衡)和国家经济安全,即

^{①②} 李昌麒:《经济法学》,中国政法大学出版社1999年版,第8页。

^③ 沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第10页。

发展权、分配权(公平权)与安全权三位一体。^①此外,其根据可持续发展理论,对经济法的基本理念也提出了自己的观点,他认为经济法的发展观经历了从“促进经济发展”到“促进经济、社会的发展”再到“促进经济、社会的可持续发展”的演变;经济法的效益观是追求社会整体效益,且必须反映环境效益;经济法的公平观在内容上除包括机会公平和分配公平外,在时间跨度上应包括代内公平和代际公平;经济法的安全观还必须把人口、资源环境安全纳入其中考量。^②在这里,我更看中把经济法的全部作用归纳为发展、分配和安全的理论,应当说这种揭示抓住了经济法赖以存在的基础和发展的目标。

张守文针对经济法理论中行为理论的薄弱现状,从经济法主体、主体的权力和权利,以及其行为之间的内在联系出发,提供了“调制行为”这一重要范畴,以区别于民事行为和行政行为,从而进一步确定相应的权利义务及责任制度。张守文将经济法主体分为调制主体和调制受体,而且主体的权利义务具有不对等性,主体的法律责任具有双重性(本法责任和他法责任)和社会性。他认为,所谓调制行为,就是调制主体所从事的调控、规制行为,即在宏观上通过调节来控制,在微观上通过规范来制约,从而在总体上通过协调来制衡。调制行为在经济法主体行为结构和经济法制建设中占核心地位。^③

单飞跃从经济法的研究路径、经济法与法治运行的协调性、经济法与法治发展的路向一致性等方面的整合角度出发,从法治理念层面指出经济法的“法治理念”为4个方面:(1)自由理念,即市场竞争自由,经济政策民主;(2)公平理念,即规则公平、信息公平、分配公平;(3)发展理念,即持续发展理念、公平发展理念、快速发展理念;(4)安全理念,即宏观经济安全与发展安全。并进而说明了经济法不是异法治范畴,而是与法治共生共融的科学体系。另外单飞跃还从哲学的角度对经济法的价值范畴进行了研究,他认为经济法的价值从哲学的高度概括了经济法的目的与宗旨,决定了经济法的调整对象、特征、原则,揭示了经济法的存在意义。他从4个方面论述了经济法的价值范畴:

存在价值——商品经济的普遍性,经济法是以商品关系为生存基础的法,是与商品经济发展相适应的法律规范。

法权价值——权力的规制,即经济法是对私人权利和国家权力进行双重限制的限权法。

资源价值——发展公平。发展公平包括自然资源的开发、利用与受益公平、

① 程信和:《发展、公平、安全三位一体——经济法学的的基本范畴问题评析》,载《华东政法学院学报》1999年第1期,第24~29页。

② 程信和、李挚萍:《可持续发展——经济法的理念更新和制度创新》,见李昌麒:《中国经济法治的反思与前瞻》,法律出版社2001年版,第59~65页。

③ 张守文:《略论经济法上的调制行为》,载《北京大学学报》(哲社版)2000年第5期。

地区公平、产业公平。

社会价值——经济安全,即为国家整体经济安全提供保障。^①

此外,邱本通过法哲学的研究方式论证了经济法的基本范畴是自由、竞争和秩序,认为它们是经济法理论大厦的基石,经济法所有的制度、原则、规则都要由它们来厘定和阐释。^②王全兴认为研究框架是衡量一个学科的成熟与科学程度的重要标志,经济法的研究框架包括经济与法律互动框架、经济法规体系框架、主体—行为—责任框架,政府—社会中间层—市场框架、复合法益主体框架、当事人—相关人框架、当代人—后代人框架、比较框架以及可诉性规范与不可诉性规范相结合框架^③。

史际春认为经济法的价值表现为实质主义、社会效益、经济自由和经济秩序的统一。经济法的实质正义,是要求根据特定时期的特定条件来确定它的任务,以实现最大多数人的幸福、利益和发展。经济法所追求的社会效益,不只是一般而言的经济成果最大化,同时更是宏观经济成果、长远经济利益以及社会福利、人文和自然环境、人的自由和自身价值等诸多因素的优化和发展。而自由和秩序是一对与生俱来的矛盾。自始就将公法与私法融为一体的经济法,天然要以经济自由与经济秩序的统一、和谐作为其价值追求的目标。^④有学者认为社会利益本位是经济法价值的实质,经济安全、经济秩序、社会正义、整体利益、经济民主、经济自由等经济法价值是利益的具体表现。^⑤程宝山对民法和经济法价值目标的差异性进行比较研究,认为前者着眼于增加个别交易的效率,后者强调社会总体效益;前者强调机会公平,后者强调结果公平。民法是市场经济的基本法,经济法是市场经济的主导法,两法的价值体系具有一致性、谐和性和互补性。^⑥而卢炯星则较为系统地阐释了“宏观经济法”的概念,认为宏观经济法是指调整国家为确保国民经济的正常运行,调节和控制宏观经济过程中发生的社会经济关系的法律规范的总称。它的特征有以下几个方面:(1)具有宏观性、总体性;(2)主体一方必定是国家及其授权宏观经济管理部门;(3)各主体经济权利义务之间具有相对不对称性;(4)具有变动性。^⑦

尽管法哲学的研究方法非常传统,但中青年学者却能从多角度、多维度运用此种研究方法对经济法的基本范畴、基本理念和基本价值、基本概念等理论进行

① 单飞跃:《略论经济法上的调制行为》,中国检察出版社2002年版,第3~23页,第252~269页。

② 邱本:《自由竞争与秩序调控》,中国政法大学出版社2001年版,第254~310页。

③ 王全兴:《经济法基础理论与专题研究》,中国检察出版社2002年版,第38~65页。

④ 史际春、邓峰:《经济法总论》,法律出版社1998年版,第152~159页。

⑤ 何文龙:《经济法理念简论》,载《法商研究》1998年第3期。

⑥ 程宝山:《经济法与民法的价值比较》,见李昌麒,前引书,第204~211页。

⑦ 卢炯星:《宏观经济法》,厦门大学出版社2000年版,第13~15页。

新的诠释,并取得了一定的突破和创新,进一步巩固了经济法的地位。由此可见,法哲学研究方法对经济法的研究具有相当重要的意义。但是在运用法哲学方法去研究经济法的同时,也应当研究经济法对法哲学的理论贡献。有学者指出:对法理学理论贡献的大小是部门法成熟程度的标志之一,目前经济法对法理学的理论贡献不太多,影响了经济法学科与其他法学学科之间的交流,影响了经济法学学科在法学界的学科评价和学科地位。^① 这是我们在采用法哲学研究方法时应当予以重视的地方。

(二) 经济分析法学研究方法

经济分析法是 20 世纪 70 年代初首先在美国兴起的西方法学思潮之一。^② 它是以经济学的理论和方法论来研究法律的成长、结构、效益及创新的学说,其核心的思想是效益,即以价值最大化方式分配和使用资源为其宗旨。作为一种学术思潮,经济分析法学已引起各国学者的重视,日益成为一种具有国际影响力的法学流派。正如庞德所指出的,“在以往 50 年中,法学思想方面发生了一种转向于强调经济的变化”,^③ 其研究方式对我国中青年学者产生了较大影响。

吕忠梅、刘大洪运用经济学的成本与效益理论、供给与需求理论、均衡理论对经济法的基础理论进行了研究。认为经济法的一个重要特征是“经济性”,包括节约、效益和经济手段三个方面的含义。节约即节约交易成本、资源消耗和权利配置的费用;效益指用较小的投入获得较大的产出;经济手段是指非民事、刑事、行政手段。作者认为由于市场失灵,国家就必须调控干预经济的运行,为了保障经济运行的效益,经济法就必须存在,经济法的独立存在关系到社会经济的良性运行和协调发展。但国家的干预是有范围的,交易成本的大小就是经济法调整的重要界限,即当交易成本不大时,仅有民商法即可,只有当交易成本过巨时,经济法才有干预的必要,这就从经济分析法学的角度对“适当干预的原则”作了较为深层的解读。同时作者还主张从另一层面剖析经济法的调整对象,即深入地考察经济制度、经济体制、经济运行机制、经济政策及其趋势和未来走向,并由此得出结论:经济法的调整对象应当是国家在对市场经济进行宏观规制过程中发生的社会关系,据此经济法主要是由宏观调控方面的法律规范和市场规制方面的法律规范两部分组成。^④

朱崇实在《经济法调整对象的再思考》一文中,采用经济分析法学的研究方法对经济法调整的社会关系进行了深入的探讨,他认为因为市场存在不完全竞

① 肖江平:《中国经济法学史研究》,人民法院出版社 2002 年版,第 231~232 页。

② 见沈宗灵,前引书,第 396 页。

③ 庞德:《通过法律的社会控制》,商务印书馆 1984 年版,第 65 页。

④ 吕忠梅、刘大洪:《经济法的法学与法经济学的分析》,中国检察出版社 1998 年版,第 250~259 页。

争或垄断,因此经济法要调整国家在调整市场主体关系维护公平竞争的过程中形成的社会经济关系。因为存在外部不经济效果,因此经济法要调整国家在实行宏观调控、促进经济协调发展中形成的社会经济关系。因为公共物品只能由国家提供,因此经济法也调整国家作为公共物品的供给者,在完成公共收入和支出的过程中形成的社会经济关系,因为国家有自然垄断行业的企业并且会开办某些国有企业经营以及供给某些公共产品,因此经济法也要调整国家作为国有资产的所有者,在国有资产管理过程中形成的社会经济关系。因为市场机制会产生收入与消费中的极大不平等,要消除或降低这种不平等,必须依靠国家的力量,依靠国家来实现整个社会收入的再分配。所以经济法也要调整国家作为社会公平的维护者,在实施二次分配和建立社会保障制度的过程中形成的社会经济关系。至此可完整的表述经济法的调整对象。

周林彬认为经济法律的经济根源包括马克思主义国家理论、博弈理论、交易费用理论和交换社会化理论。各个经济根源的内容虽有所侧重,但实质内容都与“合作”有关,因此“合作”是经济法的基本经济根源。以此为研究进路,民商法和经济法的性质及其边界这一困扰民商法和经济学界的所谓“调整对象”的问题,则可以从“博弈论”中找到解决问题的思路和答案。作者认为民商法和经济法都是以平等人之间的同意(合作博弈)为基础的,区别仅在于民商法在市场主体之间小范围的两人谈判不存在外部性的情况下更为有效,而经济法则在主体之间的两人以上谈判存在外部性的情况下更为有效。因此民商法和经济法的边界就位于市场主体两个私人交易或两人以上的公众交易之间,由于两人以上涉及公众的利益,所以经济法所反映的公众利益(表现为国家利益),也是一种公法利益。^①

王继军主张经济法的理论研究应当采用利益结构的分析方法,之所以要采用这种方法,是因为规范市场经济秩序的法律在本质上是一个涉及利益结构调整问题,在现实中,利益结构的调整是不能完全等同于法律条文的,利益变动的力量有时可以超出法律的框架,所以,以追求稳定性为目标的法律来规范不断变化的利益结构,其难度可想而知,这就需要在法律领域内引入利益结构的分析方法,也许在某些法律领域如刑法涉及的犯罪问题,为了“除恶务尽”,我们不去计较执法的利弊得失,但是其他的法律特别是经济法我们必须谨慎评估其经济后果和利益得失,这样的评估能使我们了解社会是否愿意承担这样的社会成本以及经济法律法规是否真正能够达到预期的效果。如果把这个观点继续延伸,实际就是一个立法成本和执法成本的问题,而这个问题往往在实践中被忽略了。

陈乃新在探讨经济法的本质时,从增量利益的角度出发,认为经济法能够最

^① 周林彬:《法律经济学论纲》,北京大学出版社1998年版,第55~85页。

有效地保障经济持续快速健康发展,因为只有经济法才能调整人们在社会化大生产中生产和实现剩余(增量利益)并相应地进行剩余(增量利益)分配和再分配的关系。其中,企业法和竞争法作为经济法体系的两大部分,前者对增量利益关系进行微观领域的初次调整,后者对增量利益关系进行宏观领域的再调整,两法共同规范增量利益的生产和分配。他认为,在以社会生产为基础的市场竞争中,调整存量利益关系的民商法已不宜作为现代法治模式的主导,取而代之的应当是经济法。^①此外基于经济学上剩余权的基础,他还提出了一种新的适合经济法的“法权原则”。其认为,在社会化生产之前的古代社会,存在的是“个人所有权绝对”与“国家行政权绝对”的旧法权原则,它们局限分别导致“市场失灵”和“政府失灵”。而在社会化大生产中产生的经济法,则以其“共同发展权绝对”原则来缓和剩余权冲突,这就是为在剩余权冲突的两部分人之间调剂利益分配并保障无限发展的社会生产力成为现实提供制度保证。^②

应飞虎运用经济分析法学研究方法对我曾经提出过的“需要干预论”进行了深入探讨,对于他的探讨,我并不在意他对我的观点所作的符合我的本意的合理性的说明,我更在意的是他提出了高于我的一些认识,这是我为之感到欣慰的。他认为“需要干预论”的特殊价值就在于有准确的切入点导入干预(市场缺陷理论)并运用了“需要”两字加以配合。作者认为由于市场缺陷出现的逐步性、阶段性、市场缺陷的相对性以及不同性质的市场缺陷的存在,导致在不同时期市场对国家干预的需求在质和量上的差异;又由于干预成本、干预能力及经济法的功能局限等因素使干预的范围不可能一成不变,而“需要干预”的概念则能反映出经济关系的动态发展及干预环境的复杂性,有助于我们动态地把握市场和国家的职能边界,最终达到国家和市场之间的和谐。并且“需要干预论”内含均衡干预、有效干预、被干预者对干预者进行干预、经济民主、经济法权威的理念,可以克服“单纯干预论”的不足。作者进而指出“需要干预论”有助于确定国家干预范围,建立国家和市场的良性关系;有助于及时进行制度变迁,克服政府惯性行为;有助于促进中国的政府体制改革和有助于改变国家完全理性之假设。^③此外,其还从信息视角对经济法功能进行诠释,认为市场体制中的信息会存在失灵现象,主要表现为信息不充分、信息不对称以及信息不准确,在分析了信息失灵对市场效率的危害性之后,其提出了经济法克服信息失灵的具体制度设计,从而为我们

① 陈乃新:《经济法是增量利益生产和分配法——对经济法本质的另一种理解》,载《法商研究》2000年第2期。

② 陈乃新:《论经济法之共同发展权绝对原则——兼论个人所有权绝对与国家行政权绝对的局限》,见李昌麒,前引书,第212~218页。

③ 应飞虎:《需要干预经济关系论——一种经济法的认知模式》,见法苑精萃编辑委员会编:《中国经济学精萃》(2002年卷),机械工业出版社2002年版。