

经济法学

· JING JI FA XUE JIA ·

(2005)

中国法学会经济法学研究会

吴志攀 · 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D922.29-53

4

:2005

2006

经济法学家

· JING JI FA XUE JIA ·

(2005)

吴志攀·主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

经济法学家(2005)/吴志攀主编. —北京:北京大学出版社,2006.9
ISBN 7-301-11064-2

I. 经… II. 吴… III. 经济法-中国-文集 IV. D922.29-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第109453号

书 名: 经济法学家(2005)

著作责任者: 吴志攀

责任编辑: 蔡素芳 邹记东

标准书号: ISBN 7-301-11064-2/D·1572

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 涿州市星河印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 28印张 531千字

2006年9月第1版 2006年9月第1次印刷

定 价: 43.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

序

◇ 吴志攀

感谢江西财经大学给我们提供这样一个好的平台,大家畅所欲言,发表高见。各位的论文几乎都收入了这个论文集,这些知识的积累和智慧的储备,具有相当的学术价值——这种价值不仅是对经济法学界而言的,也应该是对整个法学研究领域而言的。

当今的法律,特别是经济法律,与社会主义市场经济一日千里的发展相比,显得有些滞后。不但我国老百姓感到本国的经济法律发展滞后,就连美国人也感到他们的法律滞后。阿尔文·托夫勒在《财富的革命》中,就用“当大象坚持不变时”来形容法律的滞后。^①

这位未来学家用比喻来表示“变化的速度”:在公路上有9辆车,每辆都代表美国社会的一个主要构件,每辆车所行驶的速度和其代表的构件变化的速度一样。最快的车每小时能跑100英里,它是“公司或企业”,此后依速度排列下来是:每小时90英里的“民间机构”,每小时60英里的“家庭”,每小时30英里的“工会”,每小时25英里的政府官僚机构和职能部门,每小时10英里的“教育体系”,每小时5英里的是“联合国和国际货币基金组织和世界贸易组织”,每小时3英里的是“从国会到白宫一直到各政党”,每小时1英里的,也就是最慢的一辆车是“法律”。

被我们认为是法律最完善、法治最发达的国家,而今它的法律却被看成是一辆慢吞吞的老爷车?这是出乎我意料之外的。

当然,并不是说法律变化得越快就越好,法律必须保持相对的稳定,尤其是牵涉到国家根本政治体制以及社会公平正义的法律。但是,对于经济法律来说,如果不能跟上社会发展的步伐,那是要出问题的。

在我国,大家对法律的印象也许比托夫勒这个比喻要好得多。至少,我们正在努力改进法律,完善法治。

今天,全世界,也包括我国在内,都面临着一个同样的问题:法律究竟能做些

^① [美]阿尔文·托夫勒、海蒂·托夫勒著:《财富的革命》,吴文忠、刘微译,中信出版社2006年版,第37页。

什么？当我在思考这个问题的时候，注意到最近国内许多媒体在报道有关“拍卖判决书”的消息：

“近日，一中年人在福州五一广场拍卖判决书，价格2万，原因是胜诉一年多了，法院仍不能执行，自己又急用钱。事实上，仅8月14日一天便有三例‘拍卖判决书’报道，分别发生在福建福州、吉林四平 and 云南昆明。”^①

我想所有的法律人，尤其是以经济法为专业的法律人，看到这样的消息都会有一种如芒在背的感觉。全国的大学里，已经有四百多家法学院，每家法学院肯定都有经济法课程。我们的老师、学生每天都在学习全国人大及其常委会制订的各类经济法律，学习国务院及各部委制订的经济法规和规章，学习最高人民法院公报中公布的审判案例，我们还有各种各样的法律法规数据库，有许多种版本的经济法教科书、教学参考书，也有从国外引进的教材和翻译成为中文的法律著作。应该说，我国现在的法律法规不算少了，现在法学院学生学习的资料不算少了，法律著作不算少了，我们的法官、检察官和律师的人数也不能算太少了。可是，为什么我们的老百姓对法律还这么不满意呢？到底法律出了什么岔子呢？还是法律差了点什么东西呢？或者我们的法律真的不再适合现在的社会需求了吗？

于是，在我国——或者美国也一样——大概会有三种对待法律的态度：一是悲观的，总是抱怨法律没有用；二是乐观的，他们相信法律有用，而且期待法律会变得越来越有用；三是参与和务实的态度，持这种态度的人，不是等待，而是积极地参与调整法律、影响法律、完善法律。

世界上大概没有任何一个国家的老百姓会认为他们那里的法律是完善的。既然如此，我们为什么不采取积极参与的态度来面对法律呢？前一阶段对《公司法》、《证券法》、《商业银行法》、《中国人民银行法》、《银行业监督管理法》草案的讨论，特别是对《物权法》草案的讨论，我觉得就是特别有意义的。很多法学专业工作者、法学院的教师和学生，以及很多老百姓，都积极参与讨论。无论是采取何种立场，都把立法、修法当成最严肃、最重大的事情，努力贡献自己的知识、经验与智慧，这就是对法律抱有积极的态度。

只有靠这种积极的态度，才能收获让我们满意的法律。我们正在建设社会主义法治国家，这是一个宏大的、整体的事业，但也是每一个个人的工作。人类社会是由许多个人组成的，借助科技的帮助，今天个人的能力比历史上任何时代都大。如果说一个国家的法律让人不满意，甚至让人觉得法律在社会生活中无用武之地，那么，也许我们每一个人都该检讨，是不是我们自己的观念、态度出了

^① 《被“拍卖”的，不仅仅是一纸判决》，载《北京青年报》2006年8月15日第4版。

问题。

要想让法律这部老爷车跑得快起来,跟上其他领域的发展变化,那不仅要靠立法者和法官,也不仅靠法学院的教授和律师,还要靠我们每一个公民积极参与具体、平实的努力。我们的努力也许是微不足道的,但此刻,请先不要展望未来高度法治社会的宏伟蓝图,而请先从我们每个人的身边做起。

目 录

经济法学总论

经济法民族性论纲	单飞跃 杨期军(3)
经济法、法律体系转型与和谐社会构建	
——达尔文进化论原理的法学思考	陈乃新(10)
论经济法的和谐理念	秦守勤(18)
论和谐社会与经济法理念的平衡协调	
——以利益为分析起点	李长健(25)
基于主体经济行为界定经济法律规范	
——经济法研究的新综合	郑汉杰(32)
权利倾斜性配置研究	应飞虎(39)
调制权与自治权的对抗及其协调	
——以国家对民间融资的法律管制为视角	李志刚(46)
论经济法的可诉性及其实现	王新红(53)
我国行业协会运作现状及其法律对策研究	鲁 篱(60)
谁转动了社会?	吴志攀(66)
转轨经济法学:西方范式与中国现实之间的抉择	陈云良(72)

宏观调控法论

论分权、法治的宏观调控	史际春 肖 竹(83)
科学发展观与区域经济协调发展的财政法保障	华国庆(90)
中国财政转移支付立法探讨	刘剑文(97)
论财政转移支付立法理念与制度设计	
——对制定《中华人民共和国财政转移支付法》的若干建议	
.....	徐孟洲 徐阳光(107)
股权变易的税法规制	张守文(114)

征纳之道 重在和谐

- 和谐征纳的法理探析及现实关照 丛中笑(122)
- 地下经济及其税法规制 任学敏(129)
- 第三部门免税资格认定之理论探讨 王志刚(137)
- 试论监督用税权
- 一项不应忽视的纳税人权利 陈少英 谢 徽(145)
- 论税收债权的一般优先权 柴振国(152)
- 论我国税收代位权制度的缺陷及其完善 熊 可(158)
- 资本弱化规制研究
- 以跨国融资为背景 华秀兰(165)
- 法律、投资者保护与金融发展
- 兼论中国证券法变革 张建伟(172)
- 论资本市场中的企业社会责任 王 妍(178)
- 我国资本市场信息披露的问题及立法对策 程宝山 刘欣然(185)
- 金融业保底资金理财的法律分析 郭 雳(191)
- 我国证券公司危机处理法律制度的完善 邢会强(198)
- 我国股票期权实施中的法律问题及对策 李东方(205)
- 证券交易所:公共机构抑或企业组织 谢增毅(213)
- 私募基金法律调控探析 朱 晔(219)
- 论外汇储备经营的法律规制
- 以外汇储备注资国有金融机构为视角的展开 常 健(226)
- 中国发展风险投资的法律障碍及其克服 吴鹏飞(233)
- 论国家发展权及其在区域经济合作中的实现 张永忠(239)
- 论区域经济建设中的经济法发展问题 张 强(246)
- 中部崛起法律问题的思考 董玉明(253)
- 和谐社会建设中的循环经济立法问题研究 孟庆瑜(261)

市场规制法论

竞争文化与和谐社会

- 兼论中国反垄断立法的基础条件 徐士英(271)
- 关于市场规制法法律关系三要素的思考 韩志红(279)
- 论市场规制法责任 肖江平(286)
- 试论竞争民事责任 王显勇(293)
- 竞争行为与竞争状态的分野 焦海涛(300)

竞争法双边合作机制初探	吴 轲(306)
经济转型过程中的中国反垄断法特点之浅析	朱慈蕴(312)
垄断的成因与反垄断的新进路	岳振宇(319)
制度如何引入	
——论转型时期的中国反垄断立法	叶卫平(326)
经济转型期中国反垄断立法的挑战与抉择	
——以垄断力的认定为核心	冯彦君 丁建安(334)
价格同步提高行为问题研究	孟雁北(340)
论国家垄断的法律规制	蒋岩波(346)
论特许经营主体之反垄断法定位	
——兼论反垄断法与商事法之主体观差异	张杰斌(353)
特许经营中的搭售问题	李 剑(360)
在华跨国公司知识产权滥用的反垄断法分析	王先林(366)
我国反倾销法中公共利益的构成要素及其逻辑序位初探	
.....	曾东红 刘 艺(373)
反倾销法的性质与演进之分析	
——从 WTO 竞争法设立的角度	张瑞萍(380)
消费者视野下的反垄断法研究	王利军(386)
我国市场价格秩序规制立法的缺陷及其现代化路径	郭宗杰(393)

经济法相关制度研究

论公司治理与公司控制人侵权责任的追究	王欣新 王斐民(401)
“公司僵局”下股东的权利救济	邢会丽(407)
论国有资产管理法之协调机制	刘大洪 廖建求(414)
劳动法构建和谐劳动环境的两种视角	
——兼对劳动法调整对象作新的理解	王全兴(421)
征信法律制度中的政府角色	张忠军(430)

经济法学总论

经济法民族性论纲

◇ 单飞跃 杨期军^①

内容提要 经济法的民族性主要是指经济法的民族特质,是本民族特有机能和习性的镜像,在横向展开上表现为经济法独有的民族性格和民族个性,在纵向发展上表现为经济法具有解决民族问题的功能,前者是经济法的意义性格,后者是经济法的价值取向。挖掘中国经济法的民族性应当以实践理性为指引,以中国意识为中心意识,以中国问题为中心问题,在中国历史、文化和现实的时空语境下进行发现和阐释,从而阐明中国经济法之根基所在。

关键词 经济法 民族性

中国的百年法制建设历程,主要是移植西方法制、吸取西方法意的过程,经济法也不例外,学者们在中国这个乡土社会中以西方工商社会为蓝本,试图构建自己的经济法大厦。然而,尴尬的是,多元化乃人类社会的常态,“没有两个社会拥有相同的资源和技术、相同的传统制度遗产、处在发展的相同阶段以及具有同样的领导体制模式或同样的现代化政策”。^② 不同的历史进程、不同的文化惯性、不同的资源占有、不同的民族心理,都决定了不同民族的不同生活,决定了不一样的法律制度。研究经济法与民族生活的关系,进而探究经济法的民族性,是一个很有趣的命题。

一、历史维度中的经济法民族性

经济法作为社会关系复杂到一定程度之后的调控机制,体现了人在特定历

^① 单飞跃,法学博士,中南大学法学院教授、博士生导师。杨期军,法学硕士,湖南移动通信有限责任公司职员。

^② [美]C. E. 布莱克:《现代化的动力》,景跃进、张静译,浙江人民出版社1989年版,第87页。

史条件下的创造力。研究经济法,必须具有一定的历史维度,“用历史去阐明法律”^①,也就是说,必须将其放置在一个具体的时空环境之下,在多因素的相互关联中认识和理解实践中和思维中的困惑。否则,“当我们对于我们个体之于世界和历史的廓然大化之间的联系冥懵无知时,就必然会对我们思想的普世特性与原创禀赋产生虚妄的错觉。只有历史感才能保护我们祛除这一虚妄的错觉。”^②唯物辩证法告诉我们,历史是民族活动轨迹的全景记录。马克思指出,人们创造自己的历史,并不是随心所欲地创造,并不是他们在选定的条件下创造,而是在直接碰到的、既定的、从过去继承下来的条件下的创造。^③也就是说,特定民族的生产生活受到诸多因素的牵肘。民族是指人们在历史上经过长期发展而形成的具有共同自然、共同文化、共同利害、共同价值和共同心灵的稳定的共同体。法的演进史表明,任何民族的法都是民族生活积淀的结果,是作为民族文化的重要组成部分生长和发展起来的。法“在不同的时代有不同的表现,随着需求、感情和文明的变化和日臻完美,而在各民族间互不相同。”^④在笔者看来,经济法并不是机械的工具,其活力的发挥来源于民族体内。

萨维尼指出,法律绝不是那种应当由立法者以专断刻意的方式制定的东西,而是“那些内在地、默默地起作用的力量”的产物,它深深地植根于一个民族的历史之中,“民族的共同意识乃是法律的特定居所”。^⑤在他看来,“民族”事实上是一个文化概念,而不是一个物质性的概念,也就是说,决定一个民族的并不是人们的身体特征,而是他们文化上的共同性。

按照历史法学派的分析范式,可以发现:法与一个民族的存在和性格紧密相连,法律随着民族的成长而成长,随着民族的壮大而壮大;历史不是别的,而是一个民族的生活经验的凝聚和表达,民族性是在历史进程中逐渐形成的,是一个民族区别于其他民族最隐秘的精神部分。法律作为民族生活的表达,始终根植于民族的日常生活和民众的心灵之中。

在笔者看来,民族性,是熟谙本民族生活世界并渗透于生活世界中的民族特质。经济法的民族性主要是指经济法的民族特质,是本民族特有机能和习性的镜像,在横向展开上表现为经济法独有的民族性格和民族个性,在纵向发展上表现为经济法具有解决民族问题的功能,前者是经济法的意义性格,后者是经济法的价值取向。经济法必须以维护和促进本民族的独立和发展为使命,其民族独

① [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,转引自梁治平:《法辩》,贵州人民出版社1992年版,第10页。

② [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第85—86页。

③ 《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社1986年版,第603页。

④ [意]彼得罗·彭德觉:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第6页。

⑤ [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第9页。

特性和民族现实性就是经济法在横向和纵向上履行这种使命的表现,也是经济法的民族性在意义和功能上的展现。

民族性是经济法的灵魂所在,具体的法律规范和法律制度只是经济法的形或体。经济法民族性是由民族文化、特定阶段的民族任务、具体的民族资源等因素决定的。经济法的民族性属于一种民族个性,要寻求经济法的民族性,必须要有一种熟悉过去历史的精神。经济法要准确和真实表达出这种源于历史文化的民族精神,就必须有一种历史的洞察力,表现出记载和巩固民族历史流传下来的精神财富的功能和价值取向,否则就会失去存在的根基。

笔者认为,从最根本的意义上讲,经济法的民族性主要是发现,而不是创造。民族性不是理性规划的对象,经济法学研究者的任务在于感受、理解民族性在历史上的生成、流变的情况和在现今的经济法中表达和高扬民族性。具体而言,经济法的民族性的外化形式有二:一是表现为不同历史时期有不同的指导思想和任务目标,二是与客观情况相吻合的立法。

二、生活世界中的经济法

世界是多元的,不同民族之间的差异是客观存在的,这种差异主要源于不同民族所处的地理环境、所经历的历史进程、所凝结成的传统文化、所养成的民族心理。而这些差异性,对经济法的生成与运作产生了根本性影响。

哈贝马斯将人的生活世界分为三个层次,即文化、社会与个性,人的生产与生活、交往与沟通均发生在其中。哈贝马斯的“人”并不是指具体的个体人。笔者倾向于将特定民族的生活世界细分为四个层次:其一,自然物质世界,即人的生活得以展开的地域及资源空间。其二,社会组织世界,即人的生活得以展开的制度与组织空间。其三,文化世界,即由历史传统、外来文化与当前的社会文化观念共同结成的一个观念、意识和精神的世界,体现了社会的思维方式、生活态度与立场,在深层次上对人的生活发生全面而深刻的影响,是人与社会共有的文化空间。其四,关系世界,由人与人、人与群体、人与社会各方面关系所构成,是人的生活得以展开的关系网络与结构空间。

这四个部分相互作用,相互影响,相互交融,便构成特定民族的全部活动空间。从本质上讲,特定民族的生活世界是地方性的:人所处的自然风貌、地理环境是实际而客观的,为本地所专有;各种制度、组织架构、价值观念、文化观念也是在本地环境中生成和继承,人很难有多种情形可供选择;人正是在这样一个环境下进行沟通和交往,人的关系世界与本地天然联系在一起。这种生活世界深深地打上了“地方性”的烙印。正是由于这种“地方性”的属性,包括经济法在内的制度与组织、秩序与观念,都是在生活世界之中不断出错与纠错、不断碰壁与

转向,在无数次的经验总结与积累中形成,并历练出自己的民族性格。

经济法是法律体系的重要组成部分,其诞生与发展并不是一个偶然现象,而是扎根于特定民族的当下生活。马克思特别强调物质的生活关系,他断定“法的关系……不能从它们本身来理解,也不能从所谓人类精神的一般发展来理解……它们根源于物质的生活关系”。^① 经济法作为特定阶段经济运行中所产生的利益的法律调节器,不可能超越特定阶段的经济运行现实,其变革离开不了特定民族的生产生活实践。

不仅如此,经济法还受到民族文化的深刻影响。经济法的生成是特定民族在不同的时间、地点和场合,根据自己的生活经验归纳和创造出来的,“人在创造他自己的法律的时候,命定地在其中贯注了他的想象、信仰、好恶、情感和偏见。”^② 这些“想象、信仰、好恶、情感和偏见”是民族文化长期熏陶与酝酿的结果。经济法的形成,是人理性地干预本民族经济生活的结果,寄托了制度订立者所在群体的社会理想和价值观念,反映着当下的文化生态。

总的来说,经济法始终是一种“地方性知识”,“地方在此处不不只是指空间、时间、阶级和各种问题,而且也指特色,即把对所发生的事件的本地认识与对可能发生的事件的本地想象联系在一起。”^③ 这种地方性知识就是一种反映当下经济现象的经验性观察,亦即通过对本民族生活中各种经济问题的总汇,站在本民族立场上,对本民族经济发展脉络的了解和把握。同时,这种地方性知识也是一种处理当下经济关系的生活智慧,是对人们经济权利和经济义务进行均衡分配的知识积累。而且,这种地方性知识也寄托着人们的经济理想,以及为了促使理想的实现而对各种经济风险进行识别和驾驭。人们在制定自己的经济法时,必须适当地内视本土生活经验的归结,关注本民族各种资源和因素的互动与掣肘;同时也要有一定的外视眼光,重视外民族生活经验对于解决本民族生活问题的有益性。因此,不同国家不同民族生活世界的不同,决定了经济法的差异性,即经济法的民族性。经济法不是普遍适用的颠扑不破的东西,中国经济法应当而且必须是在中国生活世界中生成、运作、进化,并深深地打上了“中国”的痕迹。

三、经济法的民族国家立场

民族国家仍然是国际社会最基本的组成单位,虽然少数民族国家在历史上曾有过对外族征服的经历,大多数民族国家曾经被外族征服过或者侵扰过,其传

① 马克思:《政治经济学批判》,中共中央编译局译,人民出版社1971年版,第2页。

② 梁治平:《法律的文化解释》,北京三联书店1998年第2版,第54页。

③ [美]吉尔兹:《地方性知识:事实与法律的比较透视》,载梁治平:《法律的文化解释》,北京三联书店1998年第2版,第126页。

统文化因征服和侵扰而断裂、消失或者转型,因而害怕征服与侵扰始终是多数民族国家挥之不去的一个梦魇。尤其是民族体系比较完整和独立的民族国家,往往有自傲的性格,它们对坚守自己的民族文化有着更强烈的渴求。但是,国际社会中各民族国家的话语权并不对等。民族国家的话语权由其国际竞争力决定。国际竞争力的核心在于经济竞争力,直观地说,经济上强大的国家在全球范围内具有更强大的文化渗透力,具有更直接的政治影响力。因此,各国纷纷不遗余力地发展本国经济,以求得本民族的长治久安和在国际事务中的话语权。但是,各国在地理环境、经济资源、消费习惯、民族心理等方面各不相同,而且,在经济运行传统、经济权力行使、经济责任承担等各方面也有很大差异,因此各国只能根据本国具体情况,采取不同的发展模式,并将其经济战略、经济政策、经济举措上升为法律,经济法便由此生成。

对于民族国家而言,内部的细分民族组成一个大的集合,国家利益是至上的,国家是一个高于民族的概念,民族利益为国家利益所统合,国家战略往往被视为民族战略,民族的竞争力从属于国家的竞争力。在这种情况下,经济法包含了极为丰富的民族主张,承载着坚强的民族信念和民族诉求,自足与自强、复兴与发展是其中的关键词。经济法的制度使命在于针对本民族生活最迫切需要解决的经济问题,整合本国经济资源,谋求经济增量的最大化和可持续发展,并在本民族成员之间依据一定原则予以分配。从根源上讲,经济法就是民族国家经济发展之法。

四、中国经济法的制度竞争力

在全球范围内,民族国家进行着激烈的比拼,虽然“物竞天择,适者生存”的进化论及其在社会领域内的类推主张已经遭到人们理性的质疑,但是,这种思想以及在这种思想指引下的行动仍大量存在。如何更高更快更强地推进本国本民族的发展步伐,成为首要大事。中国作为一个发展中国家,面临着“现代化”的压力,如何寻找更妥当的发展路径和发展战略,必须考虑到时间成本、制度成本和资源成本。当下中国自20世纪70年代末以来,进入了一个剧烈的社会转型阶段,其间,社会中细分出许许多多“你的”、“我的”、“他的”词汇与意义来作为个体界别和群体界别,社会分化加剧。而社会分化在内在机理上则与社会矛盾和社会冲突有逻辑关联。笔者认为,一定范围内的分化、矛盾和冲突固然可以成为社会一轮轮博弈与竞争的基础,但是,冲突均具有反社会性的一面,极易瓦解和动摇社会正统性关系,造成本民族的剧烈内耗。因此,如何保证社会分化控制在本民族生活世界可接受的范围内,成为中国社会转型期一项最重要的社会任务。

美国学者弗里德曼指出:“企图通过法律进行社会变革是现代世界的一个基本特点。”^①有效的法律是社会协调、有序、稳定发展的基本前提,法律作为一种社会整合机制,其目的在于促进社会和谐。波斯纳曾经说过,“法律是功能性的”^②,意指法律对社会影响和控制的程度在一定意义上取决于法律功能的状态和结果。法律对社会的功能主要是通过对利益的调整和控制来实现的,法律正是在这个过程中体现其生命力,表明其自身的价值。在改革已成为中国社会常态的今天,需要审慎而冷静地思考自己的法律发展路径。笔者认为,不同法律部门在解决当下中国最迫切问题上存在着激烈的竞争,中国经济法具有比较明显的优势。

研读法史学著作,总可以看到这样一个比较清晰的图景:一种文化形态总会孕育出与其自身共生的经济模式和发展理念,并具体体现为一套系统的制度设置。西方社会由于具有良好的法文化传统,走的是一条渐进性的法律进路,最终形成了以民商法为主导的法律模式。近代以来,中国走的确实是一条“撞击—回应”之路,是在不得不然的情况下进行社会的法律改造。而中国社会缺乏西方意义上的法文化和法的制度框架,我们的历史条件和现实情况与西方有根本性差别,不能因为西方的某种优势存在而趋之若鹜。笔者在一篇文章中谈到了中国文化不同于西方文化,中国社会是关系社会,形成对市民社会的结构性阻隔,中国文化中国家主义影响深远,缺乏西方意义上的自由主义传统;中国文化信守性善论,奉行礼法等级伦理,不同于西方的原罪文化和契约伦理,因而不可能模拟和复制西方的市民社会和民商法主导模式。^③

总的来说,中国经济法“从超越民法界限的地方开始”^④,在产生伊始就肩负着修正民商法弊端的重任,以社会整体利益为己任,一方面从制度补给上排除市场障碍,另一方面又从制度能动上直接诱导经济增长,注重经济发展中成本的经济性、目标的长期性、决策的系统性、因素的协调性,追求经济与人口、环境、资源等因素的协调发展,推进社会整体利益的快速提高。这样,中国经济法不同于分别以公、私为本位的传统公法、私法,而是比较科学、比较完善地处理好个体和公共体之间的复杂关系,“既要允许优者胜,又要保障劣者存;既要鼓励增强强者,也要扶持提携弱者;既要使好的锦上添花,也要对坏的雪中送炭”。^⑤这种制度

① [美]劳伦斯·M.弗里德曼:《法律制度》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社1994年版,第323页。

② [美]理查德·A.波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第578页。

③ 单飞跃、杨期军:《中国民法典生成的文化障碍——西方民法文化的反衬》,载《比较法研究》2005年第1期。

④ [日]丹宗昭信、厚谷襄儿:《现代经济法入门》,谢次昌译,群众出版社1985年版,第59页。

⑤ 邱本:《自由竞争与秩序调控——经济法的基础建构与原理阐释》,中国政法大学出版社2001年版,第353页。