

经济法

研究

第10卷

■ 主编 张守文

北京大学
PEKING UNIVERSITY

Economic

《经济法研究》实行匿名审稿制

经济法研究

第 10 卷

张守文 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

经济法研究. 第 10 卷/张守文主编. —北京:北京大学出版社, 2012. 5
(经济法研究)

ISBN 978 - 7 - 301 - 20552 - 5

I. ①经… II. ①张… III. ①经济法 - 研究 - 中国 - 文集

IV. ①D922.290.4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 076687 号

书 名: 经济法研究(第 10 卷)

著作责任者: 张守文 主编

责任编辑: 郭瑞洁

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 20552 - 5/D · 3108

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 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962**

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市博文印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 19.75 印张 329 千字

2012 年 5 月第 1 版 2012 年 5 月第 1 次印刷

定 价: 39.00 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

卷 首 语

在当今的风险社会,经济和社会生活的各个领域都充满了不确定性。无论是与转变经济发展方式直接相关的产业结构调整问题,还是低碳经济立法问题;无论是金融危机、分配不公,还是环境污染、食品安全等问题,都涉及风险及其防范的问题,都涉及经济法的重要价值理念和制度功用。本卷所有作者似乎都不约而同地在关注“风险的法律规制”的主题,反映了经济法学界同仁对各种风险问题的高度关注。

本卷共分为“基础理论”、“宏观调控法”、“市场规制法”和“相关法律制度”四个部分,现将各部分重要论文的主要内容概述如下:

本卷的“基础理论”部分共刊发三篇论文。欧阳恩钱副教授的《风险社会、生态文明与经济法哲学基础拓新》指出:因应风险社会的经济法哲学,必然强调可持续发展,而生态文明遵循的就是可持续发展原则;作者认为,自由与调节在人与自然、人与人“共生”中夯实经济法哲学之本;公私利益在对立中的“共进”拓展经济法哲学之根;权利与权力在循环中的“再生”体现经济法哲学之用。张富强教授和罗文苑先生的《完善我国低碳经济立法的几点建议》认为:当前亟待解决如何客观地面对我国高碳排放的现实及低碳经济立法的困局,积极借鉴国外低碳经济立法的先进经验,加快并完善国内低碳经济的立法,在法律及制度上保障国民经济实现低排放、低能耗的可持续增长,进而促进我国社会主义市场经济的稳健发展。周雄文教授和唐红敏副教授的《论区域“两型社会”建设中的经济法治保障——以长株潭城市群区域为例》一文,集中研究了长株潭城市群区域“两型社会”建设的经济法保障问题。他认为,应当重视区域经济法建设,充分发挥经济法治保障作用,必须提高地方经济立法质量、健全经济执法机制,以公正司法形象引领“两型社会”建设,以培养法治文化确保“两型社会”建设。

本卷的“宏观调控法”部分共刊发七篇论文。张建伟教授的《金融稳定与金融部门良好治理——中国银行业治理的法律金融学》一文,考察了金融中介的公司治理区别于普通公司治理的特殊制度架构,以及监管治理对金融稳定和金融可持续发展的重要性。作者指出,中国未来金融部门的良好治理与可持续发展,有赖于金融中介机构公司治理和中国政府公共部门的良好治理之间互补机制的建立,而这对中国现有的相关金融法律制度框架提出了新

的挑战。冯果教授和李安安博士研究生的《收入分配改革视域下的金融公平》认为:长期以来,金融法理论研究和立法实践过多地关注经济功能而忽略了社会功能,这是造成收入分配鸿沟的重要制度诱因。为此,金融法应当废弃“效率优先、兼顾公平”的传统观念,改采以金融效率、金融安全和金融公平为博弈模型的新“三足定理”。宾雪花副教授的《产业政策立法问题研究》认为,中国十大产业振兴政策暴露出中国产业政策的不透明、不公开、不民主等特质,作者建议,提高立法位阶的层级,完善中国产业政策立法体系,设定日落条款。新西兰财政部分析师 Rebecca Prebble 和惠灵顿维多利亚大学前法学院院长 John Prebble 教授的《一般反避税规则与法治原则是否相抵触——一项比较研究》一文认为,一般反避税规则因存在精确定义的困难,无法明确其在哪些具体场合中得以适用,各国争议颇多。尤其在谈及其与法治原则的关系时,法治的基本价值与该规则是否相抵触成为一般反避税规则能否作为法律规则立足的重要理论标准。除了考虑法治原则外,一般反避税规则是否合理,需要斟酌税法中的横向公平原则、税收中性目标、税收法定原则、避税的道德性等因素。许煜博士的《韩国〈综合不动产税法〉——以韩国宪法裁判所 2008 年 11 月 13 日的决定为对象》一文,主要介绍了韩国《综合不动产税法》的基本内容及韩国宪法裁判所决定的内容,分析了家庭合算规定是否违反宪法第 36 条第 1 款规定、征收综合不动产税是否侵害财产权等论争点。这些分析对当下中国的制度建设也有一定的借鉴意义。孙乃玮博士的《金融风险的根源和经济法在金融风险防范中的作用》一文,提出了将效益与风险的权衡作为金融法律理念二元结构假设,作者认为,金融危机的法律理念根源是市场主体对金融风险的认识偏差以及法律对市场主体金融风险偏好的不当尊重。宋亚辉博士的《中国广告产业的宏观调控研究》认为,诸多问题制约中国广告产业的核心竞争力,从国家宏观调控角度,政府有必要对广告产业进行政策扶持,但应当以提高广告创意制作能力为核心。

本卷的“市场规制法”部分共刊发四篇论文。孙效敏教授的《论〈食品安全法〉十倍赔偿之奖励性质》一文,认为将十倍赔偿制度当做惩罚性赔偿制度是一种误解,导致该制度不能充分发挥弥补政府食品安全监管不足的作用。因此,作者建议在立法上明确“十倍赔偿”奖励制度之性质,降低消费者的维权难度,使该制度真正落到实处。罗晋京副教授的《论我国消费者保护立法体例的完善》一文,认为我国消费者立法体例存在立法层次不高、法律规定相互不衔接、以行政为主导、可操作性不强等缺陷,应在转变发展模式的要求下,不断完善消费者保护法。唐晋伟博士的《德国商业贿赂规制立法的发展路径及其比较法启示》一文指出,由于德国学术界尚未达成共识,德国商业

贿赂规制立法的未来发展,在面临欧盟治理私人领域内贿赂的统一规制立法时遇到了转化立法的困境。结合我国实际,作者认为,由于我国《反不正当竞争法》所规制的商业贿赂并没有相对应的刑事责任条款,而《刑法》第163条和第164条并非意在保护竞争秩序,这就使得商业贿赂的治理停留在行政执法层面而无法有效地与刑事司法追究程序相对接。陈兵博士的《再论美国反托拉斯法生成——以19世纪下半叶规制铁路业垄断问题为线索》一文,以铁路行业垄断问题为研究线索,选取联邦最高法院判例和州制定法及判例为分析素材,探讨了联邦与州规制铁路运营领域内限制竞争活动的态度,论及美国反托拉斯法生成的原因,对《谢尔曼法》早期实施不佳的现象予以了重新解释,在此基础上审视了中国《反垄断法》的相关问题。

本卷的“相关法律制度”部分共刊发了三篇论文。王红一教授的《转变经济发展方式与企业社会责任——从一个新角度看经济法的功能》认为,经济法是规范转变经济发展方式的重要法律部门,也是规范企业社会责任的主要法律部门,经济法的功能,由“硬法”机制和“软法”机制共同发挥,通过经济法主体“共同治理”,落实企业社会责任,进而促进经济发展方式的转变。廖建求博士和姜孝贤博士研究生的《环境侵权归责原则的法经济学分析》认为,将环境侵权领域的归责原则设定为无过错责任原则或者严格责任原则不够合理与科学,它忽视了事故情形的多元性,而事故情形的多元性暗示着归责原则的多元性。严格责任与过失责任原则在同一案件类中并非不可共存,并且矫正正义的论证也表明了过失责任的基础性,分配正义的阐述则表明了严格责任的合理性,因此不当把二者进行生硬的分离。李科珍博士的《风险投资有限合伙中普通合伙人无限责任的内部治理功能研究》认为,风险投资有限合伙内部的控制权配置极度不均衡,普通合伙人承担无限责任的制度安排,有助于“逆向选择”与“道德风险”的克服。但其作用却不应被无限夸大。风险投资自身对债务杠杆使用的限制以及交易结构设计、普通合伙人组织形式选择等,均是制约普通合伙人无限责任治理功能的限定因素。

上述各位作者的研究,说明了诸多领域风险问题之严重,法律规制的任务尤其沉重,学术研究的社会责任尤其重大。冬天就要来了,春天还会远吗?衷心祝愿学界同仁和各位读者安康如意,愿我国的经济法研究不断进步!

张守文

2011年11月2日

于北京大学经济法研究所

目 录

基础理论

- 3 风险社会、生态文明与经济法学基础拓新 欧阳恩钱
19 完善我国低碳经济立法的几点建议 张富强 罗文苑
29 论区域“两型社会”建设中的经济法治保障
——以长株潭城市群区域为例 周雄文 唐红敏

宏观调控法

- 47 金融稳定与金融部门良好治理
——中国银行业治理的法律金融学 张建伟
88 收入分配改革视域下的金融公平 冯 果 李安安
109 产业政策立法问题研究 宾雪花
123 一般反避税规则与法治原则是否相抵触
——一项比较研究
〔新西兰〕Rebecca Prebble & John Prebble 著
曹明星 王文婷 译
145 韩国《综合不动产税法》
——以韩国宪法裁判所 2008 年 11 月 13 日的
决定为对象 〔韩〕许 煜

- | | | |
|-----|----------------------------|-----|
| 161 | 金融风险的根源和经济法在金融风险
防范中的作用 | 孙乃玮 |
| 172 | 中国广告产业的宏观调控研究 | 宋亚辉 |

市场规制法

- | | | |
|-----|---|-----|
| 195 | 论《食品安全法》十倍赔偿之奖励性质 | 孙效敏 |
| 208 | 论我国消费者保护立法体例的完善 | 罗晋京 |
| 221 | 德国商业贿赂规制立法的发展路径
及其比较法启示 | 唐晋伟 |
| 234 | 再论美国反托拉斯法生成
——以 19 世纪下半叶规制铁路业垄断问题
为线索 | 陈 兵 |

相关法律制度

- | | | |
|-----|------------------------------------|---------|
| 267 | 转变经济发展方式与企业社会责任
——从一个新角度看经济法的功能 | 王红一 |
| 275 | 环境侵权归责原则的法经济学分析 | 廖建求 姜孝贤 |
| 292 | 风险投资有限合伙中普通合伙人无限责任的
内部治理功能研究 | 李科珍 |

基础理论

风险社会、生态文明与经济法哲学基础拓新

欧阳恩钱*

目 次

- 一、“发展中心主义”的经济法哲学与风险社会因果性关联
 - (一) 促进经济发展是经济法的基本观念
 - (二) 风险社会:经济发展的附产品
- 二、风险社会背景下经济法哲学基础拓新必以生态文明为根本指引
 - (一) 从发展到可持续发展:经济法哲学基础因应风险社会的拓新之道
 - (二) 生态文明蕴含的“共生、共进、再生”即可可持续发展的指导方针
- 三、维持与增进生态文明的经济法哲学基础拓新具体表现为三方面
 - (一) 自由与调节在人与自然、人与人“共生”中夯实经济法哲学之本
 - (二) 公私利益在对立中的“共进”拓展经济法哲学之根
 - (三) 权利与权力在循环中的“再生”体现经济法哲学之用

经济法是国家调节经济之法。自由与调节、公与私、权利与权力三对范畴的辩证,即经济法哲学的内涵表达。法是回应现实、作用未来的期待,哲学是时代的产物,风险社会、生态文明背景之下,经济法哲学基础必然表现出新的内涵。

* 欧阳恩钱,法学博士,温州大学政法学院副教授。

一、“发展中心主义”的经济法哲学与 风险社会因果性关联

(一) 促进经济发展是经济法的基本观念

毫无疑问,经济法的最终目的在于保障和促进国民经济发展。经济发展是经济法的“本位”^①,也即经济法的基本观念。具体体现在经济法哲学的三对范畴之中:

首先,经济法将国家调节建立于自由基础之上,极大地促进了生产能力的提升。“经济自由”思想萌生于罗马帝国时代,随着罗马对外征服扩张普通罗马人的公民资格转换为法律身份,仅在罗马发达的私法体系下拥有依照法律而行动的自由。霍布斯、洛克等进一步将这种经济与生活的自由看做人的基本权利。而自罗马帝国时代沿袭下来的经济自由,也即伯林说的消极自由,“是一个人能够在不受他人阻碍情况下活动的空间”。^②之所以“消极”,在于这种自由的实现依赖于他人的不作为。在公私二元对立的传统以及当时盛行的功利主义之下,亚当·斯密因而得出:政府仅作为消极“守夜人”,每个人都受“无形之手的指引”、从利己的本性出发盘算着他自己的利益,“他追求自己的利益,往往使他能比在真正出于本意的情况下更有效地促进社会的利益。”^③经济完全脱离社会(政治)一成为“脱域式经济”,充分的经济自由为财富增长提供了不可或缺的前提;但“脱域式经济”本质上是封闭性的结构,经济人“自利最大化”在理性有限性制约下,经济自由促进市场经济发展的同时也必然毁灭市场经济自身。经济法正是逻辑性地建立在这一对张力之上,主张国家对经济的调节绝不是限制自由,恰恰是为了保障、维护与促进自由。国家对经济的调节意味着的经济“政治化”,减弱了“脱域式经济”自我毁灭的风险,而从根本上坚持自由基础之上的调节,充分释放人们的创新积极性,极大地提高了生产能力。从西方国家20世纪以来逐渐加强对经济的干预,到中国1992年后注重在市场基础上加强宏观调控,无不体现了

① 温冠英:《经济法的本位思想新论》,载《江西社会科学》2002年第2期。

② [英]I. 伯林:《两种自由概念》,陈晓林译,载刘军宁等编:《公共论丛:市场逻辑与国家观念》,生活·读书·新知三联书店1995年版,第201页。

③ [英]亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(下),郭大力、王亚南译,商务印书馆1972年版,第27页。

自由基础上国家调节这一近现代经济法哲学根基。^④

其次,经济法注重公私利益的协调统一,直接促进了经济量的增长。“利益”在拉丁语中意指“与人或事有关、有影响、重要”。18世纪后,利益逐渐成为社会生活的中心概念,成为“满足人类价值感情之一切事物”。而如科尔曼所说:“(利益)这个概念,在关于自我与社会的关系方面,促成了一场革命,这种新的认识,是法国大革命的思想基础。”^⑤显然,利益的分化是理解社会变迁的重要线索,分化的利益协调统一是经济与社会发展的内驱力。按政治哲学的一般叙述,随着个体主体性、个体意识的觉醒,劳动分工和私有制出现,个人利益从原始社会那种个体与整体浑然一体中脱离出来,发展为公共利益的对立面——私人利益。随着启蒙时代对个体性的强调,私人利益成为个体实践的直接与唯一目的。而在经济法产生的叙事中,随着生产的日益社会化、企业规模的逐渐大型化,以个体自由为基础、以追逐私利为激励建立的市场调节开始显现“失灵”,因之产生“社会本位”的经济法。显然,公私利益在市场条件下的冲突升级就是经济法产生的条件。鉴于冲突的根本原因在于私人利益张扬却并未如斯密所说“更有效地促进社会的利益”,经济法责无旁贷地要以维护公共利益为己任。然而,经济法对“市场失灵”的救治目的就在于恢复市场调节的良性运行,由此决定着经济法又必须保障作为经济发展原动力的私人利益追求。在这种矛盾之下,近现代经济法拾起了斯密学说的哲学基础——功利主义,如马克思所说,“由于私人利益和公共利益之间矛盾,公共利益才以国家的姿态而采取一种和实际利益(不论是单个的还是共同的)脱离的形式,也就是说采取一种虚幻的共同体形式”^⑥。“虚幻共同体”即原子式个体的总和,“虚幻共同体”的利益作为“公共利益”深层表现正

④ 诚然,经济法也强调国家调节的公平与效率价值。就公平而言,像亚当·斯密和密尔等一些古典自由主义者都认为自由与公平难以完全兼容,因而主张必要时可以牺牲公平。而现当代自由主义者,如罗尔斯等却都比较强调两者的兼顾。事实上,经济活动中实际的不公平基本可归之为收入不公平,以及将收入转换为能力的优势不公平。前者指结果的不公平,它是市场经济的外部性,与经济自由存在不可化约的矛盾;后者是起点的不公平,它直接造成实际运用经济自由的“可能性”不平等,构成经济自由的外在限制。学界认为经济法在于维护社会经济总体效率的观点,很大程度上是建立在以庇古、马歇尔为代表的福利经济学原理之上。然而,福利经济学却不能为经济法追求社会经济总体效率优先的命题提供完整支撑。福利经济学中的福利(效率)相对于个体经济自由——“排除他人干预的自由选择”本身意义上可独立成为市场机制的评价标准,但在经济自由的运用首先需要实际能够运用自由的“可能性”时,赋予实际的“可能性”就是培育市场的完全竞争,竞争就能促进效率。

⑤ [美]詹姆斯·科尔曼:《社会理论的基础》(上),邓方译,社会科学文献出版社1990年版,第28页。

⑥ 《马克思恩格斯全集》第3卷,人民出版社1960年版,第38页。

是“普遍”的私人利益,因而对“公共利益”的维护完全能与对私人利益的保护相得益彰。近现代经济法这种对公私利益的协调统一,实际上就是为追逐私人利益消除政治和制度的障碍,正能直接促进经济量的增长。

最后,经济法将权力的配置与运行限制为对权利的保障之上,为促进经济发展提供了制度保障。法律对权力的控制(限制)是法治的当然命题,西方国家的经济法在政府经济权力生成中同步加以控制,中国经济法则肇始就致力于对政府偌大经济权力的逐渐限缩。而对于控权的进路,学界基本是先从启蒙时代思想家洛克、卢梭等那里延续“主权在民”和“授权”观念抽掉权力的神秘性,主张权力服从于对权利的保障,如经济法学者漆多俊先生指出:“权力者,乃权衡、确认和保障实现权利之力也,亦即权衡、确认和保障利益分配关系之力也,并且权力本身也是经由社会权衡、确认之力。”^⑦单飞跃教授指出:“国家权力是社会成员关于公共事务管理安排的一致性委托,是制度安排的结果。经济权力至少应当由议会、政府、专门性国家机关、社会成员所共享。”^⑧宪法学者童之伟先生指出:国家权力来源于公民权利,在根本上统一于公民权利。^⑨孙笑侠教授指出:“严格意义上的行政‘控权’指行政法基于正式法律的立场,为了保障人民权利而积极驾驭、支配行政权力。”^⑩在经济领域,权利具有天然的个体性、利己性,而政府的经济权力具有社会性、公益性、经济性。^⑪近现代经济法将经济权力控制于对权利的保护,牺牲了权力的公共性却最大限度减少了权力与权利的对峙、迎合了市场经济“私”的要求,从而成为促进市场经济迅速发展的制度利器。

(二) 风险社会:经济发展的附产品

“风险”概念首见于16、17世纪,20世纪五六十年代逐渐从技术、经济层面发展成为社会理论的关键范畴。在技术—经济层面,经济学家奈特(Frank Knight)的“风险和不确定性二分法”得到学界广泛认同。在他看来,如果一个市场参与者所面临的随机状态可以用某种具体的概率值表示可能产生的结果,那么,这种随机状态就称为风险;相反,如果一个市场参与者所面临的

⑦ 漆多俊:《论权力》,载《法学研究》2001年第1期。

⑧ 单飞跃:《“需要干预说”的法哲学分析》,载《现代法学》2005年第2期。

⑨ 童之伟:《公民权利国家权力对立统一关系论纲》,载《中外法学》1995年第6期。

⑩ 孙笑侠:《法律对行政的控制——现代行政法的法理解释》,山东人民出版社1999年版,第3页。

⑪ 单飞跃:《经济宪政哲学论纲》,西南政法大学2005年博士论文,第130—131页。

随机状态至少在目前的条件下还不能用某种具体的概率值来表示可能产生的结果,那么,这种随机状态就称为不确定性。也就是说,“风险是不能确定的知道,但能够预测到的事件状态;而不确定性是不能确切地知道,也不能预测到的事件状态”。^⑫而在社会科学理论家的论述中,无论道格拉斯和威尔德韦斯等从文化视角研究的风险分类学、卢曼构建的风险社会学,还是乌尔里希·贝克和安东尼·吉登斯等开创的风险社会理论,风险都意味着历史与价值范畴内的不确定性。这种不确定性当然也指人类对外在世界的未知,但在工业革命以来科学理性取得的非凡成就面前,外在的未知显然已让位于对科学技术、人的实践活动、人类社会本身所包含的不确定性。正如吉登斯所说:“虽然风险也来自于自然,但我们生活在这样一个社会里,风险更多地来自我们自己而不是来源于外界。”^⑬可以说,正是对技术—经济层面风险“可控制性”的彻底颠覆,构成贝克等的风险社会理论的基础并使其具有开创意义。而将风险的不可预测性归结到科学技术、人的实践活动、人类社会本身,则突显风险社会理论的建设性:以现代性反思或反思现代性,对以西方为范本的现代性提出深刻的质疑和批评。

风险社会理论是对社会变迁的整体和宏观考察,涉及社会、经济、政治、伦理道德、文化技术等方方面面。而经济活动是人类社会全部实践的基础,物质生产能力和水平的不断提高构成人类社会历史不断向前发展的根本性动力。但就在现代性促进生产力指数式增长、社会物质财富不断丰富过程中,财富的社会生产系统地伴随着风险的社会生产,危险和潜在的威胁的释放达到了一个我们前所未有的程度:资源枯竭、水土流失、空气污染、有毒食品……每天都有新的威胁但谁也不知道明天会面临什么新的威胁?同时,纵深发展的经济全球化使地球变成一个大市场,使得风险在边界下蔓延,带给地球上所有人不确定但普遍性的痛苦;日益明显的财富分配全球化使得国际不平等进一步加剧,使得风险从环境扩散到政治领域、从经济扩散到社会领域、从物质扩散到非物质领域。显然,风险社会理论将风险界定为“系统地处理现代化自身引致的危险和不安全感的方式”,在基础意义上,风险社会就是经济发展在无意识中生产的副产品,是经济发展的“超重”问题替代了财富短缺社会的饥饿问题。

风险与发展共生。但诸如发展带来的“技术风险”、“健康风险”已经搅

^⑫ 陈禹主编:《信息经济学教程》,清华大学出版社1998年版,第16页。

^⑬ [英]安东尼·吉登斯:《失控的世界》,周红云译,江西人民出版社2001年版,第31页。

扰了公众相当长的时间,“为了建立福利国家模式,减少或限制这些类的风险,人们在政治上着实付出了一些时间和努力。”^⑭并且,就近现代社会的法的安全价值而言,包括经济法在内的法律目标之一就在于消除或控制风险。所以,风险社会理论将风险重新界定为“不确定性”,将风险与反思性的现代性联结。其中的新特质,无非就是质疑现代性下的政治与法律制度界定与处理风险的方式,“科学和法律制度建立起来的风险计算方法崩溃了,以惯常的方法来处理这些现代的生产和破坏力量是一种错误的,同时又使这些力量有效合法化的方法”。^⑮于是追根溯源,风险社会的风险就是“人化”的风险,是精心设计的以发展为主旋律的现代制度下风险的“制度化”最终造就了“制度化”的风险。经济法将国家调节建立于自由基础之上、注重公私利益的协调统一以及将权力的配置与运行限制为对权利的保障,促成了今日非凡的经济成就。然而,一方面对于生态和高科技风险正是近现代经济法成长过程中的忽略面;另一方面近现代经济法声称能够客观地研究与控制“经济风险”的断言,永久地反驳自身:自1825年英国爆发世界第一次经济危机,经济繁荣与萧条的交替困扰至今。显然,“发展中心主义”的近现代经济法对待风险的方式正成为风险社会背景下批判的主题,从哲学根基进行彻底反思与拓新,时不我待。

二、风险社会背景下经济法哲学基础拓新必以 生态文明为根本指引

(一) 从发展到可持续发展:经济法哲学基础因应风险社会的拓新之道

风险社会理论不同于后现代理论所主张的,工业现代性“终结”后就进入无中心的后现代社会,也有异于哈贝马斯主张以主体间交往理性取代工具理性而重建现代性的主张,开创的是“第三条道路”:将现代性理解为非线性的,本质上是“多”而不是“一”;将反思的现代性理解为对工业现代性的“根本性摧毁”和“断裂”,却在启蒙理性观念批判上并不彻底否定支撑工业现代性的个体主体性原则,以及以之为基础构建的社会秩序,转而表现出强烈的制度变革倾向,“我们无法禁止现代生活中的风险,但是我们能够和确实应该

^⑭ [德] 乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博文译,译林出版社2004年版,第19页。

^⑮ 同上。

获得新的制度安排,这种安排能够更好地处置我们目前面临的风险”。^⑩ 同样,发展是人类永恒的主题,是人的主体性内在的规定。风险社会背景下经济法哲学基础的反思与拓新,不追求抛弃发展主题的“重构”,也拒绝细枝末节的修正以延续“发展中心主义”下的风险“制度化”思维。风险社会背景下经济法哲学的反思与拓新,以发展为基本观念但深刻反思这种观念,以个体主体性为根基却深刻反思这种根基,要采取这种姿态必然要求将经济法的发展内涵修正为可持续发展理念。

可持续发展既满足当代人的需要,又不对后代人满足其需要的能力构成危害的发展。自1992年联合国“环境与发展大会”通过《里约环境与发展宣言》、《21世纪议程》等文件,可持续发展理念已成为国际立法的重要指导思想和基本原则。中国政府1994年编制了《中国21世纪人口、环境与发展白皮书》将可持续发展战略纳入我国经济和社会发展的长远规划,1997年的中共十五大把可持续发展战略确定为我国“现代化建设中必须实施”的战略。其核心内容有:以经济发展为中心;人口数量的控制和质量的提高;自然资源的永续利用;自然生态环境的有效保护。而在学界,经济法以促进可持续发展为基本观念,基本形成共识,有学者甚至还勾绘出可持续发展理念下经济法具体制度创新的蓝图。^⑪ 但是,必须看到可持续发展要求经济、环境、社会的发展协调,需要经济法理念和制度的创新、更需要经济法与其他法律的统筹。现今中国经济法诸学说,如“国家调节说”、“需要干预说”、“经济协调关系说”等等致力于经济法的独立性,人口立法以及与经济活动紧密相关的自然资源法制被严格排除在体系之外。而目前《森林法》、《矿产资源法》等等自然资源法置于环境法体系中,其侧重于利用而不是保护近年却饱受学界的抨击。显然,重提经济法的基本观念从促进发展到促进可持续发展,学术意义上历久弥新,实践层面任重道远。

并且,风险社会背景下经济法以可持续发展为基本观念,它不是试图确定性地消除或控制风险,毋宁说在于以不断发展包容风险、以不断发展抵消风险的消极面,从而改变了对待风险的方式:从控制风险到适应和利用风险。

^⑩ [德]乌尔里希·贝克:《世界风险社会》,吴英姿等译,南京大学出版社2004年版,第140页。

^⑪ 如程信和等提出:经济法应确立政府实施可持续发展战略中的法律地位、计划和产业、区域经济发展制度应以可持续发展为原则、经济综合决策制度与经济法调整方式向系统调整、综合调整方面发展相一致、建立和完善有利于可持续发展的经济刺激制度。参见程信和、李擎萍:《可持续发展—经济法的理念更新和制度创新》,载《学术研究》2001年第2期。