



经济法文库 (第二辑)

Economic Law Library

经济法原理

The Theory of Economic Law

◎ 陈婉玲 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

经济法原理

The Theory of Economic Law

◎ 陈婉玲 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

经济法原理/陈婉玲著. —北京:北京大学出版社, 2011. 11

(经济法文库·第2辑)

ISBN 978-7-301-19424-9

I. ①经… II. ①陈… III. ①经济法—法的理论—中国 IV. ①D922.290.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第172274号

书 名: 经济法原理

著作责任者: 陈婉玲 著

责任编辑: 尹 璐 丁传斌 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-19424-9/D·2921

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: 北京鑫海金澳胶印有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 25印张 462千字

2011年11月第1版 2011年11月第1次印刷

定 价: 58.00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

《经济法文库》总序

我国改革开放三十余年来的经济法制状况,可以用“突飞猛进”这几个字形容。仅从经济立法看,在完善宏观调控方面,我国制定了预算法、中国人民银行法、所得税法、价格法等法律,这些法律巩固了国家在财政、金融等方面的改革成果,为进一步转变政府管理经济的职能,保证国民经济健康运行提供了一定的法律依据。在确立市场规则、维护市场秩序方面,制定了反不正当竞争法、消费者权益保护法、城市房地产管理法等法律,这些法律体现了市场经济公平、公正、公开、效率的原则,有利于促进全国统一、开放的市场体系的形成。

然而,应该看到,建立与社会主义市场经济相适应的法制体系还是一个全新的课题。我们还有许多东西不熟悉、不清楚,观念也跟不上。尤其是面对未来逐步建立起的完善的市场经济,我们的法制工作有不少方面明显滞后,执法、司法都还存在着许多亟待解决的问题。

三十余年的经济法研究呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面,各种学术观点和派别不断涌现。但是,总体来说,经济法基本理论的研究还相当薄弱,部门法的研究更是分散而不成系统。实践需要我们回答和解释众多的疑难困惑,需要我们投入精力进行艰苦的研究和知识理论的创新。

在政府不断介入经济生活的情况下,我们必须思考一些非常严肃的问题:政府介入的法理依据究竟是什么?介入的深度与广度有没有边界?政府要不要以及是否有能力“主导市场”?我们应如何运用法律制度驾驭市场经济?

在国有企业深化改革过程中,我们不能不认真研究这样一些问题:国有的资本究竟应当由谁具体掌握和操作?投资者是否应与监管者实行分离?国有企业应当覆盖哪些领域和行业,应通过怎样的途径实现合并和集中?如何使国有企业既能发挥应有的作用,又不影响市场的竞争机制?

加入 WTO 以后,我国经济、政治、社会生活的方方面面都会发生重大影响。我们必须研究:市场经济法制建设将面临什么样的挑战和机遇?在经济全球化

的背景下,我们的经济法制将如何在国际竞争中发挥作用?国外的投资者和贸易伙伴进入我国,我们会提供一个什么样的法律环境?我们又如何采取对策维护国家的经济安全和利益?

面对环境日益恶化和资源紧缺的生存条件,循环经济法制建设任务繁重。如何通过立法确定公众的权利义务,引导和促进公众介入和参与循环经济建设?怎样增强主动性和控制能力,以实现经济发展与环境资源保护双赢,实现利益总量增加?如何发挥法律的鼓励、引导、教育等功能,通过受益者补偿机制,平衡个体与社会之间的利益?

在市场规制与监管方面,如何掌握法律规制监管的空间范围、适当时机和适中的力度?在法律上,我们究竟有什么样的有效规制和监管的方式、方法和手段?对各类不同的要素市场,实行法律规制和监管有什么异同?

.....

我们的经济法理论研究应当与经济生活紧密结合,不回避现实经济改革与发展中提出的迫切需要解决的问题,在观念、理论和制度等方面大胆创新。这是每一个从事经济法科学研究者与实际工作者应尽的义务和光荣职责。我们编辑出版《经济法文库》,就是要为经济法研究者和工作者提供交流平台。

《经济法文库》的首批著作汇集的是上海市经济法重点学科和上海市教委经济法重点学科的项目成果,随后我们将拓展选择编辑出版国内外众多经济法学者的优秀研究成果。我们坚信,这些优秀成果一定会引起社会各方面的广泛关注,一定会对我国的经济法制建设起到推动和促进作用。

期望《经济法文库》在繁花似锦的法学苑中成为一株奇葩。

华东政法大学 顾功耘

CONTENTS 目 录

导论 法律体系·法律部门·法律传统	1
第一章 经济法构建的逻辑基础	20
第一节 市场调节与市场失灵	20
第二节 国家调节与政府失灵	31
第三节 法治经济理念与经济法调整	58
第二章 经济法价值观的考量	67
第一节 社会利益的本位观	67
第二节 保护弱者的公平观	83
第三节 整体协调的可持续发展观	99
第三章 经济法学说及制度变迁	104
第一节 经济法现象及部门的形成	105
第二节 潮流与模块:经济法的制度变迁	121
第三节 经济法学说的演进	152
第四章 经济法的范畴结构	169
第一节 经济法是协调经济结构利益关系之法	169
第二节 经济法的体系结构	197
第三节 经济法的特征	222
第五章 经济法的责任体系	232
第一节 法律责任体系的再思考	232
第二节 经济法责任“定性定量归责原则”	244
第三节 经济法责任的承担方式	255

CONTENTS 目 录

第六章 经济法的实施机制	280
第一节 政府是经济法的执法者	280
第二节 经济公益诉讼机制	300
第三节 经济法的社会实施:行业协会的视角	325
第七章 独立经济调节组织的监管职能	332
第一节 证监会的证券监管职能	333
第二节 保监会的保险监管职能	346
第三节 银监会的银行监管职能	364

导论 法律体系·法律部门·法律传统

一、法律体系:三元法域的发展沿革

法律体系是指由一国现行全部法律按照一定结构和层次组织起来的有机统一的整体。法律体系的结构具有层次性,一般可分为基本结构(法域)、部门法结构、子部门法结构和法律制度结构。现代法律体系的宏观基本结构,即通常所谓的“法域”由公法、私法和社会法三方面构成,而公法、私法和社会法域又有自己的结构,它们就是各个法律部门,各部门法内部包含着丰富的子部门群,而各个子部门则由纷繁复杂的法律规范和法律制度组成。

(一) 公法与私法二元法域

中外法律史研究表明,建立在自然经济和专制政体基础上的古代法,大多为诸法合体,其法律体系的基本结构为以刑法为核心的一元结构。只有在简单商品经济相当发达的古罗马,才出现了公法与私法划分的方法和观念。最早提出公法和私法概念的是古罗马五大法学家之一的乌尔比安,他认为“公法是与国家组织有关的法律”,如有关政府的组织、公共财产的管理、宗教的祭仪和官吏的选任等规范;“私法是与个人利益有关的法律”,如婚姻家庭、物权、债权和继承关系等规范。查士丁尼皇帝在编纂《法学阶梯》时肯定了乌尔比安的观点,进一步规定:“公法涉及罗马帝国的政体,私法则涉及私人利益”。古罗马法学家这种关于法律体系的二元结构划分虽然只是一种形式主义的分类法,但对后世法学理论研究和部门法制建设具有积极意义,对近代资产阶级法治产生了很大影响,并且构筑了现代西方法律体系分类理论的基础。

但罗马法的主要贡献在于私法,它的公法并不发达,或者说罗马法并没有形成与私法媲美的完善的公法体系。在罗马法体系中,诉讼法被纳入私法体系,因为当时的许多诉讼均是源于私人利益的冲突,而盗窃、诽谤是侵犯私权之行为,其法律规范也被纳入私法范畴;古罗马第一部成文法《十二铜表法》虽是一部公

法、私法不分的诸法合体的法,但其私法规范却已经清晰地占据主要内容,如家长权、物权与占有、相邻关系、遗嘱继承、私犯等;罗马法典编纂及法学家的著述也集中于私法范畴,《学说汇纂》^①和《法学阶梯》^②虽都将法律分为公法和私法,但《学说汇纂》50卷中仅有第48卷、第49卷论述刑法,第50卷论述城邦管理,其余均为私法内容,《法学阶梯》则完全是一部罗马私法教科书,因而后世“罗马法”一词往往是罗马私法的同义词。

真正在现实法律体系中确立公法与私法二元结构的是近代资本主义国家。资本主义自由竞争时期,资本主义国家奉行自然法理论^③,对经济生活采用放任自由的政策,国家对于社会只是维护秩序的工具,即“守夜人”的角色,不参与和渗透到社会,形成了属于私人活动领域的市民社会^④和属于公共生活领域的政治国家的严格分野,这为公法与私法二元结构在资本主义法律体系中的确定奠定了基础,提供了前提条件。^⑤

当然,公、私法的划分在普通法系国家并不流行,而是主要存在于大陆法系国家中。从历史上看,现代私法的形成是随着11世纪以来罗马法的复兴而逐步完成的。由于大陆法系国家通过对罗马法的传播制定了成文的私法,自然法学说在欧洲大陆取得的统治地位使之成为大陆法系私法形成的原动力,加上一些大陆法系国家的联邦制对于统一的公法的阻碍,使得公法和私法的区分成为定局,这种现象在属于大陆法系的法国、德国尤为明显。与此相反,普通法系国家

① 《学说汇纂》(Digesta)系罗马皇帝查士丁尼组织编纂的著名法典之一,公元530年公布,收录了40名罗马著名法学家的著作,整部法典共50卷,分为七个部分。《学说汇纂》是近代资产阶级法学产生的历史基础,也是德国民法典的蓝本。

② 《法学阶梯》(Institutes)系罗马帝国前期著名法学家盖尤斯(Gaius,公元约130—180年)所著,四卷本,该书不仅成为当时各法律学校的教科书,更成为查士丁尼编纂同名法典《法学阶梯》的范本,同时,也是唯一的一部完整地传至后世的古代罗马法学家的文献。参见:〔古罗马〕盖尤斯:《法学阶梯》,黄凤译,中国政法大学出版社1996年版;〔罗马〕查士丁尼:《法学总论》,张企泰译,商务印书馆1989年版。

③ 自然法学说起源于公元前300年左右古希腊的斯多葛学派,其核心是强调神法和理性法的无上权威,以及它对人类制定法的支配力,强调法律所应当体现的公平与正义,强调法律对当事人的自然权利的保护。自然法学说是影响罗马法精神的原动力。

④ 市民社会是处于家庭与国家之间的一个相对独立的领域,它是从事商品生产和交换的市民追求和实现个人利益的场域。契约观念是市民社会秩序的观念基础,社会自治规则是市民社会秩序的规范基础。市民社会的重要价值在于保持自身的独立和自治,防止国家对其独立性的侵犯和干预,这也是国家与社会关系经久不衰的话题。市民是市民社会的构成细胞,没有市民意识的觉醒就没有理性独立的市民,也就没有独立的市民社会。黑格尔在其《法哲学原理》一书中第一次对市民社会作了科学界定并详尽分析。

⑤ 参见孙笑侠、夏立安主编:《法理学导论》,高等教育出版社2004年版,第83—93页。

则把公、私法的内容都融入了普通法和衡平法之中。^① 由于普通法的灵活性和包容性,私法规范被其融合,加上英国具有的强大的统一的法院体系,审理私法案件的法院同时也审理公法案件,公法和私法在法律制度中的划分鲜为人知。而大陆法系国家运用成文法形式制定大量私法法规,随后又在原来法院体系之外另设行政法院或宪法法院,使得公法和私法的划分在法律文件和案件分类上得以确立。^②

二元法域结构是以公法和私法的区分为特征的法律结构,是随着自由资本主义的发展而形成的一种法律结构,相对于古罗马时期的公法、私法概念性分类,二元法域结构是“结构性的升华”,其实质和功能在于维护市民权利和限制国家权力。^③ 在19世纪的西欧大陆,公、私法之分在广泛开展的法典编撰和法律改革中被普遍应用,并成为法律教育和法学研究的基础。对大陆法系的法学家来说,公、私法之分几乎成了一个“自明的真理”,这一现象是同当时经济领域的自由竞争以及与此相适应的个人自由主义不可分的。^④ 从历史的角度看,公、私法之分很大程度上奠定了西方法律体系结构的基本框架,适应了资本主义商品经济发展对适宜法律秩序的需求,其宗旨和贡献在于:作为自由商品经济主体的个体的私人利益得到充分尊重和保护,促进了自由竞争,推动了经济和社会的发展。^⑤

(二) 二元法域结构在当代社会面临的挑战

公、私法二元法域划分标准源于一种板块式思维,视社会关系整体上处于一种相对独立的、静止的平面之中,公与私的关系区分度清晰可辨。^⑥ 因为直至自由资本主义时期,国家对社会的 management 内容较少、形式单一、手段简单,仅用公法调整足矣,而市民社会内生的社会关系,则归私法调整,公法和私法两分天下,调整

① 普通法是英国自11世纪开始,通过王室法院法官巡回审判的判决逐步形成的,适用于全国的法律,即由普通法院通过判决所创立和适用的法律,是法官的判例汇集,因而是判例法。衡平法是因为普通法过分僵化的形式不适应13世纪资本主义生产关系发展的需要,当事人在得不到普通法的保护时,求助于象征“公平、正义”并行使最高审判权的国王,为弥补普通法不足,国王命令衡平法院的大法官根据公平、正义、良心,亦即衡平原则通过判决形成的区别于普通法的法律。自19世纪以来,制定法大量增加,并广泛传入其殖民地,英美法系逐步法典化。值得注意的是,在英美法系中,法官在立法和司法中具有特殊的地位,他们重视实用和历史传统,特别在私法中,由于传统上以不同上级诉讼令状作为法律分类的依据,因而不大注意部门法的划分。

② See Rudolf B. Schlesinger, *Comparative Law: Cases, Text and Materials*, Foundation Press, 1980, p. 462.

③ 参见刘楠:《论公、私法二元结构与中国市场经济》,载梁慧星主编:《民商法论丛》第4卷,法律出版社1996年版,第28页。

④ 参见沈宗灵:《比较法总论》,北京大学出版社1987年版,第96页。

⑤ 参见陈俊:《公私法之分与合的理论思考》,载《法学家》2007年第2期。

⑥ 参见徐孟洲:《经济法理论对法学基础理论的几点创新》,载《法学论坛》2008年第3期。

有序,相安无事。19世纪末20世纪初,资本主义进入垄断阶段,经济生活的复杂化和综合化使得市民社会与国家的二元区分不再是绝对的,国家对经济的干预日益加强,现代市场经济条件下社会关系处于一种日益复杂的立体关系之中,传统法律体系的公法与私法二元法域结构面临全面挑战。

在法律价值观上,资本主义进入垄断阶段出现的经济危机使人们意识到绝对的个体权利本位不仅不利于保障个人的权利^①,而且也不利于社会经济的和谐发展,个体私欲的膨胀已深深地危及社会整体利益,于是主张限制个人权利滥用和为弱者提供社会保障的社会权利本位价值观得以形成和发展,公、私法二元结构受到法律价值观由个人权利本位向社会权利本位转变的挑战。

在法律发展方向上,公法私法化和私法公法化倾向的出现使公、私法开始重新排列组合,并出现了复杂的交叉重叠现象。所谓“公法私法化”,是指传统的私法调整方式被部分或间接引入公法领域;所谓“私法公法化”,是指国家权力对社会和经济生活的直接干预突破了传统的私法界限。随着工业化的完成和社会的不断发展,经济领域中的自由放任政策便逐步让位给国家干预政策,日益复杂的社会要求国家发挥更多的作用,公法关系向私法领域延伸。整体而言,当市场主体的利益冲突无法继续在私人领域内部解决时,冲突便会向政府管理层面转移,从而使国家干预经济得以产生。在国家社会化和社会国家化过程中,便产生了不归属于传统私法领域和公法领域的新领域,包括一些混合法律部门的出现,如经济法、劳动法、社会保障法、环境保护法等,是对古典的私法制度的突破。^②

(三) 社会法的出现及三元法域结构的建立

随着资本主义市场经济的高度发展,社会经济条件发生巨大的变化,传统的公、私法(尤其是私法)已经无法满足保护社会利益的要求,二元法域结构也已经不能涵盖新出现的既非公法又非私法的法律部门,需要法律体系中增设一个新的基本结构用以涵盖这些新的法律部门,这个新的法域我们称之为“社会法”^③法域,即现代法律体系的基本结构已突破了传统的二元结构,由公法、私法

① 中世纪和前资本主义崇尚自然法,认为人性有两方面表现:一方面人受自爱和自私的强烈推动,人性天生有某种程度的恶意和侵略性;另一方面,人身上还有一种寻求与别人联合并在社会中过一种安静、友善生活的强烈倾向。由此自然法有两个原则:告诉每个人尽其所能去保护自己的生命和机体,并保全他自身的财产;一个人不去扰乱人类社会,不让任何人去挤压别人,以至别人可以正当地抱怨他的权利的平等受到了侵害。

② 参见王先林:《产业政策法初论》,载《中国法学》2003年第3期。

③ “社会法”作为现代法学上的专有术语,最早出现在20世纪初欧洲学者的著述中,一战后传入日本,并形成较为成熟的社会法学说。20世纪90年代“社会法”概念传入我国并受到热烈的追捧。近年来,“社会法”概念分别在两个层面被使用,一是法域层面,认为“社会法”是现代法律体系中的一个系统,即相对于公法和私法的“第三法域”;二是部门法层面,认为“社会法”是现行法律体系中的一个法律部门。

和社会法三元结构构成。

社会法是伴随着国家力图通过干预私人经济以解决市场化和工业化所带来的社会问题,应对社会、经济和生态可持续发展的需求,而在公法私法化和私法公法化进程中逐渐产生和发展起来的第三法域,^①劳动法、社会保障法、经济法等都是体现社会法属性的部门法。社会结构和社会利益关系的变化是社会法产生的社会基础,工业革命带来的劳工问题、消费者问题、环境问题等形成的社会力量强弱差异现实对以私权神圣、契约自由和过错责任为核心的私法秩序的冲击,是社会法产生的法律原因。虽然,为缓和因利益冲突而日益激化的社会矛盾,传统私法秩序也进行了改良,如以私法公法化的姿态融入了“诚实信用”、“合同解释”等理念,但这种改良仍然坚持以“主体抽象、平等和意思自治”为基础,未能根本解决基于社会地位而产生的社会强者与社会弱者利益关系问题。作为公、私法融合的第三法域,社会法正视社会主体结构 and 权力结构变化引发的社会矛盾现实,承认法律主体的差异性,认为在现代社会中存在一大类社会关系,需要借助新的法律调整机制,实质性地平衡社会权力结构、均衡利益分配关系。与传统私法不同,社会法以社会利益为本位,以现实社会中具体的、特定人群组成的“利益共同体”——“社会人”为其调整和保护的基本主体,强调社会主体的差异性,奉行倾斜保护弱势群体、法定义务优先等原则,力求使社会成员之间的利益得到合理的分配,使社会成员整体的利益状态得到普遍的改善,并保持短期利益和长期利益的平衡,实现社会利益整体地、可持续地发展。

社会法实践表明,公法、私法以及公法与私法相融合而形成的第三法域,已成为认识现代法不同性质或划分法的分类的依据和方法。将现代法分为公法、私法和社会法的新分类方法,突破了传统公法与私法二元划分的绝对界限,经济法现象正是这种分类划分的反映和归属。^②在现代法律体系中,三大法域结构要素在不同的本位思想下分工合作发挥各自功效:私法以个人利益为本位,保证市场主体的权利、自由和平等,通过市场调节机制追求个人利益最大化以及交易安全;公法以国家利益为本位,通过政府调节机制保证权力的正常运转,并防止权力滥用;社会法则是以社会利益为本位,以增进人类社会共同福祉,维护社会均衡发展和社会安全,增强人类社会的合作协调能力为要旨,通过对建立在私法基础上的个人主义法秩序所存在的弊端的反省,以实现社会利益最大化和社会安全为目标的法。^③

① 参见王全兴、管斌:《经济法与社会法关系初探》,载《现代法学》2003年第2期。

② 参见徐孟洲:《经济法理论对法学基础理论的几点创新》,载《法学论坛》2008年第3期。

③ 参见董保华、郑少华:《社会法——对第三法域的探索》,载《华东政法学院学报》1999年第1期。

在经济法与社会法的关系上,我们认为经济法既不是公法,也不是私法,经济法是社会法下的一个部门法。第一,经济法保护的并不是私法意义上的极具利己性的私人利益,也不是抽象的、政治性的国家利益,经济法保护的是社会的整体经济利益,这种利益具有普遍性、经济性和公共性,与社会法的本质属性相一致。第二,经济法体现的不是私人意志,因为在经济法中,如反垄断法中,私人不再是平等的。经济法体现的也不是国家意志,规范的并不是权力与服从的关系,经济法体现的是倾斜保护弱者的社会公共意志。第三,经济法的主体既不是纯粹的国家或国家机关,也不是纯粹的私人,而是具体经济结构中具有社会性和集合性的“社会人”。经济法主体体系结构复杂,具有自身的特点。第四,私法规范比较概括而公法规范较为具体,经济法的规范介于两者之间,体现了弹性特点。^①

二、法律部门:梯次分化与扩张

所谓法律部门,也可以称为部门法,是指专门调整或规定同一类社会关系的法律规范的总称。划部门法的标准主要有两个:调整的对象和调整的方法。凡是调整同一类社会关系,解决同一类社会问题的法律规范,都属于同一个部门法。或者说,凡是以相同的方式调整社会关系、解决社会问题的法,也是属于同一种部门法。法律体系由调整不同社会关系的各个部门法所构成,而法律部门又往往由若干子部门组成。

如前所言,法律部门的划分可以追溯到古罗马时期公法与私法的分野。法国继承了古罗马法典编撰的传统,在拿破仑执政时期,从立法上实践了法律部门划分的理论,先后制定了民法典、刑法典、商法典、诉讼法典和宪法典,为以后法律部门的划分和发展奠定了基础。随着法律所调整的社会关系不断地发展和复杂化,法律体系中的部门法结构呈梯次产生、分化扩张之势,现代三元法域法律体系下部门法呈如下布局:

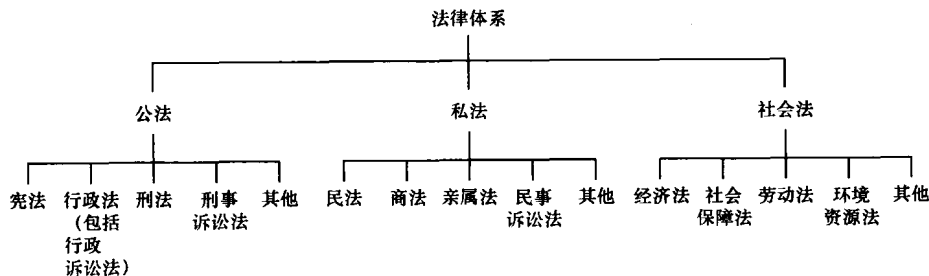


图 0-1

^① 参见王保树、邱本:《经济法与社会公共性论纲》,载《法律科学》2000年第3期。

（一）社会关系：法律部门梯次出现的原因

社会是一个复杂的有机体,随着人类改造自然、改造社会的实践活动日益深入和扩展,历史地形成了复杂多样、多种层次的社会关系。法律植根于社会,生长于社会,是调整社会关系的规范。“高度发展的工业社会的变化速度出人意料,人们越来越不相信生活关系是持久不变的。……法律应该调整发生变化并在很大程度上继续变化着的生活关系,也就是它至少应当暂时地引导这些变化走入制度性的轨道。……社会所有领域的快速结构变迁产生许多新的、需要法律调整的利益冲突,法律必须对所有重要(社会典型的)的生活实践和利益冲突进行调整,社会关系复杂化趋势是任何法治国家所不能避免和逆转的。”^①学者尹伊君在讨论法律的社会基础时说:“当我们以经验的眼光打量法律时,就会发现每一项真正的法律有着通往社会土壤的或长或短根系。”^②“动态化”的社会关系的趋势使得法律调整的范围不断扩大,只有建立接受新部门法产生并成长的理念,才能适应社会发展的需要。

法起源于社会内部生产力的发展引起以生产关系为基础的社会关系的变革和需要。社会关系不仅直接决定了法律的产生,而且在不断发展的人类社会中,随着人们活动领域的不断扩大和交往的增多,社会关系本身也在不断发展和复杂化,从而导致以社会关系为调整对象的法律规范也在不断发展,法律体系处于不断扩张之中。^③新的法律部门的出现,就是某类新的社会关系的分化形成并在特定的社会经济生活中体现出其独特性和重要地位的结果。例如,民法作为反映商品生产和商品交换客观规律的法律,源于古罗马市民社会与政治国家的分野。随着罗马帝国疆域的不断扩大,外来人与罗马人的交往日益增多,私有制和商品交换的发展要求国家制定调整这些关系的法律规则。罗马人在希腊哲学的影响下普遍信仰社会契约论,认为平等的私人主体之间的财产、合同、侵权等私人关系需要统一的私法加以规范。民法是“对简单商品所有者的一切本质的法律关系(如买主和卖主、债权人和债务人、契约、债务等等)所作的无比明确的规定”^④,恩格斯评价道:“在罗马帝国时期……,至少对自由民来说产生了私人的平等,在这种平等的基础上罗马法发展起来了,它是我们所知道的以私有制为基础的法的完备形式。”^⑤

商法的独立一方面是原民法中以市场为对象的法律规范与以家庭为对象的

① [德]魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2005年版,第20—21页。

② 尹伊君:《社会变迁的法律解释》,商务印书馆2003年版,第113页。

③ 参见薛克鹏:《经济法的定义》,中国法制出版社2003年版,第88页。

④ 郑玉波编译:《罗马法要义》,汉林出版社1985年版,第248页。

⑤ 《马克思恩格斯选集》(第3卷),人民出版社1995年版,第445页。

法律规范的分化;另一方面则是基于商人地位的特殊性以及由此形成的商事关系的独有特点,如商事规则由商事习惯发展而来,具有较强的技术性和经验性,商人之间的交易关系具有营利性,是经济生活中最活跃的领域,有着自己一套通行的交易规则,使得同属于平等主体之间关系的商事关系需要法律的单独调整。又如,劳动关系在早期被纳入到民法的调整范围之中,但实践证明,由民法调整劳动关系已不足以保护处于弱者地位的劳动者,并且导致社会劳动力资源的萎缩和阶级斗争的激化,于是,就出现了突破私法自治原则、体现国家干预、以保护劳动者为主旨的劳动法,并脱离民法而成为独立法律部门。

社会关系是一个庞大的体系,它既包括经济关系,也包括政治关系,既包括个人之间的关系,也包括个人与团体以及国家的关系,既包括家庭成员之间的关系,也包括国家与国家之间的关系。社会关系性质和内容的不同决定了其调整的法律规则也不同,从而形成不同的法律部门。由于“有关国家重要政治机关的及其相互关系以及国家和政府与人民相互权利和义务”^①等社会关系的存在,形成了以政治关系为调整对象的宪法,而政府和社会之间的矛盾要求法律以特有的方法对这种关系进行调整,行政法适应这一关系调整的要求,完成了法律体系的又一次扩张。可见,社会关系是法律体系扩张即法律部门梯次出现的客观基础和直接原因,纵观法律体系中各部门法产生及其独立内涵的演进,大都遵循了“社会关系+法律规范”的定义标准,并以此引导人们认识部门法属性的切入点,^②这就是社会关系在法律部门发展中的重要价值。

(二) 经济法:法律体系中新兴的法律部门

2008年2月28日,国务院新闻办公室首次向全世界发布《中国的法治建设》白皮书,明确宣布以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系基本形成。2011年3月10日,全国人大常委会委员长吴邦国在北京人民大会堂郑重宣布:中国特色社会主义法律体系已经形成,国家经济建设、政治建设、文化建设、社会建设以及生态文明建设的各个方面实现有法可依。当代中国的法律体系,部门齐全、层次分明、结构协调、体例科学,主要由宪法及宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼和非诉讼程序法七个法律部门及法律,行政法规,地方性法规、自治条例和单行条例三个不同层级的法律规范构成。而在历经数十年不懈努力终于构建起来的我国法律体系框架中,经济法毫无疑问地成为七大法律部门中重要的一员,担负着规范市场竞争秩序、加强宏观调控、维护市场经济秩序的历史使命。

① 龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社1985年版,第21页。

② 参见薛克鹏:《经济法的定义》,中国法制出版社2003年版,第97页。

经济法是调整经济关系的法律部门,经济关系是社会关系中内容最为庞大的一个分支体系,许多部门法都担负着调整一定经济关系的任务,但经济法的产生则是因为在一百多年前垄断资本主义时期出现了一类传统的法律部门无法适应和调整的新的经济关系,这类经济关系既不是传统私法调整的市民社会内部平等主体之间的关系,也不是公法视角中政治国家政府内部关系或政府与市民社会之间的不平等关系,而是工业化、组织化、社会化引发的经济力量差异造成的社会个体与社会整体关系,即社会个体利益与社会整体结构利益关系的矛盾和冲突,传统部门法在调整这种经济关系方面的“缺位”或“疏漏”,使得经济法的生成拥有厚实的社会关系基础。

考察经济法在一个国家的法律体系中是否成为独立的法律部门,其主要标准就是在市场经济运行中是否出现市场个体利益和社会整体利益需要协调的现实,并且这种经济关系的调整已经成为一国市场经济有序运行乃至国民经济稳定发展的关键,同时,国家义无反顾地担负起调整这种关系的职能,并且制定了大量的调整这类经济关系的法律规范。自从资本主义国家从自由竞争走向垄断阶段以来,各国均已意识到单纯依赖传统法律部门的运行无法解决市场经济个体逐利性对整个社会整体利益的冲击和破坏,社会经济秩序的健康稳定有赖于国家通过法律手段对这种经济关系加以“协调”、“规制”和“调控”,各国在不同时期针对微观经济领域和宏观经济领域所制定的各种体现国家调节属性的经济立法,表明经济法在现代市场国家独立的法律部门地位已经形成。

(三) 法律部门分类的形式主义本质

在古代,诸法合体,法学内无法律部门划分之说;在近、现代,诸法分立,且独立法律部门呈增多趋势,但英美法系国家没有像大陆法系国家一样进行法律部门划分。即使盛行法律部门划分的国家,立法和执法的许多实践,并未受法律部门划分之拘束,立法者主要是出于实现特定立法目的之需要制定法律条文,执法者主要是出于处理特定案件之需要适用法律条文,而不注重于该法律条文属于哪个法律部门。这表明法律体系的结构,只是法学的一种理论分析框架,而不是立法的实然状况。就像经济学中的“社会必要劳动时间”、“影子价格”、“需求均衡”、“完全竞争模式”等理论一样,法律体系的部门法结构仅是一种理论模型,而不是理论模型所反映的实在本身。学者们之所以将法律划分为若干部门,往往是出于研究的需要,对法律进行分类研究,以探求法律整体的内部分工与合作格局以及各类法律的特殊规律,从而形成一定的理论分析框架。因而,基于法学研究的不同需要,就会有不同的法律体系结构。法律部门划分虽然对立法有影响,但立法者在立法时首先考虑的不是法律部门划分,更不是一定要遵循某种法律体系结构,而是为了实现所立之法的任务而选择所需要的各种法律规范。所

以,法律体系的结构并不是绝对的,我们在以部门法的视野审视问题时,一定要以开放、兼容和运动的态度和方法,解析和处理部门法之间的关系。著名经济法学家李昌麒教授早在2001年就客观地提出了“民法、行政法、经济法互动”的精辟观点,在此摘录部分内容以帮助经济法学者更为清晰、理性地解决经济法部门法地位问题:^①

法律部门的划分无疑是法学研究的一大成就,对于指导立法和认识法律的真谛都具有重要作用。但法律部门的划分后来逐渐出现了教条化的现象,突出表现为:(1)固守法律部门划分的标准,忽视了法律部门已经出现和可能出现的交叉与融合;(2)部门法的本位主义倾向比较明显,不适当地夸大了某个法律部门的作用及其地位而轻视其他法律部门;(3)过分注重法律部门的划分,忽视了法律部门之间的互动关系。由此使法律部门的划分陷入了长时间的争论。

不可否认,法律部门的划分是法学研究的重要路径,无疑有助于学术研究繁荣。但是,我们强烈地感到,这种争论似乎又陷入了孤立和静止地研究问题的泥潭,其中体现最为明显的是对经济法、行政法与民法(以下简称“三法”)的研究。我们发现,在对三法的研究中,曾经都出现过“你想包容(或吃掉)我,我想包容(或吃掉)你”的探索路径。这是三法各自的调整对象难以达成共识的一个方法论障碍。为了克服这种障碍,必须寻求另一个探索路径,其思路是:一个国家的法律体系,实际上是由多个法律部门组成的有机整体,这个法律体系框架内的各个独立的法律部门,它们的作用可能有所不同,但是,它们的重要性是一样的,因此,法学研究的重点不仅要考虑法律部门之间的差别,同时也要考虑法律部门之间的联系,进而建立起在整体法律体系框架内的各个部门法的互动机制。法律部门的互动,是法治有效运行的基本环境。如果过多地、孤立地强调与讨论法律部门的划分而看不到他们的互动作用,不仅可能造成人们对三法认识上的隔阂,而且也有悖法律部门划分的最终目标,同时还可能影响科学的市场经济的法律体系框架的形成和完善。

三法互动的法理基础有两个:一是法治系统的统一;二是法律部门划分的缺陷性。

首先,法治系统是一个复杂的、动态的同时应是一个最优的系统。而法治系统的统一必须以承认法律部门的协调与互动为前提。法律秩序是法治体系统一的结果,而法律秩序又是作为所有法律部门的合力的结果。在整个法治系统中,

^① 以下内容参见李昌麒、岳彩申、叶明:《论民法、行政法、经济法的互动机制》,载《法学》2001年第5期。我们认为,作为著名经济法学家,李昌麒教授对民法、行政法、经济法三者关系的思考足以给经济法后人正确理解和认识经济法的地位和作用予指导和警醒。