

光
华
文
丛

高晋康 主编



光 华 文 丛

王伦刚 著

中国经济法的根基



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国经济法的根基

王伦刚 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国经济法的根基/王伦刚著. —北京:法律出版社, 2007. 9

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7382 - 5

I. 中… II. 王… III. 经济法—研究—中国 IV. D922. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 163471 号

© 法律出版社·中国

**西南财经大学
法学院光华文丛**

中国经济法的根基

王伦刚 著

**责任编辑 徐雨衡 刘伟俊
装帧设计 乔智炜**

开本 / A5

版本 / 2007 年 9 月第 1 版

出版 / 法律出版社

总发行 / 中国法律图书有限公司

印刷 / 北京北苑印刷有限责任公司

印张 / 13.125 字数 / 322 千

印次 / 2007 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 / 法学学术出版分社

经销 / 新华书店

责任印制 / 陶 松

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

网址 / www.lawpress.com.cn

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

西安分公司 / 029 - 85388843

重庆公司 / 023 - 65382816/2908

上海公司 / 021 - 62071010/1636

北京分公司 / 010 - 62534456

深圳公司 / 0755 - 83072995

苏州公司 / 0512 - 65193110

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 7382 - 5

定价: 29.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

谨以此书献给
父亲王述文先生和母亲蒋莘芳女士

卷首语

晚近之法律发达史昭谕——法乃天下之公器也。律法之学，遂立于诸学之列，渐为显学，域外海内共趋之，前辈后生共奉之，庙堂布衣亦颇多侧目。此时此世，法律堪谓人世经纬，通由法律而生活，织掇规则，获取意义。

迨至现世，法治取神治、人治而代之，蔚为治国之略，遂成法共同成员所皈依之凭借也。然，徒法不足以自行，文以载法，所求者何？或答曰：所希冀者，欲将公平正义、民主平等、自由博爱、诚信宽容诸等现代人文理念，践行落实为具体之法律运作，并由此祈愿，为吾曾灾难深重之神州大地，重建规则，重缔秩序，是谓法治之意义。所凭借者何？或答曰：诸行家前辈、英杰俊才，以脉脉法意，以智识才情，援据西窗法语，璧合本土资源，通联当下之国情与民意，法意与人心，文以载道，燎原薪火，传承不灭。

至若现今之西南财大法学院，肇始于民国末年之正阳法商学院，经由相辉文法学院，辗转历光华

大学法学系。虽偏于西南一隅,处江湖之远,却谨循“经世济民、孜孜以求”之校训,未敢懈怠。然则,三尺高台起于垒土,现倡设《光华文丛》之举,盖缘于此。若此,吾侪同心,著者协力,惟以沙聚跬积、期于汇涓成川。仰我上者,茫茫苍穹,望光华之繁星璀璨,得其所哉,夫复何求?

《光华文丛》首创之期,是为卷语。

高晋康 谨 识

序

自 20 世纪 70 年代末复兴以来,中国经济法的地位一直备受争议,但它却在争议中逐渐成长。1992 年社会主义市场经济的改革目标确立后,中国经济法学开始强调在“市场经济条件下”进行理论研究,较为注重从成熟和现代市场经济社会去寻求经济法现象存在的合理性。在此基础上,学者们对经济法的本体、价值和实现等属于“经济法的理论”领域中所涵括的每一个小论题,例如经济法的调整对象、地位、概念、体系、价值、原则、主体、制定、实施、责任等等都进行了新的探索,并取得了辉煌的理论成果。与此同时,学者们还对“关于经济法的理论”范围的论题进行了卓有成效的研究。学者们从各个角度论证经济法在法律体系中的独立地位,努力创建中国的经济法理论体系。

在“关于经济法的理论”中,经济法的产生是一个被人们广泛探讨的论题。经济法的产生这个论题关注经济法同其他社会现象的关系,寻求经济法产生的社会原因,提示经济法存在的基础。“中国

经济法的根基”这个论题总体上属于“经济法的产生”这个论题的范围,但它却相对比较独特。它的独特之处在于,以西方经济法为参照系,研究从传统社会到现代社会转型的那段历史时期的社会要素(也就是本书所说的“根基”)与中国经济法的关系。这样,经济法学研究视野就回溯至人类社会的现代化历史进程中。于是,这个论题不仅让人们看到西方社会的现代化进程孕育了现代法律精神的内核以及它对经济法的正面历史作用,而且也改变了对于中国社会与中国经济法的历史关系研究相对比较薄弱的状况。因此,“中国经济法的根基”这个问题的提出恰好填补了经济法学基础理论研究的空白。它对于人们思考和探索正在现代化进程中的中国经济法与中国社会的相互关系、经济法如何具体地参与现代化进程等时代主题无疑具有重大的理论价值和实践意义。

本书视野开阔,运用了多学科的方法和理论进行研究,在方法上具有很强的复合性。在揭示中国经济法根基的状况时,采用了历史分析法和比较分析法;在挖掘和拓展中国经济法的前见时,采用了哲学阐释学的前见理论;在具体解构和构建中国经济法根基时,运用了自由主义政治哲学理论、市民社会理论、经济学理论以及宪政理论等。多学科方法和理论的运用对一个年轻学者无疑是一个考验,能做出这样的尝试需要一定的学术勇气。本书的一些观点也比较独到。例如,本书主张多元观念的互补性。在探索中国经济法根基构建的前见时,作者强调不是为了相互辩驳而借鉴西方的不同理论,而是把不同的理论都作为理解西方经济法的前见的组成部分,以便更好地借鉴西方经济法理论为中国经济法服务。又如,本书主张要历史地理解和应用西方经济法的制度与理论。对一些来自西方的概念与理论不是顺手拈来,而是首先做适用性的考察和概念的细致区分,然后有选择地审慎地运用,如对于消极自由与积极自由的区分和选择,对于市场经济与“好的市场经济”的区分,对于现代市民社会和当代市民社会理论的整合应用等等都比较符合学术规范。

本书还有一个特点,就是倾向于经济法学向传统法学的复归。民法学和经济法学曾经激烈论战,因此人们往往追求经济法的特殊性,而对

民商法和经济法的共通性强调不够。在某种程度上,本书恰恰强调了民法与经济法甚至整个现代法律的共同精神内核和底线。也许这种强调。正如本书所言,才会使中国经济法真正具有现代性。多年以前,我曾经提出,经济法学和民商法学需要齐心协力,共同担负完善我国经济法制的的光荣使命。如今看到自己的弟子能够做出这种探索,我十分高兴。

虽然学术界对经济法是否是一个独立的法律部门还存在不同的看法,但对本书而言这些意见分歧并不十分重要。无论经济法只是一群法律法规的汇合,还是一个具有内在逻辑的法律部门,本书的研究态度都可以迁移,研究的视角和方法都可以运用。本书提出的问题对于中国法学和法制具有一定的普遍性,本书解决问题的态度与方法对于中国法制的现代化和中国社会的法治建设应该有一定的启发意义。

伦刚是我的博士研究生。他为人朴诚,学习勤奋,喜好抽象思辨,保持着浓厚的学术兴趣,也有着悲天悯人的人文情怀。这本书,是他多年来思考与探索的结果,我对其出版表示衷心地祝贺。当然,本书也存在一些不足之处。如一些概念的使用还值得商榷,一些理论的运用还需要考究,一些理念的制度落实还需要细化等。探索之路只有开始而没有结束。希望他能够沿着自己的路径,继续探索。

马俊驹

2007年7月于清华大学蓝旗营

内容摘要

20 世纪 90 年代“社会主义市场经济”改革目标确立之初,中国经济法的发展目标就被定位于“在市场经济条件下”,中西方经济法就被确立了“共同基础”。多年以来,人们就在这种“共同基础”之上进行中国经济法的理论研究和制度运行操作。但是,差强人意的制度运行实效以及备受责难的理论研究结论让人怀疑中国经济法的定位。因此,中国经济法“基础”的基础——中国经济法的根基就成为本书论题。

本书遵循一种反思的进路,从比较视角,以西方经济法为参照系,运用研究“经济法基础”常用的分析框架,检视“共同基础”之下的中国经济法制度与理论的根基以及前见,并在反思后尝试拓展前见和构建中国经济法的根基。

本书分为三部分,由导论、上篇和下篇组成。

导论主要是提出并界定问题,梳理研究现状,阐明研究视角和分析框架,界定一些基本概念。

上篇通过中西方经济法根基的纵向历史比较,

揭示出中国经济法制度与理论根基的缺失,并进一步挖掘了导致这种状态的前见及其载体。它具体包括第一、二、三章。

第一章检视中国经济法制度的根基。在“共同基础”之下,分别挖掘中西方经济法制度的历史根基。比较研究后,笔者发现中国经济法制度缺失与西方经济法制度相应的历史根基:市场失灵缺失市场成功的根基,积极国家缺失宪政的根基,当代市民社会缺失现代市民社会的根基,实质平等缺失消极自由的根基。

第二章检视中国经济法理论的根基。中国经济法理论的根基也处于缺失状态。这种缺失总体表现在理论架构根基的缺失——“中国问题”晦暗不明以及研究框架的混用;具体表现在:市场观缺失市场成功的根基,积极国家观缺失宪政根基,社会观缺失现代市民社会的根基,价值观(社会利益)缺失消极经济自由的根基。

第三章剖析导致中国经济法根基缺失的前见及其载体。造成中国经济法根基缺失的最核心的前见是进步普遍历史观和以激进主义为内容的表现为“千禧年追求”的发展观。这些前见的载体是丢失了自由主义底蕴的西方经济学的国家干预主义理论,而这个载体恰是盛行于学术界的中国经济法的经济学基础。

下篇提出在现有约束条件下推进中国经济法根基演进的各个层面的对策。下篇包括第四、五、六章。

第四章从前见层面提出构建中国经济法根基的对策。本章反思了进步普遍历史观,引入了“一元多线历史观”;反思了“千禧年情节”,引入了“零碎工程观”;反思了作为前见载体的中国经济法学盛行的经济学理论,并期望中国经济学理论的发展。本章目的在于拓展前见,在更大的“视域”下构建中国经济法的根基。

第五章阐述构建中国经济法根基的理论进路。笔者认为,中国经济法可以以“经济人”为假设;加入消极自由,改变其价值体系“配方”;探索“市场失灵”中国化,融入市场不完善;全盘参与中国市民社会的构建,包括现代市民社会的创立;追寻国家干预理性的正当性,引入立宪主义

国家理性。只有这样,中国经济法理论才具有现代法的精神气质。

第六章探索构建中国经济法根基的制度进路。在思想根基方面,使消极自由落实于经济法制度;在经济根基方面,为“好的市场经济”提供经济法保障;在社会根基方面,提出中国市民社会渐进构建的经济法策略;在政治根基方面,提出实现中国渐进宪政的经济法之路。

本书结束语指出,中国经济法根基的缺失不过是中国传统文化和计划经济的惯性在经济法领域的折射。因此,创立中国经济法根基的历程定会伴随中国社会现代化的全过程,必将“路漫漫其修远兮”。

目 录

导论 / 1

第一节 问题 / 1

一、问题的提出 / 1

二、问题的界定 / 6

第二节 文献概述 / 10

一、中国经济法时空定位研究 / 10

二、中西方经济法比较研究 / 13

三、中国经济法根基研究 / 15

第三节 研究进路和研究框架 / 19

一、研究对象与时空定位 / 19

二、研究思路与研究进路 / 20

三、研究框架与研究方法 / 22

第四节 基本概念 / 24

一、自由与平等 / 24

二、市场成功与市场失灵 / 30

三、现代市民社会与当代市民社会 / 31

四、立宪主义与宪政 / 32

五、前见 / 33

上篇 中国经济法根基的检视 /35

第一章 中国经济法制度的根基检视 /37

第一节 比较基点:中西方经济法的“共同基础” /37

一、“共同的”经济基础 /39

二、“共同的”社会基础 /41

三、“共同的”政治基础 /45

四、“共同的”思想基础 /47

第二节 参照系:西方经济法制度的根基 /52

一、经济根基 /52

二、社会根基 /56

三、政治根基 /63

四、思想根基 /69

第三节 具体分析:中国经济法制度的根基 /80

一、经济根基 /81

二、社会根基 /84

三、政治根基 /92

四、思想根基 /95

第四节 基本结论:中国经济法制度根基的缺失 /104

一、中西方经济法制度根基的具体比较 /104

二、中西方经济法制度根基的宏观比较 /105

小结 /108

第二章 中国经济法理论的根基检视 /109

第一节 理论架构的根基 /110

一、“中国问题”晦暗不明 /110

二、研究框架的混用 /114

第二节 市场观的根基 /119

一、被凸显的市场失灵 /119

二、被遮蔽的市场不完善 /123

第三节 社会观的根基 /126

一、现代市民社会被批判 /126

二、当代市民社会被“换心” /128

第四节 国家观的根基 /132

一、法治与宪政阙如 /133

二、积极宪政国家观扭曲 /135

三、国家主义盛行 /138

第五节 价值观的根基 /141

一、自由罕见及消极自由阙如 /141

二、社会本位悬空 /146

三、中西方经济法实质平等观的差异 /154

小结 /155

第三章 中国经济法的前见 /156

第一节 历史观前见 /156

一、进步主义历史观 /157

二、普遍历史观 /164

第二节 发展观前见 /169

一、“千禧年追求”的表现 /169

二、“千禧年追求”的寻根 /175

第三节 前见的载体 /180

一、经济学理论基础考证 /180

二、经济学理论基础探源 /184

小结 /190

下篇 中国经济法根基的构建 /193

第四章 中国经济法根基构建的前见 /197

第一节 历史观的拓展 /197

一、进步主义历史观的拓展 /198

二、普遍历史观的拓展 /201

第二节 发展观的拓展 /206

一、“千禧年追求”的检视 /206

二、“零碎工程”观 /209

第三节 经济学理论期望 /215

一、经济学理论的反思 /215

二、经济学理论的期望 /220

小结 /225

第五章 构建中国经济法根基的理论进路 /227

第一节 逻辑起点：人性假设 /228

一、人性假设的矛盾 /229

二、“社会人”假设的检视 /231

三、人性的重设 /236

第二节 思想根基：添加消极自由“质料” /239

一、添加消极自由的理论论证 /239

二、添加消极自由的理论进路 /246

第三节 经济根基：“市场失灵”中国化 /257

一、“市场失灵”中国化的必要与可能 /258

二、“市场失灵”中国化的尝试 /261

三、“市场失灵”中国化的意义 /262

第四节 社会根基：参与构建现代市民社会 /269

一、现代市民社会：中国市民社会的构成部分 /269

二、构建中国市民社会的经济法理论进路 /275

三、参与构建现代市民社会的意义 /281

第五节 政治根基：追寻国家干预理性的正当性 /285

一、国家干预理性正当性的界定 /285

二、追寻国家干预理性正当性的理论进路 /288

三、追寻国家干预理性正当性的意义 /297

小结 /300

第六章 构建中国经济法根基的制度进路 /303

第一节 消极自由价值的经济法制度进路 /303

一、消极经济自由的经济法制度落实 /304

二、积极经济自由“消极”的制度落实 /311

第二节 “好的市场经济”的经济法制度进路 /319

一、“好的市场经济”之界定 /319

二、个人权利界定清晰而可靠的经济法保障 /323

三、政府与民争利的经济法约束 /327

四、政府与经济人合谋争利的经济法约束 /331

第三节 中国市民社会的经济法制度进路 /333

一、经济法立法确认 /334

二、经济法司法支持 /340

三、建立消费者私人诉权制度 /345

第四节 宪政中国的经济法制度进路 /350

一、渐进宪政与经济法之路 /350

二、渐进宪政经济法之路的总体思路 /352

三、渐进宪政经济法之路的主要领域 /358

小结 /365

结束语 /367

主要参考文献 /370

后记 /394

致谢 /396