



经济法文库 (第二辑)

Economic Law Library

经济法前沿问题(2009)

The Economic Law Herald 2009

◎ 顾功耘 罗培新 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

经济法前沿问题(2009)

The Economic Law Herald 2009

◎ 顾功耘 罗培新 主编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

经济法前沿问题:2009/顾功耘,罗培新主编. —北京:北京大学出版社,2010.11
(经济法文库·第2辑)

ISBN 978-7-301-17782-2

I. ①经… II. ①顾… ②罗… III. ①经济法-研究-中国 IV. ①D922.290.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第178124号

书 名: 经济法前沿问题(2009)

著作责任者: 顾功耘 罗培新 主编

责任编辑: 张兴群 杨丽明 王业龙

标准书号: ISBN 978-7-301-17782-2/D·2692

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: 北京飞达印刷有限责任公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 20.5印张 381千字

2010年11月第1版 2010年11月第1次印刷

定 价: 40.00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

我国改革开放二十余年来的经济法制状况,可以用“突飞猛进”这几个字来形容。仅从经济立法来看,在完善宏观调控方面,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。

二十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、适当时机和适合的力度?在法律上,我们究竟有什么样的有效规制和监管的方式、方法及手段?对各类不同的要素市场,实行法律规制与监管有什么异同?

.....

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

第一编 经济法总论

论经济法的稳定性与回应性

——转轨视野下的中国经济法的

二元特征解析 王 鑫

一、中国经济法的二元特征

——从转轨经济法学谈起 1

二、经济法之法益目标的稳定性与回应性 8

三、经济法之框架体系的稳定性与回应性 13

四、经济法之功能定位的稳定性与回应性 17

五、结束语 19

国家干预经济理论的反思 喻 玲

一、国家干预主体的反思 21

二、国家干预宗旨的反思 24

三、国家干预价值的反思 28

四、国家干预前提及范围的反思 31

五、国家干预运行理论的反思 34

房地产市场的经济法调整研究 聂飞舟

一、宏观调控法对房地产市场的调整 39

二、反垄断法对房地产市场的调整 43

三、市场监管法对房地产市场的调整 52

四、对外经济管制法对房地产市场的调整 62

五、国有经济参与法对房地产市场的调整 69

CONTENTS 目 录

第二编 宏观调控法律制度

论宏观调控法对宏观调控国际协调的回应

——以次贷危机引发的经济危机为背景 杨柏国

一、当下经济危机中的宏观调控 78

二、宏观调控国际协调的演进 85

三、宏观调控法对宏观调控国际协调的回应 97

宏观调控“系统性风险”的经济法视角 方俊

一、系统性风险和政府宏观调控 109

二、美国政府宏观调控“系统性风险”的过程 111

三、宏观调控“系统性风险”的经济法分析 130

第三编 市场秩序规制法律制度

美国反托拉斯法律责任及其政策意图介评

——兼论我国反垄断法律责任 向立力

一、美国反托拉斯法律责任的基本构成 134

二、庭审期间损失(prejudgment damages)

——《克莱顿法》第4a条的修改 137

三、间接购买人的诉讼资格 138

四、金钱性衡平法责任(Monetary Equitable Remedy) 142

五、选择性刑事罚金(Alternative Fines) 143

六、美国反托拉斯法律责任体系未来的发展 144

七、对我国《反垄断法》法律责任体系的解读 148

CONTENTS 目 录

第四编 国有经济参与法律制度

论政府投资的法价值取向	孙 放
一、引言:政府投资法价值取向的需求与目标	152
二、从“复杂系统”视角认知政府投资的法价值取向	154
三、从政府投资的本质认识政府投资的价值取向	157

上市公司国有股权转让的法律源变及启示	吴晓晖
一、国有股权转让决定主体:政府—企业	162
二、国有股权转让定价机制:净资产—市价	164
三、国有股权转让方式与程序:封闭—公开	165
四、国有股权转让审批效率:相机抉择—期限限定	166
五、启示:走向、动因与问题	168

第五编 对外经济管制法律制度

中国外资法的三十年回顾与前瞻	邱润根
一、中国外资法三十年的发展历程	171
二、中国三十年外资立法的特点和动因	173
三、中国三十年外资立法的经验和教训	180
四、中国外资立法的前瞻	189

CONTENTS 目 录

第六编 市场运行监管法律制度

从内幕交易看我国证券监管	吴建忠
一、证券监管的必要性和适度性	193
二、证券监管的重点领域——内幕交易	196
三、从内幕交易查处的困境看证券监管 存在的问题	198
四、完善证券监管	212

我国证券市场税法问题研究

——兼论优化上海国际金融中心建设的 税法环境	黄江东
一、相关研究综述	229
二、我国证券市场税法体系概况	230
三、当前证券市场税法体系存在的主要问题	232
四、重构证券市场税法应遵循的基本原则	237
五、进一步完善我国证券市场税法的 具体建议	238

论食品安全之有效监管

——兼评《食品安全法》	徐文文
一、食品安全监管的现实意义	241
二、我国食品安全监管的现状评析 ——兼评《食品安全法》	243
三、外国食品安全监管经验借鉴	249
四、完善我国食品安全监管的对策	255

CONTENTS 目 录

资产证券化监管制度的若干思考

- 以信息披露为中心 施廷博
- 一、资产证券化概述 264
- 二、资产证券化监管的必要性
- 以信息经济学为视角 266
- 三、资产证券化监管的特殊性 272
- 四、构建以信息披露为中心的资产证券化
监管制度 276

证券市场短线操纵探析

李响玲

- 一、引子——证监会查处证券市场短线
操纵案 283
- 二、证券市场短线操纵的行为模式和
主要特点 285
- 三、证券市场短线操纵频发的原因和危害 288
- 四、国际研究成果及经验借鉴 292
- 五、我国证券市场操纵法律规制的现状
与不足 301
- 六、证券市场短线操纵监管的现状、
难点与问题 309
- 七、完善我国证券市场短线操纵监管的对策 315

第一编 经济法总论

论经济法的稳定性与回应性

——转轨视野下的中国经济法的二元特征解析

王 鑫

一、中国经济法的二元特征——从转轨经济法学谈起

(一) 转轨中国与转轨经济法学

1. 中国的经济转轨——系统化的演进之路

20 世纪 80 年代以来,苏东剧变导致了整个社会主义阵营的解体,包括中国在内的一大批计划经济国家开始对原有的计划经济体制进行市场化改革,坚定地向市场经济体制转型,从而先后迈入了所谓的“转轨”时期。从亚洲到欧洲,总共有三十多个国家,多达十五亿人口卷入了这场影响深远的变革之中,而与之相对应,学界对于“转轨”问题的研究亦是蓬勃发展,方兴未艾。对于经济转型的理解,大多数的经济学者均把经济转型等同于经济体制的转轨或改革,即由中

央集权的计划经济体制向市场经济体制的转变。^① 有的学者在认同经济转轨的体制转变的同时,更为强调经济转轨的“过渡过程”的特征。^② 而在社会学家的视野中,所谓的“转轨”实际上是整个社会体系结构的转变,它是包括政治、经济、社会、文化等要素在内的整体性、系统性的变迁过程。如有学者认为:“中国目前正在经历的秩序转型是一种‘交易秩序转型’,即从计划的交易秩序和传统的交易秩序向市场导向的交易秩序的运动。”^③ 还有的学者从制度创新的角度指出,所谓的经济转型就是要创造市场经济的一系列制度,而制度创新的内容大致包括形成国内的统一市场、制定社会经济运行所需的法律与规划、驾驭市场化进程中的“市场失效”、对计划经济体制遗留问题作战略调整以及应对经济全球化趋势及其对本国经济的影响等因素。^④ 由此可见,“经济转轨”并不是一个单一的概念,从不同的视角出发可以得出各有侧重的结论。但是,总的来说,经济转轨大致可以看做一个国家所进行的体制改革与制度变迁。它是一个国家由原来的计划经济体制向现代市场经济体制转变的复杂而艰巨的历史过程,而且是包括政治、法律、经济体制以及制度等一系列要素在内的整体的系统性的现代化演进之路。

我国的经济转轨同样是一个由计划经济体制向市场经济体制转变的发展过渡时期。虽然同样是涉及整个社会体系结构变化的系统性工程,我国的经济转轨却选择了一条与大多数转轨国家有所不同的发展轨道。中东欧国家大多采取了政治与经济同步转轨的激进性的制度重构方式,即经济结构的调整与政治制度的转轨同步展开,相互作用,力图通过同步的改革由计划经济“跳跃”到市场经济,通过市场机制的自身运行,迅速形成市场经济体制。然而,这种“市场浪漫主义”的转型方式在实践中却给许多国家带来了经济发展停滞、政治腐败弥漫以及社会贫富分化日益加剧等许多负面效果。调查显示,一些国家甚至经历了整体的社会阶段性衰落,从而陷入了“同步转轨”的困境之中。^⑤ 而与此不同的是,我国的经济转轨则采取了一种渐进式的改革之路,呈现出明显的阶段性特征。第一个阶段或称前转轨时期改革的主体任务主要是经济领域的开放与搞

① 参见[波兰]格泽戈兹·W. 科勒德克:《从休克到治疗——后社会主义转轨的政治经济》(中译本),上海远东出版社2000年版,第3页;张宇:《过渡之路——中国渐进式改革的政治经济学分析》,中国社会科学出版社1997年版,第6页。

② 参见盛洪主编:《中国的过渡经济学》,上海三联书店1994年版,第2页。

③ 汪和建:《迈向中国的新经济社会学》,中央编译出版社1999年版,第3页。

④ 参见江春则:《转轨国家政府职能具有多阶段复合性》,载《中国经济导报》1997年第3期,第7页。

⑤ 参见[奥]迪特爾·塞格尔特:《中东欧国家政治经济同步转轨的困境》,李姿姿译,载《当代世界与社会主义》2009年第1期。

活,完成了价格体系市场化改革、企业独立自主经营、开放与外贸的促进、政府经济管理体制以及相应的基本法律制度的初步改革。改革的主要目的在于最大限度地促进经济增长与人民生活水平的提高。改革的基本结果是确立了市场经济的基本架构与基本制度。第二阶段或称后转轨时期则是市场经济体制的巩固和完善阶段,它以中共十六大为标界,其目标任务体现在改革的深化和体制的完善,主要涉及政府职能转型、投资体制改革、垄断行业改革和社会保障体制改革与完善等多方面内容。可以说,这个时期是一个更加注重统筹与协调、注重制度完善与体制改革、注重差异与平衡、注重可持续发展的新的转轨时期。

如上所述,随着经济体制改革的逐步深化,后转轨时期的任务重点已经从经济的开放搞活逐步转向政府职能的转型以及制度的创新与完善,更是从以政府为主推动经济体制改革到如何正确认识和处理政府与市场之间关系的根本理念的变革。可以说,在历经二十年的“经济基础决定上层建筑”的经济体制改革过程后,现在正是到了“上层建筑反作用于经济基础”的时候。进一步讲,我们今天面临的重大任务已不再是简单的开放与漫无目的的改革,而是根据现实发展的需要建立起一整套具备市场经济体制内在素质的经济法律制度。^①由此可见,后转轨时期的经济体制改革的推进必然要高度重视经济法的核心作用,而作为与现代市场经济联系最为紧密的经济法学,也理应从法学角度对我国经济转轨中的诸多问题予以阐释和分析,正是在此背景之下,“转轨经济法学”理论应运而生。

2. 转轨经济法学——争议聚焦与思索

转轨经济法学理论是近年来我国经济法学界谈论颇多的一个话题。该理论认为,我国的经济法肇始于1978年改革开放的巨大变革时代,从一开始就以国家控制经济和经济体制改革为大背景,与西方国家“市场主导型”的发展相反,是建立在公有制基础之上的“政府推进型”模式,独特的社会经济背景使其与西方传统的经济法有诸多差异,打上了深深的“转轨经济法”烙印,西方国家建立在市场充分发育基础之上的经济法理论,并不能一劳永逸地解决我国转轨经济的现实问题。^②

转轨经济法学理论认为,当下我国经济法学的逻辑假设建立在西方经济法范式的基础之上,主流的经济法学范式确实不同程度地存在把西方成熟的市场经济社会的“经济法问题”当成我国的现实问题,并直接套用西方经济法学范式

^① 参见罗培新:《中国经济体制改革与经济法的关系》, <http://www.civillaw.com.cn/Article/default.asp?id=19039>, 2008年4月4日访问。

^② 参见朱崇实、李晓辉:《转轨经济法:一种渐进的制度变迁模式——基于经济法学三十年发展历程考察》,载《时代法学》2009年第1期。

解决我国现实问题的现象。在这种范式的支配和指导下,经济法的立法及其实施的实际效果很不理想,我国的经济法学也不断地遭到学界内外的各种质疑。西方经济法范式或称为市场经济法范式为“市场缺陷→国家干预→经济法”。市场经济法范式逻辑演绎的起点是西方经济学的市场失灵理论,实际上是以高度发达的市场经济为分析基础的。而把西方成熟市场经济社会国家干预市场的经济法理论成果与实践经验不加反思地直接移植到我国,把我国经济法也理解为解决市场失灵的法律制度,强调我国经济法就是干预市场之法,这对于完全市场经济国家而言是普适的,但对于我国而言却是不合逻辑的。我国经济不是完全的市场经济,而是正处于向市场经济转轨的路上,至少不是成熟的市场经济。当前我国最主要的问题不是市场失灵,而是市场不成熟、发育不全。因此,西方的经济法运作范式并不适应我国国情,现阶段的我国经济法应当着重解决转轨时期的特殊问题。如果说计划经济法理论过时、陈旧,那么市场经济法理论则是过分早熟、超前,故该学说将当前时期的经济法称为转轨经济法,以区别于计划经济法和市场经济法,研究转轨时期的经济法现象的学说就是转轨经济法学,我国经济法发展的合理路径应当是“计划经济法→转轨经济法→市场经济法”。因此,转轨经济法的历史使命不是要通过政府弥补市场缺陷,而是要培育市场机制;转轨经济法的核心任务是反行政干预而不是反垄断;转轨经济法的基本功能是控权而不是授权;转轨经济法应以公平为第一价值取向;转轨经济法应以依法干预为基本原则。^①

新理论学说的发端总是会伴随着对些许观点的争议和质疑。对于转轨经济法学的某些观点,有些经济法学者认为,从经济法的历史起源分析,计划经济时代并不存在现代意义上的经济法,提出“转轨经济法”概念以区别于所谓“计划经济法”概念实际上是对经济法概念的误解。计划经济体制某种意义上扼杀了经济法,在没有市场机制的计划经济社会缺乏严格意义上的现代经济法。计划经济时代并不存在我们所指的现代意义上的经济法,更多的是行政命令或政策甚至长官意志的代名词,它不能成为经济法的经济基础,恰是现代经济法理论研究的反面历史素材。从我国的现实状况看,从事科研和学术工作,固然要考虑国情,但更要避免滥用或者过分迁就国情的不良倾向。确实,我国改革开放以来的

^① 参见陈云良:《回到中国——转轨经济法的存在及其价值》,载《法制与社会发展》2007年第6期;陈云良:《转轨经济法学:西方范式与中国现实之抉择》,载《现代法学》2006年第3期;秦国荣:《经济法学基本理论研究的困境与出路》,载《南京师范大学学报》(社会科学版)2004年第5期;刘光华:《经济转型中的中国反垄断法——我们如何来破题?》,载《甘肃社会科学》2006年第4期;范健、金涛:《转轨时期的中国经济法——中国经济法的过渡性》,载李昌麒主编:《经济法论坛》(第1卷),群众出版社2003年版等。

市场经济社会存在市场发育不全、政府权力对市场的限制过多等诸多缺陷,但在我国市场经济发展的 21 世纪初以及入世以来的经济全球化趋势的大环境里,我们的市场经济土壤许多方面已经和国际接轨,足够培育现代经济法的生长。另外,在当前中国市场环境下,发展和培育市场的观点并无错误。但关于市场经济的培育与发展,理应由民商法担其重任,而不是经济法。市场经济的社会,民商法发挥基础性作用,经济法则发挥救济性功能和辅助性作用,二者协同配合才能保证市场经济的健康发展。然而,由于我国市场经济不充分的现实国情,决定了我国当前重点是培育市场,而不是弥补市场失灵。我们不能因此迁就国情而否定或变异经济法价值理念,不能以转轨经济法学或类似观点取代民商法的价值和功能。其结果必然是既对民商法发展不利,也对经济法发展不利,紊乱了现有法律体系及其协同作用,更不利于市场经济的建立健全。同时,我们不能因为我国当前的行政权力膨胀、行政管制过度而否定经济法的授权功能,不能因此而混淆经济法与行政法功能的定位,否则既对经济法发展不利,也对行政法发展不利,最终不利于市场经济的健康发展和我国法治化进程。至于行政管制而产生的行政权力膨胀问题,应由行政法担当其重任。^①

学术理论的争议是一种思想认识的碰撞,观点的交锋无疑会产生智慧的火花,并对我们的研究思维有所启示。新中国经济法学三十多年来的发展确实取得了显著的成绩,许多高质量、开拓性的研究成果对我国的社会经济发展作出了贡献,但是,我国经济法学研究的科学性仍有待提高。我们不无遗憾地看到,在许多经济法的基本问题上,如调整对象、理论体系及研究范式等诸多学术研究方面依然是五花八门,观点众多,这在其他部门法法学研究中确是相当罕见的。当然,经济法学作为一门现代法学有其自身的特殊性,市场经济的繁复多变使得调整市场经济秩序的经济法在稳定性和时效性上与其他部门法律有很大的差异,尤其在当前经济全球化的大背景之下,经济法不仅要维护本国市场秩序和促进本国经济发展,同时还要关注全球市场的稳定和保卫本国经济的安全,从这个意义上说,中国经济法的制定和实施既要考虑到对我国本土资源的吸收和影响,也要注重结合经济全球化的大趋势因子,具有很强的时代特征。此外,法学与经济学学说的密切结合,是经济法学发展的特点和难点之一,许多的经济法学研究引用了不少经济学知识与原理,而经济学理论本身就具有复杂性和多元化的特征,这些都是当前经济法学研究存在较大主观任意性、学派林立、观点纷争的合理化

^① 参见李昌庚:《转轨经济法学:一个容易误读的概念——兼与陈云良先生等人商榷》,载《求索》2007年第6期;陶广峰:《全球化与中国经济法的发展进路》,载《南京大学学报》(社会科学版)2005年第3期;鲁篱:《中国经济法的现代化与本土资源》,载李昌麒主编:《经济法论坛》(第1卷),群众出版社2003年版等。

原因。但是,经济法学毕竟从事的是法学研究,经济法学研究的根本目的就是要从千变万化的经济现象与经济法律之中抽象概括出那些基础性的、根本性的问题,从而进行提炼、归纳和总结。具体而言,就是要充分发挥人们的聪明才智,去探求、发现、形成一套科学的经济法范畴体系,这套范畴体系应具有确切的内涵,能准确概括事物的本质,并成为逻辑思维的基础要素,在此基础之上构建出科学的经济法基本原理,使其具有很强的解释力和应用性,能够解释许多现象并加以广泛应用,只有基础理论科学化了,经济法学科才能科学化。^① 因此,结合当前的中国转轨时期,经济法学研究应如何提炼归纳出我国经济法的基本特征属性,以求达成共识,更好地指导经济法律法规的立法、执法和司法实践,具有很强的紧迫性和现实意义,这也是笔者通过对转轨经济法学理论观点与争议的学习所产生的一种思考。

(二) 经济法的特征与经济法的类型厘定

自然科学研究的成果在于使某种自然现象的本质获得解释,可以依据一个基本命题,将所有现象组成一个没有矛盾的概念世界,我们称之为自然法则。在社会科学方面,特别是法学方面,也可以发现相类似的原理、命题和规则。^② 部门法学的研究视角聚集在某一类具有相同或类似特征的社会法律现象之中,通过现象认识本质,根据现实的需要和历史的沉淀进行抽象,从中提炼整理出基本的、抽象的,并在本部门法内形成共识的本质内涵和基础理论用以指导具体法律实践。如调整对象、价值本位、制度功能、法律体系等这些基本元素理应具有很强的稳定性,不管该部门法领域内的具体法律实践如何变化,它们都会在相当长的时间内具有普适性的指导意义,可以指导该部门法领域内的各项具体法律法规的制定和实施活动,这也正是部门法研究的重要价值所在。当然,法学研究并不是铁板一块,死水一潭,伴随着人类的进化,社会的进步以及社会法律现象的不断发展,法学研究亦应有所回应,与时俱进,吐故纳新,如公私法的交叉融合,第三法域的诞生等,无不引发了部门法学研究的更新与进化,但在积极回应的同时,部门法特有的基本元素与核心理念应在很大程度上保持稳定统一,就像王利明教授等人面对我国民事立法的发展时指出:“在把握私法公法化趋势的同时,应当进一步深化意思自治为中心”、“在把握权利本位向社会本位转化的同时,更应注重权利本位”^③。笔者进一步认为,这些基本元素与核心理念,应该是一

^① 参见邱本:《经济法总论》,法律出版社2007年版,第1页。

^② 参见[德]汉斯·多勒:《法学上之发现》,载王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第四册),中国政法大学出版社1998年版,第4页。

^③ 王利明、杨立新、王轶、程啸:《民法学》,法律出版社2005年版,第36页。

种高度归纳、清晰明了、易于掌握的学科话语和专业词汇,而非天马行空的想象与结论,诸如民法学说中的平等主体保护、个体本位、意思自治,行政法学注重国家行政管理秩序的有效维护、强调程序正义、以服务行政为价值取向,刑法学说中的社会危害性、罪刑法定原则等,无不如此。因此,概而言之,笔者认为部门法内特有的基本元素与核心理念的相对稳定与其具体法律制度规则的回应与演进交相呼应,才能构成该部门法区别于其他部门法的重要特征。

经济法是20世纪初产生的新兴法律部门,现代经济法自其肇始,迄今不过百年,与民法、刑法等法学的传统分支学科相比,经济法学历史尤其短暂。在经济全球化迅猛发展的大背景下,现代市场经济的高度发达与经济危机的扩张风险,使得国家调控权力与市场经济的结合度空前加强,有关国家管理与调节市场经济方面的法律制度与规则必须及时与社会发展中的时代命题保持同步,这也使得经济法与其他部门法相比,无疑具有更强的回应性特征。有的学者更是指出,就实在法的规范分析而言,经济法是一种回应型法,与传统法律制度相比,它更强调法律的能动性,与社会生活积极互动,在法律调整中同时关注程序正义与实质正义,强调目的在推理和法律服从中的作用,使法律不拘泥于形式主义,简单来说,回应型法律的特点即具有能动性、开放性和认知能力。^① 笔者认为,从实证研究的角度看,将经济法的法律类型定位为回应型具有科学性和合理性。经济法与国家政治、社会经济的紧密联系,要求经济法必须能够对社会的变化作出积极回应,这使得经济法必然选择回应型作为自己的法律类型。但就经济法学研究而言,既然作为一门部门法学,我们要研究经济法的特征,就必须将其基本元素与核心理念加以提炼抽象并使其保持相对稳定,才能胜任对回应性极强的实体经济法律的指导、解释和促进作用。“经济法特征是我们认识经济法的一个重要方面,它反映和表现经济法的本质,并作为它的特点的象征和标志,其核心在于抓住经济法中最重要的最基本的元素”^②。进言之,我国的经济法学与传统的部门法学相比,虽然在许多基本元素方面学界已经达成了初步共识,但要对这些核心理念用稳定统一的学术专业话语作出清晰明确的指导与解释,却依

① 按照不同的标准可以将法律分为不同的类型,这里讲到的法律类型是从法与社会的关系、法对社会的反映视角区分的。从这个视角,美国学者P. 诺内特和P. 塞尔兹尼克在他们的著作《转变中的法律与社会:迈向回应型法》(1978)中,把社会上存在的法律现象分为三种类型:压制型法、自治型法、回应型法。在压制型法中,强制居于支配地位,法律屈从于权力;在自治型法中,强制是有节制的,公正而合理的程序是法的核心;在回应型法中,强制是潜在的,工具主义是为了一些较为客观的公共目的。这三种类型的法律并非截然对立的,而是相关牵扯的关系。他们用这三种类型模式分析和判断同一社会的不同法律现象,并试图使实质正义与形式正义统合在一定的制度之内,通过缩减中间环节和扩大参与机会的方式,在维护普遍性规范和公共秩序的同时,按照法律的固有逻辑实现人的可变的价值期望。

② 王保树、刘俊海:《中国市场经济法治走向》,昆仑出版社2001年版,第23页。