

第 31 期 “ 经济法 30 人论坛 ”
“ 法典化背景下的经济法立法 ” 学术研讨会

论 文 集

主办单位：中国法学会经济法学研究会

承办单位：河北大学法学院

河北大学国家治理法治化研究中心

河北·保定

二〇二二年七月

目 录

1.法典化背景下经济法典编纂的根本遵循和目标导向	徐孟洲/1
2.《民法典》的实施与经济法的职责担当	胡光志/7
3.我国数字经济促进法的地方立法与全国统合	袁达松 王鸾飞/22
4.法典化思维下经济法立法体系初探	任超/31
5.独立存在的经济法责任及其在法典化背景下的理论构建	李晓辉/44
6.中国经济法法典化的逻辑前提与体系构造 ——基于经济法律文本的实证分析	刘建初/58
7.经济法法典化进路：“双向路径”下的渐进式体系化.....	王小雪/85
8.经济法典的适度渐进之路	刘帅/94
9.经济法法典化进程中的困境及出路	陈易佳/101
10.经济法的立法统合及其路径选择	詹世富/109
11.法典化视阈下颁布《经济法总则》的合理性考量	赵春娇/125
12.经济法立法中调整对象的探析	董成惠/132
13.超前性经济立法的路径选择及其程序限制	张玮/153
14.中国经济法立法理论中的价值序列 ——效率价值地位反思	邓厚萍/168
15.论鼓励创新作为《反垄断法》立法目的	潘宁/183
16.经济法视阈下证券代表人诉讼制度研究	卢俊成/208
17.数据权利立法的经济法路径探析	王刚/216

法典化背景下经济法典编纂的根本遵循和目标导向 (发言提纲)

徐孟洲*

今天,由中国法学会经济法学研究会主办的第 31 期“经济法 30 人论坛”在河北大学胜利召开了。论坛的主题是“法典化背景下的经济法立法”问题。2020 年 5 月 28 日,第十三届全国人大第三次会议通过《民法典》后,各有关国家机关为适应改革开放和社会主义现代化建设要求,加强同民法典相关联、相配套的法律制度建设,加强立法相关工作,抓紧修改完善相关法律和编纂部门法的法典工作。例如,行政法、环境法等法律部门的学者和实务工作者,都在积极推动其法典的编纂工作。在完善我国社会主义法律规范体系,推进法律系统化、法典化的背景下,积极开展研究和抓紧进行经济法典编纂工作,也应当成为我国经济法学界的一件大事。下面我拟就《中华人民共和国经济法典》(以下简称《经济法典》)编纂的根本遵循和目标导向讲一点的个人观点和意见。

一、经济法典编纂是经济法律规范系统化的必然要求

“建设中国特色社会主义法治体系,必须坚持立法先行,发挥立法的引领和推动作用,抓住提高立法质量这个关键。”编纂经济法典是我国经济立法的重大任务,是建设中国特色社会主义经济法治体系,实现经济法系统化的必然要求与现实需要。因为在经济法立法体系中应当有一部能够统帅我国全部经济法律法规的、保持经济法立法体系内部科学、和谐、统一的基本法律。而现有的《中华人民共和国预算法》《中国人民银行法》《中华人民共和国反垄断法》等虽然是重要的经济法律,但它们都不能充当作为我国经济法法律体系中的基本法律。这就像我国《物权法》《合同法》一样,它们只是《中华人民共和国民法典》(以下简称民法典)组成部分的民事法律制度规则。

国家颁布和实施了民法典,是否在调整财产关系或经济关系领域内就不需要制定或编纂经济法典了呢?显然不是。因为民法典第二条规定,“民法调整平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。”民法不调整国家或政府治理、促进、振兴、调控和保障国民经济稳定、持续和安全发展中而发生的经济关系¹,而这正是我国经济法调整的对象和范围。在中国实行社会主义市场经济的新发展阶段,要更好发挥政府在市场经济的作用,就必需依靠我国改革开放后兴起的中国特色社会主义的经济法部门。市场机制作用的发挥,主要依靠民法部门。在我国宪法的统领下,要让经济法和民法这两个部门法耦合调整在

* 中国人民大学法学院教授。

社会主义市场经济条件下发生的重要的经济关系或财产关系。

在我国众多民事法律法规基础上编纂民法典，是建设中国特色社会主义法治体系、实现民法系统化的需要，我们经济法界多数学者是积极支持的。但光有民法典不成，因为在简单商品经济时代，法国的《拿破仑法典》是民事立法是一个里程碑，作为商品经济时代的经典性民法典影响深远，为人类法治化进程做出了很大的贡献。现代市场经济的发展，特别是中国特色社会主义市场经济的出现和迅猛发展，大大超过了法国当时商品经济的发展规模和复杂程度。时代在发展，我们要与时俱进，突破大陆法系国家关于市场经济领域仅由民商法典调整的模式，应当构建起适应中国国情和社会主义经济制度基础的公有制，在宪法统领之下民法与经济法两法耦合的协同调整的新模式。我们知道这项工作做起来很困难，但是我们必须要做，这是新时代经济法界的历史责任。

法律规范的系统化，一般是指法律规范文本的系统化。法律规范文本作为法的表现形式，一般是指有权创制法律规范的国家机关制定颁布的各种法律规范文本，包括国家《宪法》和各部门法的法典（如《民法典》）、单行法律（如《反垄断法》《中国人民银行法》等）、行政法规、地方性法规等。法的系统化是法律规范表现形式的系统化，具体而言是将有权立法的不同国家机关制定的各种法律规范文本按照一定理念、原则和立法技术要求进行分类、清理或编纂加工，使之统一、完整、明确和有序。实现法的系统化主要通过三种方式：法规清理，法律汇编和法典编纂。法典的编纂不仅是法的系统化的高级方式，而且是国家立法活动。正如王晨副委员长在 2020 年 5 月 22 日在第十三届全国人大第三次会议上作《关于〈中华人民共和国民法典（草案）〉的说明》中所指出的“编纂民法编不是制定全新的民事法律，也不是简单的法律汇编，而是对现行的民事法律规范进行编订和纂修，对已经不适应现实情况的规定进行修改完善，对经济社会生活中出现的新情况、新问题作出有针对性的新规定。”

我国经济法的系统化方式，目前采取法规清理和法律汇编较多，如 2022 年中国法制出版社编辑出版的《中华人民共和国经济法律法规全书》《中华人民共和国财税法律法规全书》等就是法规汇编的方式。对经济法的法规清理和法律汇编是经济法系统化的重要方式，采用这两种方式做好经济法的系统化工作很有现实意义和实用价值，但是这还不够。为了建立和形成比较完备的经济法律规范体系，我们还需要编纂经济法典，对我国《国家法律法规数据库》中属于经济法部门的现行有效的 110 项单行法律，进行系统整合、编订纂修，这是加强我国经济法建设，完善中国特色社会主义经济法律规范体系，使经济法律规范系统化的内在要求。

二、经济法典编纂必须以习近平法治思想为根本遵循

1. 习近平法治思想是建设法治经济的根本遵循

习近平同志高度重视法治经济建设。他在多个重要场合就法治经济建设问题发表了重要讲话。2020 年 7 月 21 日在企业家座谈会上的讲话中指出，“社会主义市场经济是信用经济、法治经济。”，“市场经济是法治经济，要用法治来规范政府和市场的边界。现在，有些地方政府部门仍然热衷于直接配置资源、直接干预微观经济活动，导致部分产能过剩、地方债务和金融风险积累等问题多发。要用法律和制度遏制一些政府部门不当干预经济的惯性和冲动，解决好政府职能越位、缺位、错位的问题。无论是化解地方隐性债务，还是处理‘僵尸企业’、淘汰落后产能等，都要依法依规解决，不能简单依靠行政命令和手段。”，“贯彻新发展理念，实现经济从高速增长转向高质量发展，必须坚持以法治为引领。”，“发展要高质量，立法也要高质量。要以立法高质量保障和促进经济持续健康发展。”。这些重要讲话是习近平法治思想的重要组成部分，是引领我国法治经济建设的指导思想，是推动和做好新时代经济法立法工作的行动指南，是编纂经济法典的理论基础和根本遵循。

2. 经济法典编纂必须坚持党的领导

习近平法治思想的核心要义之一，是把坚持党的领导作为决定全面依法治国政治方向的首要问题，明确要求要把党的领导贯彻落实到全面依法治国全过程的各个方面。经济立法是全面依法治国全过程中的重要方面必须坚持党的领导。作为经济立法头等的系统工程的经济法典编纂，不仅编纂工作要在党的领导下进行，而且要把“国家经济工作坚持中国共产党的领导”明确规定在经济法典的条文中，根据 2022 年 6 月 24 日第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十五次会议《关于修改〈中华人民共和国反垄断法〉的决定》第一次修正的成功实践，其中第四条明确规定：“反垄断工作坚持中国共产党的领导。”。

经济法典的全部内容要贯彻以经济建设为中心的党的基本路线，要将党对经济工作的基本方针和基本政策条文化、制度化。同时还要把“凡从事经济活动，不得违反宪法和法律，不得违背中国共产党的政策”作为基本原则规定在总则编中。

3. 经济法典编纂必须坚持以人民为中心的思想

以人民为中心是习近平新时代中国特色社会主义思想的主体内容，是习近平法治思想的核心要义。以人民为中心，既表明国家的一切权力属于人民，依靠人民从事和管理经济，同时表明经济建设和发展的最终目的是为了人民生活幸福，经济发展的成果由人民共享。人民是社会经济发展的动力，也是社会经济发展的目的。经济法典的编纂要遵循习近平以人民为中心的思想，贯彻落实《宪法》关

于“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。人民依照法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济和文化事业，管理社会事务。”“国家合理安排积累和消费，兼顾国家、集体和个人的利益，在发展生产的基础上，逐步改善人民的物质生活和文化生活。”等规定。在制定经济法典就是细化和落实习近平以人民为中心思想和宪法的原则规定。

4. 经济法典编纂必须坚持中国特色社会主义制度

巩固和发展中国特色社会主义制度，走中国特色社会主义法治道路，是习近平法治思想的又一核心要义。习近平同志指出，“中国特色社会主义制度是中国特色社会主义法治体系的根本制度基础。”维护中国特色社会主义制度，走中国特色社会主义法治道路，是我国法治和西方国家法治的根本区别。我国《宪法》第一条规定，“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。社会主义制度是中华人民共和国的根本制度。禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度。”，《宪法》第六条规定，“中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。社会主义公有制消灭人剥削人的制度，实行各尽所能、按劳分配的原则。国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。”，《宪法》第十五条规定，“国家实行社会主义市场经济。国家加强经济立法，完善宏观调控。国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序。”等等。坚持中国特色社会主义制度就必须首先必须坚持社会主义的基本经济制度。编纂经济法典要坚持中国特色社会主义制度，就是要细化和落实习近平法治思想、经济思想和宪法关于国家基本经济制度的原则规定。

三、经济法典编纂必须以促进和保障现代化经济体系建设为目标

1. 建设现代化经济体系的科学内涵

习近平同志指出，“现代化经济体系，是由社会经济活动各个环节、各个层面、各个领域的相互关系和内在联系构成的一个有机整体。”，从现代化经济体系的这个概念表述中，我们认为经济活动的各个环节主要是指生产、分配、交换、消费环节；现代化经济体系的各个层面主要指微观经济层面和宏观经济层面。而微观经济层面是指企业等单个市场主体的生产经营活动。所谓宏观经济层面是指国民经济总量经济活动层面，即指整个国民经济或国民经济总体及其经济活动和运行状态，如总供给与总需求；国民经济的总值及其增长速度；物价的总水平；劳动就业的总水平与失业率；货币发行的总规模与增长速度；进出口贸易的总规

模及其变动等。宏观经济与微观经济是经济活动和经济运行的两个密切的联系层次。微观经济是宏观经济的基础，宏观经济的良好状况是微观经济活动得以顺利进行的必要条件。

社会主义市场经济体制属于现代化经济体系的制度层面。社会主义市场经济体制改革就是要保障在发挥市场配置资源决定性作用的同时，更好发挥政府作用，实现市场机制有效、微观主体有活力、宏观调控有度且有效的制度。

2. 编纂经济法典应当考虑现代化经济体系是一个有机整体

系统观念是马克思主义哲学观察世界、认识事物和解决问题的一个科学思想方法和工作方法。在党的十九届五中全会上，习近平同志强调指出：“在这个过程中，系统观念是具有基础性的思想和工作方法。”编纂经济法典工作，我们也要秉持系统观念，运用系统思维、系统方法进行立法工作。“现代化经济体系，是由社会经济活动各个环节、各个层面、各个领域的相互关系和内在联系构成的一个有机整体。”现代化经济体系的经济活动本身就是一个整体，宏观与微观之间，生产、流通、分配、交换的各个环节之间都是密切联系在一起的。编纂经济法典的目的或目标，就是要把现代化经济体系中的经济活动和经济关系统一调整，使现存分散、重复、交叉调整的经济法律规范系统化，形成内在协同统一的有机整体。

当然，我们考虑现代化经济体系是一个有机整体，并不赞同大经济法的观点，涉及经济体系中的所有经济关系都由经济法调整。编纂经济法典我们依据经济法基本理论的逻辑：马工程重点教材《法理学》（第二版）编写组主张：“经济法是调整因国家从社会整体利益出发对经济活动实行干预、管理、调控所产生的社会关系的法律规范的总称。”；马工程重点教材《经济法学》（第二版）编写组主张：“经济法是调整在现代国家进行宏观调控和市场规制的过程中发生的社会关系的法律规范的总称。…与其他部门法相比，经济法具有突出的经济性和规制性。…经济法不仅关乎个体私益，也关乎社会公益乃至国家利益。”确定经济法典的调整应当考虑上述马工程重点教材的理论主张和学术成果。

从实践或操作层面上考虑，编纂经济法典我们应当以我国《国家法律法规数据库》中属于经济法部门的现行有效的所有单行法律法规为基础。经济法立法部门编纂经济法典，主要对现行有效的所有单行经济法律法规，进行系统整合、修订纂修，形成经济法典。

经济法的调整对象确定为经济法典的调整对象。经济法典只调整在现代国家进行宏观调控和市场规制的过程中发生的社会经济关系。

3. 编纂经济法典应当突出维护市场主体的地位和权益

依据一般法理，法典内容构成主要取决于其调整对象。因经济法典调整对象

是现代化经济体系。经济法典内容构成必须以现代化经济体系为基础。现代经济体系决定经济法典内容构成的安排。

市场主体是现代化经济体系的社会经济活动各个环节、各个层面、各个领域活动主体，是经济发展的动力。编纂经济法典必须突出保护市场主体的编章内容，在民法保护的基础上，运用经济法特有的调整功能和方法，切实维护市场主体的经营自主权等合法权益。在经济法典中市场规制编是调整市场主体微观经济关系的，在这一编的第一章应当赋予作为市场主体的所有经营者的法律地位和参与经济活动的基本经济权利和义务，规定消费者权益保护的基本规则。

4. 编纂经济法典应当规定微观经济活动应当遵守的重要制度

- (1) 公平竞争制度
- (2) 产品质量制度
- (3) 价格制度
- (4) 度量衡标准、商标、广告等制度
- (5) 市场监管制度。

5. 编纂经济法典应当规定宏观经济管理重要制度

编纂经济法典必须确定宏观调控规则编，主要规定，政府调控主体的法律地位和职责权限、发展规划、财政税收、货币金融、对外经贸制度等。

6. 编纂经济法典应当规定国有资产与土地资源能源管理

7. 编纂经济法典应当规定农业与乡村振兴

8. 编纂经济法典应当规定物流与交通运输

9. 编纂经济法典应当规定促进数字经济和新经济业态

根据和反映现代化经济体系目标和任务的上述经济法典内容结构，以经济法律规范为主，还包括少量民事法律规范、行政法律规范和环境资源法律规范等。由于各类规范之间都有着内在的协调互补的关系，而不是相互交叉、重叠、冲突的关系，因而经济法典能够较为稳定地发挥其整体调整功效。

《民法典》的实施与经济法的责任担当

胡光志*

内容提要 《民法典》的颁行，标志着我国民法正式进入法典化时代，开启了法治中国建设的新征程，这对于民法自身的发展、市场经济法治的巩固和既有法律体系的完善，都具有十分重要的意义。经济法原本是继民法之后为弥补民法运行中的某些不足而衍生出的一套规范体系，其在民法典施行时代的责任担当，不仅在根本上没有改变，也不应该受到质疑和削弱。通过反垄断以回归民法运行所需社会条件、通过调整强弱关系以维护合同存续的平等根基、通过市场监管以补充民事救济的不足与被动、通过宏观调控以保障市场的整体安全和效率等等，既不“越位”也不“缺位”，由此促进民法典的施行，是经济法在《民法典》实施中的应有职责。惟其如此，《民法典》的施行才会有更加充分的现实条件和切实的社会效果，至为伟大的民法才会永葆青春。

关键词 民法典的实施 经济法的职责 法律部门的互动 法律实施的效果

一、问题的提出

《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）的颁行，在我国法治建设历史上具有里程碑意义，标志着我国民法正式进入法典化的时代。被誉为“社会生活的百科全书”的《民法典》，在中国特色社会主义法律体系中具有重要的地位。《民法典》将先前的民事单行立法整合为一个有机法律体，“结束了‘领域立法’的割据状态，不仅使《民法典》真正成为社会的基本法，而且使我国社会主义法律体系更为严谨。”^①也正因为如此，有研究者提出其“是市场经济的基本法，是民事权利保护的宣言书，是新中国民事立法的集大成者。”^②尽管因为实施时间过短，无法从实证的角度去观察《民法典》对社会经济生活带来的变化，但从逻辑推演的角度审视，大体可以预见：《民法典》的正式实施必然给全面依法治国、建设社会主义法治国家提供更加完备的制度保证，必然给法治国家、法治政府和法治社会建设带来积极而深刻的影响，从而加速法治中国美好目标的早日实现。

其实，从学术研究的视角审视，关于《民法典》形成与实施的重大意义、民法典实施中可能面临的问题等，民法学者的研究正如火如荼，且日渐深广。然而，由于《民法典》颁行后，不可避免地会涉及到法律体系内各部门法之间的沟通、

* 胡光志（1961—），男，四川都江堰人，重庆大学法学院教授，法学博士，博士生导师。

① 谢鸿飞：《〈民法典〉颁行的五大意义》，载《贵州省委党校学报》2020年第4期，第13页。

② 王利明：《民法典的时代意义》，载《人民检察》2020年第15期，第1页。

对接与协调,特别是与民法关系最为密切的经济法该何去何从,经济法在《民法典》时代将扮演一种什么样的角色,发挥什么样的作用等一系列的问题,这就需要站在整个法律体系的高度,从部门法之间的互动与配合的视角,研究民法典颁布实施后,对相邻部门法律产生的影响,以及相邻部门法律反过来对民法典的实施将有怎样的责任担当和功能定位。正因为如此,“民法典的实施与经济法的责任担当”这一命题,也才富有了时代意义:在充分认知、肯定《民法典》颁行的时代意义的同时,透过学者、学理争议的表象,站在部门法因分工并配合方成一国法治体系的立场,阐释经济法在《民法典》时代的作用定位,明确经济法与民法之间的内在逻辑关系,使得经济法既不“越位”也不“缺位”,在《民法典》的实施中站稳自己的立场,发挥好自身的作用,实现两者间的良性互动。这既是《民法典》实施时代经济法发展方向面临的时代性课题,也是《民法典》施行中如何借用其他部门法的力量维护自身的施行条件、保证自身施行效率的时代性课题。

二、民法典颁行的时代意义

对《民法典》意义的研究,是其颁行前后一个非常重要的学术议题。如果说《民法典》颁行之前的关于其意义的研究,更多的是从政治、经济、社会、文化等方面进行宣言式的研究,主旨是在立法论层面促成《民法典》的科学创设,那么在其正式颁行后,意义的研究范式将会经历从立法论到解释论的转向。概言之,“在有了权威文本的背景下,意义诠释已不再是政治宣告,对民法典的意义诠释便需要话语方式的转换。以创设为目标的立法论,应转向对以文本为依据的解释论。”^①遵循此研究进路,以下将在不陷入法条主义窠臼的前提下,最大限度以现实存在的法律制度为思考依据,从市场经济法治建设、民法自身发展以及既有法律体系三个方面分别阐释《民法典》颁行的时代意义。

(一) 民法典之于市场经济法治的意义

关于市场经济与法治之间的关系,经过长时间的试验与探索,我们得出“市场经济就是法治经济”的经典论断。党的十八届四中全会《决定》指出:“社会主义市场经济本质上是法治经济”,因此要以“保护产权、维护契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管为基本导向,完善社会主义市场经济法律制度。”而《民法典》则是市场经济领域的基础性法律,为市场经济的和谐有序发展提供了基本的“游戏规则”,建立起了市场经济有序发展的法律环境。习近平总书记提出“民法典把我国多年来实行社会主义市场经济体制和加强社会主义法治建设取得的一系列重要制度成果用法典的形式确定下来,规范经济生活和经济活动赖

^① 陈金钊:《民法典意义的法理阐释》,载《中国法学》2021年第1期,第83页。

以依托的财产关系、交易关系，对坚持和完善社会主义基本经济制度、促进社会主义市场经济繁荣发展具有十分重要的意义。”^①也正因为如此，《民法典》的颁布和后续的有效实施，既能够为市场经济注入新的活力，也有助于市场经济法治的进一步完善。

具体而言，《民法典》之于市场经济法治的主要意义集中体现在以下几个层面：第一，进一步确立了市场经济法治的原则。以《民法典》总则第 4-9 条为代表的法律制度，通过对平等、自愿、公平、诚信等为代表的的基本原则的确立，为市场经济法治建设提供了最为基础、也最为核心的法律原则，使得市场经济具体法律制度的构建有了宏观指导和根本遵循。第二，形成了更加严格的产权保护制度。以《民法典》总则第 3 条为代表的相关法律制度，通过完善对民事主体人身权利、财产权利、物权、知识产权以及其他合法权益的保护，进而建立起符合市场经济发展规律，能够激活市场主体积极性和创造力的产权保护法律制度，使得“有恒产者有恒心”成为现实。第三，进一步完善了市场交易法律制度。通过完善以合同编为代表的市场主体交易法律制度，完善和发展了市场运行的核心法律制度，进而构建起了维护契约的法治条件，使得市场交易的制度和规则更加有效、更加合理。例如对于对动产抵押和权利质押，民法典一改之前《物权法》不同登记部门的规定，确立了“登记机关”的宏观表述，为未来我国实现动产担保统一登记制度奠定了法律基础^②，进而有助于促进交易活动的便利。第四，确立了统一市场和公平竞争的制度条件和制度保障。《民法典》为统一市场提供了制度条件，其统一适用有助于打破各地、各级法院因裁判规则适用不统一而造成的客观市场割裂；与此同时，也进一步营造了公平竞争的法律环境，例如《民法典》207 条对国家、集体和私人的物权和其他权利人的物权的平等保护，使得各主体参与市场竞争有了公平的制度基础。

（二）民法典之于民法自身发展的意义

法典化可以说是成文法国家法律发展的一个共同目标，许多国家的立法机关、法学研究者和法律实务工作者等法律职业共同体一直在为此不懈努力。法典化之于部门法自身而言，是自身形式和结构的集约化、系统化和规范化的最高表现，有助于形成属于部门法自身的统一法律价值、统一法律原则、统一法律秩序、统一法律适用标准、统一法律效力。《民法典》作为我国第一部以“典”命名的法律，对于民法自身的发展具有极其重要的意义。它的颁行有效地整合了分散的民事单行法，构建了在统一价值指导下的完整、系统的规范体系，且体系性特征使得其产生了统一法律规则、便利找法用法、便于体系释法和利于查漏补缺的功

^① 习近平：《充分认识颁布实施民法典重大意义依法更好保障人民合法权益》，载《求是》2020 年第 12 期。

^② 参见谢鸿飞：《〈民法典〉颁行的五大意义》，载《贵州省委党校学报》2020 年第 4 期，第 16 页。

能。^①应当说,《民法典》的颁行是我国民法发展到一定阶段的产物,表明我国民事领域的各单行法在不断发展变迁的过程中,形成了共同的基本价值、理念、原则和目标,体现了我国民事领域立法技术和能力的成熟,当然也体现了民事领域学术研究的卓越成就。具体言之,《民法典》之于民法自身发展的主要意义集中体现在:

第一,《民法典》标志着我国民事领域统一法律规则的形成。“形式合理化”^②是法典化最直接的外在表现。法典化的外在价值集中表现为将分散的法律制度进行一次系统性的整合,以此来结束单行法时代规则的不统一甚至冲突的状态,既能够对各类民事主体的行为提供相对统一和稳定的预期,也方便法官统一适用法律和统一裁判尺度。第二,《民法典》可助益于我国民事领域统一法律价值的形成。“如果说规则统一是《民法典》体系化的外在表现,那么价值统一则是《民法典》体系化的内在表现。”^③。单行法时代各法律之间规则的冲突,其实质是内在价值的冲突,也就是分散立法的条件下各法律被“植入”了不同的利益诉求和价值表达。《民法典》的颁行,进一步提取了各单行法法律价值的“公约数”,使得民事领域形成了统一的法律价值,并借此实现了《民法典》内部体系的真正统一。第三,《民法典》有助于我国民事领域统一法律适用标准的确立。之所以强调统一法律适用标准,从最朴素的视角看,“‘同案同判或异判’是民众对司法正义与非最朴实的评判。”^④在《民法典》颁行前,我国统一法律适用的主要任务都由最高人民法院通过释法的方式得以实现,《民法典》颁行后,在很大程度上依然需要释法,但法典化本身所具有的便利法官找法用法优势,将助益于统一法律适用标准。即便依旧需要发挥最高人民法院的释法功能,《民法典》的颁行,使得体系解释更加具有现实操作性,解释的结论也更具有科学性。

(三) 民法典之于既有法律体系的意义

《民法典》的颁行,不仅对自身体系化发展具有重要意义,对整个既有的法律体系而言同样具有重要的意义。诚如有研究者所说:“全面关照的体系功能,在现代社会仍然无可取代”^⑤。其价值之于既有法律体系而言,习近平总书记指出,“民法典在中国特色社会主义法律体系中具有重要地位,是一部固根本、稳预期、利长远的基础性法律”。^⑥《民法典》的基础性法律定位有两个最基本的前提:一是将其置于整个社会主义法律体系中,只有在整个法律体系内部,其基础

① 参见王利明:《民法典的体系化功能及其实现》,载《法商研究》2021年第4期,第3页。

② [德]马克思·韦伯:《经济与社会》(下卷),林荣远译,商务印书馆1997年版,第247页

③ 王利明:《民法典的体系化功能及其实现》,载《法商研究》2021年第4期,第6页。

④ 安晨曦:《最高人民法院如何统一法律适用——非正规释法技艺的考察》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2016年第3期,第50页。

⑤ 苏永钦:《寻找新民法》,台湾元照出版有限公司2008年版,第58页。

⑥ 习近平:《充分认识颁布实施民法典重大意义依法更好保障人民合法权益》,载《求是》2020年第12期。

性法律地位才能够通过横向比较进而得以凸显；二是必须将其置于宪法之下，这不仅是因为中国特色社会主义法律体系是以宪法为统帅，而且是因为民法自身的功能定位。这种基础性法律的定位，进一步凸显了其实际效用和独特价值。从实际效用上前瞻性地审视，作为基础性法律的《民法典》，“会对坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化，保障人民群众美好幸福生活提供充分的法律保障。”^①从《民法典》对于既有法律体系的独特价值层面审视，《民法典》之于既有法律体系的主要意义集中体现在：

第一，进一步完善和发展了中国特色社会主义法律体系。尽管中国特色社会主义法律体系基本形成之后，我们的制度建设整体上已经实现从“法律体系”到“法治体系”的实践跨越。^②但这一法律体系不是固定不变的，依然体现了动态、开放和与时俱进的发展要求，需要随着经济社会发展而不断丰富、完善和创新。^③《民法典》的颁行，既是对这一法律体系的完善，也是一次大的创新实践和发展，在实现法律体系内部精细化建构的同时，部分制度创新、丰富和发展了法律体系的内容，其中最突出的例证是：人格权编的单独创设，旗帜鲜明地彰显了人的主体地位，有力地维护了公民的人格尊严和人性权利。当然，必须承认的是，《民法典》的颁行只是对既有法律体系的完善和发展，它并没有、也不能打破既有的法律体系。也就是说，它既没有降低法律体系内其他部门法的地位，也无意取代法律体系内其他部门法的作用和地位。

第二，为法律体系内其他部门法自身的体系化提供了经验借鉴。《民法典》本身是民法法典化的标志性成就，其在编纂中对部门法体系化的探索，型塑了我国综合立法、系统立法的一个范例，可以为法律体系内其他部门法的法典化提供较为丰富的经验借鉴。而其他部门法的逐步体系化，也将是我国法律体系走向进一步完善的必要进阶。

第三，有助于促进法律体系内各部门法之间的协调与互动，进而促使整个法律体系整体功能的充分发挥。众所周知，内部结构的有序、统一与和谐，是任何一个系统功能得以发挥的重要前提。《民法典》的颁行，客观上进一步明确了民法与其他部门法之间的关系，有助于消解部门法之间的冲突，减少法律适用的上的冲突，促使法律体系各部门法之间走向协调与互动，进而更好地发挥中国特色社会主义法律体系的功能，提高其整体的运行效率。

① 王利明：《民法典的时代意义》，载《人民检察》2020年第15期，第1页。

② 参见莫纪宏：《论中国特色社会主义法律体系、法治体系与制度体系的有机统一》，载《法学杂志》2020年第5期，第18页。

③ 《中国特色社会主义法律体系》（白皮书）中明确提出：一个国家的法律体系通常是对这个国家一定历史发展阶段现状的反映。随着经济社会的发展，法律体系需要不断丰富、完善、创新。……中国特色社会主义法律体系必然是动态的、开放的、发展的，而不是静止的、封闭的、固定的，必将伴随中国经济社会发展和法治国家建设的实践而不断发展完善。

三、经济法在民法典时代的职责定位

在中国特色社会主义法律体系内,与民法关系最为密切的实体法莫过于经济法。因此,《民法典》颁行后,厘清两法之间的关系,明确经济法在民法典时代的职责定位,既有助于《民法典》的实施及其作用的充分发挥,也有助于经济法遵循自身的运动规律稳步而健康地发展。事实上,认识民法和经济法关系及其各自作用定位的方法不胜枚举,但不管何种方法,最终都需要回归到对人性的关怀和利益调整上,这不仅是笔者曾经在研究法与人性关系时的基本立脚点,也是民法典回归民法本真,公然将人格权单列为一编的深刻理据。这是因为,人性是人作为人的天然本能,是人的一切活动和外部表征的内在根据,也是任何法律权利产生的人学基础。具体言之,从人性视角审视经济法与民法之间的关系,“民法是直接确认、张扬与调适人性的一种法律;而经济法则为弥补民法于人性张扬与调适方面某些不足而形成的又一套规范体系。两者共同作用,以达人性之共同发展与和谐。”^①

(一) 民法典时代经济法的职责: 维护民法运行基础条件

民法是国家体制下第一次人性大解放的法律表彰,尊重每一个人都是民法的起点,也是民法的终点。民法主张和确认的人格独立、人格平等、人身自由、意思自治等,既是人性解放的法律表达,也是维护其自身运行的基础条件。^②历史地看,市民社会与政治国家的分野,“经济人假定”,市民社会运行中“看不见的手”以及后来的国家“守夜人”角色定位等理论,为民法解放人性提供了思想基础。在此基础上,民法以市民社会为领域,绕开国家权力及其对人性的等级安排,从而为人性解放创造了客观条件。通过一系列的制度设计,民法让每一个人真正成了独立、平等、自由和自主的人。民法的这种制度设计,更加准确地反映了人性及其基本需求,或者说更加准确地反映了人性运动与民法精神的契合及其运行规律,以至民法形塑的人格独立、人格平等、人身自由、意思自治的社会局面,于不知不觉中悄然幻化成了人性发展所追求的“理想目标或蓝图”。与此同时,借助于成熟的法律技术,通过抽象的人格塑造,以及完备的权利体系构建,民法在自身的价值范畴内为表彰和调适人性,维护其运行的基础条件或追求其理想目标,确立了较为完备的制度保障。民法法典化及其独立人格权编的横空出世,即是抽象人格塑造趋于完善、权利保护不断类型化和体系化的一种必然结果。也正因为如此,我国《民法典》的颁行,有助于进一步表彰和调适人性,特别是人格权独立成编,构建了以人格尊严为首要价值的人性确认、张扬与调适机制,充分

^① 胡光志:《通向人性的复兴与和谐之路——民法与经济法本质的另一种解读》,载《现代法学》2007年第2期,第9页。

^② 参见胡光志:《人性经济法论》,法律出版社2010年版,第51-89页。

体现了民法的人文关怀精神。^①

然而，民法在确认、张扬与调适人性时，在自身的价值体系内，尚不能达成维护其运行的基础条件的全部目的。其法典化也只是民法内部规范的一种集成和优化，其中即便有维护自身运行条件的制度设计，也很难突破民法固有的范畴与价值体系，因此，就算民法最大限度地甚至蹩脚地纳入了本为经济法中助力弱者保护的“惩罚性赔偿”制度，也难以与传统民法“平等者间无管束权”和“平等者间无处罚权”的价值理念相容，也不可能从根本上彻底解决民法运行中所面临的诸种人性失落问题。例如，民法用抽象人格，旨在最大限度地忽略人的个性差异，为个体人性的解放与张扬最大限度地提供公平的机会，但是，在确认和充分激励人性张扬的同时，却无法顾及基于人性的个体差异所形成的不公平的最终结果，因而其追求的是典型的形式公平。至于实质上的不公平，传统民法的价值与规范体系虽也可做一定的努力，但却无法从根本上对之予以调适。在个体差异和人性自由竞争的共同作用下，必然会产生事实上的竞争条件和竞争结果的不公平，进而出现新型的人性差别、冲突甚至出现新型的人格控制。长此以往，市民社会在民法框架下运行的一个必然结果便是两极分化（即马太效应），强者恒强，弱者恒弱，形成有悖于民法独立、平等、自由精神的社会局面。此时，形式公平已然异化为实质不公平，市场竞争也会发生扭曲或畸变、信息偏在将不可避免，甚至会出现“经济人假定”下由个体理性所导致的宏观失序，而这些情形的出现，让民法自身所追求和构建的人格独立、人格平等、人身自由、意思自治等崇高理想受到威胁乃至形同虚设，导致民法运行中本旨与结果的悖论，于是民法的施行效果将大打折扣，甚而不得不面临跌落神坛的危险。

就法律史观之，经济法在其诞生时所肩负的首要职责，就是以反垄断为突破口，从民法的外围着力，维护民法最早预设的社会运行条件。换言之，经济法是在垄断窒息了市场竞争、扭曲了人与人之间的平等自由并导致市场失灵，而民法对之又无能为力的背景下产生的，其首要使命就是要在保持民法固有机制、维持其人性解放成果的基础上，通过人性调适的方式，使得民法“理性经济人”回归“现实人”，以矫正民法规则下人性运动的变异，并解决这种变异引发的诸种社会问题，从而维护民法运行的基础条件。经济法所追求的实质公平、社会利益本位、弱者保护、整体安全和效率、高质量发展等目标，大都以反垄断、反不正当竞争、消费者保护、宏观调控等方式得以实现，而这些目标的实现，恰恰就是对民法运行基础条件的维护或回归，是对民法在人性解放和调适中出现不足时的有效补充。因此，如果说民法是在国家体制下法律对人性第一次大解放的表彰，那么，经济法就是在国家体制下民法解放人性的基础上，法律对人性的第二次大解

^① 参见王利明：《人格尊严：民法典人格权编的首要价值》，载《当代法学》2021年第1期，第3-14页。

放。这种解放不是要否认第一次人性大解放的文明成果，而恰恰是对第一次大解放的维护与回归，而且，在这种维护与回归中，也有法治与人文精神的进一步升华。

（二）经济法维护民法运行基础条件的缘由：民法调适的局限

当民法运行中出现本旨与结果之间的悖论后，面对因新的人性冲突导致自身运行基础条件的扭曲与缺失，民法能否自救，能否通过自身的变革与改良加以克服呢？对此问题，长期以来，民法理论和实务界也都在试图作出回答。例如有研究提出，以人为本的民法，其伦理基础在于“人的相互尊重”，而“人的相互尊重”伦理原则的法律化，就是指个人的自由及权利的行使应顾及他人或者更高的价值利益，个体自由应该因为维护公共秩序或善良风俗而受到必要的限制，权利行使不得违背公共利益。^①立法实践上，为了限制人性无限制张扬可能造成的负外部性，防止人性在市民社会追求自身利益最大化过程中存在的人性方面的道德风险，民法相关制度设计也为人性张扬设置了一些边界，这包括每个人必须以和平的方式释放人性，当行使权利时侵害他人权利需要承担侵权责任，行使权利需要符合公序良俗等。而民法中的抚养义务、监护责任、赡养义务、对胎儿的特殊保护制度、对慈善法人团体的确认、对赠与合同的肯定等，都部分地体现了民法对人性差别的认可与补救。但总的来说，在抽象人格整体塑造趋于完善的前提下，民法的这种“自救”毕竟是局部的和表面的，并不能达到有效地维护其运行基础条件的目的。而面对运行基础条件的逐渐陷落，民法之所以出现无法从根本上实现“自救”的困局，主要根源在于：其一，理论上“经济人假设”的人性失落。人性的现实表现是复杂和多样的，人性天然就因个体差异而存在差序，并非是“经济人假设”中人人都具有完全理性、完全意志力、完全自利的理想样态。基于人性的个体差异，在参与市场经济活动，参与竞争时，结果上的平等和自由是无法保证的。即便每个“经济人”都是“理性”的，那么由个体理性导致的集体非理性也无法避免，每个独立个体在“理性”地追求自身利益最大化的同时却在整体上或宏观上可能已经失却了“理性”。其二，制度设计上民法也不能从根本上解决人性两极分化这一矛盾。因为以抽象人格为基础所设计的整个民法制度，必须以隐去人性的一切差别作为自己的根基，且其根本的制度都是围绕无差别的人性假设来运作的。^②之所以民法会将私有财产权推向神圣，用继承权作为私有财产权的进一步固化手段，将契约自由、意思自治作为人与人之间活动的根本原则，目的就在于要突出民法解放人性所追求的“人性平等、人性自由”之本旨。民法的“自由价值决定了民法之‘人’法性质，同时也决定了民法之‘私’法性质”

^① 参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社 2009 年版，第 28-30 页。

^② 参见胡光志：《民法与人性的哲学考辨》，载《法律科学》（西北政法大學學報）2011 年第 3 期，第 74 页。

①。这就决定了民法难以通过自身制度的变革，对因人性差别而引致的问题从根本上予以克服。这也正是民法自然运行最终不可避免地会出现目的与结果相悖反，以及经济法不可避免地得以产生的根本原因。

（三）经济法维护民法运行基础条件的可能：经济法的相对优势

就立法史角度而言，经济法产生于民法运行中出现的一些无法克服的困境。因此，经济法从厚重的“纯经济色彩”的层层包裹中破壳而出，复归人性之路，就是要通过一系列制度的设计，补救民法调适的不足，维护民法运行的基础条件。面对民法调整的局限，现代国家承担起了使经济生活回归民法正义的责任，试图借用公权介入的力量为所有的人（即为市民社会中的“现实人”）提供一个符合人类尊严的生存环境。于是，经济法从宏观经济正确性出发，使私法自治与国家“高权”的调整共同作用，打破原有的公法和私法划分体系，通过国家“高权要素”对私法自治制度进行补充，追求经济生活尽可能的公正。^②正因为如此，经济法的一系列制度安排，并不是要否认民法或者替代民法，恰恰是它看到了民法在解放人性的同时，人性运动中出现的马太效应扩张、形式公平异化为实质不公平、市场竞争畸变为垄断和不正当竞争、信息不对称影响资源合理配置、公共产品的供给面临困境、个体理性导致宏观理性缺失等难题，而民法自身又无法从根本上克服这些难题，终至危及到民法自由、平等、公平、诚信、意思自治等赖以存续的基础条件，才以“第三法域”的身份对发达市场经济所做出的一种时代性回应。

就宏观上观之，经济法主要通过如下措施，弥补民法调整局限，维护民法运行基础条件的：其一，以实质公平为价值取向，弥补民法形式公平的不足。经济法承认人性的个体差异，针对不同能力、不同秉赋、不同条件的人设置不同的权利机制，不仅关注起点的实质公平，更关注结果的实质公平。例如，对自由竞争，经济法强调维护公平的自由竞争秩序，“确保实质性的市场自由公平竞争”^③；又如，民法合同制度与继后出现并与之同时并在的消费者保护法相比，合同制度仍然关注形式上的地位平等、合同自由、意思自治，而消费者保护法则在尊重普通合同精神的前提下，更加注重具体合同中出现明显强弱关系时的一种利益平衡和调整，使得同样处于合同关系中的弱势一方（消费者）的权利更能够得到切实的保障。其二，以共同发展观为依归，克服个性发展观的局限。民法所主张的人性解放，是一种个性发展的观念，这种观念本身并没有错，但撇开个体能力差异的个性的独立与自由发展，假以时日，就不可避免地会形成两极分化、贫富悬殊。

① 刘云生：《民法与人性》，中国检察出版社 2005 年版，第 141 页。

② 参见[德]弗里茨·里特纳，迈因哈德·德雷埃尔：《欧洲与德国经济法》，张学哲译，法律出版社 2016 年版，第 24-35 页。

③ [日]丹宗昭信，伊从宽：《经济法总论》，吉田庆子译，中国法制出版社 2010 年版，第 10 页。

对此，经济法通过保护弱者等途径平衡人际间的两极分化、通过财税等制度平衡地区间发展的两极分化、通过可持续发展的制度设计平衡代际之间发展的不公平等，以此克服个性自由发展可能带来的局限性。其三，以社会利益为本位，革除个人本位之弊端。民法是关注个人利益的，是个人本位的主要法律表达方式，这是不容争辩的事实。尽管民法也关注社会（公共）利益，但这并不是它的主旨，在它的规范建构中也多为倡导性、指引性规范，而经济法的立足点便是社会利益本位，它基于市民社会个体结合为公共体从而会在个体利益之上形成超越于个体利益的社会公共利益这一事实，在最大限度保护个人利益的同时，致力于社会公共利益的保护。由于公共利益与每个社会成员的基本需要和基本利益相关，保护社会公共利益，从根本上说也是对个体利益的一种保护。也就是说，经济法与民法的一个区别就在于，民法侧重于个体利益的彰显和保护，而经济法则在尊重民法的基础上，同时注重公共利益的保护。它不仅提倡个体理性，更关注宏观上的社会公共理性。其四，以国家公权的适当介入，补救私法意思自治之不足。民法所预设和追求的意思自治，是平等、自由的必然延伸，也是平等自由的最好表达，曾是人们长期追求的社会理想。然而，有没有意思自治解决不了问题？意思自治是否应当有边界？答案是肯定的。例如，意思自治在众多个体达不成一致意见时，就会形成公共事务无法决策的尴尬，也就是说，单纯的个人的意思自治在大多情况下是无法顾及或者达成社会公共利益和社会整体安全（包括市场安全）的。正因为如此，人类社会进化过程中也才会产生公共事务“多数决”的著名规则。至于意思自治的边界，更是不言自明：正如任何权利都有边界一样，它也应被置于社会的伦理与法治的范畴之中而受到一定的约束。经济法则致力于借助国家公权力的干预，侧重关注意思自治的边界及其不逮，主动站在公共利益的角度，采取更加积极和主动的措施（如依照法律进行监管和调控），以实现权利分配的实质公平、创造公平竞争的市场环境、确保市场和宏观经济的安全、维护社会之公共利益。

四、民法典的实施需要经济法的互动

法律的生命在于实施，法律的权威也在于实施，《民法典》的价值需要在具体实施中得以体现。基于上述对《民法典》时代经济法的作用定位可知，不管法典化与否，鉴于社会的运动，民法在长期的发展中无法有效地维护其得以运行的基础条件，而经济法的职责和作用恰恰在于能够弥补民法的这一不足。因此，《民法典》的实施需要经济法的互动，需要用经济法的手段维护其运行的根基。更具体一些，“法律中设定的权利、义务和责任，最终都会落定在普通民众的身上，

要么会成为他们的福利,要么会成为他们的负担。”^①经济法的作用就在于,对《民法典》实施中可能给普通民众带来的负担(直接或间接负担),通过一定的制度设计予以避免或者克服。如通过反垄断以回归民法所追求的公平竞争状态,通过调整强弱关系以维护主体地位平等、意思自治等合同存续的根基,通过市场监管以补充民事救济的贫乏,通过宏观调控以保障市场的整体安全和效率等,而这些恰恰都是民法施行所需却有赖于经济法发挥作用的地方。

(一) 反垄断以回归民法所追求的公平

垄断的本意为独占,独占意味着市场条件下民法所追求的公平不复存在。市场经济条件下,基于人性的个体差异及其运动,优胜劣汰的竞争机制会使得资源和经济力量逐渐集中。这种因为竞争而导致的垄断,可能会走向竞争的反面,进而限制市场的竞争、降低经济效率、影响消费者的利益、甚至损害社会公共利益,最终导致市场的不公平。对于这种由人性个体差异而逐渐形成的形式和实质上的不公平,民法尽管也不愿意看到,并通过一定的制度设计予以矫正,但终究难以实现真正的公平,这使得民法自身所强调的公平价值受到了一定的挑战。而之所以出现民法自身不能维护自身所倡导的公平,其本源在于民法在制度创设时,为了解放人性,实现人性自由而不得不有意忽视人性的个体差异而崇尚抽象人格,《民法典》所规定的“平等主体”的自然人、法人和非法人组织,仅仅是一种高度抽象的平等假定,是一种典型的形式公平,而后续的制度设计也都以此为基础。这种基于形式公平而做出的制度设计,其运行的结果在很大程度上却会走向实质的不公平,而民法用自身固有的形式公平理念却又无法加以避免,这就需要新的制度设计来加以弥补,而这正是反垄断法得以产生的土壤与发挥作用的空间。

反垄断是经济法实现公平的一种体现,其最重要的作用在于创造一个公平竞争的社会。经济法所追求的公平,是一种既包括起点公平,也包括结果公平的实质公平。起点的公平是承认个体存在差异的基础上,对不同主体做一定的区分,进而设定与之相对应的权利义务;结果的公平是对强者和弱者的地位和财富等进行的一种平衡,保障每一个主体都有生存的基本条件,能够公平地享受自己的权益。作为经济法的典型代表,反垄断法宣告那些足以左右其他经营者、左右消费者的垄断为非法,即是对经营者之间起点不公平的一种补救。正因为如此,反垄断法在致力于创造平等的市场竞争环境时,也致力于保证社会财富的公平分配。^②一则,通过反垄断来调适人性运动中新出现的差序格局,始终能够确保市场上的竞争者之间大体上处于一个相对平等的竞争环境,对于因为竞争而走向垄断的市场主体予以必要的规制,进而保障其竞争者能够有平等参与竞争的机会,而不

^① 孙宪忠:《民法典实施要始终贯彻以人民为中心的思想》,载《人民论坛·学术前沿》2021年第1期,第76页。

^② 参见王翀:《论反垄断法的价值目标冲突及协调》,载《政法论丛》2015年第3期,第140页。

至于直接被淘汰出局。再者，通过反垄断能够促进社会财富的公平分配，保证社会弱势群体在一个“适者生存”的市场竞争机制下依然可以公平享受自己的基本权益。特别是反垄断法通过对公平竞争的有效维护，不仅可以提高市场效率、促进技术进步和生产力的发展，而且也可以使广大消费者切实享受来自竞争带来的诸如降低价格、改善服务、提高质量、产品创新等实惠。

（二）调整强弱关系以维护合同的根基

“意思自治”、“平等”、“自愿”、“公平”等，共同构成了民法合同制度的基础，使得通过合同而进行的市场交易和社会交往具有可能，也使得通过合同保障各当事人合法权益、维护市场交易秩序和促进社会经济发展具有了现实可能。合同制度最为直接地体现了“民法内在体系中的‘意思自治’”^①，也较为全面地反映了民法对主体（法律地位）平等、自愿、公平等价值的追求，可以说合同制度为民法最大限度解放和调适人性提供了“技术”支撑。然而值得深思的是，民法自身的制度设计却无法维护合同的根基，这使得合同制度在其运行过程之中，容易出现目的和结果的悖反。民法在最大限度保障人的平等地位、意思自治时，无法顾及人性的个体差异，而基于个体本身的差异，形成的看似地位平等、权利义务对等，实际却是一种抽象的法律地位平等，而不是实质上的平等，以至合同制度所强调的“地位平等”和“意思自治”自始便容易流于形式，难以完全实现。例如，对于一个消费合同而言，消费者和经营者之间的地位显然是不平等的，总会出现强弱力量的对比，而同属于经营者类别的市场主体，也会因为各种因素而出现强弱的对比，例如大企业相对于小企业。即便起点的公平和意思自治能够实现，但人性总是运动的，随着人性的发展，新的人性差序格局便会出现，新的强弱力量对比也会形成，对此，民法自身很难加以有效克服，这时，通过经济法对强弱关系的调整或平衡，能够在很大程度上维护合同运行的根基。

相较于民法，经济法更加关注个体差异性，以现实的不公平为出发点，注重通过对市场中强弱关系的调整，以实现真正意义上的“意思自治”、“平等”、“自愿”、“公平”。经济法调整强弱关系最为直接的体现就是倾斜性地保护弱势群体，并针对不同弱势群体进行差别性制度构建，以此来弥补形式公平之不足，且这种保护不是“劫富济贫”式的“平均主义”，不是为了扶弱而抑强，而是为了更强而扶弱，使强者更强，弱者变强。^②换言之，经济法的扶弱，是为了寻求一种强弱间的相对平衡状态，使得弱者在面对强者时，也能够具有实现“意思自治”的底气和法律制度的保障。具体而言，只有确保市场参与者能够有一个相对平等对话的可能，意思自治、平等自愿等才具有现实基础，在强弱力量对比悬殊的主体

^① 李永军：《论民法典合同编中“合同”的功能定位》，载《东方法学》2020年第4期，第117页。

^② 参见胡光志，张军：《弱势群体的经济法保护》，载《重庆大学学报》（社会科学版）2015年第6期，第131页。

之间，“意思自治”与“合同自由”往往具有很大的不确定性，具有落空的可能。例如，对于经营者和消费者这种力量对比的强弱，通过消费者保护法，给予消费者以特别的保护，从而使得其具有了与经营者平等对话的基础，其意思才能自治、表达才能自由、选择才能自愿；又如，对于经营者之间的强弱力量对比，通过反垄断为弱者进入市场、参与公平竞争创造一个良好的市场环境，从而市场才会充满活力，才有整体的效率，科学技术等生产力也才能蓬勃发展。

（三）市场监管以补充民事救济的不足

民事权利是一切民事活动的基础，而对民事权利的救济则是一切民事活动能够有序进行的保障。“‘有权利即有救济’，当事人的民事权利必含法律救济力，这是民法的常则，也揭示了民事权利的完整结构，即基础内容和救济内容的统一。”^①遗憾的是，民法构建起来的权利救济制度，在运行中出现了一定的不足，这使得部分权利的民事救济出现了乏力的状态。具体而言：第一，私力救济机制掩盖了争议双方强弱力量的对比，难以有效实现权利保护。私力救济通常指权利主体不借助于公力，单纯依靠私人的力量保护与实现权利的方式。^②根据民法精神，当民事权利受到侵害后，是否追究侵权人的责任，应采用当事人主义，这集中体现在民事诉讼中的“不告不理”原则。私力救济制度的存在，看似充分尊重了当事人的权利行使，但制度的设计忽视了人性的差异，考验着受害一方的“容忍度”和“抗击打能力”，为人性冲突中强势一方的恣意留下了一定的空间，不利于弱势一方权利的实现。第二，民事权利公力救济的个别性与事后性。民事权利的公力救济（即诉讼）不仅局限于特定的某个或某几个特定的当事人（如原告），而且必须以已经发生纠纷（大多数情况下已经有实际损害）为前提，从而使这种救济具有天然的个别性和事后性。尽管类似“共同诉讼”含有保护某几个甚至“某一些”当事人的功效，类似“排除妨害”、“消除风险”等救济措施中也含有“预防”性质，但其适用的普遍性却不强。^③私力救济机制对人性竞争中强弱力量对比的忽视，加之公力救济中个别性和事后性的固化，使得民法在赋予了当事人伟大权利的同时，却在救济上显得有些苍白和疲软。

对于民事救济的不足，借助于以国家公权力为外在表达的市场监管（包括反垄断与反不正当竞争），可以起到有效的补充作用。在既有法律体系内，“对经济活动进行监管的规则体系属于经济法范畴”^④，经济法意义上的市场监管是指通过一定的规则，对市场主体在经济活动中的非理性行为进行监督与管理，以维护公平的市场交易环境。市场监管弥补民事救济不足的原理在于，在对市场主体准

① 杨振山，龙卫球：《民事救济权制度简论》，载《法学研究》1993年第3期，第20页。

② 参见沃耘：《民事私力救济的边界及其制度重建》，载《中国法学》2013年第5期，第178页。

③ 参见胡光志：《人性经济法论》，法律出版社2010年版，第84页。

④ 陈婉玲：《法律监管抑或权力监管—经济法“市场监管法”定性分析》，载《现代法学》2014年第3期，第187页。

入、市场主体生产经营活动以及对市场行为（商品流通）的监管中，基于国家公权力的主动性、事前性、普遍性和权威性，通过对市场经济活动中的各种违法行为进行监督管理，能够减少妨碍市场公平竞争的因素、激发市场主体活力、确保商品质量、增进消费者的福利。而这些目标的实现，事实上已经间接或直接对市场中弱者的权利进行了保护。其一，鉴于国家公权力介入市场的事前性，可以弥补民事救济中公力救济事后性的不足。对于民事主体的权利保护而言，事先的监管既起到了预防权利被侵害的作用，又能与事后的公力救济相互补充形成一个完备的救济体系。其二，鉴于国家公权力介入市场的普遍性，使得原救济局限于特定的某一或某几个当事人的局面，在一定程度上有很大的改观。市场监管是普遍的、日常性的，表面上它没有对某一具体的当事人进行特定的保护，但实质上，有效的市场监管会对某一类甚至是不特定的全部市场主体，提供直接或间接的保护。其三，鉴于国家公权力介入市场的主动性和权威性，可以弥补民事救济中私力救济对强弱力量对比的忽视。公权力的主动介入，使那些在人性冲突中的弱势一方不用直接面对强势一方，其权利也能得到较好的保护或救济，避免现实生活中许多事实上不可能平等的对话。同时，鉴于公权力的权威性，其对于市场中强势一方的恣意、权利滥用，本身就是一种有效的威慑力量，可以在一定程度上防止潜在的侵权与违法。总之，经济法通过对市场监管的赋权和规范，能够弥补民事救济的部分不足。

（四）宏观调控以保障市场的整体安全和效率

市场作为当今人类社会基本的资源配置方式，对民事活动有着深刻的影响。然而，市场并非尽善尽美，市场失灵的存在也是有目共睹。就民法的正义而言，人格独立、地位平等、意思自治的理想，意味着民事主体的民事活动有赖于一个自由、开放和有效的市场。市场的整体安全和效率，既是民事活动得以开展的基本前提，也是民事活动得以高效运行的外在表征之一。对此，立法者没有选择漠视民法与市场之间的紧密关系，《民法典》第一条立法目的中就有“维护社会经济秩序”的话语表达。《民法典》作为市场经济领域的基础性法律，通过一系列制度设计，为市场经济的和谐有序发展提供了基本的“游戏规则”，特别是其自愿、公平、诚信、公序良俗等原则，为市场主体参与经济活动提供了基本的行为准则，有助于维护市场交易秩序。但同时我们也要看到，尽管民法为维护市场经济秩序做出了较大的努力，却依旧无法克服市场失灵的问题。面对信息偏在、外部性、公共产品、垄断等市场运行中出现的“市场失灵”问题，作为国家体制下第一次人性大解放法律表彰的民法，因其推崇自由、平等和意思自治，相应的制度设计对于市场失灵问题也就显得力有不逮，从而需要以国家权力干预为手段，补救私法自治之不及，这就为市民社会和政治国家分野后政府对市场的再次

干预提供了可能，而经济法优化资源配置的“干预之法”属性^①，使得其在保障市场整体安全和效率中的重要性得以凸显。

当民法对市场整体安全和效率的束手无策时，有效市场的塑形，就需要一个有为政府，能够因势利导，积极作为，不会因为无知而“无为”或“乱为”^②，通过宏观调控来克服市场机制的不足，保障市场的整体安全和效率。宏观调控一方面通过平衡总供给与总需求克服市场的盲目性，另一方面构建应对和化解经济危机的法律机制以克服市场失灵，以此来拯救市场。^③而经济法“干预之法”的属性决定了其除了干预市场，作为“市场拯救法”之外，也干预“干预者”，经济法对“干预者”的干预集中体现在确认、规范和限制政府的宏观经济调控行为。具体而言，经济法之所以能够维护市场整体安全和效率，一方面是因为经济法自身发轫于“市场失灵”，因而其首要功能便在于克服“市场失灵”问题，也就是拯救市场，当然也要看到有研究已经指出市场失灵对经济法存在解释力不足的问题，不宜作为认知经济法的逻辑起点^④；另一方面是因为经济法作为以社会整体利益为本位、以市场安全为目标的法律，其初始的使命就在于维护市场的整体安全和效率。因此，经济法通过赋权的方式，在宪法“国家加强经济立法，完善宏观调控”的架构下，赋予政府宏观经济调控的权力，以克服市场的弊病，保障市场的整体安全和效率。

五、结语

《民法典》的正式施行，为法治中国建设注入了新的活力，提供了强有力的制度支撑。而后，中共中央印发了《法治中国建设规划（2020—2025年）》，为全面依法治国，建设法治中国提供了总的目标、路线和方针。进入法典化时代，法治中国的建设呈现出两方面特征：一方面随着《民法典》的颁行，部门法的体系化、综合立法进程将不断加速，法律规范将更为统一、完备和科学，进而有助于中国特色社会主义法律体系的发展完善；另一方面，法治中国建设总体思路和目标将从“中国特色社会主义法律体系”转向“中国特色社会主义法治体系”。在实现从“法律体系”到“法治体系”的转型过程中，作为具有典型“回应型法”特征的经济法，理应顺势而为，处理好与民法等部门法之间的关系，进一步明确自身在法典化时代的功能定位，既不“越位”也不“缺位”，并在此基础上，加速自身的体系化建设，逐步迈入综合立法的实质化阶段。也只有尽早理顺自身内

① 参见靳文辉，苟学珍：《构建双循环新发展格局的经济法回应》，载《重庆大学学报》（社会科学版）2021年第1期，第33页。

② 参见林毅夫，王子晨：《论有为政府和有限政府》，载《理论建设》2016年第6期，第130-131页。

③ 参见胡光志，屈淑娟：《经济法在依法治国中的时代使命》，载《江西财经大学学报》2015年第1期，第117页。

④ 参见卢代富：《经济法中的国家干预解读》，载《现代法学》2019年第4期，第121-122页。

部的体系，实现理论研究的最大共识，完成自身体系化（法典化）的华丽转身，经济法的使命才能在国家治理能力和治理体系现代化过程中得到更好的彰显，才能在全面依法治国，建设法治中国的征程中发挥自身独特的优势和体现自身独特的价值。

我国数字经济促进法的地方立法与全国统合

袁达松 王鸾飞*

内容提要 数字经济的发展需要完备的数字经济促进法体系为其提供保障,但目前我国数字经济促进法体系付之阙如。数字经济市场空间的“共通性”决定了数字经济促进法体系的包容性构建。包容性数字经济促进法体系的构建要处理好地方、中央和其他经济体间的关系,即数字经济促进法的地方立法要充分发挥地方特色、完善配套立法、不突破法律保留和不抵触原则。统合立法要发挥其立法的协调性和指导性,保证各地区数字经济发展机会相对均等;同时还要与国际接轨,以求同存异的包容性治理逻辑进行规则制定。

关键词 数字经济 数字经济促进法 包容性治理 碎片化 区域性 地方立法

一、问题的提出

世界经济的数字化转型已是大势所趋,发展数字经济俨然成了世界各国提高国际竞争力、抢占全球发展主动权的关键。同欧盟、美国相比,我国数字经济处于“大而不优”的状态,根据通信院数据显示,我国数字经济规模已连续多年位居世界第二,但在核心技术、产业互联网、国际化和人才等核心指标上与美国仍有较大差距;^①自 2018 年以来,我国数字经济增速呈现逐年下滑的趋势,根据金十数据的报告,2020 到 2022 两年间,苹果公司的市值增加了一倍多,而我国的阿里、腾讯、美团、京东和拼多多的市值之和在这两年间由 1.2573 万亿美元减少至 8877 亿美元,如果这种趋势进一步加剧,中国的数字经济会被以美国为代表的科技巨头抛下,而一旦抛下,按照代际竞争理论,就会面临降维打击。^②因此如何让中国在全球竞争环境中,数字经济得到进一步发展非常重要。

数字经济促进法在促进数字经济发展方面发挥的作用是其他法律无可比拟的,但目前数字经济促进法的立法呈现碎片化的趋势,并且价值取向单一,相应的配套立法也并不完善。已有的研究或集中在数字经济某一具体问题的讨论上,而不关注立法;^③或强调地方数字经济立法的正面效应,而不讨论当前立法的问题。

* 袁达松,北京师范大学法学院教授、博士生导师;王鸾飞,北京师范大学法学院硕士研究生。本文亦系袁达松主持司法部 2021 年度法治建设与理论部级科研项目“RCEP 中的数字经济规则及其纠纷解决机制研究”(课题编号 21SFB2022)的阶段性成果。

① 《中国信通院余晓晖解读<全球数字经济白皮书——疫情冲击下的复苏新曙光>》, http://www.caict.ac.cn/kxyj/qwfb/bs/202108/t20210802_381484.htm, 载中国通信院网, 2022 年 6 月 20 日访问。

② 《中国主要科技与互联网公司市值两年化》, <https://xnews.jin10.com/details/93245?id=93245%3Ftype%3Dnews>, 载金十数据网, 2022 年 6 月 20 日访问。

③ 参见杨东、林禹岐:《数字经济平台竞争背景下“二选一”行为的理论廓清》,载《河南财经政法大学学报》2020 年第 2 期。

题；^①或对地方数据立法的现状和进路进行分析，而未站在更高的角度去进行立法设计。^②有鉴于此，本文通过对我国数字经济促进法的立法现状进行分析，明晰我国数字经济促进法的地方立法和全国统合之间缺乏体系，继而从包容性治理的视角出发，为数字经济促进法的地方立法与全国统合体系搭建提出浅薄的看法。

二、数字经济促进法内涵界定

对于数字经济促进法的内涵，可以沿着“数字经济的法”到“数字经济的经济法”，再到“数字经济的‘促进型’经济法”的思路去界定。数字经济在推动社会向前发展的同时，必然会带来诸多问题，法律对这些问题所作的回应可以理解为“数字经济的法”，即与数字经济有关的法，如英国 2017 年制定的《数字经济法》都可以称之为“数字经济的法”。^③经济法具有突出的时代性和回应性，必须对信息技术带来的经济影响做出制度回应。由此产生了“数字经济法”的概念，“数字经济法”是经济法在数字领域的立法体现，既是监管法，又是促进法，体现经济法“发展促进法”的功能。

当前我国数字经济综合性立法和专门性立法齐头并进，并以促进发展立法为主。早在 2008 年金融危机后，我国就有学者提出了“促进型”经济法的概念。^④“促进型”经济法本质是对经济法规范分类，其以鼓励和促进为目的，通过法定的鼓励性手段，包括“奖励”“促进”“鼓励”等激励手段，来促进经济社会发展。^⑤“促进型”经济法可以分为一般促进立法和专门促进立法，一般促进立法分散在财政法、产业法、税法等立法中，专门性立法指针对某个行业、地域、产业等特定领域所作的综合性、专门性的规定。^⑥

总结前述观点，笔者认为数字经济促进法必然被包含在“促进型”数字经济的经济法中，同时数字经济促进法中的“促进”特指政府促进，即政府推动某项事业向前发展，并促使其前进，要求立法的直接（主要）目的就是促进数字经济的发展，而不包括为了实现其他目的但对数字经济发展有间接促进作用的法律，如《数据安全法》，其立法的主要目的是为了数据安全，促进数据开发，因此并不在本文所讨论的数字经济促进法范围内。

① 参见班娟娟：《多地紧锣密鼓推进 数字经济立法提速》，载《经济参考报》2022 年 5 月 11 日版。

② 参见白牧蓉、李其贺：《地方数据立法的现状与进路》，载《人大研究》2022 年第 4 期。

③ Martin Ricketts: “Economic Regulation: Principles, History and Methods”, Edward Elgar Publishing, Inc., U.S.A., 2006.

④ 参见焦海涛：《论“促进型”经济法的功能与结构》，载《政治与法律》2009 年第 8 期，第 77-84 页。

⑤ 袁达松、赵雨生：《论经济法的激励机制》，载《财经法学》2019 年第 5 期，第 109-121 页。

⑥ 参见张守文：《论促进型经济法》，载《重庆大学学报》（社会科学版）2008 年第 5 期。

因此本文拟将“数字经济的法”分为两类，一类是数字经济促进法，另一类是数字经济相关法。数字经济促进法仅指专门性的“促进型”数字经济的经济法，如《浙江省数字经济促进条例》等，数字经济相关法指与数字经济相关，但立法的直接对象非数字经济，如《深圳经济特区数据条例》等。

三、数字经济促进法立法实践

（一）当下我国数字经济促进法的地方立法与全国统合现状分析

我国数字经济促进法立法主要采用地方先行先试的推进方式，目前国家层面数字经济促进法立法处于空白状态，仅在数据安全方面发布了《数据安全法》，来保障数据安全。

表 1 我国数字经济促进法立法现状

区域	法律	行政法规	地方性法规	地方政府规章
全国	---			
浙江省			《浙江省数字经济促进条例》	
广东省			《广东省数字经济促进条例》 《广州市数字经济促进条例》	
河南省			《河南省数字经济促进条例》	
河北省			《河北省数字经济促进条例》 (2022 年 7 月 1 日生效)	
江苏省			《江苏省数字经济促进条例》 (2022 年 8 月 1 日生效)	
北京市			《北京市数字经济促进条例》 (征求意见稿)	

在地方立法层面，2020 年浙江省率先进行数字经济促进法立法，以《浙江省数字经济促进条例》为代表，对数字经济涉及的各个领域进行全面的规范。同时，继《“十四五”数字经济发展规划》之后，广东、河南、江苏、河北纷纷出台了数字经济促进条例，北京市也已经公布《北京市数字经济促进条例》的征求意见稿，以此来促进数字经济发展。

其他省市目前尚未进行数字经济促进法立法，但已有 22 省就数字经济的数据资源领域进行了相应的立法（仅统计地方性法规和地方政府规章）。数据资源作为数字经济发展的基石，被誉为数字经济的“黄金”、“石油”，数据对于数字经济发展的重要性不言而喻。因此各地方立法均强调鼓励数据要素市场的形成，例如以深圳为代表的地方综合性数据立法《深圳经济特区数据条例》；作为首个国家大数据综合试验区，贵州的大数据立法走在全国前列，《贵州省大数据发展应

用促进条例》是大数据发展应用的首部地方性法规。（见表 2）

表 2 我国数字经济相关法立法现状

区域	法律	行政法规	地方性法规	地方政府规章
全国	《数据安全法》			
	《网络安全法》			
	《个人信息保护法》			
地方（涉数据领域）			共 24 个（含尚未生效）， 例《深圳经济特区数据 条例》；《贵州省大数据 发展应用促进条例》	共 42 个，例《广东 省公共数据管理办 法》

（二）当下我国数字经济促进法体系缺失

数字经济促进法的地方立法和全国统合立法之间应当是成体系的，这里的体系包含两个层次的要求，一方面在横向上要涵盖数字经济的各个领域，既要有基础性、综合性的规定，又要有针对性、专门性的规定；另一方面在纵向上要注重地方立法自身、地方立法和统合立法、统合立法和其他经济体立法的统一性，这里的统一性指立法精神的一致性，而不仅仅是追求形式上的完整。然而我国目前数字经济促进法尚未成体系，并存在以下问题。

1. 地方立法缺乏特色

“所谓地方特色，是指立法能够反映地方的特殊性。一是指立法能充分反映并适应本地实际情况，二是地方立法要具有较强的针对性，解决本地突出而中央立法不宜解决的问题。”^①《立法法》第 72 条第 3 款规定了对于法律、行政法规已明确规定的内容，地方立法一般不做重复性规定。但在数字经济促进法的“实施性立法”过程中，地方立法与中央立法往往就同一调整对象或主题进行重复立法。如《数据安全法》规定“开展数据处理活动，应当遵守法律、法规，尊重社会公德和伦理，遵守商业道德和职业道德，诚实守信，履行数据安全保护义务，承担社会责任，不得危害国家安全、公共利益，不得损害个人、组织的合法权益。”

《河北省数字经济促进条例》规定“任何组织和个人收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开数据资源，应当遵守有关法律、法规的规定，尊重社会公德和伦理，遵守商业道德和职业道德，诚实守信，履行数据安全保护义务，承担社会责任，不得危害国家安全、公共利益，不得损害个人、组织的合法权益。”《数据安全法》已经对私主体处理数据资源的行为进行了原则性的约束，地方立法的任务是把规则具象化，而河北省重复上位法规定的行为加重了地方立法的形式主义，使立法过于累赘，形式上似乎体系完整但实质内容体系缺失。

^① 参见赵静波：《地方立法特色的缺失及其规制——以地方立法“抄袭”为视角》，载《地方立法研究》2017 年第 6 期，第 82 页。

2. 配套立法不足、可操作性不强

由于数字经济促进法本身属于“促进型”经济法，在立法设计上多为响应国家政策，从而规则具有抽象性。例如各地的数字经济促进条例更多的是原则性的规定，而未对具体的管理程序、实施细则进行规定，因此需要进一步进行配套立法，但目前的配套立法多集中在数据领域，对大数据发展、公共数据开放共享以及数据管理等问题进行规定，对数字经济的其他领域，如数字产业化、数字基础设施等领域还没有相应的配套立法。同时已有的配套立法可操作性不足，更多的是态度的宣示，进行了授权但未明确如何行使职权，从而导致实施过程中各机关权属不明，互相推诿，企业无处申诉的尴尬境地。

3. 数字经济促进法立法的碎片化趋势

通过对全国数字经济促进法的汇总，可以清晰的看出中央尚未出台任何数字经济促进法，地方仅有 5 个省份出台了数字经济促进条例，大部分省份仅仅就数字经济的相关问题进行了规定，而未进行综合性的数字经济促进法立法，如吉林省仅就大数据发展问题颁布了《吉林省促进大数据发展应用条例》。进行数字经济促进法立法的省份屈指可数，相应配套立法涵盖范围过窄，这无疑会使现有立法无法解决现有问题，地方数字经济发展差距进一步增大。

4. 核心概念不一致

目前中央虽然已经释放大力发展数字经济的信号，但中央层面数字经济促进法立法动力不足，与数字经济有关的问题大都由地方立法自行规定。但不同地方对于核心概念的认定并不一致。例如，在公共数据的内涵界定问题上，《河北省数字经济促进条例》将国家机关、法律法规授权的具有管理公共事务职能的组织以及供水、供电、供暖、供气、民航、铁路、通信、邮政、公共交通等提供公共服务的组织，在依法履行公共管理和服务职责过程中收集和产生的各类数据定义为公共数据；《浙江省数字经济促进条例》《河南数字经济促进条例》规定公共数据是国家机关、法律法规规章授权的具有管理公共事务职能的组织在依法履行职责和提供公共服务过程中获取的数据资源，以及法律、法规规定纳入公共数据管理的其他数据资源；《广东省数字经济促进条例》未对公共数据的内涵进行阐明。公共数据公开首先就要界定公共数据的来源以及范围，但目前各地立法存在差异，必然会导致企业在不同地区能获取的公共数据存在量上的差别，从而影响各地数字经济的发展。

四、推动包容性数字经济促进法体系构建

数字经济的发展应当是包容性发展，而包容性发展包括两个层次的内容：一方面强调一国国内的发展机会平等，发展成果共享以及经济社会的协调、可持续

发展；另一方面在于国际社会以及国家间机会均等，合作共赢的发展以及发展模式的包容，成果的共享和发展条件的可持续性。^①数字经济促进法的立法最终目标就是保证数字经济的包容性发展，而数字经济的包容性发展离不开“包容性制度”的构建，“包容性制度”的概念是由德隆·阿西莫格鲁和詹姆斯·A 在其著作《国家为什么会失败》中创设的，^②旨在构建机会均等、合作共赢的发展模式，实现社会治理体系和治理能力的现代化。“包容性的经济制度是以市场化为宗旨的制度，其要求技术创新得到促进，改革的成功得到共享，个人的合法财产权得到保障，从而来促进经济的可持续发展。”^③数据的价值要在流通中才得以释放，但目前数据难以通过流通形成数据要素市场的供给，数据过度集中形成了数据孤岛，制约了数据开发利用以及数据与数据产品的供给。^④数据的“流动性”决定了数字经济促进法体系的包容性构建。^⑤同时，包容性治理所崇尚的是多元主体共同参与的协同共治，数字经济使法治基础由传统的“国家-社会”二元结构转向“国家-平台-社会”三元结构，这就要求社会治理的方式从传统的政府主导转变为包容性治理。^⑥

当前数字经济促进法的地方立法与全国统合制度体系付之阙如，因此关于如何构建数字经济促进法体系问题的讨论不可避免，笔者认为数字经济促进法体系的搭建要始终贯彻求同存异的包容性治理理念，一方面，数字经济促进法的地方立法要具有地方特点，同时要与统合立法相一致；另一方面，数字经济促进法的全国统合也可以借鉴包容性治理的逻辑方式。

1. 数字经济促进法地方立法的包容性制度构建

数字经济促进法的地方立法首先要回答地方立法应该是什么样的？应当有什么样的特点？这个问题的本质是中央和地方立法权限的划分问题，我国《立法法》第 73 条的规定，“除中央专属立法事项之外，其他事项中央尚未制定法律或者行政法规的，省、自治区、直辖市和设区的市、自治州根据本地具体情况和实际需要，可以先制定地方性法规。”这是对地方先行立法的规定。立法法赋予地方先行立法权的原因就是地方立法相较于中央立法更具灵活性，可以就新兴领域的问题先行先试，为中央提供立法经验。这就要求地方立法要立足于地方实际情况，充分发挥地方特色，为疑难问题提供新的解决方案。

数字经济促进法的地方立法首先要鼓励创新，创新是数字经济时代最稀缺的生产要素，其在推动数字经济发展方面的力量是不容小觑的，传统的“限禁型”

① 袁达松：《走向包容性法治国家建设》，载《中国法学》2013 年第 2 期，第 6 页。

② [美] 德隆·阿西莫格鲁、詹姆斯·A. 罗宾逊：《国家为什么会失败》，李增刚译，湖南科学技术出版社 2015 年版，第 230 页。

③ 袁达松：《论包容性法治》，载《经济学评论》2015 年第 1 期，第 10 页。

④ 李爱君：《数据要素市场培育法律制度构建》，载《法学杂志》2021 年第 9 期，第 19 页。

⑤ 参见袁达松：《数字经济规则和治理体系的包容性构建》，载《人民论坛》2022 年第 4 期。

⑥ 参见马长山：《数字法治概论》，法律出版社 2022 年 4 月版，第 444 页。

规制方式不能满足鼓励创新的需求,同时数字化的创新是具有颠覆性的,使市场充满动态性和不确定性,这要求地方数字经济促进法是更加包容的,容许市场有试错的机会;^①在发挥地方特色方面,各省首先要了解本省的产业情况,如江苏省作为实体经济的大省,立法就要加快数字经济与实体经济的深度融合;同时数字经济促进法的地方立法要正确定位本省数字经济发展所处的阶段,如数字经济起步阶段较晚的西部地区要更加关注数字基础设施、数据资源等问题,而不能盲目跟风大力促进人工智能、区块链等技术的发展。最后要协同推进数字经济促进法的配套立法工作,加强规范性和可操作性,使有关事项的规定不至沦落成空洞的口号。

2. 包容性的数字经济促进法全国统合立法制度构建

(1) 包容性制度体系的构建要求立法须以包容性为导向,在结果上也呈现出包容性。^②数字经济促进法的全国统合立法首先要处理好与地方立法之间的关系,实现各省市数字经济的协调、可持续发展,保证公平与效率的内在统一。目前北京、上海、浙江和广东等城市在数字经济领域走在全国前列,但西部地区的数字经济发展仍在起步阶段,如果中央不进行协调,仅仅依靠地方立法来调整,则会进一步拉大各地数字经济发展的差距。同时,要将包容性治理的理念贯彻在统合立法的全过程,对有争议的数据权属、公共数据内涵等问题进行统一的规定,发挥统合立法指导功能;对不适合由中央进行统一规定,更适合由地方自行进行规定的事项,则应当将立法权限下放,使地方能够充分发挥其特色。

(2) 数字经济促进法的全国统合除要协调好与地方立法的关系,还需要处理好与其他经济体立法的关系,与国际接轨。数据的“流动性”、数字经济市场空间的“共通性”和数字经济发展机会的“共享性”决定了数字经济促进法体系的包容性构建,^③任何一个国家都不可能在数字经济中孤立式发展。具体而言,数字经济促进法的全国统合要关注数字经济领域的普适性问题和差异性问题,对于普适性的问题,全国统合立法应当向全球或者区域协定标准靠拢,如我国目前已经签署 RCEP 协定,对于协定中规定的数字跨境流动等问题,应当通过全国统合立法来予以确认,从而确保交易的顺利进行。对于差异性问题,统合立法一方面可以借鉴其他经济体或区域协定中的规定,另一方面也要立足我国的实际情况,避免急功近利的全面追随其他经济体。^④

五、结论

^① 参见刘伟:《政府与平台共治:数字经济统一立法的逻辑展开》,载《现代经济探讨》2022年第2期。

^② 袁达松:《包容性的地方法治一体建设》,载《前线》2013年第11期,第38页。

^③ 参见袁达松:《数字经济规则和治理体系的包容性构建》,载《人民论坛》2022年第4期。

^④ 参见袁达松:《我国法治营商环境的包容性治理——兼论世界银行评估指标的普适性与差异性》,载《人民论坛》2021年第15期。

疫情的蔓延使欧美数字经济的活力得到了进一步释放,我国数字经济的发展面临更加严峻的国际环境,需要国内立法为其发展提供有力的保障,数字经济促进法在促进数字经济发展方面发挥着不可替代的作用。目前我国数字经济领域的立法正如火如荼地开展,但目前的立法过于碎片化,尚不能形成完整的体系。我国数字经济促进法的地方立法与全国统合体系缺失问题的解决要回答三个问题,一是数字经济促进法的地方立法自身应当具备什么样的特点?二是数字经济促进法的地方立法与全国统合立法之间的关系是什么样的?三是统合立法与其他经济体立法的关系是什么样的?

由于包容性治理的理念与数字经济的发展密不可分,因此有必要从包容性治理的角度出发,探讨数字经济促进法体系构建的问题。包容性治理的理念应体现在立法的全过程,并且最终呈现在数字经济促进法体系结果中。具体而言,地方立法应当充分发挥地方特色,先行先试,为中央提供立法经验;完善相应配套立法;不突破法律保留和不抵触原则。统合立法应给予地方立法足够的自主权,同时要从全局出发,秉承全国一盘棋的理念,协调各地数字经济的发展;当前全球数字经济规则国别性、区域性的特点要求我国在数字经济促进法的统合立法方面合理选择普适性标准,对不适合我国本土的标准,要进行调整,从而促进数字经济的可持续发展。

法典化思维下经济法立法体系初探

任超* 穆怡隽

内容提要 法典化追求法律理性,而在法典化过程中起指导作用的便是法典化思维。我国经济法立法目前显现出“去体系化”的弊端,与法典化思维下的体系化要求背道而驰。同时,现阶段缺乏足够的理论基础和实践经验,法典的自闭性与经济法的开放性、回应性亦存在本质上的矛盾,决定了我国经济法尚不具备法典化的条件。但是应当积极运用法典化、体系化思维促进经济法立法体系化。在划分标准体系化的基础之上,横向上制定宏观调控、市场秩序规制等领域的基本法,纵向上加强人大立法,规范行政立法,建立经济法立法主体体系化。

关键词 法典化 经济法 体系化 立法

2021年1月1日我国《民法典》正式落地施行,同时也对其他部门法的法典化讨论产生了重大影响,全国人大常委会在2021年度立法工作会议中更是明确提出“总结民法典编纂立法经验,开展相关领域法典化编纂和法律体系化研究”。^①法典化时代正在到来,亦推动了法典化思维在与民法密切相关的经济法领域的热烈讨论,带来了“经济法作为中国法律体系中独立的部门法是否也需要制定法典”的核心问题,以及如果法典化并非现阶段经济法发展与立法统合的理想路径,又该如何体现法典化思维与体系性内核。现代的立法理念已然表明,立法不仅是一个政治性任务,还须受到法律科学的指引与支配。“法典化”即意味着经济法需要对其各领域分支的法律进行全面吸收和立法统合,等同于对整个经济法立法体系的颠覆性调整。^②因此,必须对其现实必要性与可行性进行理性对待。本文将在结合法典化思维的前提下,重点讨论其在经济法立法体系的深刻影响,并对经济法立法体系化的路径选择作出分析。

一、法典化思维与体系化表现

(一) 法典与法典化

“法典”是一种重要的法律形式,也是成文法的最高形式。^③是“按照一定目的和序次对相关法律规范进行排列而形成的一个较为统一的规范整体”。^④通常

* 华东政法大学经济法学院副院长、教授。

① 《全国人大常委会2021年度立法工作计划》,载 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202104/1968af4c85c246069ef3e8ab36f58d0c.shtml>。

② 刘凯:《法典化背景下的经济法统合性立法》,载《法学》2020年第7期,第101页。

③ 焦海涛:《经济法法典化:从“综合法”走向“整合法”》,载《学术界》2020年第6期,第54页。

④ 赵秉志:《当代中国刑法法典化研究》,载《法学研究》2014年第6期。

情况下，基于社会变革、政局变化或者应用研究法律的需要，同时相关的法律理论、实践积累能为法典化提供了相应素质的法学家时，一个国家，尤其是大陆法系国家通常就会通过将现有法律进行汇编整理，同时基于体系性考虑补充新的相关立法，进而采用一种体系化特征最明显的法律表现形式——法典。“法典是法律体系化的最高形式”^①，同时制定法典的目的也是为了更好的发挥法律的体系化优势——即“通过新的系统化的并且具有创造力的法律来设计一个更好的社会”。而这一相关内外因素的积累过程又被认为是此部法律的“法典化”过程。如果说法典是对一国现行法律规范内容的系统表达，法典化则表示法律之变化。而实现法典化就是指在相关法律领域，该立法形式最终表现为法典形式。法典化应是法学家和政治家们深思熟虑的举动，法典化过程必然牵涉诸多社会因素，其不仅包含了立法者意图，亦是社会关系的深刻反映。^②现有法律的法典化必然需要基于“民族的风俗、人情和条件”而进行，以使法典在未来成为“理性的典章”。^③

（二）法典化与法典化思维

法典化追求法律理性^④，而在法典化过程中起指导作用的便是法典化思维。法典化思维是指以制定法典为目标，逐步实现体系化的一种思维方式，是指立法者运用法典这一法律体系化的最高形式，将任一部门法或者其他立法对象放在其所处的整个法律体系中加以权衡和考虑，从而判断其立法结构如何安排才能实现体系化最优，即在不同的阶段、针对不同的立法对象、面对不同的立法基础，如何将不同的法律形式进行组合安排才能找到现阶段的法律体系化的最优方案。

法典化思维不等同于法典化，运用了法典化思维指导的法律立法不一定最终都要实现法典化，即最终以成文形式制定出一部相关法典。法典自然是逻辑与科学思维的馈赠，但也应当是实践理性下的产物，不应过度迷信或者盲目推崇所有法律的法典化。再完善的法典也不能取代法律方法、法律思维的运用，法典也只是为法律阐述提供依据和文本资料。同时，任何法律的法典化都需要诸多条件，也需要成熟的契机，并非所有的部门法都能够实现法典化，须考虑其必要性和可行性。萨维尼曾说过“只要一个民族的法律处于积极的演进过程中，即使在最合适编纂法典的时候，也没有必要制定法典”。^⑤法典的立法时机受到经济社会发展的迫切需要，同时也受制于法律理论与实践积累的程度，是否最终实现法典化是社会和法律发展的客观结果，而不是奉为圭臬的主观臆断，但是法典化思维确是

① 严存生：《对法典和法典化的几点哲理思考》，《理论法前沿》2008年第1期。

② 陈金钊：《法典化语用及其意义》，载《政治与法律》2021年第11期，第4页。

③ 石佳友：《法典化的智慧——波塔利斯、法哲学与中国民法法典化》，载《中国人民大学学报》2015年第6期。

④ 陈金钊：《法典化语用及其意义》，载《政治与法律》2021年第11期，第6页。

⑤ 萨维尼：《论立法和法学的当代使命》，许章润译，法律出版社2001年版，第37页。

在任一阶段，任一法律中都可以被普遍适用的一种立法的思考方式。

（三）法典化思维与体系化表现

法典化思维是相关立法活动中的一种指导方式或者思考方式。而法典化思维的结果追求的就是整个立法对象的高度体系化，法典化思维的应用目标和表现形式不是法典化而是体系化，在此程度上，法典化思维也可以说是一种体系化思维。体系化思维本质上就是一种系统思维，亦即系统论在法学学科上的运用。^①康德认为，法律恰是“某人的意思与他人意思根据普遍法则得以结合的诸条件之整体”^②。鉴此，法的有机体属性是为法学作为一门科学奠定了基础，在进行立法和法律适用时也必须从体系化思维出发，充分发挥其体系功能，才能真正实现法的价值。在立法过程中，运用法典化思维，再结合其他立法所需条件，追求的就是立法过程和立法结果的层次分明、逻辑清楚、体系完整：从横向上看，立法对象内部各法适用范围明确，相互协调和制约，避免立法冲突或立法疏漏；从纵向上看，各部法的效力大小分明，立法权力分配合理，相关法的制定主体和法律渊源对应准确，即呈现出体系化优势。《民法典》的施行实现了我国法典化的实然范例，其“由法到典”的重大变化，使得对经济法法典化的呼声日高，然而叙说重点多在于现实社会以及法治建设对法典及法典化的需求，对法典化思维与体系化的意义却关注不够。《民法典》中所体现的法典化、体系化思维，有助于实现民法规则内外价值体系的一致性、逻辑上的自足性以及内容上的全面性，这是经济法立法改革更值得学习的地方，它能够保证法律各部分内容的相互协调，形成严谨的体系结构，^③为经济法的体系化构筑带来重要启鉴。

二、法典化思维下经济法体系化的必要性

在 20 世纪 90 年代经济法出现立法热潮之后，近年来经济法单行立法数量和立法领域均取得了重大突破，让经济法立法表面上呈现一片繁荣之势。2015 年以来，法典化问题在新时代背景下再次成为理论研究热点，许多学者都对经济法法典化发出疾呼。然而，从微观层面上看，目前我国经济法立法数量众多但是质量参差不齐，呈现出可实施性较差的特点；从宏观层面来看，我国经济法立法体系不完整，较多领域出现无法可依，同时也出现各亚部门法之间规定重叠甚至冲突等问题，显现出“去体系化”的弊端，与法典化思维下的体系化要求背道而驰，进而导致中国现阶段经济法立法混乱的局面。因此，经济法法典化的时机确实尚

① 王利民：《论〈民法典〉实施中的思维转化——从单行法思维到法典化思维》，载《中国社会科学》2022 年第 3 期，第 9 页。

② 康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，北京：商务印书馆，1991 年，第 40 页。

③ 王利民：《论〈民法典〉实施中的思维转化——从单行法思维到法典化思维》，载《中国社会科学》2022 年第 3 期，第 9 页。

未成熟。下面就从历史发展状况角度和现阶段立法状况角度分析我国经济法立法的“去体系化”现象，从而论证经济法立法急需法典化思维矫正的必要性。

（一）经济立法“去体系化”问题的历史情况

从我国经济立法历史来看，经济法立法具有不重视法典化思维体系化建设的习惯。1992 年之前市场经济发展不完善，政治层面对于经济立法关注度也不高，通常就是将经济立法糅合到民法立法活动中，用民法的原理和原则处理一些简单的经济法律关系。1992 年我国正式提出“建设中国特色社会主义市场经济体制”的目标，1993 年党的十四届三中全会通过的《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》正式提出“建设适应社会主义市场经济的法律体系”，正式将经济立法推向立法议程。但是在“成熟一个，制定一个”和“改批发为零售”的立法观念指导之下^①，虽然成功度过了由于当时社会主义市场经济发展不完善，经济法学理论不足且未实现本土化，立法人员素质不足等原因所产生的立法困境，但是也留下了经济法立法基础混乱等后遗症。

1. 经济立法横向分析

首先，从横向上看，我国最初的经济单行法性质重叠，为之后经济法独立地位和体系化建设留下隐患。在 20 世纪 80 年代的立法活动中，包括民法和经济法在内，多采用“以单行法为主导，以各个单行法自圆其说的”立法模式，^②但是制定出来的单行法往往同时涉及到民法和经济法领域，用民法原则处理经济法法律关系，也为现阶段理论界讨论经济法民法的区分、经济法独立部门法地位、经济法全面的体系化建设等带来历史分析上的矛盾。

其次，当时的亚部门法范围定位不准确，导致各自适用范围界定不清。例如当时的宏观调控多为指令性调控，直到 1996 年宏观调控“软着陆”之后，逐渐从指令性调控转化为指导性调控，这也就导致在经济宏观调控领域范围的最初界定不准确，进而影响宏观调控和其他经济亚部门法之间的矛盾冲突。

最后，简单的市场经济立法多，高级市场市场经济出现立法空白。在经济法立法初期呈现出“立法速度快、数量多”，且“关于市场经济立法的比重比较大”的立法特点，^③“只注重了短期的要求，忽视了对经济规律的研究和对市场发展的合理预期”，但是由于国内改革开放程度不够，市场经济体制还未完全建立，国外市场发展迅速等原因，中国在经济领域内的立法偏向简单经济。当然这受到当时社会发展程度和立法速度的约束，但是从历史角度分析，必须承认中国市场经济发展的“移植性”和“调控性”而呈现市场的不平衡性，也是我国经济立法出现“去体系化”现象的原因之一。

① 赵中孚、刘运宏：《民法通则的制定及其对现今民法典编纂的启示》，《法学杂志》2006 年第 11 期。

② 孙宪忠：《防止立法碎片化、尽快出台民法典》，《中国政法大学学报》2013 年第 1 期。

③ 陆三育、李德庆：《试论〈经济法纲要〉的立法价值》，《法商研究》2000 年第 1 期。

2. 经济立法纵向分析

1985 年第六届全国人大五次会议对国务院进行“综合授权”，^①授权国务院可以在经济体制改革等方面制定相应的规章、规定、条例或办法。这一综合授权确定了我国国务院在经济立法方面的“授权立法”权限。虽然对我国调整经济改革事项，规范市场发展行为起到了至关重要的作用，但是也在一定程度上推动了“经济立法部门利益化”的弊端。

在政府的行政法规、部门规章等规范的制定过程中，通常都是授权政府部门内法律编纂机构或者由政府部门独自或者联合起草，由国务院常务会议或者国务院全体会议讨论通过或者提交全国人大常委会审核或备案。在这一规范制定过程中，政府机关是基于自己职权范围内，甚至偏向保护政府或者部门利益的角度去制定一部适用于整个市场的规范。表现出行政法规、部门规章的部门利益化倾向、规范对象限于职权范围但影响对象远超过职权范围等矛盾，从经济立法的立法职权分配中就留下了法律规范之间的冲突、重叠、疏漏等“去体系化”隐患。

（二）经济立法“去体系化”问题现状

新时代背景下，经济法外部及自身环境都发生了极大改变。经济法立法更是如雨后春笋，层出不穷，内容亦不再以计划法为中心，主要集中在竞争法、消费者权益保护法、财税金融、外资利用与数字经济的法律规制等方面。近些年对《反垄断法》、《反不正当竞争法》、《个人所得税法》、《商业银行法》等重要经济法律均进行了修订，然而系列单行法的迅速发展使得经济法依然表现出碎片化倾向，体系性不足。在空间维度上，经济法立法环境与背景不断变化，以及经济法单行法的不断制定与修改，促使经济法体系化功能逐渐趋弱，导致经济法立法无可避免走向碎片化。不仅如此，新的经济法立法普遍采用的法律移植模式，难以避免水土不服问题，也为后续立法“去体系化”、“碎片化”的发展埋下诸多隐患。我国经济法律的许多建构素材并非来源于对实证法的凝炼，而是源于对发达国家的直接借鉴。例如新《个人所得税法》中增加的一般反避税规则，以“合理商业目的”为界定标准即为源于美国判例法的舶来品。向域外借鉴成熟经验本身没有问题，但是我国在将该标准移植而来时似乎并没有厘清本土化的反避税体系。从现行法律来看，我国的反避税条款主要采用的还是“商业目的”标准，但在国家税务总局出台的与一般反避税制度相关的文件中，又大都兼顾了“合理商业目的”与“经济实质”两个原则。规则之间存在冲突和混乱，导致反避税法律内部就呈现体系性不足的问题，这样的冲突、重叠、疏漏等“去体系化”隐患在许

^① 1985 年第六届全国人大三次会议通过了关于《授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行规定的决定》其中规定“授权国务院对于有关经济体制改革和对外开放方面的问题,必要时可以根据宪法,在同有关法律和全国人民代表大会及其常务委员会的有关决定的基本原则不相抵触的前提下,制定暂行规定的规定或者条例,颁布实施,并报全国人民代表大会常务委员会备案。经过实践检验,条件成熟时由全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会制定法律”。

多亚部门法中都存在。外源型的法律建构模式在引入具体制度时“博采众长”，但往往缺乏社会演进与内源型发展模式所能凝聚的价值保障和社会共识，具体法律制度互相衔接时就会发生规范冲突、体系不融贯等问题。^①在经济法分支下各单行法本身缺乏协调性、统一性的现状下，我国客观上亦不具备自下而上提炼一般性规则的立法基础。^②

三、经济立法体系化的实现路径

上文已经论述了法典化思维归于经济法立法体系化的必要性，下面就从两个问题出发来论证如何将法典化思维的体系化表现反映到经济法立法体系中：即经济法立法是否需要制定经济法法典？如果不宜制定法典，如果运用法典化思维使经济法立法体系化？

（一）法典化形式实现经济法立法体系化可能性

1. 经济法法典制定的非必要分析

我国是否应当制定经济法法典的问题学界已有众多讨论，并且较多理由也已经得到认可，本文将从我国市场经济发展和法律形式发展的角度说明我们国家现阶段立法不宜法典化的两个原因：

在我国市场经济发展过程中，滞后性和不周延性弊端会在经济法领域放大显现。众多周知，法典作为法律的最高形式有利有弊，不同法系的的不同国家都会根据自己国家的基本国情和法律状况选择是否法典化。其中法典化的最大弊端就是滞后性和不周延性，而经济法自身是一个政策性很强的法律，尤其在中国市场经济发展速度较快，新型市场和领域不断出现，交易方式、交易对象等不断更新，所以在现阶段中国的市场经济发展来看，采用法典化模式和我国多变市场经济背道而驰，可能会产生滞后反应市场需求甚至压制市场发展的问題。法典化的滞后性和不周延性在我国的市场经济环境下会被放大，在一定程度上也会加剧我国经济立法本来就落后于市场发展问题的恶化程度。

在我国法律形式发展过程中，现阶段经济法法典化不利于其他法律形式的发展。“法典和法典化不能从根本上改变法的多元化状态”而且也不应当改变法的多元化状态，因为“好的法典是以其他法的形式存在为基础”^③，法律体系中法律形式多元化发展才是较为有效的表现方式。经济法法典化不利于经济法领域的非法典的法律形式的发展，而且不利于整个法律体系法律形式多元化发展。首先，在经济法领域，法律、行政法规、部门规章等法律形式发展还不平衡，直接

^① 参见雷磊：《融贯性与法律体系的建构——兼论当代中国法律体系的融贯化》，载《法学家》2012年第2期，第12页。

^② 吴凯杰：《历史视角下中国环境法典编纂的再体系化功能》，载《荆楚法学》2022年第1期，第45页。

^③ 严存生：《对法典和法典化的几点哲理思考》，《理论前沿》2008年第1期。

跳跃式地制定法典不符合一般的法律体系化发展规律,不利于经济法律、经济行政法规等法律形式的发展;其次,现阶段经济法法典化不利于其他部门法法律形式多元化的发展。目前民法典已经正式施行,其运行必然推动其他部门法或是其他亚部门法的综合立法趋势,而经济法法典化的制定会给整个法律体系带来“领域之争”,不利于整个法律体系多元法律形式的发展。

即使是《民法典》,其法典化也仅仅是内部规范的一种集成和优化,难以突破固有的范畴与价值体系,更无可能仅因法典化便从根本上解决了部门法运行过程中面临的诸种问题。^①现代意义上的法典追求形式上的封闭性与体系性,但这恰与经济法的开放性、回应性及不确定性特征存在理论上的悖反。事实上,经济法在立法上应兼容法典化的体系化内核,弃其封闭性与滞后性的外在束缚,吸收分散立法模式的实践导向与回应性功能,努力寻求一种渐进且开放性的经济法立法体系化路径。^②于外部而言,与包括民法等其他部门法合理衔接;而在内部,涵摄各子部门法,将各领域的单行法进行统合,逐步向经济法体系的逻辑统一与价值融贯迈进^③,构建非以法典化形式呈现却具备法典化、体系化实质的经济法体系。

2. 经济法法典制定的不可能性分析

“统合和分散是相对的,其具体取舍应以提升立法质量和确保法律的有效实施为标尺,而不应为了统合而统合。”^④法律统合的基础条件尚且如此,在现阶段经济基础不完善,经济法理论不充备的条件下,制定经济法法典时机尚不成熟,至于以后是否制定法典何时制定法典,应当根据市场经济发展状况和经济法理论发展情形而定。下面就从制定法典所需条件的角度来论述经济法法典制定可能性的阻碍因素如下两点:

其一,经济法法典化缺乏必要的政治动力。“各国民法典的诞生多以重大政治变动为背景”,^⑤法律尤其是法典制定的直接原因多为政治压力,而我国关于经济法法典化方面缺乏足够的政治自觉性或外力迫使性,完全依靠立法机关的立法自觉很难顺利制定一部政治因素浓厚的经济法典或是较高层级的法律形式。民法典的推进与出台也是为了“完善中国特色社会主义法律体系”的政治需要。而经济法法典的制定并未在任何人大或政府文件中提及,虽然有“加强经济立法为经济发展提供法律环境”的指示,但是依然无法满足制定出法典的政治动力需求。

其二,经济法法典化缺乏足够的理论基础和实践经验。经济法法典化需要足够完善的理论基础和学界共识,还需要足够的实践经验和基础,以能够出现“相

① 胡光志:《〈民法典〉的实施与经济法的责任担当》,载《现代法学》2022年5月第3期,第114页。

② 刘凯:《法典化背景下的经济法统合性立法》,载《法学》2020年第7期,第100-101页。

③ 刘凯:《法典化背景下的经济法统合性立法》,载《法学》2020年第7期,第100-101页。

④ 张守文:《经济法的立法统合:需要与可能》,《现代法学》2016年第5期。

⑤ 韩强:《民法典的政治与政策解读》,《浙江社会科学》2008年第12期。

对素质的立法者”。但是就我国现状分析来看，经济法体系中具体制度具体概念定义模糊，具体制度的理论发展不足，导致上位法下位法区分度不够、一般规范特别规范差异不突出，没有为法典化提供足够的体系化基础；实践案例繁多但是案件重复性大，而且未形成足够的实践经验，实践总结不足；全球经济法法典化发展趋势不足，在民法法典化运动中，世界民法典编纂经过四次论战，为不同法系不同国家提供了民法典制定工作的全球性视野。而经济法法典化还未在全球范围内形成趋势，各国经济立法都是以单行立法或者经济政策等非法典形式呈现的，如美国著名的《谢尔曼法》、德国《反限制竞争法》等，即使具有统合性质，却也未制定统一的经济法典。各国在经济法法典化上面临的困境大抵相似，与法典封闭、稳定性质和经济法开放、回应性质之间本身存在不可协调的矛盾有关。目前世界上唯一以法典形式呈现的经济立法仅有《捷克经济法典》，不足以为我国提供足够的借鉴性意义。即使是曾经计划经济和计划立法占统治地位的苏联，其经济法法典化最终都未能成行。

一言以蔽之，经济法在我国不宜也难以法典化，亚部门法的集合将仍然是未来很长一段时期内经济法存在的基本形式。但单行法的发展模式并不意味就放弃体系化，或者说任其杂乱无章地发展。在经济法未来的立法改革过程中，要融入与糅合体系化的思维，循序渐进对分散的经济法律在合理范围内进行整合和体系化的塑造，破除原有的规则混乱、冲突、重叠问题，为经济法的体系化发展创造最佳条件。

（二）非法典化形式实现经济法立法体系化的路径分析

上文已经分析了现阶段我国采用法典化形式实现经济法立法体系化是不适宜也是不可能的。那么如何通过非法典化形式来体现法典化思维下的经济法立法体系化呢？本文将从划分标准体系化、纵横结合体系化两个角度，结合法典化思维进行经济法立法体系化的路径分析。

1. 划分标准体系化

“经济法的体系化，就是按照一定标准对现行单行法律法规进行分类归纳，使之成为一个内容完整、层次分明、结构合理、统一协调的规范体系。”^①但是同时还要注意，若要实现经济法立法体系化，必须要实现体系之划分标准自身体系化——“标准之体系犹如骨骼之肉体”，但是光有骨骼还不够，必须将其按照结构、作用等进行组合排列，骨骼组合的有序排列才能更好的发挥肉体的组合功能。“倘若各种规则系统形成一个从一般规则到具体规则的层次结构，就能在引导人的行为上更好发挥作用。”^②但是就经济法立法体系化应该采取何种标准？

^① 薛克鹏：《法典化背景下的经济法体系构造——兼论经济法的法典化》，《北方法学》2016年第10期。

^② 柯武刚、史漫飞、贝彼得：《制度经济学：财产、竞争、政策》，北京：商务印书馆，2018年，第174页。

并且如何再按照各项标准的功能和重要程度,对划分标准之间再进行排序,使其自身体系化?解决这两个问题是使划分标准体系化的前提,更是经济法立法体系化的基础。

(1) 经济法体系化划分标准的选择

关于经济法立法体系应该采取何种标准的问题,可以参考其他部门法律体系划分标准,如刑法内容的划分以主体因素为主;法、刑法、行政法等部分法的划分标准以主体、行为因素为主;有学者主张民法体系的划分是以权利义务因素为主……法律之间都有相通性,尤其是民法和行政法的划分标准对于经济法体系划分具有较大的参考价值。在权利义务这一划分标准的取舍之上,要在参考别的部门法划分标准的时候,也要考虑到经济法的特殊性。上文提到两个维度理论即经济法可以划分为市场失灵授权政府、政府失灵限权政府两个维度的内容,两个维度理论也为经济法体系划分提供了一个新思路,即经济法体系划分首先可以划分为两大体系即授权体系和限权体系,这一划分可以讲所有经济法内容予以涵括,所以划分标准中也要考虑权利义务这一要素,虽然有学者认为权力义务这一划分标准依附于主体或者客体,不具有实质性的划分意义,但是从两个维度的授权体系和限权体系,权力义务这一划分标准具有重要意义。

在实施机构这一划分标准的取舍之上,笔者认为实质上以实施机构为划分标准就是以主体为划分标准,在限权体系和授权体系中,实施机构有可能是限权和授权的主体,或者是经济法律关系中的主体,所以实施机构这一因素不应当作为经济法体系的划分标准,至少不应该作为第一标准。

综合,结合以往划分习惯和经济法的特点笔者认为划分标准应该以主体、行为、权利义务、客体等因素为主。

(2) 经济法体系化划分标准之体系化

在确定划分标准取舍之后,对于经济法体系化有重要意义的就是将划分标准本身体系化,即将所确定的划分标准进行排序和组合,以便在归于系统时定位准确。学者一贯主张以调整对象为主,结合其他因素予以划分,也有学者主张应当“以行为为主,兼顾主体和实施机制因素”为标准进行划分。^①可见学者都认同了由于经济法体系的庞杂和重叠性,必须再区分主次标准的前提下,结合多种标准因素综合分析。

首先,两个维度理论是涵盖面最为广泛且划分界限较为清晰的划分标准,应该作为第一标准,即以权利义务为第一标准,将经济法体系一分为二,然后在授权体系和限权体系之下再分别进行划分。

其次,在授权体系和限权体系之下再结合主体要素、行为要素进行划分。在

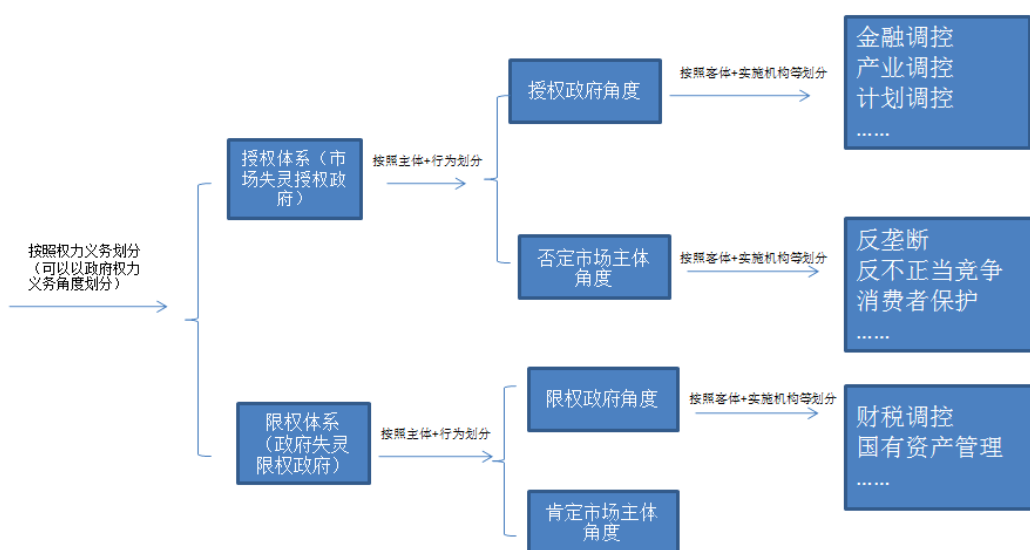
^① 薛克鹏:《法典化背景下的经济法体系构造——兼论经济法的法典化》,《北方法学》2016年第10期。

以主体为标准进行划分的时候，我们必须确定好原则如何处理行政主体和市场主体的地位问题。有学者认为目前的经济法立法体系是以行政主体为主，市场主体为辅的状况，重在强调行政主体的权利和市场主体的义务（较多情况下表现为经营者义务），这样的立法现象不符合现在的社会主义市场经济的状况，也造成了政府职权扩张和市场主体权利受限的表象^①。本文认为单独以政府主体为主或者以市场主体为主均会有此表象，但是这只是立法角度的问题，并且也是符合立法原则和规则的，在对行政主体授权时，以行政主体为主规定其权力清单，是法无授权即禁止的体现，法律明文授权的范围是有限的，相对应的，在无明显规定的市场主体的自由就是无限的；在限权体系中，以市场主体主要是经营者为立法角度，也满足法无禁止即自由的立法原则，在有限的法律禁止或限制的范围之外，更能保障市场主体更多的权利和自由。

再者，在确定第一级标准和第二级标准之后，也要在其之下继续进行划分，但是因为划分对象越具体，划分标准的角度更为多样。在第三级划分标准的选择上可以偏向于多样性而非统一性，局部的多样不会影响整体的统一。所以第三级划分标准可以有客体、实施机构等因素，可以单独作为划分标准，也可以组合作为构成新的划分标准。

综上，在经济法体系化划分标准之体系化中，首先将划分标准分为三个级别，第一级别“权力义务”以覆盖面广和划分界面明显为特点；第二级别“主体”“行为”要素单独或组别构成划分标准，以实质性划分为特点；第三级别以“客体”“实施机构等要素单独或者组合构成划分标准，以划分多样性为特点。以划分标准体系化为角度，大致体系如下图所示：

划分标准体系化示意图：



① 薛克鹏：《法典化背景下的经济法体系构造——兼论经济法的法典化》，《北方法学》2016年第10期。

2. 横纵结合体系化

在划分标准体系化的基础之上,分别从横向立法体系、纵向立法体系两个角度具体阐述经济法立法体系化问题。横纵结合体系化共包括两个方面:一方面,横向维度上,即使不能制定经济立法领域的基本法,但宏观调控、市场秩序规制等领域应当有基本法;另一方面,纵向维度上,形成一个系统的经济立法体系,以人大立法规定重要问题,根本立法,但由于经济管理活动的专业性和效率性的要求,必须有行政授权立法,这也是现代监管政府的基本特征,但该种授权行政立法,必须成体系,受约束,必须符合经济基本法的规定。

(1) 横向分析:建议制定宏观调控、市场秩序规制等领域的基本法

自我国1992年加强经济法立法以来,我国经济法体系的内部划分和外部划分均争议不断,各家学说争论不一,各自也称道自己的划分方法属当今主流。虽然学界对于划分体系没有达成共识,但是发现在某些经济法的基本领域学界共识已经形成,就算制定经济法基本法的立法时机成熟的问题在理论界和立法界还有争议,但是至少在宏观调控、市场秩序规制等已达成较多共识的领域制定相应基本法的时机俨然已经成熟。制定基本法才能更好的发挥基本法律对于非基本法律的引领和框定作用。

在经济法的外部体系划分中即经济法与民法、行政法等其它部分法之间的划分基本明朗。就内部划分而言,虽然有二分法、三分法、四分法、五分法等,但是不难发现无论何种分法,其所主张的相同领域所包含的内容有共同部分,主要包括宏观调控中政府与市场主体之间的调控法律关系;市场秩序规制中的政府和包括经营者在内的市场主体的市场秩序规制法律关系。即使对于内部归属有不同意见,但是对于经济法宏观调控、市场秩序规制等范围内所包含的法律、法规、规章的具体范围是基本达成共识的。并且,宏观调控、市场秩序规制等领域一直以来都是经济法理论界研究之重地,相关领域的理论研究也更为深刻;再者,在宏观调控、市场秩序规制等领域的市场经济基础较为基础和全面,在中国市场经济发展的几十年中也提取了较多的经验总结。综上,在宏观调控、市场秩序规制等领域的进行以基本法为形式的统合立法已经有相当的理论实践基础,立法时机已经成熟。

(2) 纵向分析:加强人大立法,规范行政立法,建立经济法立法主体体系化

在立法权限方面,虽然宪法和立法法中规定了人大在经济法立法的主导地位,但是,授权立法等形势的泛滥让这一立法原则没有得到有效实施。在实际立法活动中,在厘清人大和人大常委会职权范围的前提下,在考虑到立法效率现实问题的基础上,加强人大和人大常委会在经济法立法中的实施参与度,发挥经济法立

法主导作用。有关经济法方面的主要问题、基础问题如宏观调控领域之基本法、市场秩序规制之基本法都应当由人大立法,至少由人大常委会立法,以实现根本立法,提高经济法体系中上位法的效力等级,改善经济法立法下位法冗余沉积之现状。

在加强人大立法的同时,不能忽视行政机关立法权的重要意义。虽然我国现阶段行政立法权属于扩张之势,行政立法给我国经济法立法体系化带来了不少负面影响,但是仍然不能忽视行政立法的优势所在。其一,法律形式的固定性和滞后性要求行政立法对经济关系要及时调整和填充作用。但是法律形式一旦固定,就不能轻易修改。而市场经济的发展变化从未停止,法律形式的滞后性在经济法领域表达的更为突出,为避免无法可依或旧法滞后,调整效率居于首位,所以需出台相对迅速、修改相对简便、生命周期相对较短的行政机关以行政法规、部门规章、规定办法等形式作出调整和填充。其二,行政立法尤其是行政授权立法能够增强立法的专业性。全国人大是我国最高权力机关也是我国主导立法机关,但是全国人大并非常设机构,人大常委会成员也并非所有立法领域的专家,像证券市场、金融市场等专业性较强的领域光靠人大立法在一定程度上欠缺专业知识,而通过授权立法授权有专业知识和实践较强的行政机关立法,是保障立法质量的有效方式。其三,行政授权立法是现代监管政府的直接体现。维斯卡认为“政府管理就是以限制经济主体的决策为目的而运用强制力”。^①而政府监管就是政府管理强制力的体现,而这种监管权的有限实现方式之一就是行政立法权的授予。

但是就包括行政立法而言,尤其是行政授权立法较多的我国经济法立法现状而言,对于行政授权立法的规范和制约显得尤为重要。“为了规制措施的普遍性,必须授予特殊的裁量去哪,否则规制措施将格格不入于快速变化的社会环境和条件”^②,显然,我国行政立法权享有很大甚至过大的自由裁量范围,必须要严格规制,否则极易变成侵害公民合法利益的手段。关于规制和规范经济法立法的行政立法权的规制建议表述如下:

(1) 回收一定比例的授权立法权。建议对1985年的“空白授权”进行重新审查和细致筛选,明确法律绝对保留和相对保留事项范围,增强行政立法授权明确性,既要明确授权范围也要明确授权期限。严格推进税收领域的授权立法回收工作,并推进其他涉及公民人身、财产等基本权利的经济法立法授权的收回工作。

(2) 规范授权立法执行监督,加强授权立法结果的反馈机制和审查机制。我国经济法立法授权不仅缺乏明确性,而且在执行时也面临程序不规范,超越授权范围的问题。如人大授权立法规定,国务院通过“草案”的方式对税收方面进

^① Viscusi W. K, J. M. Vernon, J. E. Harrington. Economics of Regulation and Antitrust[M].The MIT Press, 1995: 295.

^② C. Offe, Contradictions of the Welfare State (ed. J. Keane, 1984), ch. i. p.280.

行立法，但是在执行过程中，国务院的税收条例将近2/3都不是草案形式。鉴此，应当注重规范经济法授权立法程序和执行情况。通过健全并执行相关的授权立法反馈和审查机制如公平竞争审查、司法审查、人大撤销机制等，规范行政机关的授权立法执行情况。

（3）规范职权立法，加强职权立法的监督审查。不仅授权立法程序和执行程序存在问题，在经济法立法领域，行政机关职权立法也存在超越职权、立法职权片面化等问题，在重点规制授权立法的同时也要建立针对职权立法的行政审查、人大审查、司法审查等机制。

（4）行政立法权内部分配体系化。经济法立法体系化不仅反映在人大立法和行政立法的权力分配之上，也要反映在行政立法权内部分配之间。行政立法包括职权立法和授权立法，为了更好的规范经济法立法体系化，行政机关内部也要加强统合立法，避免中央政府的办法、条例等归于繁杂，通过严格贯彻职权立法规制过度的授权立法行为。

独立存在的经济法责任及其在法典化背景下的理论构建

李晓辉*

内容提要 当前以“传统责任+独创性责任”形式呈现的独立存在的经济法责任,因其打破了法理学中法律责任形式与部门法一一对应的思维定势和惯性而难以获得法理学的接受和认可,亟需在理论上取得突破。在司法实践中,经济法责任虽然体现为借用六大“传统责任”加 20 余种“独创性责任”的庞大体系,但是所有被选择并规定在经济法之中的责任形式,都浸润着经济法的理念和价值追求,与其原本所在的部门法中所要达到的目标追求是不一样的,集中体现在经济法责任形式的选择既关注个体利益的维护又关注社会整体利益的保障。因此,在私法与公法的界限模糊且相互交叉的现代社会,以“传统责任+独创性责任”形式存在的经济法责任,其本身就是对法理学中法律责任理论的丰富和发展,并可能落实在经济法立法法典化之中,成为未来其他新兴部门法在责任选择方面参照的标准。

关键词 经济法责任 传统法律责任 独创性责任 法理学

一、问题的提出

本文将围绕两个问题展开。一是在经济法责任研究已经推进至当前取得的“传统责任+独创性责任”初步共识之后,下一步的理论研究方向在哪里?按照此思路,“传统责任”被从“三大责任”扩围至“六大责任”,即除了民事责任、行政责任和刑事责任之外,还包括违宪责任、诉讼责任和国家赔偿责任;^①“独创性责任”也不断被提炼出来,从早期的“诸如拆分企业、信用减等、资格减免、引咎辞职、停业整顿、竞业禁止、惩罚性赔偿、产品召回等”^②,后续不断被增加到 20 余种,^③从整体上而言被认为“经济法究竟有多少特有的责任形态,至今仍没有定论。”^④从发展趋势看,学者们会继续丰富经济法责任中的“传统责任”和“独创性责任”形式,这容易使我们产生“安全”的麻痹和错觉,因为我们几乎将所有法律责任形式都已经收入囊中了,似乎也只有这样才可以满足和解决所

* 李晓辉(1980年7月—),男,河南南阳人,法学博士,厦门大学法学院副研究员。本文系国家社会科学基金一般项目:“要素市场化配置改革的财税法治保障研究”(编号:21BFX116)的阶段性成果。

① 参见赵震江、付子堂:《现代法理学》北京大学出版社1999年版,第485页。

② 李昌麒主编:《经济法学》,法律出版社2008年版,第661页。

③ 大体上还包括责令停止违法行为、责令改正、责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业、责令停业、责令退回或追回国库库款、没收违法所得、罚款、撤销登记、吊销资格证书、吊销营业执照、“三包”、损害赔偿、赔礼道歉、行政处分、罚金、监禁、消除影响、企业社会责任、纠正性广告、政府经济决策失误赔偿、奖励、鼓励等责任形式。

④ 颜运秋:《经济法责任基本问题研究》,载《山东警察学院学报》2010年第3期。

有部门法对经济法责任形式的需求，在必要时我们都可以以“问讯吴刚何所有，吴刚捧出桂花酒”予以应对。但是，问题是这种责任形式在数量上的堆砌会产生质的突变吗？经济法责任中的“传统责任”是否具有“独创性”的一面？而“独创性责任”是否具有“传统”的一面？在当前经济法立法法典化的背景下，又如何在“经济法责任编”中予以规定？

二是经济法责任理论及其责任形式如何能够实现与法理学中的法律责任理论的互动？当前，法理学中对法律责任通常的分类是依据部门法的性质，并据此形成了相对稳定的责任形式和体系，究其原因这“同民法、刑法、行政法的历史及其法典化的进程，同其界域的相对明晰，以及在立法上的相对成熟等，都有密切关联”^①。据此，从理论上讲，作为独立部门法的经济法早晚有一天会形成与自己部门法相对应的责任体系，就其名称而言大多数学者赞成将其称之为“经济法责任”^②，并期待有朝一日能被纳入到法理学的责任理论体系之中。实践中，形成较晚的经济法责任似乎与法理学中的法律责任理论仅仅存在单向的“借用”关系，当前在法理学中尚难以见到“经济法责任”的理论贡献。为改变此状况，学者们认为“经济法责任有着自己独特的形态以及责任承担方式”^③，并根据不同的标准对经济法责任进行了划分。客观地讲，这些依据不同的标准所进行的分类虽然有助于我们认识经济法责任的特殊性，但是是否能够进入法理学的法律责任理论体系尚待继续探索。

二、“传统责任+独创性责任”与传统部门法中的责任形式并立分析

（一）“传统责任+独创性责任”成为经济法责任形式的基本共识

经济法责任之争大体经历了“经济法责任是否独立存在”、“综合责任是否科学合理”和“经济法责任独立存在”三个阶段。^④就当前研究的基本共识来看，基于法理学中以部门法属性划分法律责任类型的方法，大多数学者认为“划分法律责任类型的其实并不是承担责任的方式，而是法律主体承担责任时所依托的法律关系的部门法属性”^⑤，因此可以推断经济法责任确实是独立存在的。那么，

① 张守文：《经济法理论的重构》，人民出版社 2004 年版，第 446 页。

② 目前，在对违反经济法承担的法律责任的称谓方面，学者们在综合衡量各种称谓，如经济责任、经济法责任、经济法律责任、经济关系中的责任、经济法主体的责任等之后，大多数经济法学者主张采纳“经济法责任”的表达方式，这是经济法责任研究多年来取得的初步共识，也是进一步研究的新起点，为避免不必要的争论，本文也采用这一基本共识。参见井涛：《经济法责任的独立性问题探讨——第四届经济法前沿理论研讨会综述》，载《华东政法学院学报》2004 年第 1 期；对此称谓也有学者持保留态度，认为由于经济法学一开始就不是从传统法学理论中内生演化出来的，因此如果将传统法学理论中的“法律责任”前面贴上“经济”二字的标签，就认为其形成了特有的概念和理论体系，则很难说符合严谨的学术研究精神。参见许明月：《经济法学术研究定位的反思》，载《政法论坛》2006 年第 6 期。

③ 刘拥：《经济法责任的实现与公诉权的现代转型》，载《法学杂志》2012 年第 1 期。

④ 参见焦富民：《论经济法责任制度的建构》，载《当代法学》2004 年第 6 期。

⑤ 《经济法学》编写组：《经济法学》（第 2 版），高等教育出版社 2018 年版，第 88 页。

作为独立存在的经济法责任是以何种形式存在的？大多数学者认为，“其他法律部门的法律责任形式均在经济法上有所体现”“经济法责任还在实务中开创出了三大传统法律部门均不具有的独创性责任形式”^①，对此共识基本上可以总结为“传统责任+独创性责任”^②的责任形态。

（二）从“传统责任+独创性责任”到“经济法责任独立存在”的“质”变分析

接下来，“传统责任+独创性责任”如何能够推导出“经济法责任独立存在”的结论呢？大多数学者认为，“经济法责任是对传统法律责任形式的一种质变式的‘整合’而非‘组合’”^③，但是问题是我们当前借用六大“传统责任”加 20 余种“独创性责任”的“组合”模式是如何被“整合”为“质”变后的“经济法责任”的？

从前期的研究来前，尚无对此“质”变过程进行完整阐释的成果，但是与此研究方向接近的观点主要有：（1）拓补说。认为只有发掘传统部门法理论及其责任理论的局限性，才能实现对传统法律责任理论的超越、拓展和补漏，进而实现对经济法责任的“典型性分析或类型化研究”^④，进而构建独特的经济法责任理论。（2）鸡不可能下鸭蛋说。认为如果某一法律责任的归责原则、责任主体和构成要件均是由经济法律规范所规定的，那么无论采取什么样的责任形式它都属于经济法责任。换句话说，即使经济法责任形式与其他部门法中的形式相同，二者的性质也是不同的，因为“某一部门法可以规定其他部门法的责任，这在逻辑上是讲不通的，就像鸡不可能下鸭蛋一样”^⑤。（3）二元性说。认为经济法律责任具有二元性与二重性，“即同时承担公法责任及私法责任”^⑥，因为参与经济活动的任何主体的经济违法行为，都同时损害了社会整体利益与某一个体的经济利益。（4）主导说。认为经济法责任在经济法规定的多种责任形式中处于中心地位，其原因在于经济法责任自身的特点，因此应该建立“以经济法责任为主导的多种责任形式的互动与互补”^⑦，借以实现经济法多种责任配置的整体效率和综合功能。（5）责任链说。认为经济法责任链是由若干最小的不可再分的法律责任形式组成的链条，这些责任形式不是“随意的、胡乱的堆砌”^⑧，而是具有一定的本质特征，包括经济法责任是经济违法行为外部性在法律责任上的体现、是社会责

① 《经济法学》编写组：《经济法学》（第 2 版），高等教育出版社 2018 年版，第 89 页。

② 也可以简述为“传统+独特”。参见张继恒：《经济法责任理论及其思维转向》，载《江西财经大学学报》2011 年第 6 期。

③ 《经济法学》编写组：《经济法学》（第 2 版），高等教育出版社 2018 年版，第 89 页。

④ 张守文：《经济法责任理论之拓补》，载《中国法学》2003 年第 4 期。

⑤ 翟继光：《论经济法责任的独立性》，载《当代法学》2004 年第 4 期。

⑥ 刘水林：《经济法责任体系的二元结构及二重性》，载《政法论坛》2005 年第 2 期。

⑦ 应飞虎：《问题及其主义——经济法学研究非传统性之探析》，载《法律科学》2007 年第 2 期。

⑧ 郑鹏程：《经济法责任特征新论》，载李昌麒、岳彩申主编：《经济法论坛（第 7 卷）》，群众出版社 2010 年版，第 52 页。

任本位对经济法的内在要求以及体现了经济法追求社会整体经济效率价值的目标等。^① (6) 啮合说。认为经济法责任突破了公私法划分的限制,将多种传统法律责任与经济法独创性责任规定在同一部法律之中,“并重新啮合,这是社会关系复杂化、解决社会冲突的手段多元化、研究社会的理论方法多样化等在法学研究中的反映”^②。(7) 第二性义务说。认为经济法责任作为一种独立法律责任形态存在,是经济法主体因其违法行为而应该承担的不利后果,“为经济法律关系主体违反经济法第一性义务而应该承担的第二性义务”^③。

综上所述,从“传统责任+独创性责任”到“经济法责任独立存在”的“质”变过程对经济法责任的形成既是必要的也是确实存在的,也可以被称为“惊险的一跃”,即确认“具有相对独立性和独特性的经济法责任是存在的”^④,从此经济法责任研究就摆脱了传统理论的桎梏和既有思想的束缚,作为一种独立的责任形式反映和体现了经济法的部门法特征。毕竟,经济法责任无论体现为什么样的责任形式,即使在形式上与传统法律责任形式相同,但是“其内容和目的可能会有区别”^⑤,或者说“组合后还赋予其新的内容”^⑥,因为它是被选择并规定在经济法之中,因此无疑浸润着经济法的理念和价值追求,它与其原本所在的部门法中所要达到的目标追求是不一样的,集中体现在经济法责任形式的选择既关注个体利益的维护又关注社会整体利益的保障,^⑦或者说是“落实宪法对社会公共利益和个人财产权的双重保护”^⑧,否则政府是不会选择这种责任形式并通过经济立法和司法予以介入的,可以任由市场调节发挥资源配置的决定性作用。

(三)“经济法责任独立存在”视角下各类传统责任形式在经济法中的统合分析

如果我们坚持“经济法责任独立存在”的观点,那么如何看待各类责任形式在经济法中同时存在?从前期的研究来看,大致有以下几种观点:(1) **抽象概括式**。即认为经济法是现代法,有别于传统法律部门,可以综合运用多种责任形式;与传统部门法产生的社会阶段相比,经济法产生时社会关系变得更加复杂,致使单一责任形式难以解决复杂的社会关系;伴随着社会经济的发展,公法和私法的

① 参见张继恒:《经济法责任理论及其思维转向》,载李昌麒、岳彩申主编:《经济法论坛(第9卷)》,群众出版社2012年版,第31页。

② 邓纲:《争议与困惑:经济法中的法律责任研究述评》,载《现代法学》2012年第1期。

③ 赵大华:《论经济法中权力主体的经济法律责任》,载《法商研究》2016年第5期。

④ 应飞虎:《问题及其主义——经济法学研究非传统性之探析》,载《法律科学》2007年第2期。

⑤ 丁邦开、周晖国:《现代经济法——理论与运用》,中国大百科全书出版社1993年版,第81页。

⑥ 王全兴主编:《经济法基础理论专题研究》中国检察出版社2002年版,第47页。

⑦ 经济法以社会整体利益为本位,其对法律责任的追求,既体现出对个体权利的保护又体现了国家对社会整体利益的维护,且主要集中在经济领域,因此也可称之为“社会整体经济利益”,是国家站在全社会的角度,通过对个体营利性与社会公益性的协调和平衡,借以修正市场缺陷和烫平经济波动,以保障经济社会全面、稳定、协调和可持续发展。参见程宝山:《经济法基础理论精要》,立信会计出版社2008年版,第71-72页。

⑧ 薛克鹏:《建构与宪法相融的经济法——兼论政府与市场经济的关系》,载《法学杂志》2021年第1期。

界限正在变得模糊，导致多种责任形式可以并存于同一个部门法中。**(2) 鸡尾酒式。**即认为各种责任形式在经济法中的排列是有一定规律的，“它们基本上遵循行政责任在先、民事责任居中、刑事责任在后，市场主体责任在先、主管机关责任在后的规律”^①，这种认识可以被形象地称为“鸡尾酒式”。当然，鸡尾酒虽有基酒和辅助材料组成，但是它们的调制还是要遵循一定的规律和材料的特点，才能调制出一杯层次分明、口感变化多样的鸡尾酒，也正如经济法中借用了各种传统的法律责任形式，并根据需要对其进行排列组合，使之能够体现“政府之手”介入微观市场规制领域和宏观经济调控领域的协调社会经济发展的作用。**(3) 中药铺式。**即认为中药铺中为达到治疗不同疾病的目的，医生需要根据中医理论实行“配伍”^②和“君臣佐使”^③，而不是凭空想象的乱抓药，且中医中所使用的中药的类型是开放性的，新物种和新的炮制方法不断被创新和发掘出来。具体到经济法责任研究方面，学者们实际上已经关注到经济法责任虽然体现为多种责任形式，但是其“质”的规定体现在这些责任形式的选择和使用是有经济法这个部门法的理论基础支撑的，并依据经济法的理念和价值追求对各种责任形式进行选择和搭配使用，“就是强调不仅要像传统责任制度那样关注私人成本的补偿，而且也要对具有整体价值的社会成本进行补偿”^④。

从发展阶段看，我国的经济法责任形式研究已经经历了抽象概括式和鸡尾酒式的阶段，进入了中药铺式的阶段。在当前的中药铺式阶段，既有新的责任形式不断被总结和创设出来，又需要实现经济法理论与所有责任形式的贯通和统合。那么，未来浸润了经济法理念和价值的经济法责任，无论是体现为对传统责任形式一种或者多种的借用，抑或体现为经济法中独有的责任形式，则都可以被看作是经济法责任的实现方式。据此，经济法责任作为一个整体也因有经济法理论的支撑而可以独立存在。

三、经济法责任理论及其形式与法理学中法律责任理论的互动

在经济法责任研究方面，一个无法回避的问题就是与法理学中的法律责任的互动。众所周知，法理学从部门法中抽象出“责任”范畴后，各个传统部门法均在其前面冠以与本部门法相关的称谓，形成了与其部门法相适应的责任体系，反过来又丰富和发展了法理学中“责任”的内涵和外延，实现了双向互动。据此推

① 郑鹏程：《经济法责任特征新论》，载李昌麒、岳彩申主编：《经济法论坛（第7卷）》，群众出版社2010年版，第52页。

② 配伍一般体现为两种方式，一种是使用两种功效主治相近的药物配合在一起使其效力增强，另一种是使用一种药物的偏性来减轻另外一种药物的毒副作用。

③ 君药一般是指一方药剂中选择的气厚力猛之药，而且份量在全方中也是最重的；臣药次之；佐使药通常放在一起讲，且份量最轻。

④ 张守文：《经济法责任理论之拓补》，载《中国法学》2003年第4期。

断，学者们经过反复研讨和权衡确定的“经济法责任”也符合这种研究进路，但是目前存在的问题是双向的。一方面，经济法责任没有被法理学作为一种独立的责任形式予以归纳和确认，“法理学界和其他部门法学界基本上持否定态度，不承认经济法责任是一个独立的法律责任”^①；另一方面，经济法责任也没有实现对法理学中责任理论的丰富和发展。这种状况既影响了法理学的与时俱进和开拓创新，又影响了经济法与其他学科之间的交流，甚至影响了经济法学的学科评价和学科地位，^②对此问题我们不能视而不见或者闭眼假寐。那么，接下来的问题是：我们现在正在做什么？未来我们要做什么？未来我们能改变什么？

（一）我们现在正在做什么？

1. 跨过了通过论证经济法责任的独立性达到论证经济法独立性的阶段

在经济法研究的早期，为了回应其他部门法对经济法提出的经济法独立性问题，部分学者有意或者无意地从论证经济法责任独立性的角度，归纳和创立自认为的经济法中不同于传统责任形式的新的责任形式。在这种追求经济法责任独立性思维的指引下，我们就很容易认为，如果把经济法责任分为民事责任、行政责任、刑事责任等责任形式，经济法就不存在自己独立的责任形式了，并且认为“如果违反经济法需承担特殊的法律责任并有特殊的诉讼程序，那么经济法在法律体系中的独立地位问题就迎刃而解了”^③“没有独立的经济法责任，那么就很难在法律体系中建立起真正意义上的具有独立地位的经济法”^④。

当前，我们早已跨越了该阶段，实际上特殊的或者独立的经济法责任与经济法的独立存在之间并不存在必然的联系，我国经济法理论和实践的产生和发展有其自身特殊的社会基础和深层次的经济原因。自改革开放以来，我国从计划经济阶段历经有计划的商品经济实现到市场经济的转变，而市场调节在带来高效率的同时也带来了其自身无法克服的市场障碍、市场惟利性以及市场调节的被动性和滞后性三个方面的市场缺陷。为弥补市场机制存在的三种缺陷，国家采取了市场规制、政府投资和宏观调控三种基本方式调节社会经济的运行，^⑤在权责对应的法治要求下，对违法行为规定相应的能够体现经济法理念和价值的责任形式是客观需要，发挥其为市场经济顺利运行保驾护航的作用。

2. 对综合经济法责任论进行了扬弃

在经济法责任研究的早期，综合经济法责任论是部分学者曾经坚持的一种观

① 焦富民：《论经济法责任制度的建构》，载《当代法学》2004年第6期。

② 参见肖江平：《中国经济法史研究》，人民法院出版社2002年版，第231-232页。

③ 韩志红：《关于经济法中以“新型责任”弥补“行政责任”缺陷的思考》，载《法商研究》2003年第2期。

④ 焦富民：《论经济法责任制度的建构》，载《当代法学》2004年第6期。

⑤ 参见漆多俊：《论经济法产生的社会根源》，载杨紫烜主编：《经济法研究》（第1卷），北京大学出版社2000年版，第97页。

点,或称为“综合责任”^①,即经济法主体所承担的责任表现为多种责任(民事责任、行政责任、刑事责任、违宪责任等)的结合,这种责任形式突破了法律责任与部门法一一对应的思维定势和惯性,被认为“只有综合性的经济法责任才能有效地制裁违反经济法的行为”“为了责、权、利相一致,经济法责任必须是综合的”^②,形成了与新兴的现代法相适应的新型责任理论。实际上,综合经济法责任论在当时是作为经济法责任的一种创新被提出的,即它突破了法律责任与部门法一一对应的关系,当然,也有学者对此观点有所保留,认为其“缺乏基本的法理支撑和论证过程”^③,且与经济法理论中的调整对象存在一定的矛盾,难以指导经济法的归责机制,需要在未来研究中予以扬弃。退一步来讲,即使未来确立了经济法责任的独立存在,其表现形式之一仍然可以是几种责任形式的综合,这一点是毋庸置疑的。

3.依据不同的标准对经济法责任进行不同的分类

由于经济法责任的形式较多,是由不同性质的多种责任形式构成的统一体,而且跨越了传统的以部门法划分责任形式的界限,因此除了以部门法为划分标准外,学者们还提出了诸多新的划分标准,并根据不同的标准对经济法责任的形式进行了不同的分类,包括公法责任和私法责任;职务责任和非职务责任;财产性责任和非财产性责任;经济性责任和非经济性责任;国家责任、企业责任、社团责任和个人责任;过错责任、无过错责任和公平责任;干预(调制)主体责任和干预(调制)受体责任;本法责任与他法责任;财产责任、行为责任及资格责任等,^④在此无法一一列出。这些责任形式分类是在经济法责任拥抱法理学中的责任理论失败之后的另辟蹊径,其积极作用在于有助于认识到经济法责任的主要特征。

4.探索经济法责任对传统法律责任理论与形式的补充、超越与创新

如果说要对过去经济法责任形式研究最突出的特征做出总结和描述的话,那就非经济法责任对传统法律责任形式与内容的补充、超越与创新莫属,或者认为“把经济法律责任与传统法律责任分开有着重大的理论和实践意义”^⑤。在此问题上,学者们可谓不遗余力,认为“要深入研究经济法的责任形态,就必须超越传统的法律部门理论和法律责任理论,彻底摒弃过去对于三大责任形态的过分强调”^⑥,或者认为“这些民法、行政法、刑法所不具有或不重视的责任形式”^⑦是

① 邱本:《经济法总论》:法律出版社 2007 年版,第 270 页。

② 邱本:《经济法总论》,法律出版社 2007 年版,第 271、272 页。

③ 薛克鹏:《经济法综合责任论质疑》,载《政法论坛》2007 年第 4 期。

④ 焦富民:《论经济法责任制度的建构》,载《当代法学》2004 年第 6 期。

⑤ 刘大洪主编:《经济法学》,中国法制出版社 2007 年版,第 103 页。

⑥ 张守文:《经济法责任形态刍议》,载王全兴主编:《经济法前沿问题研究》,中国检察出版社 2004 年版,第 172 页。

⑦ 李晓辉:《经济法责任研究路径的反思与突破》,载《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2011 年第 2 期。

经济法对法理学中责任理论的突破和贡献等。具体而言,学者们普遍认为拆分企业、经济法上的惩罚性赔偿、缺陷产品召回、资格减免、信用减等、拆分公司、引咎辞职、政府经济失误赔偿、企业社会责任,甚至是鼓励、奖励等责任形式可以被提炼、归并,使其可以被“类型化”^①为经济法所特有的责任形态,体现出对传统法律责任理论的突破和创新。^②

5.对宏观调控法中的责任形式进行分析

在对经济法责任具体形式进行研究的过程中,学者们发现在市场规制法领域的经济法责任形式相对容易确定,甚至可以借鉴其他国家立法中的相关责任形式,但是在宏观调控法中就存在可诉性之争。否认宏观调控法可诉性的观点,认为“不能判决宏观调控机关对宏观调控决策给受控主体造成的损害承担赔偿责任”^③,如果需要承担责任的话也应该是政治责任。支持宏观调控法可诉性的观点,认为“明确政府责任是经济法的核心内容所在”^④,国家如果因不当实施宏观调控和市场规制措施给调制受体造成的损害的话,需要承担“经济法上的国家赔偿”^⑤以及公共物品供应不足时的实际履行责任等;或者认为在立法中应该“明确规定政府的公共服务责任”^⑥;或者认为应该建立宏观调控领域的公益诉讼制度,借以追究政府“金钱赔偿或修复”^⑦等责任。

6.关注到经济法主体之间法律责任的非对等性

在市场规制法立法中,经济法主体之间的法律责任并不对等,往往体现为对弱势一方予以倾斜性保护。在实践中,经济法主体中的消费者、中小企业等基于经济实力、信息不对称等原因处于相对弱势地位,在名义上双方处于平等地位的交易活动中常常处于劣势地位,需要国家在经济法律制度设计中予以特别保护。例如,《消费者权益保护法》和《食品安全法》分别规定的三倍和十倍赔偿制度,就体现了对消费者在生活性消费和食品消费领域的特别保护,^⑧此外还有在举证责任分配等方面对消费者一方的倾斜性保护。

在宏观调控立法中,也存在主体之间法律责任的非对等性。实践中,作为受控主体的各市场主体的法律责任不断地被强化,但经济管理和调节主体的法律责任却常常被忽视,出现双方权利(力)和义务存在“不均衡、不对等”^⑨的情况,

① 季奎明:《经济法中特殊法律责任的类型化研究》,载《福建论坛(人文社会科学版)》2013年第7期。

② 参见顾功耘、罗培新主编:《经济法前沿问题》,北京大学出版社2006年版,第45页。

③ 邢会强:《宏观调控行为的不可诉性再探》,载《法商研究》2012年第5期。

④ 吕忠梅、廖华:《论社会利益及其法律调控——对经济法基础的再认识》,载《郑州大学学报(哲学社会科学版)》2003年第1期。

⑤ 张守文:《经济法责任理论之拓补》,载《中国法学》2003年第4期。

⑥ 刘大洪、郑文丽:《政府权力市场化的经济法规制》,载《现代法学》2013年第2期。

⑦ 胡光志:《论宏观调控行为的可诉性》,载《现代法学》2008年第2期。

⑧ 参见刘大洪、段宏磊:《消费者保护领域惩罚性赔偿的制度嬗变与未来改进》,载《法律科学》2016年第4期。

⑨ 吕忠梅:《经济法律责任论》,载《法商研究》1998年第4期。

被认为“经济法律权力主体享受着极大的权力却承担着极少的责任”^①。例如，政府宏观调控可能引起的巨大政策性风险的责任承担几乎是空白，或者是经济管理和调节主体因错误地估计和判断经济形势或因官僚主义、长官意志的原因而做出的错误决策，并进而导致经济发展出现严重的问题，却难以适用经济法来追究经济管理和调节主体的责任，被认为“在有效的司法审查制度尚未确立的情形下，很难通过诉讼机制追究其责任。”^②在宏观调控法中，这种不平衡的责任承担模式往往会挫伤市场主体的经营积极性，“如果相关责任人不存在渎职、寻租或重大恶意，则主要是政治性和行政性问责”^③，助长经济管理和调节主体干预经济的随意性，亟需新的法律制度设计予以平衡。实际上，在未来的宏观调控立法中，应以规定经济管理和调节主体的义务为主，藉以充分保障市场主体的合法权利，确保经济法律、法规能够得到有效的实施。

（二）未来我们要做什么？

1. 在经济诉讼实践中归纳和提炼经济法责任的具体形态

在经济法责任研究的早期，由于经济立法和司法的不完善，导致“创新性探讨极少”^④，在司法实践中“责任缺失却成为制约经济法独立发展的瓶颈”^⑤。当前，在经济立法和司法相对完善的背景下，经济法责任研究已经进入到探讨实施实效和创新发展的阶段，其“责任体系的设计要充分考虑到责任的追究力度和可实现性”^⑥，以便在经济诉讼实践中归纳和提炼经济法责任的具体形态，同时对原有的责任形态做出必要的反思与扬弃。

在市场规制法领域，我们在 1993 年制定的《消费者权益保护法》第 49 条中规定了“退一赔一”的惩罚性赔偿之后，其他部门法的立法发生了很多变化，需要我们及时做出总结和改进。具体而言，2007 年《劳动合同法》第 87 条规定特定条件下，用人单位需要向劳动者支付的赔偿金为经济补偿标准的二倍；2009 年《侵权责任法》第 47 条规定明知产品存在缺陷仍然生产、销售，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求“相应的惩罚性赔偿”^⑦；2013 年《消费者权益保护法》第 55 条将赔偿标准提高到价款或者接受服务的费用的 3 倍且规定了最低 500 元的赔偿标准，对于经营者明知商品或者服务存在缺陷仍然向消费者提供的，规定了所受损失二倍以下的惩罚性赔偿；2013 年《旅游法》第 70 条规定了特定条件下旅行社需要承担旅游费用 1 倍以上 3 倍以下的赔偿金；2015

① 赵大华：《经济法视野下的宏观调控及其救济》，载《经济问题探索》2013 年第 8 期。

② 李昌麒主编：《经济法学》，法律出版社 2008 年版，第 684 页。

③ 刘红臻：《宏观经济治理的经济法之道》，载《当代法学》2021 年第 2 期。

④ 肖江平：《中国经济法学史研究》，人民法院出版社 2002 年版，第 260 页。

⑤ 陈婉玲：《经济法责任的归责原则》，载《政法论坛》2010 年第 6 期。

⑥ 李志刚：《调制受体法律责任体系的重构》，载《法学》2007 年第 6 期。

⑦ 黄婷、陈乃新：《惩罚性赔偿金适用标准及完善》，载《广西民族大学学报（哲学社会科学版）》2015 年第 5 期。

年通过的《食品安全法》第 148 条第 2 款规定赔偿标准为支付价款 10 倍或者损失 3 倍的赔偿金，且规定了最低 1000 元的赔偿标准。

从发展过程看，我们前期认为消费者权益保护领域的惩罚性责任为经济法的“独创性责任”之一，但是当前又展现出其“传统责任”的一面，对此应该如何看待呢？实际上，除了我国大陆地区和我国台湾地区在消费者权益保护领域引入惩罚性赔偿之外，其余国家的立法中均没有专门的规定。^①换句话说，我国消费者权益保护中的惩罚性赔偿制度虽然是“独创性责任”，但是缺乏理论的支撑，在实施中也带来了相当多的混乱，例如赔偿标准不一，除了最低赔偿标准不同外，普通商品按“价款或者接受服务的费用”为赔偿标准且不考虑可能带来的损失，而食品领域有两个标准，即“支付价款 10 倍或者损失 3 倍的赔偿金”，对缺陷产品赔偿又为“所受损失二倍以下”；适用主体也不统一，对“知假买假”的消费者（或称“职业打假人”）仅在食品和药品领域可以获得赔偿，带来了法治实施的统一问题。此外，美国反垄断法中适用的“三倍赔偿”制度因为多种原因并没有被引入到我国，无法起到鼓励反垄断领域私人执法的作用。

在宏观调控法领域，《预算法》中虽然规定了“主管人员和其他直接人员”可能承担的行政责任和行政处分，但是相关责任主体从来也没有成功被起诉到法院，因为缺乏依据行政诉讼理论确立的“直接利害关系人”作为起诉人，需要继续探索纳税人公益诉讼制度；在《政府采购法》中，在政府采购合同的缔约阶段政府可能因行政复议和行政诉讼承担行政责任，但是在履约阶段的救济方式和责任形式《政府采购法》中没有规定，2015 年财政部出台的《政府和社会资本合作（PPP）项目政府采购管理办法》第 22 条第 2 款规定在 PPP 项目合同履行中发生争议且无法协商一致的，可以依法申请仲裁或者提起民事诉讼。据此推断，对于 PPP 项目履约阶段，政府将承担民事责任，这也是一种创新性的责任承担方式。在金融法领域，新的责任承担方式体现在 2013 年修订的《消费者权益保护法》第 28 条规定，提供证券、保险、银行等金融服务的经营者应该向消费者提供经营地址、安全注意事项和风险警示等信息，被认为是确认了“金融消费者”的存在。因此，如果金融经营者在提供服务的过程中有欺诈行为，金融消费者是可以适用《消费者权益保护法》第 55 条获得三倍赔偿的，从当前的司法实践看尚未实现。^②显然，金融消费者概念的引入无疑是没有考虑到我国《消费者权益保护法》中惩罚性赔偿的存在，这一点与其他国家是不同的；同时根据我国《消费者权益保护法》中对消费者概念的规定，金融消费者也不是“为生活消费需要”

^① 参见美国《侵权法重述（第 2 版）》第 908 节对惩罚性损害赔偿所下的定义为：“在补偿性赔偿或名义的赔偿以外，为惩罚该赔偿交付方的恶劣行为并遏制他与相似者在将来实施类似行为而给予的赔偿。惩罚性损害赔偿可以针对因被告的邪恶动机或其他莽撞地无视他人的权利而具有恶劣性质的行为做出。”

^② 参见阳建勋：《我国金融机构惩罚性赔偿责任落空的反思与制度完善》，载《法律科学》2019 年第 5 期。

而购买金融产品和接受金融服务的，二者是投资关系无疑，因为在我国即使是活期账户也会有 0.35% 的基准利率作为投资收益。

2. 认识到具有相对独立的执法机构不是经济法责任的“质”的规定性

在包括我国在内的竞争法立法中，往往存在与其他传统法律责任追究主要在法院实现不同的特点，即各国在竞争法执行过程中通常都设置了独立或相对独立的执法机构，如欧盟的欧盟委员会、美国司法部的联邦贸易委员会和反托拉斯局、德国的联邦卡特尔局、日本的公平交易委员会、我国的国家市场监督管理总局等，负责处理违反竞争法的案件。这些相对独立的、“以准司法机关的角色保护一些法律关系”^①的执法机构的存在，被认为是经济法责任不同于其他传统责任方式的独特性特征之一。这里需要明确的是，这是责任实施机制的特征，并不能影响到经济法责任的“质”的规定性，不能成为经济法责任独立性或者独创性的体现。

3. 我国的经济法责任形式研究将受经济法国际化发展趋势的约束

经过 40 余年改革开放和国民经济的持续发展，我国国民生产总值在 2010 年底已经跃居世界第二位，正在成为一个真正的经济大国。在我国经济日益国际化的发展进程中，经济法中的国家调节理论也需要适时增加国际调节的内容^②回应国际组织、国际条约和其他国家法律等的限制性规定。考虑到我国企业活动在世界经济体系中不断扩展的现状，各类企业和它们的高管成为其他国家执法者的目标只是一个时间问题，必须提前未雨绸缪。有鉴于此，我国的经济法责任形式研究应贯彻“国际着眼、国内着手”的思路，一方面应积极借鉴其他发达市场经济国家相关立法中成熟的责任承担方式，将其引入到我国的相关立法之中；另一方面，相关国内研究不能创设太多被称为“新型责任”的责任形式，“甚至在偏离法学常识的立场上建构经济法责任体系”，^③或者根据不同的标准做出种类繁多的分类，这些依据不同的标准所进行的分类虽然有助于我们认识经济法责任的特殊性，但是不利于经济法律和政策的国际合作与协调，容易增加国外投资者的适用和遵从成本。^④

（三）未来我们能改变什么？

1. 实现经济法责任对法理学中责任理论的丰富和发展

在法理学中，对法律责任最通常、最重要的分类方法是根据法律责任的部门法性质，这也是目前学界比较公认的对法律责任的分类方法。因此，只要承认经济法是一个独立的法律部门，就可以相应地推知，在经济法领域法律责任也同样客观存在。在缺乏专门的经济审判庭的背景下，我国长期以来在经济法责任具体

① 薛克鹏：《经济法综合责任论质疑》，载《政法论坛》2007年第4期。

② 参见漆多俊：《中国经济法理论之创新与应用——30年回顾与启示》，载《法学评论》2009年第4期。

③ 焦海涛：《经济法责任制度再释：一个常识主义立场》，载《甘肃政法学院学报》2016年第3期。

④ 李晓辉：《经济法国际化发展趋势下对经济法责任研究的反思》，载漆多俊主编：《经济法论丛（第20卷）》，中国方正出版社2011年版，第421页。

形式的确定方面很难取得突破性进展。经济法学者们力图突破法理学中传统法律责任划分标准对经济法责任类型的划分,在回应现实经济的发展需求中出现了理论的普适性问题,从整体上看,经济法学界对经济法责任及其责任形式的认识“并没有根本的分歧”^①,其分歧主要存在于如何进行理论上的归纳和提炼。

通过分析前期的研究发现,我们从法理学中借用了其“责任”范畴,通过冠以“经济法”彰显其部门法特征,并确立了“经济法责任独立存在”的基本共识,下一步需要做的是总结出经济法责任对法理学中法律责任理论的丰富和发展。在复杂的现代社会经济背景下,公法与私法的界限逐渐模糊并相互交叉,一部法律的出台往往是诸多各部门法规范的综合,相应地在规定的责任形式方面也存在对原属于多个部门法责任形式的选择适用,同时还根据需要创新出一些新的责任形式,体现出政府综合运用多种责任形式保障社会经济法运行的目的。因此,以“传统责任+独创性责任”形式存在的经济法责任,其本身就是对法理学中法律责任理论的丰富和发展,并可能在未来成为其他新兴部门法在责任选择方面参照的标准。

2.通过司法实践改变法理学中的责任理论

实事求是地讲,经济法作为一个当前既没有专门审判机构又没有专门诉讼程序法的部门法,提出通过司法实践改变法理学中的责任理论,无疑是痴人说梦、痴心妄想和不自量力。长期以来,似乎无论经济法学者们如何绞尽脑汁地组合各种责任形式,“责任体系的设计要充分考虑到责任的追究力度和可实现性”^②,法理学中的责任理论仍然坚持以传统部门法为划分标准并四平八稳地矗立在哪里,坚持不把我们这种责任承担方式纳入到其理论之中,传统部门法也认为自身通过扩展适用完全可以将我们称之为“经济法纠纷与争议”涵盖到自己的责任体系之下。从未来发展趋势看,我们只能寄希望于通过丰富的经济法司法实践,借以打破法理学中法律责任形式与部门法一一对应的思维定势和惯性,从而实现改变法理学中责任理论的理想。

3.在法典化背景下实现对经济法责任理论的构建

当前,法典化逐渐成为经济法立法的发展方向,其优势在于能够使相对分散的经济法律规范在经济法理念的指引下实现“系统化”^③和“统合”^④,可以预见的是未来将产生在“经济法典”中构建经济法责任的制度需求,这就需要整合和提炼以“传统责任+独创性责任”形式呈现的经济法责任理论。在此问题上大体上有三种可能的方案供选择:一种是最优方案,即明确提出经济法责任是独立存

① 张守文:《贯通中国经济法学发展的经脉——以分配为视角》,载《政法论坛》2009年第6期。

② 李志刚:《调制受体法律责任体系的重构》,载《法学》2007年第6期。

③ 参见漆多俊:《经济法系统化方式的探讨——兼论经济法法典的制定》,载湘潭大学法学院编:《湘江法律评论(第3卷)》,湖南人民出版社1999年版,第173-175页。

④ 张守文:《经济法的立法统合:前提与准备》,载《学术界》2020年第6期。

在的责任形式，与其他传统的责任形式并立，其表现形式是“传统责任+独创性责任”，并以经济法基础理论为其理论指导。一种是次优方案，即不明确提出经济法责任独立存在的观点，但是需要明确经济法立法中的责任形式安排，无论是借用传统责任形式还是经济法独创的责任形式均体现了经济法的理念和价值追求，并不是简单的形式借用或者简单组合。一种是第三优的方案，即考虑到经济法责任研究当前仍然存在诸如独立性、具体责任形式等诸多争议，尚无法达成相对多数的一致意见，仅仅适合将初步的共识做出总结和说明，包括借用的传统责任形式、独创性责任的特殊性、经济法责任的综合性特征等，待后续研究达成一致意见之后再整合和提炼。

在上述三种方案的选择问题上，应该秉持适时和审慎的方针，由于经济法典的正式编纂工作尚未启动，因此具体选择哪种方式取决于启动经济法法典化工作时我们在经济法责任研究方面的共识和进展，否则一味地求快、求齐和求新，可能带来更多的理论混乱，欲速则不达了。纵观经济法学者们在各个时期提出的各种形式的经济法法典性文件，“经济法责任都是其中必备内容”^①。在 1986 年国务院经济法规研究中心召集制定的“经济法纲要(起草大纲征求意见稿)”中，其第六章规定了“经济法责任”。在 2019 年公布的“经济法通则(学者建议稿)”中，使用了“经济法中的责任”的称谓，具体包括一般法律责任、特别法律责任和补救措施。^②在程信和教授等提出的“经济法典”总论中，经济法责任被分为“本来意义上的责任”和“事后追究的责任”两大类。^③从上述分类来看，显然采取的是第三优的方案，就其内容而言并不涉及对经济法责任是否独立存在的判断，仅仅对经济法立法中的各类责任形式进行汇集和归类，因此未来仍需继续归纳和提炼作为独立存在的经济法责任的理论体系。

四、结语

经济法责任贯穿经济法律关系运行的全过程，是经济法律规范得以适用、经济法目的得以实现的关键环节。由于经济法产生较晚，因此其法律责任制度构建从一开始就面临着如何处理与相对成熟的传统部门法的责任形式的协调问题，在研究的早期阶段将探索经济法责任的特殊性与论证经济法的独立性相结合，更多强调经济法责任形式新异的一面，这样的研究进路难以获得法理学中法律责任理论的支撑。在经济法执法与司法实践中，经济法的责任形式表现为以传统法律责

^① 焦海涛：《经济法法典化：从“综合法”走向“整合法”》，《学术界》2020 年第 6 期。

^② 其中一般法律责任包括民事、行政和刑事责任，特别法律责任包括经济效益责任、经济安全责任、任职经济责任和非经济形式责任，补救措施包括政府补救、企业自救和社会施救。参见程信和：《经济法通则原论》，载《地方立法研究》2019 年第 1 期。

^③ 参见程信和、曾晓昀：《经济法典“总则”论》，《法治社会》2021 年第 2 期。

任形式为基础，同时又兼具自身“独创性责任”，即多种传统责任形式与经济法特有责任形式相结合的模式，形成了与经济法作为新兴的现代法相适应的新型责任理论。在当前经济法立法法典化的背景下，我们的最优选择是确认经济法责任的独立存在，并利用经济法基础理论统领经济法责任形式的选择。与此同时，纵览 40 余年的经济法责任研究，一个不容忽视的问题摆在眼前，即大多数学者将研究视野仅局限于经济法的国内适用部分，有意无意地忽视了经济法责任背后潜藏的国际冲突与协调，而在经济法的国际化发展趋势下，国内经济法责任的具体形式设置和分类不能过于标新立异，否则难以在经济法责任承担国际化的背景下被遵循。

中国经济法法典化的逻辑前提与体系构造

——基于经济法律文本的实证分析

刘建初*

内容提要 《民法典》的颁布拉开了中国法典化的时代序幕。在法典化时代中国经济法应当如何实现精准定位, 寻找到合适的发展模式至关重要。通过运用实证分析的研究范式并基于中国经济法律规范群进行文本实证分析, 考察中国经济法的文本范畴, 在形式规范和实质规范中为经济法法典化寻求最佳边界范畴。与此同时基于最佳边界范畴凝聚理论共识并归纳制度共性, 为中国经济法法典化解决逻辑前提问题。在逻辑前提这一前置性问题解决的基础上综合衡量经济法法典化的体系构造即选择制定概括性的《经济法通则》还是建构统领性的《经济法总则》, 最终通过实证分析并结合中国经济法的理论和实践, 选择以《经济法总则》的体系构造来理性推动中国经济法法典化进程。

关键词 经济法 法典化 经济立法 《经济法总则》 实证分析

一、问题的提出：法典化时代中国经济法的精准定位

19 世纪以来法典化成为大陆法系国家独有的社会历史现象,^① 各国逐渐将法典化视为一国立法的最高形式和单行法律的智慧结晶, 法典化问题已经成为法学界无法回避且必须正面回应的重大课题。伴随着我国《民法典》的颁布实施, 中国法典化时代的序幕已悄然拉开。法典化时代的到来, 于中国法学界而言既是一场挑战, 更是一次契机。面临法典化的挑战, 法学界需要不断提升研究水平, 回应解决各学科及部门法自身存在的诸多争议和矛盾; 面对法典化的契机, 法学界应当牢牢把握时代机遇, 推动促进各学科及部门法朝着更加系统理性的方向发展。中国法学界面对法典化采取的是积极拥抱的态度, 致力于实现各部门法朝着法典化的最高目标迈进。在民法学界殚精竭虑几十载之后, 《民法典》的问世为其他部门法的法典化提供了客观的路径模式和制度样本并点燃了其他部门法学者法典化的希望。例如, 在中国传统民商合一的立法模式之下, 商法学界仍不懈

* 北京市广盛律师事务所实习律师。本文系 2019 年度安徽哲学社会科学基金青年项目“安徽省区域股权市场促进政策法律转化问题研究”(项目批准号: ANSKQ2019D007) 的阶段性成果。

① 参见 [秘鲁] 玛丽亚·路易莎·穆里约:《大陆法系法典编纂的演变: 迈向解法典化与法典的重构》, 许中缘、周林刚译, 载《清华法学》2006 年第 2 期, 第 67-68 页。

寻求实现商法的法典化；^①在知识产权法长期游离于民法的孤立状态之下，知识产权法学界试图促进知识产权法的法典化；^②在行政程序法久未出台的形势背景之下，行政法学界致力于推动行政法的法典化；^③在环境法典编纂工作列入立法计划的先决条件下，环境法学界借此契机设计构想环境法的法典化。^④

相比较于法学界上述在近些年凭借着《民法典》所掀起的法典化热潮推动实现各自部门法的法典化，经济法法典化可谓是走在一条漫长持久且孤独艰难的道路上。经济法法典化可追溯到上世纪 80 年代，在《民法通则》在出台之际，经济法学界便提出了制定具有经济法法典化性质的《经济法纲要》，^⑤尽管囿于当时特殊的历史条件未能付诸实践，但是自此经济法学界迈向了法典化的漫长进程。经济法学界在推动经济法法典化的道路上所历经的孤独艰难主要体现在外部和内部两个维度：经济法学界面临着外部维度的挑战与压力，需要迎接民商法和行政法等部门法的挑战从而证明其学科及部门法的独立性，并且肩负经济立法的使命和压力，在有限的立法资源下与其他部门法之间进行良性竞争，从而引起立法者的重视推动经济法法典化的进程。与此同时，经济法学界面临着内部维度的分歧与争议，这种分歧具体体现在否定经济法法典化，反对部门法维度的法典建构主义，而是从法律实用主义出发推动领域法学的发展，这在财税法领域体现得尤为明显。^⑥这种争议具体表现在经济法法典化的模式选择或者说是名称确定层面，例如，使用具有统率作用的“纲要”命名为《经济法纲要》；^⑦使用具有基础作用的“基本”命名为《经济基本法》或《基本经济法》；^⑧使用具有贯通作用的“通

① 参见赵旭东：《民法典的编纂与商事立法》，载《中国法学》2016年第4期，第40-54页；范健：《民法典编纂背景下商事立法体系与商法通则立法研究》，载《中国法律评论》2017年第1期，第71-91页；赵万一：《后民法时代商法独立性的理论证成及其在中国的实现》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2021年第2期，第119-132页。

② 参见吴汉东：《国际化、现代化与法典化：中国知识产权制度的发展道路》，载《法商研究》2004年第3期，第73-79页；吴汉东：《民法法典化运动中的知识产权法》，载《中国法学》2016年第4期，第24-39页。

③ 参见江必新：《迈向统一的行政基本法》，载《清华大学》2012年第5期，第101-111页；薛刚凌：《行政法法典化之基本问题研究——以行政法体系建构为视角》，载《现代法学》2020年第6期，第78-95页；杨伟东：《基本行政法典的确立、定位与架构》，载《法学研究》2021年第6期，第53-70页。

④ 参见吕忠梅：《中国环境法典的编纂条件及基本定位》，载《当代法学》2021年第6期，第3-17页；汪劲：《论中国环境法典框架体系的构建和创新——以中国民法典框架体系为鉴》，载《当代法学》2021年第6期，第18-30页；竺效：《环境法典编纂结构模式之比较研究》，载《当代法学》2021年第6期，第31-44页。

⑤ 参见杨紫烜：《建立和完善适应社会主义市场经济体制的法律体系与〈经济法纲要〉的制定》，载《经济法研究》（第2卷），北京大学出版社2001年版，第9-23页。

⑥ 关于在财税法领域推动领域法学的发展，具体参见刘剑文：《论领域法学：一种立足新兴交叉领域的法学研究范式》，载《政法论丛》2016年第5期，第3-16页。

⑦ 参见杨紫烜：《关于制定〈经济法纲要〉的若干问题》，载《南华大学学报（社会科学版）》2015年第4期，第15-18页；陆三育、李德庆：《试论〈经济法纲要〉的立法价值》，载《法商研究》2000年第1期，第70-73页。

⑧ 参见李昌麒：《关于制定〈中华人民共和国基本经济法〉的几个问题》，载《当代法学》1991年第4期，第28-32页；编撰经济法典第三研究小组：《创制〈中华人民共和国经济法〉构想——创制基本经济法是编撰经济法典的题中应有之义和浓墨重彩》，载《南华大学学报（社会科学版）》2015年第1期，第83-89页；袁达松、黎昭权：《经济法类型学与经济基本法的制定次序》，载《经济法研究》（第17卷），北京大学出版社2016年版，第24-38页。

则”命名为《经济法通则》；^①使用具有统合作用的“总则”命名为《经济法总则》；^②直接使用“法典”命名为《经济法典》。^③尽管存在上述争议，但最终却是殊途同归，那便是推动经济法朝着法典化的方向迈进。

经济法法典化既不是采取法典汇编的形式将经济单行法进行整理编排形成《经济法典》；也不是采取法典立法的形式从无到有地制定全新的《经济法典》。中国经济法的法典化应当是既沿袭法典编纂的形式即对现有的经济法律规范进行整理、归类、编辑、更新、删除；又吸收立法统合的实质即为了解决市场经济发展中出现的诸多现实问题，基于具体经济法子部门法的现状并结合一定的经济法价值和原则对经济法律规范进行系统整合。^④因此，中国经济法法典化是形式与实质，理论与实践双重结合的发展趋势，既区别于纯粹理论导向的法典建构主义，又区别于纯粹问题导向的法律实用主义。^⑤与此同时，中国经济法法典化根植于中国现实国情和市场经济的发展现状，不能从国外经济法法典化寻求法律移植；中国经济法法典化是立足于经济法学科发展背景和部门法演进历程的经济立法，不能完全照搬照抄国内其他部门法法典化的路径模式。中国经济法法典化必定是独一无二的发展演进之路，其独特的发展基石便是中国现行庞大的经济法律规范群，这一经济法律规范群多达近百部经济单行法，为中国经济法法典化提供了宝贵的规范矿藏。尽管目前中国的经济单行法发挥着实质意义上的功能作用，但是在形式上欠缺具有统领整个经济法律规范群的基本性、纲领性、贯通性的法律。^⑥正如日本法学家穗积陈重在《法典论》中论述了法律应当具备实质和形体两种元素，前者是法律的精神，后者是法律的躯体，二者兼备才使得法律成为金科律令。他生动形象地将法律拟人化作比，有实质无形体称为“多病的才子”；有形体无实质称为“妖娆的毒妇”；无实质无形体称为“不具的痴汉”。^⑦中国经济法目前便属于第一种情形即“多病的才子”，中国经济法应当朝着兼具实质和形体的方向努力，成为“才貌双全、秀外慧中的才子佳人”，这便需要对处在法典化时代的中国经济法进行精准定位。

① 参见程信和：《经济法通则原论》，载《地方立法研究》2019年第1期，第54-129页；叶珊：《再议制定经济法通则的必要与可能》，载《人大法律评论》2016年第3辑，第309-327页；姚海放：《也谈“经济法通则”的制定》，载《经济法学评论》2019年第1期，第3-18页；李玉虎：《民法典时代的经济法体系构造——兼论〈经济法通则〉的结构》，载《财经法学》2020年第2期，第54-63页。

② 参见张守文：《经济法的立法统合：需要与可能》，《现代法学》2016年第3期，第68页。

③ 参见编撰经济法典第一研究小组：《编撰经济法典的历史回眸》，载《南华大学学报（社会科学版）》2015年第1期，第72-76页；编撰经济法典第二研究小组：《我国编撰经济法典的评估》，载《南华大学学报（社会科学版）》2015年第1期，第77-82页；吕明瑜、丁宁：《经济法法典化的“三步走”路径》，载《中共郑州市委党校学报》2022年第1期，第68-72页。

④ 参见张守文：《经济法的立法统合：前提与准备》，载《学术界》2020年第6期，第47页。

⑤ 关于经济法理论导向型立法和问题导向型立法的研究参见尹亚军：《问题导向立法：一个经济法立法趋势》，载《法制与社会发展》2017年第1期，第71-72页。

⑥ 制定一个纲领性和综合性的法律文件发挥经济法典的“总则”作用是当下一较好的选择，参见漆多俊：《经济法基础理论》法律出版社2017年版，第336页。

⑦ 参见〔日〕穗积陈重：《法典论》，李求轶译，商务印书馆2014年版，第5页。

本文基于经济法学界现有的经济法法典化研究成果,立足于中国经济法法典化的发展趋势,试图对法典化时代的中国经济法进行精准定位。中国经济法的精准定位具体体现在经济立法基于何种边界范畴践行法典化;立足何种理论制度推动法典化;选择何种体系构造实现法典化。鉴于经济法学界目前对于经济法法典化的研究多处在价值论研究范式层面,主要从“应然性”的角度主观建构经济法法典化即中国经济法法典化应当是什么样的?这种研究范式容易陷入主观思维的陷阱,不易凝聚共识推动中国经济法法典化进程。本文试图转变传统的价值论研究范式,借鉴引进实证分析研究范式,^①从“实然性”的角度客观探寻经济法法典化即中国经济法法典化实际可能是什么样的?笔者将基于中国庞大的经济法律规范群进行文本实证分析,考察中国经济法法典化的文本范畴,在形式规范和实质规范中寻求最佳边界范畴。同时基于这一边界范畴凝聚理论共识并归纳制度共性,为中国经济法法典化解决逻辑前提问题。在经济法法典化的逻辑前提这一前置性问题解决的基础上综合衡量经济法法典化的体系构造即选择制定概括性的《经济法通则》还是建构统领性的《经济法总则》,并最终通过实证分析选择以《经济法总则》的体系构造来理性推动中国经济法法典化进程,进而实现法典化时代中国经济法的精准定位。

二、经济法法典化的文本考察：形式规范与实质规范

如前所述,中国经济法法典化需要解决法律的形体问题,而非法律的实质问题,但是深入剖析法律的实质问题既有助于解决法律的形体问题,更是解决法律形体问题的前置条件。随着中国社会主义市场经济的纵深发展,基于市场经济发展过程中出现的诸多问题,立法者采取单行立法的模式制定了近百余部经济法律规范,这是中国经济法的形式规范。这些经济单行法所形成的庞大经济法律规范群为中国市场经济的发展发挥着实质性作用,符合了法律的实质元素。与此同时,考虑到立法资源的紧缺性和解决问题的急迫性,在市场经济发展的不同领域存在着大量未上升为法律的行政法规,尽管这些经济行政法规不符合经济法的形式规范要求,但是却发挥着实质规范的作用。因此,中国经济法法典化需要将形式规范的经济法律规范和实质规范的经济行政法规同等纳入文本考察的范畴。基于中国经济法形式规范和实质规范的文本考察,以期为中国经济法法典化寻求最佳边界范畴。

(一) 经济法法典化的形式规范：规模集中的经济法律规范

2011 年国务院新闻办发布的《中国特色社会主义法律体系白皮书》中提到

^① 关于在经济法研究中借鉴引进实证分析研究范式参见刘光华:《经济法的分析实证基础》,中国人民大学出版社 2008 年版,第 8 页。

“截至 2011 年 8 月底，中国已制定经济法方面的法律 60 部”，这是官方意义上第一次赋予中国经济法独立的法律部门地位并将其形式规范予以明确化，这是该白皮书带来的正向作用。然而，该白皮书中并未明确列举 60 部经济法的具体名称。与此同时，距离该白皮书发布至今已过十余年，近些年中国经济立法工作不断发展，经济法律规范早已超过白皮书中公布的 60 部。因此需要对中国经济法律规范进行明确的边界范畴界定，这是推动经济法法典化进程的前置性条件。

中国经济法形式规范共计多少部向来存在着争议，主要原因存在两种：第一，经济单行法是以问题导向展开经济立法的，因此这些经济单行法具有一定的综合性，综合性法律调整社会关系所采取的手段措施不仅仅涉及经济法，还往往涉及民商法和行政法，因此很难直接判断作出基于主观价值归纳认定。例如《电子商务法》这部法律便是典型的综合性法律，既涉及商法中的商事主体法和行为法，又涉及经济法中的促进型经济法。^①第二，部门法的归属不仅仅是纯粹类型化归纳的技术问题，更涉及到部门法之间的利益博弈和法学学科领域之争，因此划定中国经济法形式规范的边界范畴具有难度，但却是经济法法典化道路上不得不面对的问题。

鉴于厘清中国经济法形式规范数量问题的必要性以及为经济法法典化划定边界范畴的前提性，因此需要对这一问题予以高度重视。笔者基于国家立法机关主办（全国人大常委会办公厅负责）的国家法律法规数据库，通过检索经济法部门法的法律数量，最终显示经济法为 81 部。尽管从立法机关的视角认定中国经济法的形式规范共计 81 部，但是从实证分析的角度来看，中国经济法形式规范应当超过这一数字，应当为 91 部（见表 1），其原因在于部分经济法律规范与民商法和行政法之间存在密切的关联，导致最终未被纳入到经济法的范畴。^②笔者在充分尊重经济法学界对于经济法体系结构所形成的二分法共识基础上，^③对 91 部经济法律规范进行系统归纳梳理，将中国经济法形式规范采取四分法即保留传统的宏观调控法和市场规制法的二分法体系结构，从空间视角拓补增加区域维度和涉外维度的经济调制法，从而形成区域经济法和涉外经济法。宏观调控法一分为五，即根据调控的手段细化为五类二级宏观调控法即财税调控法、金融调控法、资源调控法、价格调控法和统计调控法。市场规制法一分为三，即根据“主体—行为”的分析框架并充分考虑经济交易行为的一般性和特别性将市场规制法细化为市场主体规制法、一般市场规制法和特别市场规制法。之所以对上述中国经

① 关于《电子商务法》部门法归属的研究参见赵旭东：《中华人民共和国电子商务法释义与原理》，中国法制出版社 2018 年版，第 5-7 页。

② 理应归纳为经济法而未被归纳的经济法律规范共计 10 部：消费者权益保护法、全民所有制工业企业法、农民专业合作社法、土地管理法、城乡规划法、电影产业促进法、海岛保护法、反食品浪费法、食品安全法、野生动物保护法。前 3 部法律被归纳为民商法，后 7 部法律被归纳为行政法。

③ 关于经济法宏观调控法和市场规制法二分法的体系结构共识参见邱本：《论经济法的共识》，载《现代法学》2013 年第 4 期，第 19 页。

济法形式规范进行体系化分类,目的是为了为了更好地服务于经济法法典化的立法统合。通过对中国经济法形式规范进行实证分析和归纳梳理,可以发现中国经济法律规范所体现的特点是规模庞大,分布集中,91 部规模庞大的经济法律规范群集中分布在国民经济发展的关键领域、重要市场和重点区域。

表 1 中国经济法的形式规范——规模集中的经济法律规范 (91 部)

宏观调控法 (36 部)	财税调控法 (17 部)	财政调控法 (4 部)	预算法、政府采购法、企业国有资产法、审计法	
		税收调控法 (13 部)	城市维护建设税法、烟叶税法、车辆购置税法、企业所得税法、个人所得税法、耕地占用税法、契税法、车船税法、船舶吨税法、印花税法、资源税法、环境保护税法、税收征收管理法	
	金融调控法 (2 部)	中国人民银行法、反洗钱法		
	资源调控法 (15 部)	循环经济促进法、清洁生产促进法、水法、防洪法、水土保持法、长江保护法、湿地保护法、海岛保护法、野生动物保护法、森林法、草原法、矿产资源法、土地管理法、海域使用管理法、深海海底区域资源勘探开发法		
	价格调控法 (1 部)	价格法		
	统计调控法 (1 部)	统计法		
市场规制法 (45 部)	市场主体规制法 (7 部)	乡镇企业法、中小企业促进法、全民所有制工业企业法、农民专业合作社法、注册会计师法、消费者权益保护法、台湾同胞投资保护法		
	一般市场规制法 (5 部)	反垄断法、反不正当竞争法、产品质量法、标准化法、会计法		
	特别市场规制法 (33 部)	能源市场规制法 (4 部)	节约能源法、可再生能源法、电力法、煤炭法	
		运输市场规制法 (7 部)	邮政法、铁路法、公路法、港口法、航道法、民用航空法、石油天然气管道保护法	
		农业市场规制法 (8 部)	农业法、农业技术推广法、农业机械化促进法、农产品质量安全法、种子法、畜牧法、渔业法、动物防疫法	
		食品市场规制法 (2 部)	反食品浪费法、食品安全法	
建筑市场规制法 (1 部)	建筑法			

		金融市场监管法（1 部）	银行业监督管理法
		烟草市场监管法（1 部）	烟草专卖法
		信息市场监管法（3 部）	个人信息保护法、数据安全法、网络安全法
		电商市场监管法（1 部）	电子商务法
		旅游市场监管法（1 部）	旅游法
		广告市场监管法（1 部）	广告法
		电影市场监管法（1 部）	电影产业促进法
		资产评估市场监管法（1 部）	资产评估法
		计量器具市场监管法（1 部）	计量法
区域经济法（4 部）	全国人民代表大会常务委员会关于批准《广东省经济特区条例》、海南自由贸易港法、乡村振兴促进法、城乡规划法		
涉外经济法（6 部）	对外贸易法、外商投资法、全国人民代表大会常务委员会关于外商投资企业和外国企业适用增值税、消费税、营业税等税收暂行条例的决定、进出口商品检验法、进出境动植物检疫法、出口管制法		

（二）经济法法典化的实质规范：游离分散的经济行政法规

相比较于中国经济法形式规范即经济法律规范体现出的规模集中的特点，中国经济法实质规范即发挥着经济法实质作用但不具备形式规范要求的经济行政法规所体现的特点便是游离分散。从法律效力位阶的角度来看，经济行政法规的效力仅次于经济法律规范和经济宪法，对于调整市场经济稳定有序发展发挥着重要作用；从法律适用范围的角度来看，经济行政法规比经济法律规范涵盖的范围要更加广泛，涉及到国民经济发展的诸多领域；从法律规范数量的角度来看，经济行政法规的数量要远超过经济法律规范。在中国特殊的政治经济背景之下，经济行政法规虽然未完全落实经济法治的宗旨理念，但是其在国民经济发展中发挥的实践性作用不容置疑。因此，在思考中国经济法法典化这一重大法律命题时不仅需要考虑形式意义上的经济法律规范，同时应充分关注实质意义上的经济行政法规。

笔者同样基于国家立法机关主办（全国人大常委会办公厅负责）的国家法律法规数据库，通过检索行政法规并从数以百计的行政法规中进行梳理筛选，并结合现有的经济法学界共识和经济法律规范归纳梳理的逻辑思路，最终大致确定了现行有效的经济行政法规数量为 200 部，而整个数据库现行有效的行政法规在 600 部左右，经济行政法规占据三分之一，足以体现经济行政法规的重要地位。

从规范名称设置的角度对 200 部经济行政法规进行类型化划分,主要分为四大类即条例类经济行政法规、办法类经济行政法规、规定类经济行政法规和细则类经济行政法规,其中条例类经济行政法规占据四分之三的数量规模,办法类和规定类经济行政法规数量相当,细则类经济行政法规数量最少。

基于实证分析的视角去分析上述经济行政法规的规范名称,会发现仅规范名称的结构设计便存在多达三十多种类型,如此纷繁的规范名称类型不利于进行系统化研究,但这也是以问题为导向的经济立法所体现出的特征。研究规范名称的结构设计问题既有助于发现立法过程中出现的缺陷问题,又有助于人们准确理解规范所体现的精神实质。^①经济法律规范的名称结构主要是采取“调整对象+法”的模式,其形式外观极为明显,以“法”字为界限便能够直观判断这部法律所调整的对象以及可能归属的部门法范畴,仅有少数经济法律规范的名称结构在“法”字之前添加动词限定,例如促进型经济法均在“法”字前添加“促进”二字,循环经济促进法便是典型的促进型经济法。^②经济行政法规的名称结构不仅采取“调整对象+条例、办法、规定、细则”的模式,而且在名称中间添加了诸多动词予以限定,这种动词限定规律性不强,没有统一的标准,但是使用频次最多的便是“管理”,体现经济法规制性的特征。^③与此同时,经济行政法规的名称结构中还存在两种特殊的情况即采取“法律名称+实施+条例、细则”的模式,这种经济行政法规其目的是为了服务于特定经济法律规范的实施,进一步细化落实经济法律规范中原则性和概括性的规定。此外,经济行政法规的名称结构中还存在“暂行”“试行”等显示状态的限定词,这表明相应的经济行政法规并非的最终形态,会随着时间推进和实践需要而发生变动,或修改、或废止。因此,从规范的结构设计上会发现这些经济行政法规游离于经济法律规范之外,欠缺系统性的体系研究和基础性的理论共识,尽管发挥着实质性的功用,但是仍然离经济法治的目标之间存在差距。从调整的范围领域来看待这些经济行政法规,200 部经济行政法规分散在国民经济发展的各个行业领域,其分布的领域相较于经济法律规范更加宽泛,不仅仅是涉及一些重点领域,诸多非重点领域也因为实践需要制定了经济行政法规,如《生猪屠宰管理条例》类似的经济行政法规鲜为人知。综上,中国经济法实质规范即 200 部经济行政法规呈现出游离分散的特点。

表 2 中国经济法的实质规范——游离分散的经济行政法规 (200 部)	
调整对象+条例 (51 部)	例: 进出口关税条例
调整对象+管理+条例 (52 部)	例: 人民币管理条例

① 关于法律规范逻辑结构的研究参见舒国滢:《法律规范的逻辑结构:概念辨析与逻辑刻画》,载《浙江社会科学》,2022 年第 2 期,第 27-38 页。

② 关于促进型经济法的研究参见张守文:《论促进型经济法》,载《重庆大学学报(社会科学版)》,2008 年第 5 期,第 99 页。

③ 关于经济法规制性特征的研究参见张守文:《经济法原理》,北京大学出版社 2013 年版,第 79 页。

条例类经济行政法规 (150 部)	调整对象+监督+管理+条例 (6 部)	例: 化妆品监督管理条例
	调整对象+实施+条例 (2 部)	例: 陆生野生动物保护实施条例
	法律名称+实施+条例 (16 部)	例: 预算法实施条例
	调整对象+监管+条例 (1 部)	例: 电力监管条例
	调整对象+保护+条例 (8 部)	例: 基本农田保护条例
	调整对象+防治+条例 (2 部)	例: 农作物病虫害防治条例
	调整对象+处罚+处分+条例 (1 部)	例: 财政违法行为处罚处分条例
	调整对象+暂行条例 (9 部)	例: 增值税暂行条例
	调整对象+管理+暂行条例 (1 部)	例: 现金管理暂行条例
	调整对象+监督+管理+暂行条例 (1 部)	例: 企业国有资产监督管理暂行条例
办法类经济行政法规 (24 部)	调整对象+办法 (1 部)	例: 食盐专营办法
	调整对象+管理+办法 (12 部)	例: 国有资产评估管理办法
	调整对象+监督+管理+办法 (1 部)	例: 进口计量器具监督管理办法
	调整对象+实施+办法 (1 部)	例: 对储蓄存款利息所得征收个人所得税的实施办法
	调整对象+管理+实施+办法 (1 部)	例: 票据管理实施办法
	调整对象+处罚+办法 (1 部)	例: 金融违法行为处罚办法
	调整对象+查处+办法 (1 部)	例: 无证无照经营查处办法
	调整对象+使用+办法 (1 部)	例: 渔业资源增殖保护费征收使用办法
	调整对象+申报+办法 (1 部)	例: 国际收支统计申报办法
	调整对象+监督+暂行办法 (1 部)	例: 中央预算执行情况审计监督暂行办法
	调整对象+管理+暂行办法 (1 部)	例: 证券、期货投资咨询管理暂行办法
	调整对象+监督+管理+暂行办法 (1 部)	例: 矿产资源监督管理暂行办法
	调整对象+监督+试行办法 (1 部)	例: 产品质量监督试行办法
规定类经济行政法规 (20 部)	调整对象+规定 (3 部)	例: 指导外商投资方向规定
	调整对象+管理+规定 (5 部)	例: 结汇、售汇及付汇管理规定
	调整对象+处罚+规定 (1 部)	例: 价格违法行为行政处罚规定
	关于+调整对象+规定 (4 部)	例: 国务院关于经营者集中申报标准的规定
	关于+调整对象+特别+规定 (1 部)	例: 国务院关于加强食品等产品安全监督管理的特别规定
	关于+调整对象+若干+规定 (1 部)	例: 国务院关于口岸开放的若干规定
	调整对象+暂行规定 (4 部)	例: 征收教育费附加的暂行规定
	调整对象+管理+暂行规定 (1 部)	例: 外国商会管理暂行规定
细则类经济行政法规 (6 部)	法律名称+实施+细则 (6 部)	例: 税收征收管理法实施细则

（三）经济法法典化的文本范畴：形式规范为主，实质规范为辅

通过对中国经济法形式规范即 91 部经济法律规范和中国经济法实质规范即 200 部经济行政法规进行文本考察，会发现二者呈现出不同的特点，前者规模集中，后者游离分散，这对于中国经济法典化解决边界范畴这一前置性问题有着重要的影响。中国经济法法典化进程中如何划定边界范畴以及划定何种范围的边界范畴是必须解决的问题，实际上这一问题可以转化为中国经济法应当是以形式规范还是以实质规范作为经济法法典化的主要范畴。笔者认为中国经济法法典化最佳边界范畴应当以形式规范为主，以实质规范为辅，具体原因如下：第一，形式规范即经济法律规范是由立法机关主导制定的，其制定程序更加严谨，论证理由更加充分，规范标准更加统一；实质规范即经济行政法规是由行政机关主导制定的，其制定程序相对宽松，论证理由相对不足，规范标准相对失序。经济法法典化进程必然是由立法机关负责推动的，行政机关所制定的经济行政法规虽然发挥了实质作用，但是形式上不符合立法机关经济立法的高标准和严要求。第二，形式规范的体系更加系统全面，所调整的经济领域更加集中；实质规范的体系相对分散无序，所调整的经济领域相对分散。经济法法典化必然是基于现有规范进行抽象概括和凝练总结，经济法律规范相较于经济行政法规更易通过“提取公因式”的立法技术寻找到制度共性，^①从而节约立法资源，提高立法效率，实现科学立法。第三，形式规范是基于国家经济社会整体利益出发而制定实施的；实质规范某种程度上是有关部门基于自身部门利益出发而制定实施的。经济法法典化是为了通过经济立法的统合实现国家经济社会整体利益的最大化，而不仅仅局限于部门利益，这就决定了经济法法典化不能以实质规范作为其主要范畴。

三、经济法法典化的逻辑前提：理论共识与制度共性

在为中国经济法法典化寻找到最佳的边界范畴即以形式规范为主，以实质规范为辅，经济法法典化需要在此基础之上解决重要的逻辑前提问题即理论共识和制度共性问题。在经济法法典化理论共识层面，主要基于形式规范法律文本中的三大法律条款凝聚基本理论共识即从立法目的条款凝聚经济法目标宗旨理论共识；从适用范围条款凝聚经济法调整对象理论共识；从法律原则条款凝聚经济法基本原则理论共识，从而为经济法法典化解决核心的理论问题。在经济法法典化制度共性层面，主要基于形式规范法律文本中的四类法律条款归纳典型制度共性即从法律主体条款归纳经济法主体制度共性；从法律行为条款归纳经济法行为制度共性；从法律权义条款归纳经济法权义制度共性；从法律责任条款归纳经济法

^① 关于“提取公因式”立法技术的研究参见李建华、何松威、麻锐：《论民法典“提取公因式”的立法技术》，载《河南社会科学》2015年第9期，第49-58页。

责任制度共性，从而为经济法法典化解决关键的制度问题。在经济法理论层面凝聚共识，在经济法制度层面归纳共性，从而为中国经济法法典化进程奠定理论基础，提供制度路径。

（一）经济法法典化的理论共识：凝聚法律文本的基本理论共识

1. 立法目的条款：凝聚经济法目标宗旨理论共识

立法目的条款是绝大多数法律中所具备的法律条款，通常设置在法律文本中的第一条，主要运用“为了+特定目的，根据+特定法律，制定本法”的逻辑语句结构，旨在表达该部法律的精神宗旨和立法者的主要意图。研究立法目的条款对于提升立法技术，提高立法质量，促进立法科学化具有重要意义。^①就经济法而言，研究经济法的立法目的条款对于凝聚经济法目标宗旨的理论共识，推动经济法法典化的进程同样至关重要。^②基于中国经济法形式规范法律文本的实证分析，立法目的条款主要从两个视角展开即根据有无立法目的条款和有无“根据宪法，制定本法”条款将经济法律规范进行类型化分析。在 91 部经济法律规范中，仅有 10 部经济法律规范未设置立法目的条款，这些经济法律规范的共性在于均为税收调控法中的税收实体法，原因既可能出于提炼归纳缺乏理论和实践基础，又可能考虑到今后制定《税法总则》时再统一安排。^③不管出于何种原因，经济法法典化需要设置立法目的条款，这是沿袭经济法律规范立法惯例的考量。在 81 部经济法律规范设置的立法目的条款中，主要存在四种类型即规范型、加强型、保护型和促进型，不同类型的立法目的条款表述存在不同的逻辑结构，且在类型中存在层次递进式的关系，其立法目的有基本目标和最高目标的区分，前三种类型所指向的是经济法的基本目标，最后一种类型即促进型所指向的是经济法的最高目标。规范型立法目的条款主要是规范特定主体的行为、特定领域的活动以及特定市场的秩序；加强型立法目的条款主要是针对特定行业、领域和市场进行监督和管理，这两种类型的立法目的条款均体现了经济法消极规制性的特征。保护型立法目的条款所保护的主体既涉及特定主体的合法权益，又涉及各种类型的资源及环境；促进型立法目的条款既在宏观层面促进社会主义市场经济发展，又在微观层面促进特定行业发展，这两种类型的立法目的条款均体现了经济法积极规制性的特征。^④在 91 部经济法律规范中，仅有 7 部经济法律规范设置“根据宪法，制定本法”条款，其主要原因是所调整的对象均是宪法中所概括规定的，

① 关于立法目的条款的研究参见刘风景：《立法目的条款之法理基础及表述技术》，载《法商研究》2013 年第 3 期，第 48-57 页。

② 关于经济法立法目的条款的研究参见张玮：《经济法立法目的条款司法适用路径的考察与解释》，载《财经法学》2020 年第 5 期，第 119-131 页。

③ 针对税收实体法中部分经济法律规范未设置立法目的条款这一现象，有学者对此进行了研究。参见单飞跃、余德飞：《一元多层次税法立法目的体系的建构》，载《山西大学学报（哲学社会科学版）》2022 年第 1 期，第 121-129 页。

④ 关于经济法积极的规制性和消极的规制性特征的研究参见张守文：《经济法原理》，北京大学出版社 2013 年版，第 79 页。

故在制定经济单行法时出于遵从宪法的考虑加入这一条款,体现了经济法的合宪性以及经济宪法的内在要求。^①我国宪法第 15 条第 2 款规定“国家加强经济立法,完善宏观调控”,这表明从宪法的高度对于经济立法工作提出了要求,因此经济法法典化需要充分尊重宪法,不能与宪法相悖,故在立法目的条款中应当加入“根据宪法,制定本法”条款。综上,通过对经济法律规范的立法目的条款进行实证分析,凝聚所形成的经济法目标宗旨理论共识即“为了规范经济调制主体在市场经济活动中所实施的经济调制行为即宏观调控行为和市场规制行为,加强对经济交易主体在市场经济活动中所实施的经济交易行为的监督和管理,保护经济交易主体的合法权益,促进社会主义市场经济发展,根据宪法,制定本法。”

表 3 中国经济法的立法目的条款——凝聚经济法目标宗旨理论共识

有无立法目的条款	10 部经济法律规范(无)	城市维护建设税法、烟叶税法、车辆购置税法、企业所得税法、个人所得税法、契税法、车船税法、船舶吨税法、印花税法、资源税法
	81 部经济法律规范(有)	略
立法目的条款类型	23 部经济法律规范	规范型——规范+(特定主体)行为、(特定领域)活动、(特定市场)秩序
	28 部经济法律规范	加强型——加强+(特定行业、领域、市场)监督、管理
	43 部经济法律规范	保护型——保护+(特定主体)合法权益、(各种类型)资源、环境
	60 部经济法律规范	促进型——促进+(社会主义市场经济)宏观发展、(特定行业)微观发展
有无“根据宪法,制定本法”条款	7 部经济法律规范(有)	预算法、审计法、矿产资源法、土地管理法、全民所有制工业企业法、反食品浪费法、个人信息保护法
	84 部经济法律规范(无)	略

2.适用范围条款：凝聚经济法调整对象理论共识

适用范围条款是法律付诸运行实施的必要条款,该条款为一部法律设置了效力框架:从空间维度即境内还是境外进行法律适用,从客体维度即针对哪些客体进行法律适用。适用范围条款实际上是调整对象理论在具体法律适用过程中的集中体现,而从具体适用范围条款中也能够反向归纳总结调整对象理论。在 91 部经济法律规范中,仅有 18 部经济法律规范未设置适用范围条款,其原因既可能是立法存在的疏漏,又可能因为法律名称的标识性极为明显故未设置该条款,但是共计 73 部经济法律规范设置了适用范围条款,这表明设置适用范围条款是主

^① 关于经济法的合宪性以及经济宪法的研究参见单飞跃、徐开元:《“社会主义市场经济”的宪法内涵与法秩序意义》,载《东南学术》2020 年第 2 期,第 136-142 页。

流趋势。在 73 部设置了适用范围条款的经济法律规范中，基于类型化划分将其从四个层面进行了拆分归类，从而更加全面系统地进行实证分析。从适用范围条款位置分布来看，分为文首型即主要分布在文本前三条和文尾型即主要分布在文本后几条，但是绝大多数适用范围条款设置在第二条，紧随立法目的条款之后，这种设置主要是考虑到文首分布更能够清晰明确地表明该部法律的适用范围，从而有利于法律的实施。从适用范围条款空间适用来看，绝大多数经济法律规范在境内适用，仅有 7 部经济法律规范具有域外适用的效力，这表明经济法律规范境内适用是原则，域外适用是例外。《反垄断法》是典型的具有域外适用效力的经济法律规范，其目的是为了最大程度上发挥反垄断的功能，实现对排除、限制竞争行为的规制，维护国内的市场竞争秩序。从适用范围条款表述类型来看，主要根据其表述方式的不同将其划分为三种即适用型、遵守型和依照型，其中适用型表述占据绝大多数，但三者表述的逻辑结构基本一致，仅在适用一词上作出了不同的表述，这可能是立法层面逻辑用语欠缺严谨性导致的。从适用范围条款性质类型来看，主要根据其性质特征的不同将其划分为三种即一般适用型、排除适用型和转引适用型，其中一般适用型是原则，排除适用型和转引适用型是例外。排除适用型是针对特定的经济主体、行为、活动明确表明不适用该部法律，从而避免法律适用范围的错误。转引适用型是为了弥补该部法律可能存在不周延、不完善的问题，从而做出转引适用的规定。综上，通过对经济法律规范的适用范围条款进行实证分析，凝聚所形成的经济法调整对象理论共识即“在中国境内实施宏观调控行为和市场规制行为的经济调制主体以及参与市场经济活动实施经济交易行为的经济交易主体，适用本法。法律另有规定或特别规定域外适用的，从其规定。”

表 4 中国经济法的适用范围条款——凝聚经济法调整对象理论共识

有无适用范围条款	18 部经济法律规范 (无)	企业国有资产法、循环经济促进法、防洪法、乡镇企业法、中小企业促进法、反不正当竞争法、标准化法、节约能源法、邮政法、铁路法、民用航空法、农业技术推广法、农业机械化促进法、农产品质量安全法、反食品浪费法、烟草专卖法、资产评估法、进出口商品检验法
	73 部经济法律规范 (有)	略
适用范围条款位置分布	7 部经济法律规范	文尾型——主要分布在文本后几条——例：中国人民银行法第 52 条
	66 部经济法律规范	文首型——主要分布在文本前三条——例：政府采购法第 2 条
适用范围条款空间适用	7 部经济法律规范	境外型——境外行为、活动+影响境内——例：反垄断法
	66 部经济法律规范	境内型——在境内、领域内+主体、行为、活动——例：契税法

适用范围条款表述类型	44 部经济法律规范	适用型——特定主体、行为、活动+适用本法——例：森林法
	12 部经济法律规范	遵守型——特定主体、行为、活动+遵守本法——例：矿产资源法
	17 部经济法律规范	依照型——特定主体、行为、活动+依照本法——例：印花税法
适用范围条款性质类型	8 部经济法律规范	转引适用型——法律另有规定+适用其规定——例：反洗钱法
	7 部经济法律规范	排除适用型——特定主体、行为、活动+不适用本法——例：可再生能源法
	58 部经济法律规范	一般适用型——在境内、领域内+主体、行为、活动+适用本法——例：水法

3. 法律原则条款：凝聚经济法基本原则理论共识

法律原则既是一个法律部门价值理念的体现，又是一个法律部门规范体系建构中不可或缺的重要部分，同时能够弥补法律适用所产生的的弊端和不足。就经济法而言，经济法的基本原则对于经济法价值理念的贯彻和规范体系的建构具有重要作用。^①经济法学界关于经济法基本原则的理论研究成果众多，但是不同学者对于经济法基本原则的理解存在一定的差异，但是对于经济法基本原则的总结提炼所采取的标准已经形成基本共识即高度标准、普遍标准和特色标准。^②笔者试图通过对经济法律规范文本的实证分析，从具象化的经济法文本中总结提炼抽象化的经济法基本原则。在 91 部经济法律规范中，有无设置法律原则条款的经济法律规范在数量上基本是持平状态即 46 部经济法律规范设置了法律原则条款，未设置法律原则条款的经济法律规范为 45 部，这并非表明法律原则条款对于一部法律而言无关重要，而是源于法律原则总结提炼存在一定的难度。在设置了法律原则条款的经济法律规范中，从法律原则条款形式分类来看，仅 3 部经济法律规范采取的是列举型的形式即通过具体条文下设的“款”来依次说明法律原则，而 43 部经济法律规范采取的是概述型的形式即只通过单设条文形成的一句完整的逻辑语句进行概括，从其他部门法法律原则条款的设置来看，概述型的法律原则条款是主流。从法律原则条款表述分类来看，主要根据其表述方式的不同将其划分为三种即原则型、方针型和隐晦型，其中原则型表述占据绝大多数，而方针型和隐晦型是例外表述。三者表述的区别仅是最后落脚点词语的不同，方针型是以“方针”一词表述法律原则，而隐晦型是未使用“原则”或“方针”等词语，但是其逻辑结构和所表达的内容实质上是法律原则条款。从法律原则条款性质分类来看，主要依据其性质特征的不同将其划分为一般性法律原则和特殊性法律原则。一般性法律原则是法律自身所具备的最基本的原则如公平、公正、平等

^① 关于法律原则以及经济法基本原则重要性的研究参见史际春、邓峰：《经济法的价值和基本原则刍论》，载《法商研究》1998 年第 6 期，第 11 页。

^② 关于经济法基本原则总结提炼标准的研究参见张守文：《经济法基本原则的确立》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2003 年第 2 期，第 83-90 页。

以及其他部门法所独有的法律原则如民法的诚实信用原则，尽管在经济法律规范中也出现了诚实信用原则，但这绝对不是经济法的基本原则。^①特殊性法律原则在一定程度上是属于经济法特有的法律原则，但是这些法律原则表述并不严谨，甚至不属于严格意义上的法律概念，因此需要对其进一步总结提炼。统筹兼顾、综合治理、平衡实际上体现的是宏观调控和市场规制需要保持一种适度即调制适度原则；经济效益、社会效益、促进发展和效率体现的是在宏观调控和市场规制的过程中所追求的目标即调制绩效原则；生态效益和可持续发展体现的是经济发展过程中所必须遵循的绿色发展理念即绿色发展原则；公平竞争体现的是市场经济发展所必须遵循的客观法则即维护公平竞争原则；安全保障体现的是经济发展过程中面临各种风险挑战时遵循的底线思维即保障经济安全原则。综上，通过对经济法律规范的法律原则条款进行实证分析，凝聚所形成的经济法基本原则理论共识即“国家在社会主义市场经济发展过程中应当遵循调制适度、调制绩效、绿色发展、维护公平竞争和保障经济安全的原则。”

有无法律原则条款	45 部经济法律规范（无）	略
	46 部经济法律规范（有）	略
法律原则条款形式分类	43 部经济法律规范	概述型——例：海岛保护法
	3 部经济法律规范	列举型——例：农民专业合作社法、农业技术推广法、乡村振兴促进法
法律原则条款表述分类	32 部经济法律规范	原则型——特定主体、行为+应当遵循+具体内容+原则——例：政府采购法
	7 部经济法律规范	方针型——特定主体、行为+实行+具体内容+方针——例：水土保持法
	7 部经济法律规范	隐晦型——特定主体、行为+应当坚持、遵守+具体内容——例：长江保护法
法律原则条款性质分类	一般性法律原则	公平、公正、平等、自愿、诚实信用
	特殊性法律原则	统筹兼顾、综合治理、公平竞争、促进发展、经济效益、社会效益、生态效益、效率、平衡、可持续发展、安全保障

（二）经济法法典化的制度共性：归纳法律文本的典型制度共性

1. 法律主体条款：归纳经济法主体制度共性

法律主体是法律关系中至关重要的组成部分，而法律主体条款是一部法律的关键内容，离开了法律主体谈法律实施犹如空中楼阁。就经济法而言，经济法主

^① 有学者认为民法诚实信用原则的适用不囿于私法范畴，公法意义上的诚实信用有着其相对独立的内涵及其要求，参见卢代富、刘云亮：《诚实信用原则的经济法解读》，载《政法论丛》2017年第5期，第30-37页。

体制度是整个经济法制度体系中不可或缺的一环,是经济法得以正常运行的制度前提。在 91 部经济法律规范中,每部经济法律规范中都存在相应的法律主体条款,但是有 17 部经济法律规范中单章设置了法律主体条款,这更能反映出经济法主体制度的重要性。在整个法律主体条款中对于经济法主体的类型化规定主要分为两种类型即机关类法律主体和非机关类法律主体。在机关类法律主体中基于机关的性质将其划分为行政机关类和立法机关类,行政机关类经济法主体占据绝大多数,立法机关类经济法主体占据少数,仅仅在部分法律中有所涉及,这表明在经济法运行过程中行政机关才是推动法律实施的中坚力量。行政机关类下面又具体细分为四种类型即政府类、主管部门类、管理部门类、委员会类。政府类上至国务院下至乡镇政府,涵盖五级政府,这表明政府对于国家的经济发展发挥着宏观调控的作用。主管部门类和管理部门类实质上是没有什么本质区别的分类,只是法律文本表述不严谨导致的现象,二者均是一部经济单行法实施的重要主体,也是对调整对象实施统一监督管理的行政机关。委员会类的经济法主体基本上是多部门联合组成的非实体性机构,其在经济发展过程中发挥的决策和执行作用并不明显,例如反垄断委员会在反垄断工作中并未达到预期效果。在非机关类法律主体中,纳税人是负有纳税义务的单位和个人,其具有鲜明的经济法主体特色,但是仅仅分布在税收调控法中。企业是非机关类法律主体中重要的经济法主体,其分类主要是依据企业的所有制形式、规模和行业类型,但是企业作为典型的商事主体容易产生混淆,而经营者与企业具有内容的内在一致性,仅仅表述方式不同,因此“经营者”更适宜用作经济法主体,这样既能够区别于商法中的企业,又能够与典型的消费者这一经济法主体进行并列。行业协会作为特殊的经济法主体,既作为自治性的经济法主体规制着所属的行业,从而弥补政府和市场的失灵;又受到国家干预的指导,纠正其自身存在的不足。^①综上,通过对经济法律规范的法律主体条款进行实证分析,归纳所形成的经济法主体制度共性即单独设置“经济法律主体”一章,在该章下设三节即第一节经济调制主体(包括各级政府、各级政府下设管理部门);第二节经济交易主体(包括纳税人、经营者、消费者);第三节经济自治主体(行业协会)。

表 6 中国经济法的法律主体条款——归纳经济法主体制度共性

有无单章设置法律主体	74 部经济法律规范(无)	略
	17 部经济法律规范(有)	例:企业国有资产法——第三章国家出资企业;旅游法——第二章旅游者 政府采购法——第二章政府采购当事人;民用航空法

① 关于行业协会自治与国家干预之间关系的研究参见鲁篱:《论行业协会自治与国家干预的互动》,载《西南民族大学学报(人文社科版)》2006 年第 9 期,第 75-79 页。

		——第八章公共航空运输企业 审计法——第二章审计机关和审计人员；统计法——第四章统计机构和统计人员 电子商务法——第二章电子商务经营者；对外贸易法——第二章对外贸易法经营者 资产评估法——第五章行业协会；消费者权益保护法——第五章消费者组织
机关类法律主体类型	行政机关类	政府类——国务院、省、自治区、直辖市、县级以上地方、乡镇+政府
		主管部门类——税务、价格、商务、自然资源、农业农村、对外贸易+主管部门
		管理部门类——市场监督、食品安全监督、煤炭、电力、邮政+管理部门
		委员会类——货币政策、反垄断、食品安全、经济特区管理——委员会
	立法机关类	全国、本级+人民代表大会、常务委员会
非机关类法律主体类型	纳税人	例：负有（税种类型）纳税义务的单位和个人
	企业	例：全民所有制企业、中小企业、乡镇企业、外商投资企业、煤矿企业、邮政企业
	消费者	例：不同市场类型中的消费者
	经营者	例：电子商务经营者、广告经营者、旅游经营者、食品生产经营者
	行业协会	例：评估行业协会

2.法律行为条款：归纳经济法行为制度共性

法律行为是法律主体所实施的具有法律效果和法律意义的行为，其作为重要的法律概念向来是学者们着重研究的问题。在经济法之中，经济法主体实施的法律行为便是经济法律行为，在 91 部经济法律规范中，经济法的法律行为条款主要呈现章节集中分布的态势即法律行为条款集中汇编成单独的经济法律行为章节。中国经济法的法律行为条款主要存在六种类型化的法律行为即管理型法律行为、监督型法律行为、促进型法律行为、保护型法律行为、纳税型法律行为和经营型法律行为，前四种类型的法律行为是经济调制主体实施的经济法律行为即经济调制行为；后两种类型的法律行为是经济交易主体实施的经济法律行为即经济交易行为。管理型法律行为和监督型法律行为是经济调制主体所实施的消极性调制行为，其侧重通过管理、监督等方式对市场经济活动和经济交易主体进行消极

调整，其逻辑结构均体现为调整对象+管理、监督。促进型法律行为和保护型法律行为是经济调制主体所实施的积极性调制行为，其侧重通过促进、保护等方式对市场经济活动和经济交易主体进行积极调整，促进型法律行为主要采取促进、保障、激励、鼓励和扶持等措施来表述具体的法律行为章节，保护型法律行为根据其保护对象的不同分为四种即资源、环境、设施和权益。纳税型法律行为主要集中在税收调控法之中，主要是负有不同税种纳税义务的纳税人所实施的纳税申报和缴纳税款这种特定的经济法律行为，纳税型法律行为是经济交易主体在交易过程中无法回避且必须实施的法律行为，因为纳税人同样是经济交易主体中不可或缺的一部分。经营型法律行为是经济交易主体在其参与的不同市场经济活动中主要实施的法律行为，这种经营型法律行为涉及交易的双方即经营者和消费者。此外，经济法律主体中的经济自治主体如行业协会，其性质上属于自律性组织，其实施的经济自治行为同经济调制主体实施的经济调制行为具有一致性，且一般不实施经济交易行为。综上，通过对经济法律规范的法律行为条款进行实证分析，归纳所形成的经济法行为制度共性即单独设置“经济法律行为”一章，在该章下设三节即第一节经济调制行为（包括管理型、监督型、促进型和促进型四种经济法律行为）；第二节经济交易行为（包括纳税型和经营型两种经济法律行为）；第三节经济自治行为（同经济调制行为）。

表 7 中国经济法的法律行为条款——归纳经济法行为制度共性

管理型法律行为	20 部经济法律规范	调整对象+管理——例：外商投资法——第四章投资管理
监督型法律行为	9 部经济法律规范	调整对象+监督——例：计量法——第四章计量监督
	13 部经济法律规范	调整对象+监督管理——例：反洗钱法——第二章反洗钱监督管理
	19 部经济法律规范	调整对象+监督检查——例：价格法——第五章价格监督检查
促进型法律行为	6 部经济法律规范	调整对象+促进——例：对外贸易法——第九章对外贸易促进
	8 部经济法律规范	调整对象+保障措施——例：农业技术推广法——第四章农业技术推广的保障措施
	2 部经济法律规范	激励措施——例：循环经济促进法——第五章激励措施
	1 部经济法律规范	鼓励措施——例：清洁生产促进法——第四章鼓励措施
	4 部经济法律规范	扶持措施——例：农业机械化促进法——第六章扶持措施
保护型法律行为	12 部经济法律规范	资源保护型——例：森林法——第四章森林保护
	4 部经济法律规范	环境保护型——例：深海海底区域资源勘探开发法——第三章环境保护
	5 部经济法律规范	设施保护型——例：电力法——第七章电力设施保护
	4 部经济法律规范	权益保护型——例：农业法——第九章农民权益保护
纳税型法律行为	13 部经济法律规范	纳税人+申报缴纳——例：税收征收管理法——第二章第三节纳税申报

经营型法律 行为	9 部经济法律规范	调整对象+经营——例：煤炭法——第四章煤炭经营
-------------	-----------	-------------------------

3.法律权利义务条款：归纳经济法权利义务制度共性

法律权利义务即法律权利和义务是法律规范中的核心内容，对于法律主体实施法律行为提出了明确化的规定，即能为层面的权利和应为层面的义务。传统私法领域倾向于用权利义务来进行表述，而公法领域倾向于用职权职责来表述特定法律主体的权利义务，其大致可以理解为职权对应权利，职责对应义务。经济法作为典型的公法其主要采取的是职权职责的表述方式，但是经济法中涉及私法领域的法律主体多使用权利义务的表述方式，这也是经济法公法私法化的一种表现。在 91 部经济法律规范中，78 部经济法律规范中未单章设置法律权利义务条款，其采取的是单一条款的模式进行规定，有 13 部经济法律规范单章设置了法律权利义务条款，主要存在四种类型即职权型、职责型、权利性和义务型。从部门法的视角对法律权利义务条款进行实证分析，主要存在三种类型的法律权利义务即宪法权利义务、民法权利义务和经济法权利义务。宪法权利义务所涉及的法律主体是所有的经济法律主体，宪法赋予其批评、建议、控告、检举等民主权利，并要求其履行遵守宪法和法律的义务以及保密义务，这也是经济宪法在经济法权利义务制度中的生动体现。民法权利义务同样涉及所有的经济法律主体，因为经济法律主体受不同部门法的调整而承担着不同的角色，这也是经济法角色理论的体现。^①经济法律主体享有民法赋予的物权即占有、使用、收益和处分的权利等法定权利以及合同约定权利，同时履行相应的民法义务即合同约定义务。经济法权利义务是经济法主体享有并承担的核心权利义务，并且不同类型的经济法律主体的法律权利义务存在类型化区别。经济调制主体和经济自治主体享有经济法赋予的职权并履行经济法所设定的职责。经济调制主体的职权体现为宏观调控权和市场规制权，主要是从宏观和微观两个维度享有特定的经济法职权。经济自治主体的职权主要是自律监管权，这是经济法赋予诸如行业协会等经济自治主体最核心的经济法职权。经济调制主体和经济自治主体所履行的职责具有一致性即管理、监督等消极层面的职责以及保护、促进等积极层面的职责，其所指向的对象均为经济交易主体。经济交易主体享有经济法赋予的权利并履行经济法所设定的义务，经济交易主体因其由纳税人、经营者和消费者构成，故经济法权利具体体现为纳税人权利、经营者权利和消费者权利，至于具体的权利内容可以由经济单行法完善补充。纳税人、经营者和消费者所履行的经济法义务主要体现为依法纳税义务、依法经营义务和依法消费义务，具体的义务内容同样由不同的经济单行法详细设定，但是其共性在于依法，即经济交易主体实施的经济交易行为必须处在在经济法的法定框架之下。综上，通过对经济法律规范的法律权利义务条款进行实证分析，归纳所形成的经济法权利义务制度共性即单独设置“经济法律

^① 关于经济法角色理论的研究参见张守文：《经济法理论的重构》，人民出版社 2004 年版，第 347-348 页。

主体的权利（职权）和义务（职责）”一章，在该章下设五节即第一节经济法律主体的宪法权利和义务；第二节经济法律主体的民法权利和义务；第三节经济调制主体的职权和职责；第四节经济交易主体的权利和义务（包括纳税人、经营者和消费者）；第五节经济自治主体的职权和职责。

表 8 中国经济法的法律权利义务条款——归纳经济法权利义务制度共性

表 8 中国经济法的法律权利义务条款——归纳经济法权利义务制度共性		
有无单章设置法律权义	78 部经济法律规范(无)	略
	13 部经济法律规范(有)	职权型——例：预算法——第二章预算管理职权
		职责型——例：审计法——第三章审计机关职责
		权利型——例：消费者权益保护法——第二章消费者的权利
		义务型——例：反洗钱法——第三章金融机构反洗钱义务
宪法权义	宪法权利	经济法主体——批评权、建议权、控告权、检举权
	宪法义务	经济法主体——遵守宪法和法律的义务、保密义务
民法权义	民法权利	经济法主体——占有权、使用权、收益权、处分权、合同约定权利
	民法义务	经济法主体——合同约定义务
经济法权义	经济法职权	经济调制主体——宏观调控权、市场规制权
		经济自治主体——自律监管权
	经济法职责	经济调制主体——管理职责、监督职责、保护职责、促进职责
		经济自治主体——管理职责、监督职责、保护职责、促进职责
	经济法权利	经济交易主体——纳税人权利、经营者权利、消费者权利
经济法义务	经济交易主体——依法纳税义务、依法经营义务、依法消费义务	

4. 法律责任条款：归纳经济法责任制度共性

法律责任是法律运行实施的前提和保障，法律责任的概念本应是一个法理学概念，但是随着传统部门法的发展，法律责任概念在民法、刑法和行政法三大部门法中既成为立法者制定法律规范必不可少的法律术语，又成为部门法学者研究关注的重点课题。鉴于传统部门法悠久的发展历史，民事责任、刑事责任和行政责任的概念术语深入人心，这在某种程度上为三种法律责任的独立性提供了解释依据。随着改革开放和社会主义市场经济的发展，经济法应运而生，经济法作为年轻的部门法尚存诸多问题有待进一步研究，尤其对于经济法的法律责任独立性问题存在争议，以至于经济法学界在发展早期一直寻求证明经济法责任的独立性。^①实际上，任何部门法独立存在的客观现状已经能够证明部门法相应法律责

^① 关于经济法责任独立性的研究参见张守文：《经济法责任理论之拓补》，载《中国法学》2003年第4期，第13-24页；翟继光：《论经济法责任的独立性》，载《当代法学》2004年第4期，第50-56页；汪莉：《论经济法责任的独立性》，载《政治与法律》2007年第3期，第147-151页。

任的独立性，这也是从常识主义立场出发所得出的结论。^①研究经济法的法律责任问题需要对名称表述问题达成一致，但是从现有的研究来看，对于这一名称存在不同的表述，诸如经济责任、经济法律责任、经济法责任等。^②笔者基于 91 部经济法律规范进行实证分析发现在经济单行法中主要使用“法律责任”统一表述，其他部门法中的单行法同样使用这一表述，《民法典》中则使用“民事责任”来进行表述。因此，基于现有经济单行法的立法术语表达习惯和《民法典》法典化的规范表述，经济法的法律责任表述为“经济法律责任”更为合适，这既沿袭了经济单行法的立法习惯，又体现了经济法部门法的形式外观，同时是法理学抽象性法律责任在特定部门法中的具象化。经济法的法律责任名称表述确定之后，便是对其概念定义明确化。笔者结合前文对经济法主体、行为和权义制度的实证分析，归纳总结经济法律责任的概念定义为“经济法律主体实施（积极作为或消极不作为）经济法律行为时，滥用职权或权利，违反职责或义务而应当根据经济法律规范的规定承担相应法律责任形式的法律后果。”在 91 部经济法律规范中，71 部经济法律规范中单章设置法律责任条款，14 部经济法律规范未单章设置法律责任条款，但零星设置了单一法律责任条款，主要原因在于这些经济法律规范多为促进型经济法，其立法目的在于促进调整对象的发展而非为其设定严苛的法律责任。6 部经济法律规范既未单章设置法律责任条款，又未设置单一法律责任条款，主要原因在于这些经济法律规范多为“一税一法”的税收实体法，其法律责任条款由税收程序法即《税收征收管理法》统一规定。从法律责任形式（或称法律责任形态）的角度对经济法律责任条款进行类型化，会发现经济法的法律责任形式体现出复合性和多元化的特征即这些法律责任形式也是传统部门法的法律责任形式，同时这些法律责任形式呈现多元化的形态，包括财产责任、行为责任、声誉责任、资格责任和职务责任。笔者认为，法律责任形式不应由某一部门法独占，法律责任形式和部门法的法律责任之间并非是“一对一”的关系，而应当是“多对多”的关系，法律责任形式汇集形成的规范群可以通过不同的排列组合方式而被某一部门法在法律制定和实施环节使用，任何部门法都可以共享法律责任形式汇集形成的规范群，但是这并不意味着某一部门法不能具有特殊性或个性化的法律责任形式。例如，在财产责任中，取消或停止特定经济交易主体的政策优惠便极具经济法的特色；在行为责任中，为了惩罚特定的经济交易主体，禁止期从事特定经济活动同样是经济法特有的法律责任形式。综上，通过对经济法律规范的法律条款进行实证分析，归纳所形成的经济法责任制度共性即单独设置“经济法律责任”一章，在该章下设五节即第一节财产责任；第二节行为责任；

① 关于从常识主义立场理解经济法责任制度的研究参见焦海涛：《经济法责任制度再释：一个常识主义立场》，载《甘肃政法学院学报》2016 年第 3 期，第 45-58 页。

② 参见杨紫烜：《国家协调论》，北京大学出版社 2009 年版，第 405-406 页。

第三节声誉责任；第四节资格责任；第五节职务责任。

有无单章设置法律责任	71 部经济法律规范(有)	单章设置法律责任——例：价格法
	14 部经济法律规范(无)	未单章设置法律责任，有法律责任条款——例：中小企业促进法
	6 部经济法律规范(无)	未单章设置法律责任，无法律责任条款——例：烟叶税法
法律责任形式	财产责任	罚款、罚金、滞纳金、赔偿损失、国家赔偿、取消或停止政策优惠
	行为责任	责令改正、责令拆除、责令停止违法行为、责令停产停业、责令停业整顿、责令停止相关业务、责令停止垄断行为、没收违法所得、恢复原状、强制消除障碍、有限禁止从事特定职业、终身禁止从事特定职业、禁止从事特定经济活动、拘留、自由刑
	声誉责任	赔礼道歉、通报批评、列入不良行为记录名单、纳入信用记录并公示、取消荣誉称号
	资格责任	吊销机构营业执照、吊销人员资格证书、降低资质等级、撤销登记
	职务责任	警告、记过、降级、撤职、开除

(三) 经济法法典化的逻辑整合：理论共识奠基，制度共性主导

通过对 91 部经济法律规范进行实证分析，凝聚经济法的理论共识并归纳经济法的制度共性，从而为经济法法典化解决了逻辑前提问题。基于上述形成的理论和制度层面的逻辑前提即理论共识层面的经济法目标宗旨、经济法调整对象和经济法基本原则以及制度共性层面的经济法主体制度、经济法行为制度、经济法权义制度和经济法责任制度，如何在经济法法典化的过程中进行逻辑整合，从而实现最优解至关重要。笔者认为，目标宗旨理论，调整对象理论和基本原则理论所凝聚的共识应当成为经济法法典化的第一章排名前三的法律条款，从而对整个经济法法典化发挥着奠基作用。主体制度、行为制度、权义制度和责任制度所归纳的共性应当成为经济法法典化第二章、第三章、第四章、第五章的法律章节，从而对整个经济法法典化发挥着主导作用。

理论共识	目标宗旨理论	第一章	基本规定	第 1 条	立法目的条款
	调整对象理论			第 2 条	适用范围条款
	基本原则理论			第 3 条	基本原则条款
制度共性	主体制度	第二章	经济法律主体	第一节	经济调制主体
				第二节	经济交易主体
				第三节	经济自治主体
	行为制度	第三章	经济法律行为	第一节	经济调制行为
				第二节	经济交易行为
				第三节	经济自治行为
	权义制度	第四章	经济法律主体的权利(职权)和义务(职责)	第一节	经济法律主体的

					宪法权利和义务
				第二节	经济法律主体的 民法权利和义务
				第三节	经济调制主体的 职权和职责
				第四节	经济交易主体的 权利和义务
				第五节	经济自治主体的 职权和职责
	责任制度	第五章	经济法律责任	第一节	财产责任
第二节				行为责任	
第三节				声誉责任	
第四节				资格责任	
第五节				职务责任	

四、经济法法典化的体系构造：通则概括与总则统领

中国经济法法典化的逻辑前提问题解决之后，便需要直面经济法法典化的最后一个关键问题，也是经济法学界存在争议的问题即经济法法典化的体系构造问题。尽管不同的经济法学者对于经济法法典化的体系构造问题存在不同的理解，但是从中国法典化的路径依赖视角来看，主要还是参照借鉴民法法典化的体系构造，但是这并不意味着完全照搬照抄民法法典化的路径模式。民法的法典化历经《民法通则》——《民法总则》——《民法典》三步走的战略，这是法典化体系构造演变的生动写照。民法法典化耗费了大量立法资源和人力物力并汲取古今中外民法典研究的实践经验最终编纂形成一部《民法典》。鉴于经济法现阶段立法资源、立法技术和学界共识等条件尚未成熟的客观现状，经济法法典化不宜直接选择《经济法典》这种体系构造，而应当从《经济法通则》和《经济法总则》二者之间综合衡量进行选择。

（一）经济法法典化的通则概括：制定概括性的《经济法通则》

经济法法典化的第一种体系构造是制定概括性的《经济法通则》，首先需要明晰“通则”二字的概念含义。“通则”并非是一个法律专业术语，“通”表示其所覆盖的范围，“则”表示其核心内容即原则或规则，“通则”顾名思义便是一般性或者是共通性的原则或规则。中国目前立法实践中仅有《民法通则》这一部法律使用“通则”作为法律名称表述的组成部分，究其原因在于 20 世纪 80 年代中国处于由计划经济向市场经济过渡的特殊时期，民事活动繁荣发展的现状要求民事立法作出回应。鉴于立法资源和立法技术等客观原因的影响，《民法典》未能面世，制定一部涵盖民事活动中共通性问题的基本单行法则成为了权宜之计。《民

法通则》的立法定位实际上是放弃了编纂《民法典》而选择单行法的模式，^①这并非民法法典化的应有之义和路径依归，反而是特殊时代背景之下的立法产物，其并不具有普遍指导意义。此外，之所以最终使用《民法通则》的表述还和当时立法机关决策层的个人提议和集体研究有着密切关联。^②就《经济法通则》而言，有学者认为其立法定位在于规定经济法的基本原则和基本制度，同时规定经济法的主要具体制度。^③有学者基于这一立法定位提出了详细的《经济法通则》（学者建议稿），并在目录中采取“总则编——分则编——附则编”的体系，其中总则编规定经济法的基本规定和基本经济制度，在分则编规定经济法详细且具体的法律制度。^④然而，这种立法定位实际上采取的是《经济法典》的编纂思路，其逻辑思维和覆盖范围与编纂《经济法典》几无区别，仅在法律名称表述上存在差异。

笔者认为，制定概括性的《经济法通则》需要解决两大核心问题：第一，经济法边界范畴的划定问题即将哪些单行法纳入到《经济法通则》的总则编和分则编之中作为“提取公因式”的样本范围，避免将其他部门法的单行法归纳入经济法之中造成部门法的混同；第二，经济法体系结构的厘清问题即经济法具体子部门法或具体法律制度应如何通过类型化和层级化的梳理编排形成一个逻辑自洽的体系，从而防止《经济法通则》的分则编在法律适用过程中产生逻辑混乱和矛盾冲突的问题。就现有的研究现状来看，上述两大核心问题实际上并未真正形成共识，这无疑给《经济法通则》的制定带来极大的难度。毕竟当年《民法通则》发挥的是“小民法典”的功能作用，如果《经济法通则》要承担“小经济法典”的功能作用，那便是欲戴皇冠，必承其重，必然会面临编纂《经济法典》所带来的巨大难度。此外，如果《经济法通则》分则编得以独立成编，那么与分则编具体法律制度对应的经济单行法如何处理？如果全部废止，那么大量经济单行法规规范群构筑的经济法大厦会行将崩塌，甚至在某些领域因分则编笼统的概括性规定产生法律漏洞，造成法律空白的风险；如果继续保留，那么在经济法实施过程中处理《经济法通则》和大量经济单行法之间的适用问题则会耗费大量的法律解释资源。最后，之所以不主张完全沿袭民法法典化的路径去推动经济法法典化即制定一部通则类的法律，其原因在于二者发展基于的法律规范背景不同。《民法通则》的制定是建立在无任何民事单行法的背景之下，诸如《合同法》《物权法》等主要的民事单行法均未出台，《民法通则》可以在这种无法律适用冲突的自由背景之下从无到有般地诞生，无须解决《经济法通则》制定所面临的两大核心问

① 参见柳经纬：《民法总则不应是〈民法通则〉的“修订版”》，载《法学》2016年第10期，第5页。

② 参见顾昂然：《新中国民事法律概述》，法律出版社2003年版，第11页。

③ 参见史际春、邓峰：《经济法总论》，法律出版社2008年版，第171页。

④ 参见程信和：《适时制定〈经济法通则〉：中国现代法治发展之历史大势》，载《经济法研究》（第22卷）北京大学出版社2020年版，第12-15页。

题。《经济法通则》的制定是建立在近百部经济单行法所形成的庞大法律规范群基础之上,如此庞大的法律规范群在某种程度上体现了经济法部门法在中国特色社会主义市场经济中的重要地位,同时也是经济法学者从事经济法学术研究的天然富矿,但是对于《经济法通则》这种法典化的体系构造而言,无疑产生了一种规范障碍,制约了《经济法通则》这种体系构造的发展。

(二) 经济法法典化的总则统领:建构统领性的《经济法总则》

经济法法典化的第二种体系构造是建构统领性的《经济法总则》,何为“总则”即发挥统领性或总揽性作用的原则或规则,相比较于“通则”,“总则”不追求全面具象的细线条,而是着重于统领抽象的宽轮廓。与此同时,与非法律专业术语的“通则”相比,“总则”则是一个典型的法律专业术语。从法律名称表述的角度来看,民法使用“总则”作为法律名称表述的组成部分所制定的《民法总则》为经济法法典化提供了实践支撑。尚未实现法典化进程的诸如经济法外部维度的行政法则明确采取《行政法总则》的体系构造推进行政法法典化进程,^①经济法内部维度的税法则选择采取《税法总则》的体系构造推进税法法典化进程,^②这为经济法法典化使用“总则”作为法律名称表述的组成部分提供了理论参照。从法律章节设计的角度来看,无论是近百部经济单行法中基本上在第一章使用“总则”来设计统领整部法律的规则和制度,还是其他部门法具体的单行法中同样在第一章使用“总则”来设计相应的规则和制度。上述均表明“总则”相较于“通则”更宜作为法律名称的表述方式。

就《经济法总则》而言,其立法定位主要在于通过对中国经济法形式规范即经济单行法中具象化的规则进行抽象化的归纳总结,从而形成统领性的核心规则对经济单行法进行宏观层面的指导,以期为整个经济法的实施提供主心骨般的规范指引。与此同时,《经济法总则》的立法定位还体现在为今后《经济法典》总则编的编纂提供规范蓝图,从而减少《经济法典》编纂的难度,转而将重心向分则编即经济法具体法律章节和法律制度的建构倾斜。鉴于《经济法总则》的立法定位与《经济法通则》不同,故《经济法总则》的建构不用解决制定《经济法通则》必须面临的核心问题,但不可否认《经济法总则》的建构同样存在难度。通过前文对中国经济法法典化逻辑前提的探寻,所凝聚并归纳形成的理论共识和制度共性恰恰和建构《经济法总则》的立法定位相吻合,基于经济法法典化的逻辑前提建构《经济法总则》会使得立法工作的难度相对降低,更容易在较短的时间内利用有限的立法资源促成经济法的法典化。此外,为何《经济法通则》不能参照《民法通则》的路径模式而《经济法总则》可以参照《民法总则》的路径模式,

^① 参见章志远:《中国特色行政法法典化的模式选择》,载《法学》2018年第9期,第92-94页。

^② 参见施正文:《税法总则立法的基本问题探讨——兼论〈税法典〉编纂》,载《税务研究》2021年第2期,第94-103页。

这主要在于《民法总则》是基于数十部生效实施的民事单行法并结合“提取公因式”的立法技术建构而成，而《经济法总则》恰恰符合这种条件背景，唯一存在区别的是经济单行法比民事单行法在数量规模上更庞大，这就使得《经济法总则》比《民法总则》的建构要耗费更长的时间和精力，需要考察的文本范畴更加广泛。然而，这并不能表明通过构建《经济法总则》推进经济法法典化进程是一项错误的选择，毕竟民法的发展时间更加悠久，积累了大量的研究成果并形成了诸多理论共识，经济法作为年轻的部门法正在茁壮成长，我们应当给予其足够的时间、耐心和包容，静待经济法法典化之花的绽放。

（三）经济法法典化的体系选择：通则概括不宜，总则统领适宜

通过对经济法法典化两种体系构造即制定概括性的《经济法通则》与建构统领性的《经济法总则》分别进行研讨，我们可以发现尽管这两种体系构造存在不同的立法定位和逻辑思维，但是二者殊途同归，其最终目的一致即推动中国经济法法典化的进程。然而，我们需要立足中国经济法现有的发展现状以及经济法法典化的价值初衷，综合衡量选择经济法法典化的体系构造即通则概括不宜，总则统领适宜，主要存在三点原因。其一，制定《经济法通则》比构建《经济法总则》更具难度，需要耗费更多的立法资源和时间精力，更难凝聚学界共识，尤其在各个部门法均在致力于实现法典化的时代背景之下，构建《经济法总则》是一条行之有效的路径。其二，制定《经济法通则》比构建《经济法总则》更易破坏现有经济单行法规群群的稳定性，造成不同领域的经济单行法在实施过程中与《经济法通则》之间矛盾冲突的加剧，从而违背经济法法典化的价值初衷即更加科学有效地通过推进经济法法典化促进经济法的运行实施进而促进社会主义市场经济的发展。其三，制定《经济法通则》比建构《经济法总则》更易打破不同经济法律主体长期在经济单行法调整之下所形成的利益格局，损害部分经济法律主体的合法利益，致使部分经济法律主体守法遵从度的弱化，甚至引发其抵触情绪。

五、结论：立足于中国经济法规群理性推动法典化

身处法典化时代的不同学者致力于推动实现其所在部门法法典化的进程，近些年如火如荼的法典化论证研讨犹如春秋战国时期的诸子百家论道争鸣，这无疑对于中国法治建设的发展以及法典化事业的推动发挥着积极的促进作用。就经济法学界而言，尽管不同经济法学者对于经济法法典化的体系构造存在不同的理解，但是学术主张无好坏对错之分，基于不同立场、视角和方法所形成的观点只要能够自圆其说便存在一席之地。

笔者认为，基于实证分析的研究范式并考虑到中国立法资源的分配现状和中国经济法形式规范和实质规范的分布格局，在短期之内编纂《经济法典》无疑是

感性之举。中国经济法法典化应坚持三步走的理性路径：第一，基于中国经济法形式规范和实质规范划定经济法法典化的最佳边界范畴并基于此凝聚理论共识并归纳制度共性。第二，基于理论共识和制度共性构建《经济法总则》，在《经济法典》未编纂出台之前形成以《经济法总则》为核心，以中国经济法形式规范即近百部经济法律规范为主导，以中国经济法实质规范即数百部经济行政法规为辅助的中国经济法规范群，从而发挥《经济法典》的实质功能。第三，基于中国经济法规范群长期运行的实践经验，不断完善经济法运行论存在的不足，在时机成熟之际理性编纂《经济法典》。目前我们处在经济法法典化第一步迈向第二步的过渡时期，未来我们将长期处在经济法法典化的第二步，至于第三步的实现终将是时间问题。笔者坚信，在经济法学界努力化解分歧，凝聚共识，戮力同心之下，中国经济法法典化必将是长风破浪会有时，中国《经济法典》必然会直挂云帆济沧海。

经济法法典化进路：“双向路径”下的渐进式体系化

王小雪*

内容提要 随着环境法、行政法、知识产权法等部门法“法典化”准备工作的开展，经济法法典化提上日程。但是，法典形式的封闭性、稳定性与经济法“回应性品格”存在天然冲突，加之经济法理论薄弱、法律规范分散化、核心概念界定与转化存在问题，经济法法典化必然无法“毕其功于一役”。应当以实事求是的态度逐步推进经济法法典化进程：首先，凝聚经济法基础理论共识，制定“经济法总则/通则”，保持内部体系的开放性；再对单行法律规范进行理论提炼与立法统合，最终实现“双向路径”下的经济法法典化与体系化。

关键词 经济法法典化 经济法基础理论 统合立法 渐进式体系化

“经济法法典化”问题历经四次讨论而搁置后，伴随着《民法典》实施一周年与行政法、环境法、知识产权法等多部门法“法典化”呼声日益高涨，“经济法法典化层次、形式与路径”问题再次进入大众视野。如果确有必要对经济法律规范进行统合，必须立足于经济法基础理论共识与单行法立法现实，渐次推进经济法法典化进程。一味以建构主义与理性主义思维追求“逻辑至上”的法典化，势必会陷入“科学主义”^①的理论窠臼，限制经济法法典化的方法论与进程。

一、法典化之维：经济法理论与实践的悖反

（一）法典化应然逻辑：逻辑理性背后的封闭性与稳定性

在比较法领域，《德国民法典》的编纂思路与体例受到概念法学派理论的影响，主张以“编纂概念”的位阶构造为基础，将法律规范归纳为一个整体，使之成为体系。其目的与方法为：将说明对象的特征进行取舍与提炼，在该过程中，可经由“特征”（die Merkmale）之取舍，塑造各种不同程度的抽象概念，并进而利用将抽象程度较低的“下位概念”涵摄于“上位概念”的方法，最后将所有的法律概念上链到最上位的概念^②。此种“依靠形式逻辑的推演”便能科学解答法律问题的“概念金字塔式”体系，通过“概念涵摄”的文义解释与体系解释使得法律规范成为一个封闭运行的体系，法学具有如自然科学般严谨自洽与稳定的品格，自然伴随着核心概念与基本框架的稳定性。20 世纪大陆法系国家法典几经重构，但核心框架与体系始终保持基本稳定，法典的稳态为社会安定提供法制基

* 王小雪，山西财经大学硕士研究生，北京市东卫（太原）律师事务所实习律师。

① 参见章忠民：《确定性的寻求与本质主义的兴衰》，载《哲学研究》2013 年第 1 期，第 32 页。

② 参见黄茂荣：《法学方法与现代税法》，北京大学出版社 2011 年版，第 86 页。

础^①。

(二) 经济法的实然品格：实践基础上的开放性与回应性

从社会现实与经济发展角度讲，随着数字经济的发展与平台的出现，传统的经济治理手段受到挑战。经济法作为回应现实关切的法律，坚持以“问题域”为立法导向，调整对象具有现实性、多样性与复杂性，调整手段随之具有灵活性与适应性。在此背景下，“软法”的出现体现了数字经济背景下经济法治治理手段的多样性与国家治理能力的进步，如宏观调控领域的奖励性规范、中介组织的自律性规范与市场监管领域的指导性规范^②，“硬法”不再是社会治理的唯一手段，“国家中心主义”模式下“硬法”的不周延性与滞后性被“软法”的灵活性、共治性与回应性弥补。正如实用主义法学所认为的，法律经历了从“压制型法→自治型法→回应型法”的转变^③。另外，经济法的回应性品格或许与其并非有固定的分析框架有关，与民法、刑法、行政法既成的逻辑框架与分析思路相比，经济法对具体问题的调整与治理采取“具体问题具体分析”的方式回应现实关切。

从刚性经济规则对市场经济介入的影响来看，奥地利学派著名学者、市场经济的推崇者哈耶克曾言：机会的发现与利用、资源与投资的引导是通过充分的竞争、自发的秩序实现的，而人为制定政策目标来规划经济走向——使社会事务有序化从而追求共同目标的做法夸大了人类的有限理性^④。现代立法理念要求立法者从全知全能的理性人转向法律的发现者^⑤。当然，哈耶克并非“无政府主义”的拥趸，他旨在强调政府制定规则的作用仅仅在于为充分竞争提供良好的社会环境，而非利用规则干预竞争。经济法作为国家实施经济管理职能的产物，首要做到在尊重市场配置资源优先性的基础上回应市场无法解决的问题，强调其敏锐性与灵活性、回应性与开放性。

二、现实困境：多元因素阻碍经济法法典化

(一) 理论之维：经济法基础理论共识阙如

《民法总则》作为《民法通则》的进一步抽象、规范与提炼，对民法的宗旨、原则、法律主体、法律行为、法律责任等基本要素进行了规定，为经济法基础理论部分的研究提供良好研究范式经济法确可效法其研究思路对经济法本体论、

① 参见[秘鲁]玛丽亚·路易莎·穆里约：《大陆法系法典编纂的演变：迈向解法典化与法典的重构》，许中缘、周林刚译，载《清华法学》2006年第2期，第68-69页。

② 参见顾功耘：《经济法教程》，上海人民出版社，2013年第3版，第41页。

③ 参见[美]P.诺内特、P.塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，季卫东、张志铭译，中国政法大学出版社2004年版，第127页。

④ 参见[英]弗里德里希·奥古斯特·冯·哈耶克：《哈耶克文选》，冯克利译，河南大学出版社2015年版，第163-173页。

⑤ 参见[奥]尤根·埃利希：《法社会学基本原理》，叶名怡、袁震译，九州出版社2007年版，第146页。

价值论、运行论与规范论^①内容如经济法宗旨与原则、经济法主体、主体的权利与职权（责）、经济法责任进行规定。但此一部分存在较大争议，就经济法的原则而言，学者们认为应当包括“经济民主原则、可持续发展原则、效率优先兼顾公平原则、国家经济安全原则”、“有效调制、社会利益、经济安全原则”、“资源优化配置原则、国家适度干预原则、经济公平原则”等原则。就经济法主体而言，又产生了“纵向主体是否应该包括地方政府”与“横向主体是否应当包括立法与司法机关”的争议。至于经济法责任，虽有“建立并行于三大责任的经济法责任”、“从受损利益出发重配责任资源，构建定性定量分析的经济法责任”、“固有责任、援用责任”、“惩罚性赔偿制度”等诸多论述，但并未受到实践的关注。实践当中多采用行政责任与民事赔偿相结合的方式，似乎可以实现经济法的“规范、教导、惩罚”目的，这一“权宜之计”淡化了建立经济法责任的必要性与紧迫性，导致实践中被“边缘化”。经济法法典化的完成，必然要求对上述问题达成最基本的共识，形成经济法上最基本、最一般的“法理”^②，但目前的基础理论观念的分野让法典化进程举步维艰。

此外，没有明确统一的分析框架与评价标准成为经济法法典化的另一障碍。民法以法律行为为逻辑框架，串联主体资格、意思表示效力、法律责任等内容。刑法从“四阶层”到“两阶层”的演变始终围绕“犯罪行为”与“刑罚”展开。行政法中的“行政主体+行为合法性”研究对象贯穿始终。对经济法而言，过于分散的调整对象与回应性特质带来经济法分析方法论的匮乏与逻辑框架的缺失。“具体问题具体分析”在不同场域中往往牵涉当事人利益、群体利益、制度利益与公共利益的衡量，我们无法用哲学上的统一标准对异质利益与原则进行标准化衡量，实践当中往往依靠行政机关或司法机关的法律解释与自由心证对当事人的行为作出评价，“利益衡量本质上是一种主观行为，主观性本质极易造成法解释的恣意。”^③

（二）现实之维：经济法法律规范体系庞杂

我国现代经济立法起源于 20 世纪 70 年代末期，随着经济体制转型而迅速发展，这个时期的经济立法紧紧围绕经济体制改革和对外开放进行。1993 年以后，随着改革开放的进一步深化，国家围绕推进改革开放和建立社会主义市场经济法律体系框架颁布了大量法律法规^④：财政法方面的《预算法》《审计法》；税法方面的《税收征收管理法》；金融方面的《中国人民银行法》《商业银行法》；市场竞争方面的《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》《产品质量法》等一系列经

① 参见张守文：《经济法的立法统合》，载《学术界》2020 年第 6 期，第 50 页。

② 焦海涛：《经济法法典化：从“综合法”走向“整合法”》，载《学术界》2020 年第 6 期，第 55 页。

③ 梁上上：《利益衡量论》，北京大学出版社 2021 年 7 月版，第 115 页。

④ 漆多俊，冯果：《经济法学》，武汉大学出版社 2004 年版，第 35 页。

济单行法。截至 2022 年,我国经济法已颁布了 81 部^①的经济单行法,涵盖了经济关系的各个方面,社会主义经济法律体系基本形成。但是,从法律规范的外部逻辑来讲,由于立法时间跨度长、经济基础变动大等因素,导致经济法规范数量众多、形式散乱;研究领域各自为政,缺乏体系化和有效统合,治理领域存在交叉或空白。乍看似乎是一个种类齐全、多种治理手段并存的规范体系,但细看并非能理出一以贯之的概念或逻辑。从内部体系的价值贯彻与目的规范上讲,同一子部门法中,不同单行法秉持不同的立法理念,导致价值分化与秩序混乱,法律实施与适用过程中出现偏移,违背社会共识与群众的法感情,有损法律的权威性。

(三) 语言之维:基本概念存在界定与转化障碍

这一分析角度从实证主义解释出发,通过语义分析的实证解释,探求经济法专业语言与“借用概念”在运用时的转化与衔接。经济法法典化语言应当具备清晰、专业和稳定的特征。然而,经济法基本概念内涵与外延界定不清与“借用概念”转化不足成为经济法学学科语言存在的两大问题。

霍兰德认为权利的要害与结构中,人、物、行为是权利中的恒定现象和不变元素^②,权利概念是法律关系概念,法律关系有三项要素即法律关系的主体、法律关系的形式与法律关系所指向的行为^③。法律概念的形成来源于对上述三个要素的抽象,正是这些各不相同的概念、范畴所形成的别具一格的体系,构成了部门法形成的标志^④,一般而言,利用概念进行部门法的界定基本都属于正面概括。但是从历史发展角度看,经济法是民法、行政法、刑法等传统法律部门按照“核心范畴+边缘范畴”取得自身调整范围之后,剩余的需要法律调整的社会关系的补集。逻辑学上通常不允许以否定判断来定义一个概念,虽然这样的定义是周延的,但却很难归纳出其核心范畴,因而缺少内涵^⑤。

“借用概念”缘起于民法之于税法的“先在性”^⑥。纳税义务的产生前提是纳税人从事了民事活动(进行了民事法律行为)并从中获利,事实关系的依从性即民事法(民事法事件)相对于税捐法(事件)的先在性^⑦,由此构成税法对民法法律概念类型的共享。坚持延用“借用概念”的民事法含义还是对其进行经济法“改造”,这不仅涉及到法秩序安定统一与平等课税、税捐正义的利益衡量问题,更关涉部门法之间的协调与衔接,影响法律适用效果与经济法的独立性。虽然学术界存在“独立说”、“民事概念优先说”、“融合说”等分歧,但无论何种类

① 《现行有效法律目录(292 件)》,载全国人民代表大会中国人大网,<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202204/d221d65dc57f4c649886c15257cf8634.shtml>,2022 年 5 月 24 日访问。

② See Thomas Erskine Holland, *The Elements of Jurisprudence*, Oxford University Press, 1917, p.91.

③ 王涌:《私权的分析与建构:民法的分析法学基础》,北京大学出版社 2020 年版,第 123 页。

④ 薛克鹏:《经济法基本范畴研究》,北京大学出版社 2013 年版,第 1-3 页。

⑤ 潘越:《经济法法典化的法律语言之维》,载《广西政法管理干部学院学报》2021 年第 6 期,第 25 页。

⑥ 本处以民法与税法之间的关系进行论证。

⑦ 参见前注②,黄茂荣书,第 297 页。

型的改造都能看到民事法的“影儿”。比如，税法与民法中对“住所”一词的规定充分体现了私法概念对税法的影响。根据我国《民法典》第 25 条的规定，自然人住所地的判定遵循“户籍登记/其他有效身份登记→经常居住地”的判断标准，即“先形式主义后实质主义”的评价流程。税法关于“住所”的规定同样充分体现了形式主义与实质主义的融合，“在中国境内有住所的个人，是指因户籍、家庭经济利益关系而在中国境内习惯性居住的个人”。从这个规定可以看出，税法上的“住所”判定既有如户籍这样的形式主义因素，也有如家庭、经济利益关系等实质主义的因素。

三、原因分析：理论、权责、价值面向的审视

（一）理论反思：经济法对民法与行政法内容继受过多

民法以“民事法律主体”对经济法主体制度的影响最为显著，体现在经济法主体理论对“权利能力理论”的继受与改良方面。第一，有学者提出“权利能力理论”的两种含义：一为抽象意义上的权利能力，指“享受权利，成为民事主体的资格”；一为具体意义上的权利能力，指“享受某一特定权利，成为某类特定的民事法律关系主体的资格”^①。对应地，经济法权利能力也可以分为抽象意义与具体意义上的权利能力，前者表明经济法主体在法律上受到无差别的对待，后者须经具体部门法的资格确认才能够确保经济法参与到经济法律关系当中。第二，从调整对象上讲，有些社会关系在法律调整之前业已存在，法律的作用是“确认”而非“发现”，“权利能力”属于经济法与民法领域共同关注的话题，证明同一个法律客体可以由不同部门法进行调整。第三，民法按照“是否能够独立支配特定利益并承担财产责任”为标准，将民事法律关系主体划分为法人与自然人。在经济法领域，通过抽象类型化方式将经济法主体概括为内层主体、外层主体、弱势群体^②的同时，并不排斥民法当中的自然人与法人概念。综上，从分析框架的借鉴、调整对象的重叠与主体类型范围的交叉来看，经济法主体理论受到民法的诸多影响。

“经济行政法”的提法起源于二十世纪八十年代，计划经济盛行时期。受前苏联法学的思想，“经济行政法”强调通过计划手段管理经济，强化国家对经济的介入力度。经济法的调整主体、调整手段甚至调整范围等都作为行政法的附庸而存在，故而经济法被认为是行政法的一个分支，没有独立的法律地位。虽然随着经济法独立部门法地位的确立与行政法核心范围的确定，经济法与行政法之间

^① 参见尹田：《论自然人的法律人格与权利能力》，载《法制与社会发展》2002年第1期，第126页。

^② 内层主体比如法人或组织的组成机构，外层主体如政府间、企业间的组织群，弱势群体如消费者、妇女、老人、儿童等，这些主体都享有经济法上的权利能力。

的界限愈发清晰,但是尚不能解释诸如经济法中存在的行政机关的行政执法、经济法律责任中的行政责任以及经济法律纠纷解决中的行政复议、行政诉讼等问题。^①从经济法的实施来讲,^②税务机关负责税收核定、稽查、征收与违法行为的处罚,财税法本属于经济法子部门法,却由于没有自己独立的执法机构而不得不“借力”行政机关进行税务执法。另外,司法机关在税收救济中的作用远不及税务机关,也凸显了经济法实施过程过度倚赖行政机关的问题。从经济法责任来讲,经济法是否有必要且能够构建属于自己的责任体系存在很大争议,实践当中税法上的责任多为对税务行政机关工作人员的行政处分与对纳税义务人的行政处罚。经济法基础理论的薄弱与实施机构的匮乏导致其不得不借助行政法的力量进行发展。

(二) 权责错配: 执法机关权责交叉

经济法的实施带有较大的行政色彩,重点体现在执法机关方面。传统三大诉讼程序的不足和行政实施的优势决定了现代经济法的主要实施途径是行政实施。^③依靠行政机关实施宏观调控与市场规制等法律规范司空见惯,执行机关的混同不仅造成了经济法在执行层面的“行政化”,更影响了经济法与行政法在执行、责任层面的界分,行政机关权责混乱直接影响到调制领域立法的统合。在 2018 年机构改革之前,国家工商行政管理总局、国家质量监督检验检疫总局、国家食品药品监督管理总局在职能上有诸多相近之处,在实际工作中常常出现多头执法的局面。譬如一个经营饭馆,需要分别向工商、质检、食品监管等不同部门申报、接受检查,不仅推高执法成本,也加重企业负担。2018 年机构整合后,国家市场监督管理总局的设立也推动了一批法律规范的整理与规范。^④

(三) 价值导向: 忽视经济法^⑤特有的规范目的与正义理念

从法律实质论来讲,经济法调整并保护社会公共利益,^⑥这一利益不同于国家利益或者个人利益。随着经济社会的发展,某些弱势群体的利益开始受到经济法的关注,经济法在保护社会公共利益的同时也开始采用“扶弱抑强”的治理方式将弱势群体的利益上升到社会层面进行保护。以税法为例,“税收法律关系性质争论”起源于德国。Otto Mayer 主张的“权力关系说”认为“纳税义务发生时间”以税务机关的税收核定为前提,税收法律关系是典型的权力关系,强调国家在法律关系中对人民的优越地位,强调税收中的命令服从,以行政权力为核心构

① 参见刘剑文、魏建国:《也论经济法和行政法的关系》,载《华东政法大学学报》2003 年第 5 期,第 28 页。

② 本处以税法相关规定进行解释。

③ 薛克鹏:《经济法司法实施困境及体制创新》,《法学论坛》2017 年第 5 期,第 22 页。

④ 《国务院机构改革方案解读:一场前所未有的整合》,载中国经济网,http://www.ce.cn/xwzx/gnsz/gdxw/201803/22/t20180322_28575417.shtml,2022 年 5 月 29 日第一次访问。

⑤ 本部分以税法为例进行论述。

⑥ 参见前注①,王涌书,第 59 页。

筑税法体系，维护权力的优越地位并漠视税收实体法的价值。^①目前学术界认可“税收债务关系说”认为纳税义务发生时间以税收债务产生时点为准，税收债务的发生不以行政核定为前提，此学说从税收实体法角度提供了一种权力制约机制，强调纳税人与国家之间的平等地位，注重纳税人权利救济与保护。^②前者之所以被学术界逐渐抛弃，恰因其违背了税法“纳税人权利保护”的功能与理念，未能体现人民主权理论与宪法中对公民财产权、人格尊严、监督权等的保护。

由于民事法律关系在事实构成、要素依存、概念共享方面对税收法律关系具有“先在性”，税法不可避免地援用民法概念，“借用概念的转化”直接涉及到税法解释问题。任何概念都有其特定的时间、空间、情景、对象与话语前提，我们只有把握其形成的语境，才能理解最初人们使用这一概念的目的及其所指。^③此处举一正向范例：在台湾法上，当决定就遗产课征遗产税，便有必要为防止利用无偿给予规避遗产税，但无偿给予行为并不限于赠与，故税法需要扩张民法上“赠与”的范围，使之包含一切将“自己之财产无偿给予他人，经他人允受而生效力之行为”^④主要包括无偿免除债务、以不显著代价让与财产、以自己的资金无偿为他人购置财产等行为。在赠与的情境中，利用拟制与目的解释的方式实现了税法另一功能与规范目的即国家税收债权的保护。

四、困境纾解：“双向路径”下的渐进式体系化

（一）经济法基础理论：求同统合，开放包容

针对前述经济法原则、主体、责任以及方法论的歧见，应当在“求同存异”的基础上“提公因式”，促进经济法基础理论部分的“统合性立法”，制定“经济法通则（或总则）”。统合性立法是“同一种理念之下多样化认知的统一性”，^⑤具体方式是完成内外部体系的架构与整合：前者要体现经济法的价值一贯与价值导向，后者要体现纵向与横向形式逻辑的完整。具体而言，内部体系的构建要特别注重存在于法律规范中的法律宗旨、法律原则、价值目标，注重将伦理与实用价值键入法律体系，结合社会与制度共识进行体系建构，实现价值一贯与利益衡量。外部体系纵向形式逻辑层面，应当形成“宪法→经济法→单行法规与政策文件等下位法”三层次的权利细化设置与主体赋权，将宪法中公民财产权、监督权、知情权等权利的保护具象化为经济法中纳税人的财产权保护、消费者的监督权、知

① 参见刘剑文：《税法基础理论》，北京大学出版社 2004 年版，第 64 页。

② 参见前注⑦，刘剑文书，第 56 页。

③ 薛克鹏：《经济行政法理论探源——经济法语境下的经济行政法》，载《当代法学》2013 年第 3 期，第 124 页。

④ 根据台湾地区《遗产及赠与税法》第 4 条第 2 项的规定：本法称赠与，指财产所有人以自己之财产无偿给予他人，经他人允受而生效力之行为。

⑤ See Immanuel Kant, Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl., Riga: Hartknoch Verlag, 1787, S. 860.

情权等实际权利。在“是否应当赋予县级政府经济管理职权”当中，不应固守“对经济进行宏观调控的主体应当具有一定层级”的看法，应当从公共物品供给效率理论与直接民主角度来理解，地方政府能够更直观、高效、贴切地反映人民的需要，应当承认基层政府的经济法主体地位。对下应处理好与政策、行政法规之间的关系，避免下位法规定与之冲突。外部体系横向逻辑层面，经济法应处理好与其他部门法如民法、行政法等法律部门的关系，避免规范冲突或空白。其例证为行政责任与经济法责任“难舍难分”的窘境——法律责任的划分应当与部门法确立依据相区别，前者坚持“利益与社会关系站位”，从受损利益与社会关系出发对责任资源进行重新配置，^①后者则从调整对象出发进行部门法划分。利益与调整对象的不冲突性表明传统部门法虽然“率先占有”了财产责任、行为责任等责任资源，但不意味着经济法责任中不可以包含前述责任形式。

价值理念的获取总依赖于一定的社会条件与认知思维，故为了使法律能够满足不断发展之生活与规范变动的契合性，法律体系必须是开放、动态的而非封闭的，关键在于保持内部体系中价值理念与基本原则的开放性，体现在新的法律原则与价值的接纳，动态性体现在原则与价值之间的调和、互动与演变，直至最后带来法律的修正、制定与废止，以呼应社会变迁的需求。可通过经济法原则来实现此目标，经济法原则与其他经济法规范相比最具有灵活性，可以通过明确核心原则、基本原则、一般原则等方式将经济法原则进行“稳态排序”，由内向外经济法原则对社会的回应性越强，开放性越高，具有“因时而变”的特性。

（二）子部门法与单行法：理论提炼，统合层次

目前我国现行经济法单行法 70 余部，调整范围十分广泛。面对体量庞杂的单行规范性文件，应当对不同规范“提取公因式”并确定“政策、行政法规→法律”的进路进行单行法统合。

从规范论的角度看，第一，立法统合涉及主体结构，需要经济法的主体理论提供理论支撑。第二，立法统合牵涉对多种行为的规范，离不开行为的类型化，需要经济法行为理论的有效指导。第三，立法统合需对经济法主体复杂的职权与职责、权利与义务进行重新配置，对此可从经济法权义结构理论的视角展开解析。第四，立法统合还涉及责任制度的调整，需要从经济法责任理论的视角加以评价。综上，主体理论、行为理论与责任理论是经济法单行法规则提炼的重点，对上述内容的总结直接影响相关立法的架构和内容，因此，需要不断增进相关理论共识，以为各类立法统合提供更为充分的理论支撑。^②

另外，需要确定单行法“向上统合”的层次与幅度。以税收立法统合为例，经过在税法体系中，由行政法规（条例）升格为法律的，首先是在 1992 年 9 月，

^① 参见陈婉玲：《经济法责任的归责原则》，载《政法论坛》2010 年第 6 期，第 163-164 页。

^② 参见张守文：《经济法的立法统合：需要与准备》，载《学术界》2020 年第 6 版，第 50 页。

《税收征收管理暂行条例》以《税收征收管理法》的形式上升为法律。而第一部由行政法规上升为法律的税种单行法，则是 2007 年 3 月完成立法的《企业所得税法》，但其税制并非完全的是以《企业所得税暂行条例》平移立法，还综合了《外商投资企业和外国企业所得税法》。2011 年 2 月，《车船税法》完成了立法程序，成为了第一个完全由行政法规《车船税暂行条例》以平移方式升格为法律的税种单行法。由此开始，将税收行政法规（暂行条例）以平移方式升格为法律，成了税收立法的基本模式。时至 2021 年 6 月，烟叶税、船舶吨税、车辆购置税、耕地占用税、资源税、城市维护建设税、契税、印花税这八个税种已相继完成了立法工作，连同前述的个人所得税、企业所得税、车船税、环境保护税，共有十二个税种已经制定了法律，也就是已有十二部税收单行法，另有一部税收程序法《税收征收管理法》，共有十三部税收法律。从税收立法统合的经验来看，将行政法律规范升格为法律是单行法律规范立法统合的可行之策，子部门法层次的立法统合既不会出现抽象程度过高而涵摄不足的情况，也不会因抽象程度过低而失去灵活性。

（三）总结：摒弃完全法典化的理性主义，实现动态体系化

由于学术积累与域外法参照对象的缺失，经济法法典化或说体系化必然不是一蹴而就的，对上这涉及凝聚理论共识，对下涉及到单行法规的提炼与整合。“冰冻三尺非一日之寒”，必须放弃短期内完全实现法典化的思路，正视经济法基础理论薄弱、经济法律规范庞杂的现实，建立“双向路径”的渐进式体系化与法典化逻辑，分别实现经济法基础理论层面与单行法规层面的“凝聚共识，统合立法”。待理论共识形成时可考虑制定“经济法通则（或总则）”，同时待子部门法统合工作基本上推进至“法律”层面，才有可能进一步考虑完全的体系化与法典化，制定《经济法法典》。

五、结语

法典是部门法体系化的最高层次。^①在经法法典化的过程中，必然经历理论共识凝聚与单行法向上统合的前置过程。未来在“两端统合立法”完成的基础上，需要考虑《经济法法典》的内容选择、调整范围与体例设计、统合层次等问题，这不仅考验立法者对法律体系的架构的逻辑能力，更考验其能否将立法技术、社会制度、利益衡量、历史积累等因素进行融合。实现《经济法法典化》任重道远，还需后辈共同努力。

^① 薛克鹏：《法典化背景下的经济法体系构造——兼论经济法的法典化》，载《北方法学》2016 年第 5 期，第 107 页。

经济法典的适度渐进之路

刘帅*

内容提要 民法典的出台开启了我国法典化时代的序幕,经济法应当把握时代契机以实现自身的更好发展。传统法典化路径与经济法的需求之间有着稳定性与开放性、理性演绎与问题导向、高度共性与彰显个性的对立。在此背景下,通过考察域外经济法立法以及法典编纂的经验,我国或可以适度、渐进、动态的方式实现经济法的法典化。即在路径上以形式性法典化为出发点,逐步迈向实质性法典化;在形式上采用“法典+单行法”的体例进行编排,并注重对内容的整理以强化法典的经济法属性。

关键词 经济法 法典化 渐进式 “法典+单行法”

法典化是成文法的最高形式,是实现部门法体系化的最为有效的形式。在过去三十多年间,学界先后掀起过几次关于经济法法典化讨论的热潮。随着经济法学科地位的确立,理论的逐步成熟和法治实践的不断深入,新时期经济法法典化的诉求早已从 20 世纪 80 年代的应对《民法通则》颁布,争取经济法的独立地位转变为提高经济法立法质量、优化经济法体系的理性选择^①。

在法典化时代已然来临的当下,我国经济法学界在要不要法典化的问题上已基本达成共识,但是在法典化的名称、形式、进度安排、体例结构等方面还存在较大分歧,如在名称方面,就先后出现过“经济法典”、“经济法纲要”、“经济法通则”、“基本经济法或经济基本法”等主张^②。在法典化形式和进度安排方面,除少数学者主张直接法典化以外,也有“子部门法典化”^③、“渐进式体系化”^④、“分步编纂经济法典”^⑤等间接法典化的方案。但不论以何种方案实现经济法的法典化,仍有许多理论障碍和现实问题需要解决。

一、现实困境：法典化与经济法之间的冲突

* 刘帅,甘肃酒泉人,河北大学法学院硕士研究生。

① 焦海涛:《经济法法典化:从“综合法”走向“整合法”》,载《学术界》2020年第6期,第60页。

② 我国在1963年3月,有学者起草过《中华人民共和国经济法(草案)》,但亦未能进入立法层面,参见:何勤华:《20世纪外国经济法的前沿》,法律出版社2002年版第586页;持“经济法纲要”观点的主要有杨紫烜、李德庆、刘文华等学者;持“经济基本法或基本经济法”观点的主要有李昌麒、袁达松、朱成林等学者;持“经济法通则”观点的学者主要有程信和、姚海放、叶姗等学者。

③ 薛克鹏:《法典化背景下的经济法体系构造——兼论经济法的法典化》,载《北方法学》2016年第10期,110页。

④ 刘凯:《法典化背景下的经济法统合性立法》,载《法学》2020年第7期,第108页。

⑤ 程信和、曾晓昀:《经济法典:经济法集成化之历史大势》,载《政法学刊》2021年第1期,第98页。文章主张分步实现经济法法典化,即在《经济法通则》与《经济法典》之间,先行编修《经济法总则》,待时机成熟再编纂《经济法典》。

受到传统大陆法系的影响以及我国历史上法典编纂的传统,我国学界对于采用“法典编纂”作为经济法体系化的形式似乎是一种“下意识”的路径选择。法典化的基本价值追求在于以一种简明的方式来表达法律,消除传统法律的复杂性特征,进而增强法律的体系性。由此,法典化应当具备体系性、完备性、稳定性的特征。法律的民主化进程要求公民、组织能够有效查找、理解和运用法律,以更好地维护其权利,为此就要求对法律的简化和体系化,以消除法律主体“找法”的困难。可以说,体系性是法典化的核心特征,法典化不是将该部门法律规范进行简单汇编,而是要形成结构合理,逻辑自洽的部门法体系结构。受建构主义思想的影响,自然法学派倾向于采用演绎推理的方式寻求对法律体系的构建。从最基本的公理出发,直到最末端的细节,所有自然法的语句都应当依照无漏洞的演绎方式推论出来^①。这种方成为了后来大陆法系法典化编纂的基本路径。法典化追求的完备性是指法典应当尽可能包含其所涉领域的所有规范,而不是在该领域与其他特别立法共存。法典化之所以追求完备性,是在于“法典化”的成功通常有赖于一定的时代机遇。“我们可以看到,最伟大的法典编纂无一不是对重大政治、社会或技术变革的回应,它们通常发生在革命或是国家独立之后”^②。正因如此,为把握好“法典化”的时代机遇,立法者会尽可能将相关领域的法律规则纳入法典之中,以求“毕其功于一役”,最大化法典化过程中的收益^③。但法典的完备性与体系性之间又存在某种意义上的抵牾,过度追求完备性可能会导致法典内部体系上的不足乃至是冲突,而对体系性的追求又不得不牺牲一定的完备性。法典的稳定性则是指法典应当是一套精密完备且普适稳定的法规范体系,以确保其所构建的法秩序能够稳定、永久地存续下去。法的安定性要求法在形式上须具有稳定性。即便是现代的开放性法律结构体系,为保证法的安定性,在形式上亦需保证实定法的尽可能稳定和不轻易变更,更别说作为体系化终极形式的法典,为维护其体系性则对其自身的稳定性有着更高的要求。

伴随着我国治国方式经历从建构主义到演进主义的嬗变,经济法逐渐摆脱国家本位主义的影响,向着社会本位发展,市场规制和宏观调控取代经济计划成为经济法新的核心。经济法的发展也始终是在回应市场经济水平高速发展背景下层出不穷的经济问题。由此体现了经济法问题导向式立法、回应式立法的特征。

从上文对法典化和经济法的特征分析中不难看出,传统的法典化路径与作为第三法域现代法的经济法^④之间至少存在着以下三方面的对立:其一:法典所要求的稳定性与经济法天然的开放性之间的对立。法的安定性和维护法典自身纯粹

① 弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥,黄建辉译,三联书店 2006 年版第 315 页。

② 让·路易·伯格:《法典编纂的主要方法和特征》,郭琛译,载《清华法学》2006 年第 2 期,第 25 页。

③ 石佳友:《解码法典化:基于比较法的全景式观察》,载《比较法研究》2020 年第 4 期,第 25 页。

④ 李昌麒、甘强:《经济法与社会法关系的再认识——基于法社会学研究的进路》,载《法学家》2005 年第 6 期,第 48 页。

体系性的要求决定了法典有保证自身稳定性的需求,不能被任意修改。同时法典编纂作为一种特殊的立法活动,对其自身条件以及外部的社会条件都有着较高的要求,法典编纂无法频繁进行。因而传统的法典化方法难以兼容经济法开放性立法的特点。其二,传统法典化的理性演绎与经济法问题导向式立法之间的对立。人和社会生活变动不拘,而传统法典化坚持遵循理性演绎的立法方法,在人的有限理性下难以周密预见市场经济的变化。此外,倘使法典尽可能地涵盖市场经济的各种变化,法典就须尽可能的抽象,而过度抽象的法典会因为规定过于模糊、无法确切解释而丧失实际适用的能力,或者出现法官“向一般性条款逃逸”^①的情况。其三,传统法典编纂的高度共性与经济法彰显个性之间的对立。任何一部法典的出台,都是特定时代下内外部条件共同作用的产物,是各种学说、力量博弈以及利益取舍的过程。而法典则是在折衷与调和基础上的统一,带有强烈的牺牲个性、寻求共性的色彩。而经济法所涉的不同领域在理念、制度、调整方法等方面存在明显的差异,具有强烈的个性色彩。对此,要在经济法领域用搭建概念金字塔的方法构建的法典化方法既存在极高的难度,也会面临过度抽象而不切实际的质疑。

那么,既然经济法的法典化是必需且必要的^②,如何在传统法典化与经济法之间存在上述理论背反的情况下创新经济法的法典化路径就成为当下经济法法典化准备工作中亟待解决的问题。

二、经验借鉴:以德国经济基本法和瑞典、法国环境法典为蓝本

(一) 德国经济基本法“不完全总则”的立法技术选择

德国《经济稳定与增长促进法》(以下简称《促进法》)于 1967 年制订,历经二战后第一次全面经济危机的德国政府为巩固社会主义市场经济,提出了“稳定物价、充分就业、经济增长、外贸平衡”四大宏观调控目标,整部法律更像是一种“总则”“纲要”式的立法表达。检视《促进法》的法律文本,不难发现其中并不包含有市场规制性质的规定,即便是长于抽象归纳的德国,也仅在该部法中将宏观调控进行了整合。这是否反映出对于经济法来说,执着用一部法律涵盖庞大的经济法体系是困难且没有必要的工作^③。此外,考察《促进法》背后的立法技

① 石佳友:《民法典与法官裁量权》,载《法学家》2007 年第 6 期,第 59 页。

② 参见杨紫烜:《建立和完善适应社会主义市场经济体制的法律体系与〈经济法纲要〉的制定》,载《经济法研究》2001 年第 2 期,第 14 页。编撰经济法典第二研究小组,梁中鑫:《我国编撰经济法典的评估》,载《南开大学学报(社会科学版)》2015 年第 1 期,第 19 页。张守文:《经济法的立法统合:需要与可能》,载《现代法学》2016 年第 3 期,第 64 页。叶姗:《再议制定经济法通则的必要与可能》,载《人大法律评论》2016 年第 3 期第 318 页。程信和,曾晓鸣:《经济法典:经济法集成化之历史大势》,载《政法学刊》2021 年第 1 期,第 93 页。

③ 甘强:《体系化的经济法理论发展进路——读〈欧洲与德国经济法〉》,载《政法论坛》2018 年第 5 期,第 153 页。

术,可以清晰地发现其所采用的立法技术与传统大陆法系典型的“潘德克顿”法律体系及其立法技术存在着显著区别。《促进法》并未遵循传统大陆法系构建概念逻辑金字塔的模式,而是采用一种更为开放的立法技术,通过授予政府相当的权力,使得政府能够在市场经济发生状况时迅速反应,相机决断,及时采取措施以保持经济稳定;同时《促进法》还打破了传统法律实体法与程序法二分的立法安排,通过实现程序与实体的交融,以服务立法的四个目标。不同于民法,经济法的产生与发展伴随着社会治理和市场经济的进步而不断发展,内容庞杂、范围宽泛,且各个子部门间有着更高的区分度,囿于用精确无比的经济法术语、名词、概念构建整个经济法的逻辑体系既无必要,也难免流于形式,反而导致经济法内在体系的封闭性。

(二) 瑞典、法国环境法典“法典+单行法”并存的法源体系

虽然域外可供参考借鉴的经济法法典化经验寥寥无几,但可尝试从其他部门法法典化的经验中找寻启示。如瑞典、法国环境法典的制订。一方面,瑞典与法国都是因为本国的环境法体系存在立法膨胀、规范冲突、权力扩张等现实问题^①,急切需要通过法典化来实现环境法体系的系统、协调、有序,这与我国现阶段经济法法典化的现实需求不谋而合。另一方面,环境法与经济法有着本质联系和近乎相同的理论基础,二者重叠和交叉处甚多^②。因此,借鉴他国环境法的法典化经验未尝不是一种选择。

瑞典和法国环境法典化有着两大经验。其一是在其所采用的适度法典化的编纂安排。适度法典化指的是在进行法典编纂时,尽量使得法典保持适度的弹性,以保证法典在保持权威性的同时还能够兼具开放性与灵活性。“适度”意味着法典编纂要保持灵活性和适应性,逐步提高法典编纂的程度^③。此种法典化模式是分阶段、渐进式的,不追求包罗万象的法典,降低法典编纂的目标,从而降低难度,尽快地整合部门法律资源,提高部门法律的适用效率,降低适用成本^④。适度法典化在形式上则采用“法典+单行法”的模式,以法典为主,以单行法为辅,法典用以规定较为基础与原则的法律规范,而单行法一般是在法典无法将其囊括其中时才加以制定。适度法典化弥补了“传统法典灵活性较差、传统单行法过于碎片化”的缺陷,将二者的优点与长处融合了起来^⑤。毋庸置疑的是,这种做法有利于实现法典和其他单行法的有效衔接,从另外一个角度而言,则体现了法典的开放性,是法典发展到当下回应时代需求的体现。其二则是其选择的“形式编纂

① 莫菲:《法国环境法典化的历程及启示》,载《中国人大》2018年第3期,第53页。郭瑶帅:《瑞典环境法法典化对我国的启示》,载《环境与发展》2020年第2期,第2页。

② 薛克鹏:《法典化背景下的经济法体系构造—兼论经济法的法典化》,载《北方法学》2016年第5期,第111页。

③ 郭瑶帅:《瑞典环境法法典化对我国的启示》,载《环境与发展》2020年第2期,第2页。

④ 张梓太、陶蕾、李传轩:《我国环境法典框架设计构想》,载《东方法学》2008年第2期,第32页。

⑤ 朱炳成:《形式理性关照下我国环境法典的结构设计》,载《甘肃社会科学》2020年第1期,第18页。

为主，实质编纂为辅”的法典化路径。形式编纂源于美国的法律“汇编”或“重述”活动，在普通法国家中更为常见，但随着两大法系的相互交流融合，传统大陆法系国家也开始采用这种法典编纂形式。诸如瑞典和法国这样的传统大陆法系国家，在进行环境法典编纂时，也未将其制订成像传统民法典一样逻辑严密、结构紧凑的实质性法典，而是依据环境法自身特点与发展的实际需要，务实地选择了定位较低的形式性法典。放弃对法典高度确定性的追求，而是通过授权准用等方式以赋予法典开放性。同时，两国也并未完全放弃创新因素，而是对环境法的基本原则和一些环境刑法的规定进行了改进与革新，初步实现以形式化为主，以实质化为辅的法典化。形式法典化使得瑞典和法国的环境立法在很短的时间内实现了从分散走向内部的统一与协调，并在相当程度上解决因环境法律法规由于立法时代的不同、理念的不同所导致的凌乱状态。

三、路径选择：渐进与适度的法典化进路

在传统法典化的经验逻辑难以适用于我国经济法的法典化需求时，合理安排一种经济法的法典化路径，创新经济法法典的形式以契合经济法灵活、开放的部门法特点或许是一种值得讨论和努力的方向。

（一）从形式到实质的渐进式法典化

形式性的法典编纂因其更像是一种对现行立法的“简单汇编”而不为大陆法系法学界主流观点所接纳。如法国在 19 世纪下半叶的法典化浪潮中有相当数量的法典因采取了形式化编纂的方式就招致惹尼等法学家强烈抨击这些法典“毫无创造性灵感”，只是局限于“为了避免法律含混不清、不确定和彼此矛盾；避免其中不必要的细枝末节的规定和毫无益处的内容膨胀”^①。诚然，实质性的法典编纂在增强经济法的独立地位、完善经济法的体系构造、简化经济法的使用等方面有其优势。但对于经济法来说，如何保证其开放性和回应性才是保持其生命力的基本要求。传统大陆法系泾渭分明的部门法划分受到了大量来自跨部门法争议案件的挑战，对于同一个法律关系，不同的法律部门可能给出相竞争的评价，导致法律规则适用的不确定和法律原则在评价上产生矛盾，使得实质化法典编纂寄希望于构建完备的、高度体系化的法典构造以保障法律安定性的目的彻底落空。此外，实质性的法典编纂还存在其他问题：随着市场经济问题的愈加复杂化，经济法典的适用效果会逐渐弱化，难以准确和有效应对新的问题；当法典难以适应市场经济的新变化时，就会在法典之外进行了大量的特别立法。这些特别立法以异质于法典所确立的一般规则和价值理念对原属于法典调整的特定领域和案件

^① 让·路易·伯格：《法典编纂的主要方法和特征》，郭琛译，载《清华法学》2006 年第 2 期，第 17 页。

类型进行调整,并最终在法典之外形成了独立运行的“微系统”^①。特别立法在范围和程度上的不断扩张会逐步加剧“解法典化”现象,使得法典逐步沦为空洞,甚至成为法律适应社会发展变化的阻碍。

在某一领域内,对于法律的适用全部按照法典的规定来进行,排除其他一切形式的法律渊源,这种理想化的法典编纂模式既难以实现,又与经济法的特质存在抵牾。此外,一个法律部门要实现法典化,除了要有一定的立法、司法实践经验外,还应当有成熟的理论作为基础。虽然我国经济法理论研究成果丰硕,但仍然缺乏能够支撑学科建设并成为整个法学界共识的基础理论。因此经济法从单行法到基本法再到实现完全的法典化不可能存在一个“毕其功于一役”的路径,需要分阶段来进行。对于现阶段的经济法来说,对于内在体系性的实质需求要远高于对于“法典”形式性外观的需求。经济法法典化的过程意义大于结果意义,更重要的是通过这一过程对经济法规范体系、理论体系进行一次梳理与升华,借助此次契机,推进经济法部门法建设和学科建设。因此,我国在进行经济法法典化时,应当采取渐进、动态、适度的法典化模式,在法典化之初可以采取形式化编纂为主,辅以一定的实质性编纂,结合社会现实、立法需求、法典的体系化水平分阶段对法典化水平进行提升,并逐步迈向更高层次的法典化。

(二) 经济法典与单行法共存的法源体系

法典编纂的过程实际上是对单行法进行体系化整合的过程,这就需要对相应法律规范进行抽象归纳以“提取公因式”。如前所述,将经济法领域内所有的法律规范全部整合到经济法典中既无必要,又因经济法各子部门之间高度的“分散性”特点而给“提取公因式”的工作带来了极大困难。此外,经济法各个子部门之间的体系化水平参差不齐,如强行将其统合到一部法典之中,难免出现层次上的不协调和体系上的混乱。法典化的完备性与法典体系性之间天然的存在抵牾,而法典与单项法共存的法源体系或许能够对这种矛盾进行调节。将经济法的核心领域及主要法律规范纳入经济法典中,按照合理结构进行编排,将不宜或暂时不宜纳入经济法典的部分以单行法的形式存在,共同构成完整的经济法法律体系。同时,结合适度、渐进的形式化编纂路径,也可将处在不同层次体系化的子部门法的法典化进程进行个别安排,即暂以单行法形式继续存在,待条件适合再将其统合进经济法典之中。单行法便于新增、修改、废除的特点方便了立法机关及时对新兴经济问题和社会现实的回应,此种安排不仅不会损害经济法典的权威地位,反而更能增强经济法的适用性与可操作性。但要注意的是,一方面,为了实现法典与单行法之间的良性互动,应当合理设置二者之间的接口,通过“明确授权”、“设置衔接”等方式实现二者间的有效互动。另一方面,也应避免单行法过

^① 瞿灵敏:《从解法典化到再法典化:范式转换及其中国启示》,载《社会科学动态》2017年第12期,第9页。

多而出现的经济法典被架空的“解法典化”现象，保证经济法典始终处于体系的核心地位，从注重经济法典的权威性、稳定性出发，及时梳理法律体系，将条件成熟的单行法纳入经济法典，修废不合时宜的规范。

形式性法典编纂并不意味着完全简单汇编经济法领域法律规范，在进行形式性经济法典的编纂时，也应当辅以一定的实质性编纂手段，对纳入经济法典的规范进行相应的梳理和清理，使之与经济法的价值宗旨、基本原则相适应，与内外其他规范相协调。此外，法典编纂还应当坚持部门法标准，在法典编纂过程中，注重对内容的整理。对于虽然规定在经济法律规范内，但又不具有经济法性质的法律规范，应当及时将其分割出去；对于虽然在规定上与其他部门法存在竞合的经济法律规范，但实际上是基于不同部门法的目标而恰巧出现了竞合，由于内容本身就是经济法性质的法律规范，则可以在将其整合进经济法典的同时与调整该行为的其他法律规范做出区分并相互配合^①，以达到对该行为的全面评价与规制。

四、结语

在两大法系交流融合的大背景下，或许我国经济法的体系化之路会如上所言，在渐进、适度的法典化路径安排下以大陆法系法典化，混合英美法系“松散式、联邦式”的特质，综合两大法系的优秀基因。毕竟经济法在其研究过程中已经展现出强烈的混合法特质，在财税法领域以德国为蓝本，在市场规制领域则以英美规制理论为借鉴。因此，在经济法的法典化过程中也可以继续发扬这种“混合”优势，以法典为引领，辅之以单行法，并在法典与单行法之间形成良性互动。以一种更加契合当今法律多元化、经济法特征的形式来更加游刃有余地应对现代高风险社会所经常出现的“黑天鹅”“灰犀牛”事件，最大化地释放经济法治的治理效能。

^① 焦海涛：《经济法法典化：从“综合法”走向“整合法”》，载《学术界》2020年第6期，第62页。

经济法法典化进程中的困境及出路

陈易佳*

内容提要 多年来经济法以问题为导向的立法产生了许多经济单行法和经济法规，经济法律法规“量”上的发展开始逐渐转向对经济法律法规“质”的要求。对于经济法法典化的探讨，是经济法理论付诸实践的前奏。法典化既可以经济法内部协调性的问题，又是对经济法理论发展的一次无形的检阅。经济法法典化历经多年的探讨，依然存在着尚未解决的分歧和问题。这些分歧和问题就是如今经济法法典化的现实困境。本文将从经济法法典化存在的问题出发，在困境中谋出路。

关键词 法典化 法典编纂 经济基本法 经济法体系

法典是部门法体系化的最高形式，法典化程度是部门法是否发展成熟的重要标志。自十九世纪八十年代开始，著名经济法学家杨紫煊教授就倡议制定《经济法纲要》，并强调条件成熟时再制定《经济法典》。^①此后，经济法学界对于经济法法典化、体系化的研究与努力一直未曾中断过。

由于十九世纪八九十年代我国正处于计划经济向市场经济转轨时期，许多领域缺乏经济立法，经济法单行法并不发达，这一时期编纂经济法典既不可能，也无必要，因此早期关于“经济法纲要”及其他经济法“法典”的讨论，更多涉及普通的立法活动而非真正的法典编纂。^②2011年，国务院新闻办公室发表的《中国特色社会主义法律体系》白皮书指出，包括经济法在内的中国特色社会主义法律体系已经形成。这意味着中国经济法的单行立法一定程度上形成了自己的内在体系，并且达到了经济社会发展对于经济法律法规“量”的需求。然而，近年来随着改革的全面深化和依法治国的全面展开，市场经济的发展对经济法立法提出了“质”的要求。同时，伴随着民法典的制定和实施，各部门法学者都积极推动各自部门法的法典化研究，经济法学界也又一次掀起了经济法法典化研究的小高潮。

对于“经济法法典化”这一说法，很多学者并不认同，有的称之为立法统合，有的称之为经济法体系化，但笔者认为这两个概念大同小异，本质上都是经济法立法的体系化。因此，本文姑且将经济法的统合立法或经济法的体系化等相似概念统称为经济法的法典化。关于经济法法典化的问题，无外乎有两种观点：一种是经济法不需要法典化，一种则是需要法典化。若认为经济法不需要法典化，只

* 河北大学法学院硕士研究生。

① 参见叶珊：《再议经济法通则的可能与必要》，载《人大法律评论》2016年第3期，第311页。

② 参见焦海涛：《经济法法典化：从“综合法”走向“整合法”》，载《学术界》2020年第6期，第54页。

要说明原因即可；若是认为经济法需要法典化，则需说明经济法法典化的必要性以及如何法典化的问题。对此，笔者认为经济法需要法典化。因此，本文将在简要论述经济法法典化的必要性的基础上，提出经济法法典化目前存在的困境与出路。

一、经济法法典化的必要性

（一）经济、政治发展的需要

正如姚海放教授所认为的，“法典编纂区别于单行法的制定，其必要性更需要从政治需求、经济社会需求、学理研究需求等方面进行考量”。^①经济法法典化不是空穴来风，而是有着经济、政治等因素的推动。

从经济因素的角度分析，经济基础决定上层建筑。经济法法典化的呼声必然是对市场经济发展需求的回应。市场经济是法治经济，发展市场经济必须加强和完善法治建设。这里的法治包括经济法因素。^②我国经济从高速增长进入新常态，国际竞争摩擦日益激烈，再加上技术和商业模式的不断革新，经济法需要适时地进行调整与完善。十九届五中全会通过的《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》（以下简称《规划建议》），开启了全面建设社会主义现代化国家的新征程，也为经济法的发展提供了更广阔的空间，提出了更高位的要求。^③

从政治因素的角度分析，经济法是确认和规范国家干预之法。^④经济法以市场失灵从而需要国家干预的逻辑为国家干预提供正当性的基础，同时经济法也因国家干预存在政府失灵的现实而成为规范国家干预之法。十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出，要“依法加强和改善宏观调控、市场监管”。经济法的法典化能够为国家提供一份清晰的权力清单，在确认国家干预合法的同时，规范和约束着国家干预的范围和方式，有助于推进国家治理体系和治理能力的现代化。

（二）经济法体系协调的需要

改革开放以来，经济方面的法律规范十分匮乏，为了满足市场经济发展的需要，我国短期内密集出台了大量的经济单行法以及经济法规，构成了现有的经济法规规范体系。由于当时是一个从无到有的过程，立法机关往往也是“摸着石头过河”，尽可能地保证经济立法的科学性。但是，人的有限理性以及立法者所处时

^① 参见姚海放：《也谈“经济法通则”的制定》，载《经济法学评论》2019年第1期，第7页。

^② 参见邱本：《论经济法的共识》，载《现代法学》2013年第4期，第18页。

^③ 参见程信和、曾晓昀：《经济法典：经济法集成化之历史大势》，载《政法学刊》2021年第1期，第92页。

^④ 参见邱本：《论经济法的共识》，载《现代法学》2013年第4期，第18页。

代的局限,再加上经济法的理论研究才刚刚起步,立法机关那一时期制定的经济法规范的质量良莠不齐,并且经济法规范体系之间的协调性较差,导致经济法宏观调控和市场规制的功能不能很好地发挥出来,削减了经济法体系所构成的“调制”合力。

针对上述问题,经济法的法典化不失为一副良方。经济法法典化首先就是得对经济法现有的法律规范进行一次大整合,从经济法、民法、行政法规规范杂糅形成的经济法律法规中析出经济法自身的规范,再通过一定的标准对各种经济法规范进行分类整理,构建经济法的子部门法,同时通过“提取公因式”的方式抽象出经济法一般性的原则、理念、精神引导经济法部门的立法、执法、司法。只有对相关经济法规范进行有机整合,使各类法定的“调制”手段更为协调,才能有效防止“调制”冲突,解决复杂的经济和社会系统“涌现”出的“复杂性问题”,减少因各类单行法律法规单兵突进而带来的互补性和协调性欠缺的问题。^①

(三) 法制的变迁与改革开放经验的总结

从历史的角度来看,经济法的法典化符合我国经济法制变迁的方向。张守文教授回顾我国改革开放以来的经济法制变迁发现,经济法的法制变迁是现代经济法从无到有,从少到多,从低级到高级,从分散到统合的过程,并且,在经济法的各个领域都不同程度地有其体现。并且,各国经济法的立法从分散走向综合的历程表明,“适度的”立法统合是必要的,亦与法制变迁或法治现代化的基本方向相一致。^②

改革开放以来,我国从计划经济走向市场经济,经济领域的改革极大地促进了我国生产力的发展,使得国家的面貌焕然一新。在经济改革的过程中,有过成功的经验,也有过失败的教训。经济法法典化是对改革开放以来,市场经济发展过程中各种制度、政策的一次梳理和总结,将其中成功的经验以法律规范的形式固定下来,确定市场和政府之间的关系,明确市场主体的权利与义务、政府的职能与职责,使得市场主体与政府在法制的框架内有序活动。经济法的法典化,在为我国经济发展构建法治保障的同时,也将作为中国智慧、中国方案,为世界各国尤其是广大发展中国家的经济发展,提供更多的选择。

二、经济法法典化的困境

(一) 经济法特征与法典形式的冲突

从十九世纪开始,法律家们就开始对法典编纂的利害得失、能否实现争锋相对。持非法典编纂论者的一个重要的观点就是法典不能伴随社会的进步。在他们

^① 参见张守文:《经济法的立法统合:需要与可能》,载《现代法学》2016年第3期,第64页。

^② 同前注。

看来,“社会是逐日月进化变迁的,而法典一经编纂而成,其法律的形体就固结,就不能顺应社会的变迁”。^①这恰恰也是经济法法典化最大的障碍。经济法是一个随着经济发展而不断扩张和变化的法律部门,法典化极易导致其体系的封闭,削弱其适应日益复杂的市场经济的能力。^②经济法根源于国家对经济的自觉调控和参与,需及时应对万变之经济生活以求兴利弊害,促使经济尽速、平稳发展,并提高国家及其经济的国际竞争力,其以实现一定经济体制和经济政策的要求为任务,因此经济法具有显著的政策性的特征。^③然而政策具有针对性、灵活性、时效性的特征,这也就导致了经济法相较于于其他部门法更灵活、更富有变化,经济法制的发展速度更快,天然地与法典的封闭性、稳定性存在着矛盾。经济法法典化要想顺利进行,首当其冲地就是要解决这一矛盾。

(二) 经济法法典化形式的确定存在争议

基于上述经济法特征与法典形式所存在的矛盾,我们不禁要思考的就是该怎样在妥善处理矛盾的基础上将经济法法典化进行下去。法典的编纂有两张基本的形式,一种是法律汇编,即将某一部门法下的所有法律规范在不改变内容的情况下按一定的标准进行归类、排序从而形成法典;另一种是法典编纂,即将原有的法律规范进行整合,重新编辑。虽然“实务部门则更多地表现出了对于法律汇编的偏好”^④,但是这治标不治本,并不能从根本上改变经济法法律法规杂乱的特点,清晰地塑造经济法在人们面前的整体形象。因此,我们更偏向于高度谋求体系化的法典编纂这一方式。但是,俗话说万事开头难,经济法的法典编纂也是说起来容易做起来难。众学者虽然在谋求经济法的体系化上面达成共识,但是如何法典化却是有着不同的观点。目前,学界普遍赞同的是制定经济法领域的“基本法”,由基本法来统领整个经济法。对于这个经济基本法的制定,有的学者主张制定《经济法纲要》,有的学者主张制定《经济基本法》,还有的学者谋求制定《经济法通则》。在制定经济基本法之后的法典化道路,不同的学者又有不同的看法。有的学者认为可以待时机成熟之后再制定经济法典,但是有的学者坚持子部门的系统化。

(三) 经济法体系标准以及内容的难以确定

目前,学界关于经济法的体系建构,一般都是从经济法的调整对象出发的。对于经济法调整的两类社会关系,经济法首先可以分为宏观调控法和市场规制法两大部分,从而形成一个基本的“二元结构”。在此基础上进一步细分,从而形

^① 参见[日]穗积陈重:《法典论》,李求轶译,商务印书馆2014年版,第17页。

^② 参见薛克鹏:《法典化背景下的经济法体系构造——兼论经济法的法典化》,载《北方法学》2016年第5期,第110页。

^③ 参见刘文华:《经济法》,中国人民大学出版社2017年版,第53页。

^④ 参见商红明:《我国〈经济法通则〉研究的过去、现在和未来》,载《财经法学》2020年第1期,第40页。

成经济法体系中的各个部门法。^①然而，由于市场规制法与宏观调控法在执法主体、执法权来源及执法程序等方面具有诸多相似之处，导致二者之间的边界存在交叉或者空白。在经济改革逐步深入和市场经济体系日臻成熟的阶段，市场规制与宏观调控的界限也出现了模糊地带。^②上述二元的经济法体系无法很好地适应在经济单行法中市场规制内容和宏观调控成分并存的情形，也就是说当前的经济法体系部分的理论难以很好地解释立法实践所产生的现象以及指导立法实践。同时，面对经济立法中纷繁复杂的内容，哪些内容适合纳入经济法，哪些内容不适合纳入经济法，学界尚未形成定论，而这恰恰是经济法法典化进程中非常关键的一步。

三、经济法法典化的出路

（一）重新审视传统的法典形式，发扬创新精神

1. 创新传统的法典形式

一般认为，法典的制定是一个法律部门系统化的最高形式，也是该法律部门走向成熟的标志。现行的法典往往都先确定一定的具有抽象性、指导性的原则、宗旨、理念，再在不违反原则、宗旨、理念的前提下根据特定的逻辑顺序对具体的法律条文进行撰写编排，因此法典都具有严密的内在逻辑。而这严密的内在逻辑，使得法典体系需要保持一定程度上的稳定，更进一步说就是使得法典具有了一定的封闭性。但这封闭性也并不意味着法典自制定之后就必须保持一尘不变。人类的有限理性加上社会生活的快速发展变化，注定了法律制定者无法制定出一部永恒的法典解决当下以及未来的任何事情。这也证明了，无论依据多么严密的逻辑制定的法典，对于某些问题某些现象也是存在着无规定或者规定不明的状态。但是，不知是否有先贤考虑过，传统法典因其内在严密的逻辑所具有的修改法律条文、增补法律条文的困难，是否可以通过削弱一定的逻辑性来瓦解呢？是否可以找到一个既能保持法典自身的系统性、逻辑性，又能增强法典适应性、变化性的平衡点，以这样的一个平衡点来制定经济法法典呢？笔者认为，这样的一个“平衡点”，既吸收了传统法典编纂的优点，又结合了法律汇编的长处，可以说是解决经济法法典化问题的一个相对理想的最优解。因此，在推动经济法法典化的过程中，要摆脱传统法典形式带来的窠臼以及法律汇编所给人的固有印象，要在结合二者长处的基础上，创造性地提出一个新的法典化形式来满足经济法法典化的特殊需求。

2. 法典化进程中“经济基本法”形式的选择

^① 参见张守文主编：《经济法学》，高等教育出版社 2018 年版，第 29 页。

^② 参见李玉虎：《经济法体系“二元结构”的界分与调适》，载《经济法论坛》2018 年第 1 期，第 5 页。

目前,学界对于经济法法典化普遍接受的观点是,当前制定经济法法典是不符合实际的,经济法系统化、法典化必须循序渐进。无论是支持经济法子部门系统化还是支持在条件成熟后制定《经济法典》的学者,当前基本都对制定经济法领域的基本法持肯定的态度,但是对此基本法采何种形式仍是众说纷纭。杨紫煊教授认为当前需要制定《经济法纲要》,程信和教授认为可以模仿民法法典化的过程,即先制定《经济法通则》用以过渡。此外,另有一种说法是优先制定《基本经济法》。

上述三种路径选择,以《经济法通则》的呼声最高,《经济法纲要》次之。至于《基本经济法》,一方面“基本法”主要用作宪法性法律——香港、澳门特别行政区基本法的名称,不适合用作部门法的名称^①;另一方面,其受提出时的时代背景以及所依据的经济法理论所限,与当前市场经济法发展状况和经济法理论有所脱节,且后续并没有对此说进行发展完善,因此笔者认为采取《基本经济法》这一路径的可能性最小。

接着就是《经济法通则》和《经济法纲要》的比较了。首先,从名称上来说,各有其理,但“纲要”比“通则”的争议相对要大一些。“通则”是指普遍运用的规章或法则,除了《民法通则》外,还有《企业财务通则》、《贷款通则》、《民用建筑设计通则》、《司法鉴定程序通则》和《旅游规划通则》等规章、规范性文件以此命名。^②“纲要”是指纲领及要旨,书籍或法令的总纲大要。有学者认为,“纲要”不是法学概念,一般用于政策性文件以及各种规划。但是,不能认为“纲要”不是法学概念就没有法律味,进而否定《经济法纲要》的法律味而不宜使用。因为“经济法”是一个法学概念,称《经济法纲要》就清楚地表明它是一部经济法律。^③在笔者看来,名称上的争辩没有太大意义。第一,民法的法典化进程中使用了《民法通则》并不意味着经济法的法典化就得依葫芦画瓢,这里涉及到普遍性与特殊性的问题。第二,是实质与形式的问题,这一统领性的法律文件叫什么名字,只要包含“经济法”三字,就是具有法律味的经济法律文件,叫法上的细微差别并不影响其实质功能的发挥。其次,从内容结构安排上相比较,《经济法纲要》和《经济法通则》都由总则、分则、附则构成。然而,在具体细节上,而这存在较大差异。其中最为重要的一点在于,在笔者看来是分则体系的建构,杨紫煊教授提出的《经济法纲要》的设想在分则体系上是依据理论上的“二分法”体系进行建构的;而程信和教授草拟的《经济法通则》从国民经济运行和治理的角度,遵循经济运行的规律,将“国民经济发展的市场基础”、“国民经济发展的

① 参见叶珊:《再议经济法通则的可能与必要》,载《人大法律评论》2016年第3期,第314页。

② 参见叶珊:《再议经济法通则的可能与必要》,载《人大法律评论》2016年第3期,第314页。

③ 参见杨紫煊:《关于制定〈经济法纲要〉的若干问题》,载《南华大学学报》(社会科学版)2015年第4期,第15页。

规划导向”、“国民经济发展的宏观调控”、“国民经济发展的基本动力”、“国民经济发展的监督机制”组合成分则体系。结合当前单行法的立法实践，有些法律无法绝对地对它们进行宏观调控和市场规制的划分，这导致了运用“二分法”在构建经济基本法的总体结构时会遇到极大的困难。而程信和教授的《经济法通则》虽然创新了分则构建的理论，运用了经济学上的一些知识，但是也正如程信和教授在文中所述“必须承认，我们的知识不够，尤其是对现代经济、现代科技”，其分则建构的合理性、科学性还需要进一步讨论。此外《经济法纲要》相比《经济法通则》要更理论抽象，这也就意味着《经济法纲要》更具包容性、解释力，但是同时在实践中操作性会更弱，更依赖立法者、执法者、司法者的专业素养。

总的来说，上述的“经济基本法”各有优劣，笔者认为不必拘泥于既有的选择，可以在既有的学者提出的《经济法纲要》、《经济法通则》的基础上完善不足，创造一个新版本的经济基本法。至于在经济基本法制定之后的法典化道路选择问题，不妨在经济基本法确定之后再做深入研究。因为在经济法法典化问题上目前并没有国外成功经验可以参考，唯一的一部《捷克斯洛伐克社会主义共和国经济法典》也由于时代的局限性而没有多少参考价值，所以我国的经济法法典化几乎就是“摸着石头过河”，走好眼前的一步才能探寻下一步的落脚点。

（二）加强经济法理论研究，重视部门法之间的关系

经济法法典之所以推进艰难，一个重要的原因就是经济法学理论的体系化面临着不少现实的困境，典型表现是现有理论无法解释或应对中国经济法学所涵盖的全部对象。经济法学理论体系化的成果会在多种维度得以解释和运用，其中一个非常重要的维度就是经济法立法的规范体系。经济法立法体系的形成和完善，需要一种内在的科学理论体系作为根基，如此方才能树立起经济法在整体统一的形象。而且，中国现有的经济法学体系的构建并非是完全客观的，带有显著的主观性。体系建构之时为了形塑经济法学的整体品格，在构建过程中对法律文本有所取舍，所得出的结论不够准确，不符体系的例外情形自然较多。^①当前经济法学界在理论准备上的不足，尤其是经济法学理论体系化的不充分，对于经济法法典化无法形成很好地理论指引，这严重拖累了经济法法典化进程。因此，必须要加强经济法学基础理论的研究，促进经济法学理论的体系化，通过理论上的科学体系的构建为法典化立法实践提供科学的指引。

同时，经济法法典化在探索过程中必须重视经济法与其他部门法之间的关系。经济单行法中不乏民法性质的规范，虽然民法典的出台一定程度上明晰了经济法和民法之间的界限，但是同为市场经济运行过程中不可或缺的法律制度，二者之间的联系注定是剪不断的。经济法在法典化过程中需要尊重民法的基础性地

^① 参见尹亚军：《经济法的理论体系：需要与可能》，载《经济法研究》2017年第2期，第30页。

位，要理清二者之间的联系，和民法相互协调，为市场经济的健康平稳运行保驾护航。关于经济法和行政法之间的关系，不可否认经济单行法中存在着不少行政法性质的规范，然而更值得注意的是这些规范具有很强的经济性。笔者认为这些规范早已熔铸于经济法的血肉之中无法割舍，且由于传统部门法划分的理论不完全适合经济法的实际情况，因此不用过分深究这些规范到底是经济法规范还是行政法规范，否则那将是学术资源的浪费。总之，经济法的法典化既需要加强自身内部的理论准备，又需要协调经济法与民法、行政法等部门法之间的关系。一切均需坚持实事求是的态度，关注经济法的“回应性”特征，做到理论联系实践。

（三）广泛吸收经济法学界以外的观点与建议

立法并不简单的是法律问题，其背后蕴含的是不同群体之间各种利益的较量。因此，在推动经济法法典化的过程中，其涉及的不仅仅是法学界对于经济法法典化的想法，还需要充分考虑其他不同社会群体的感受与意见。

其他不同社会群体中，笔者认为优先需要关注的是政治家群体、法律职业群体和经济学家群体的观点。他们对于市场经济体制有着更为清楚的认识，对于经济法法典化除了经济法学界之外有着更为重要的推动作用。首先，由于法律作为政治的附庸，经济法的法典化能否取得成功很大程度上取决于政治家们的综合考量。当经济法学界内部对于经济法法典化讨论形成较为成熟的共识，再经过政治家们的深思熟虑进而取得他们的肯定之后，经济法法典化进程将会大大加快。其次是法律职业群体和经济学家群体。法律工作者尤其是律师和司法工作人员如法官、检察官，他们当中很多人常年接触涉及违反经济法律法规的案件，他们对于当前经济法的现状有着更为直观清晰的认识，因此他们的参与对于经济法的法典化有着十分重要的意义。经济法是关乎市场经济平稳运行的法，因此经济法的设计有很多时候都要用到经济学的知识，虽然经济法学界对于经济学有深入了解的学者肯定不少，但是对于市场经济整体上的认知肯定没有经济学家们高，因此经济法学界推动经济法法典化的过程中不妨多与经济学家们进行沟通交流，吸收经济学的理论和观点后以法学的语言和逻辑重新进行演绎，增强经济法理论的解释力，强化经济法法典化的理论基础。

经济法的立法统合及其路径选择

詹世富*

内容提要 兼具综合性与实施性的经济法越发暴露出体系庞杂、内部规则冲突、不协调、法律滞后等沉痾旧疾，其成因在于经济法“问题导向式”立法的回应性、开放性和不确定性特征。立法统合是纾解经济法实施困境的关键路径。经济法的立法统合应兼容法典化的体系化内核，规避其封闭性与滞后性，努力寻求一种渐进式、开放式的经济法立法的体系化路径。在体系外部，合理衔接宪法、其他部门法与法律政策；在体系内部，涵摄各级统合法与单行法，鼓励各领域的单行法先行统合，构建以经济法总则为核心的一核多级的经济法体系。

关键词 经济法 立法统合 法典化 去法典化 体系化

一、问题的缘起

《中共中央国务院关于加快建设全国统一大市场的意见》(以下简称《意见》)于 2022 年 4 月 10 日发布,《意见》强调“充分发挥法治的引领、规范、保障作用,加快建立全国统一的市场制度规则”,坚持市场化、法治化原则,充分发挥市场在资源配置中的决定性作用,更好发挥政府作用。此外,数字经济的迅猛发展,改变了经济社会交易模式及消费习惯,在某些领域必将挑战市场交易行为背后的法律模式,致使经济法规制面临调整、经济法实践亟需革新。由于经济法具有突出的现代性和回应性,对现代信息技术及其经济影响必然要作出制度回应。

时至今日,我国经济法已颁布了 70 余部单行法,在各个领域基本都有代表性法律。经济法的实践品性和开放性、回应性的特点塑造了经济法“问题导向式”的立法现象,导致经济法律规范体系庞杂,在实践中越发暴露出内部规则冲突、体系不协调等问题,因而需要一部领头的经济基本法,以树立经济法的整体形象,综合解决问题。在我国经济法“分散立法”已有相当积累的基础上,在国家全面推进法治体系建设的新时期,是否需要以及应在什么层级和范围推进经济法立法的统一、整合或综合,以实现更高层次的“立法统合”,已成为经济法治建设和法学研究关注的重要问题。如何选择立法进路不仅影响经济法学自身发展,更关乎整个国家经济法治的良性运转。是故,深入研讨和剖析经济法的立法统合具有迫切的实践需要和重大的理论意义。本文可能的贡献在于:从历史进程、域外概况、必要性和可行性等方面对经济法立法统合作出较为深入的阐述,对既有立法统合的学术观点进行系统整理,在此基础上提出更为合理的路径选择。

* 作者简介:詹世富,男,辽宁大学法学院,2021 级研究生,经济法学专业。

统合性立法，是指立法实践中将多个单一法律规范整合为统一的法律规范、由低级向高级整合的过程。^①这是立法中普遍存在的一种现象，例如《民法典》对合同法、物权法及侵权法的吸收就是一种立法统合。在经济法领域，学界在不同时期就提出过制定《经济法纲要》《经济法通则》《经济基本法》《经济法总则》等设想，还有税收基本法、宏观调控法等次级统合法。这些都是经济法立法统合的表现形式，其区别就在于统合的范围与层次。《经济法典》是立法统合的终极形态，《经济法纲要》《经济法通则》等则是未完成形态，在性质上属于“过渡性”的统合性立法，就像先制定《民法通则》和《民法总则》再制定《民法典》一样。次级统合法是对经济法的部分领域进行整合，不涵盖经济法的所有领域，如宏观调控法只统合了宏观调控领域。另外，就是现行法中分散的大量经济单行法律法规。

除了经济法的立法统合，^②不同学者还使用了经济法立法体系化、经济法立法整合、经济法整合立法、经济法集成化等概念，^③这些概念大同小异，内涵基本一致：都是指对现行分散的经济法律规范进行删减、归类、加工、整理，使之体系化为一个结构合理、分工有序、前后统一、逻辑严密的法律规范系统。为方便论述，本文统一用“立法统合”指代相关概念。这些概念都是围绕以下基本问题而展开：为什么经济法需要立法统合？经济法立法统合的时机、条件和路径选择？立法统合如何处理统合性立法与单行法之间的关系？如何推进经济法的立法统合等。

二、经济法立法统合的历史进程

制定经济领域的统合性立法，是自芮沐先生开始的、几代经济法学人的初心和使命。经济法学人对立法统合已有数十年的不懈探索和学术耕耘，到如今已硕果颇丰。中国经济法立法统合的探索历程可以分为以下五个阶段：

（一）开端

经济法的立法统合，最早见于 1963 年 3 月中国人民大学民法教研室曾经起草的《中华人民共和国经济法（草案）》。这部草案深受苏联东欧法律体系的影响，在当时特殊的政治背景下，学术研究也处于非常时期。因此，经济法草案的出台并没有引起广泛的学术争论，制定经济基本法典在当时也难以被学界和立法机关所接受。

^① 参见 [美] 罗杰·伯科威茨：《科学的馈赠——现代法律如何演变为实在法》，法律出版社 2011 年版，第 3 页。

^② 张守文：《卷首语：风险防控与〈经济法通则〉的制定》，《经济法研究》2019 年第 1 期。

^③ 程信和，曾晓昀：《经济法典：经济法集成化之历史大势》，《政法学刊》2021 年第 1 期；刘凯：《经济法体系化的系统论分析框架》，《政法论坛》2022 年第 2 期；李玉虎：《民法典时代的经济法体系构造——兼论〈经济法通则〉的结构》，《财经法学》2020 年第 2 期。

（二）蓬勃发展

经济法的立法统合在 20 世纪 80 年代处于蓬勃发展阶段：在这一阶段，中国经济法学年会一直在组织推动《经济法纲要》的制定，并多次成为相关年会之讨论主题。在 1980 年召开的学术研讨会上，杨紫烜提出制定《经济法纲要》的倡议，并设想在条件成熟时制定《经济法典》。1986 年 2、3 月份，中央党校召开了《经济法纲要》起草工作会议，近 20 位经济法学者共同草拟了《中华人民共和国经济法纲要起草大纲（征求意见稿）》。^① 然而，随着《民法通则》的制定，这一议案最终被无限期搁置，但此次立法建言与随之而来的理论探讨，使学界对于“经济基本法意义、调整对象、主体构成、框架结构等方面成了一些共识”。

（三）兴盛局面

进入 20 世纪 90 年代，经济法的立法统合出现了学术热潮：最为集中的讨论是关于立法统合的形式选择问题，包括杨紫烜、李昌麒、史际春、漆多俊等学者都发表了关于经济法立法统合的论文。^② 1997 年，在全国经济法理论研讨会上，程信和、王全兴等七位学者再次发起《纲要》的民间起草工作。在 1999 年全国经济法理论研讨会上，七位学者提交了《〈经济法纲要〉的法理与设计》报告。^③ 2000 年秋，七人小组又提交了《关于〈中国经济法纲要〉的初步论证和设计》。在此期间，《宏观调控法》的制定也有过立法研讨。在此期间，《宏观调控法》的制定也有过立法研讨。

（四）低潮时期

到了 21 世纪初，受国家政策转向、经济审判庭撤销等原因的影响，经济法学研究一度陷入低潮，学界整体上没有再集中讨论经济法综合立法问题。不过，仍有学者尝试推进经济法的统合性立法。2008 年法律出版社法规中心出版了《中华人民共和国经济法典》，是我国民间发起的、汇编经济法典的首次尝试。2012 年国务院法制办公室也出版了《中华人民共和国经济法典》。不过，这两部法典只是将我国现行有效的经济法律法规按照一定次序编辑成册，称不上是真正的“经济法典”。此外，2012 年，第十一届全国人大期间，黄河等 30 位全国人大代表提出了“关于制定《中华人民共和国经济法》的议案”，但该建议最终并没有被立法机关所采纳。

（五）回归热潮

自 2015 以来，沉寂多年的经济法立法讨论又重回学界视野，逐渐回归热潮。

^① 这是我国改革开放后第一部经济法法典化的成果，是我国官方发起的组织学者草拟基本经济法的实践。当时的普遍认知是，先制定经济法纲要，待条件成熟时再制定《经济法典》。

^② 管斌：《第八届全国经济法理论研讨会综述》，《法商研究（中南政法学院学报）》2001 年第 2 期；李昌麒：《关于制定〈中华人民共和国基本经济法〉的几个问题》，《当代法学》1999 年第 4 期。

^③ 这是自 1997 年郑州年会上发起，经 1998 年湘潭年会上讨论，并刊载于 2000 年浙江大学出版社出版的《法治研究》（1999 年卷）的又一项我国民间草拟经济法典历程中的重要理论成果。

2015 年,第十六届全国经济法前沿理论研讨会专门对“经济法的综合立法问题”进行了详尽讨论。^①2018 年 9 月、10 月经济法学研究会在南昌、沈阳组织了两次专题研讨,杨德敏院长、杨松院长分别主持了研讨会,对《经济法通则(学者建议稿)》进行论证。2019 年,《地方立法研究》刊载了程信和的《经济法通则原论》并附录 300 条条文案草案,引起学界高度关注。^②2020 年 12 月 7 日、2021 年 2 月 3 日,张守文与程信和交流意见,一致认为“可以先行制订《经济法总则》”,许多专家学者对此表示赞同。

可见,自经济法创生以来,我国学者对于经济法立法统合的热忱并没有随着时代的变迁而削减。虽历经十年沉寂,几次学术界发起的研讨也未得到立法机关采纳,但上述立法统合的探索历程对于中国经济法凝聚学术共识、推进基础理论研究有重大意义。

三、经济法立法统合的域外概况

为促进经济发展、缓和经济危机,近代以来世界各国相继颁布了大量的经济法律法规,这些法律法规都集中表现为“国家终究不得不承担起对生产的领导”介入经济活动,以自己的能力进行经济治理,而不是直接使用政治强力,经济法就此诞生。^③

1964 年,前社会主义国家捷克斯洛伐克颁布世界上第一部经济法典——《捷克斯洛伐克社会主义共和国经济法典》,成为世界上唯一一个民法典与经济法典并存的国家。但该法典带有强烈的计划经济体制色彩,与现代意义上市场经济体制下的经济法相去甚远,不能适应现代市场经济的要求,可供我国借鉴的意义并不大。^④

从 20 世纪 60 年代起,苏联也进行过经济法法典化的尝试,可即便在计划经济占统治地位的苏联,其制定经济法典的方案也未能付诸实践。1985 年,苏联科学院对《苏联经济法典(草案)》进行了讨论,但该草案随着苏联的解体最终也归于流产。德国则制定了大量经济单行法,包括以经济法直接命名的法律,如《煤炭经济法》《钾盐经济法》,还制定了世界上第一部较为系统化的“宏观调控法”——《经济稳定与增长促进法》,首次明确了四大目标作为宏观调控的总方

① 杨紫烜:《关于制定〈经济法纲要〉的若干问题》;张守文:《经济法的立法统合:需要与可能》;秦小红:《规范轮视域的经济法解释体系——〈经济法纲要〉何以可能的知识谱系》;邢会强:《制定〈税法典〉与〈金融法典〉迈向〈经济法典〉》;陈乃新、卢克建:《我国创制基本经济法应有新进展的研究》;袁达松、黎昭权:《经济法类型学与经济基本法的制定次序》;薛克鹏:《论经济法体系的重构——兼论经济法的法典化》;韩志红:《关于经济法体系的思考与实证解读》。

② 程信和:《经济法通则原论》,《地方立法研究》2019 年第 1 期。

③ 陈晋:《编撰经济法典的历史回眸》,《南华大学学报(社会科学版)》2015 年第 1 期。

④ 吕明瑜,丁宁:《经济法法典化的“三步走”路径》,《中共郑州市委党校学报》2022 年第 1 期。

针。^①

实际上,英国、美国、日本等国家的情况也大抵相似,基本上均未制定经济基本法,而更多的是以经济单行法、经济政策等非法典形式呈现。无论是资本主义国家还是社会主义国家都进行过编撰经济法典的尝试,但结果都以失败而告终,至今仍没有一部现代意义上的经济法典。在法律全球化趋势下,域外立法经验的缺失为我国推进经济法的立法统合带来了挑战。如何充分利用我国本土资源率先进行经济法立法统合,是横亘在学界前的一大难题。

四、经济法立法统合的必要性与可行性

(一) 经济法的立法现状

当下,我国经济法已颁行 70 余部单行法,虽然在个别领域仍有立法空白,但也基本齐备。不过,我国经济立法呈现出分散化的格局,体现出“局部体系化”的特征,围绕某一问题而采取综合立法,以问题为中心,发散地展开探索,选择合理的解决方案。对上述立法现象,学者将其名之为“问题导向式立法”。^②由于社会中现实问题的无序、碎片以及分散化等特征,“问题导向式”的经济法立法在整体上也呈现出相应的“散乱”表象。

尽管如此,就某一具体问题而言,该种立法方式却有相对自足、自洽以及独立的局部体系化构造。首先,从法律施行的社会效果来看,这一方式对于具体问题的集中解决非常高效。其次,就针对问题解决而言,其并不局限于既有法律所确认的权利义务和职权职责等法律手段,而是广泛吸收经济方法、政治方法等非法律手段。最后,以“问题”为导向的处理思维还打破了既有的行政部门分立格局,常常采取多部门联合发文并施行的做法,即实现执法资源的高度集中。总之,“问题导向式立法”对问题的处理,更大程度上在于对相关经济法主体的行为方式予以指导,具有极强的实施性。^③

是故,经济法表现得更具有实施性与综合性,在内容上较为概括,且不同法律制度间的差异较大。但是,这样一来,经济法立法难免具有“各行其是”的特点,甚至同一部法律中不同法律规范,其价值目标、规范对象、调整方式等均存在差异。因此,经济法立法及制度构成存在两个截然不同的特点:在外部关系上,因与其他部门法过于“密切”而缺乏“独特性”与“差异性”;在内部关系上,因各子部门法间过于“松散”而缺乏“整体性”与“系统性”。^④

(二) 经济法立法统合的必要性

^① 宏观调控的四大目标,即价格水平的稳定、高就业状态、对外经济平衡和稳定的经济增长。

^② 尹亚军:《“问题导向式立法”:一个经济法立法趋势》,《法制与社会发展》2017年第1期。

^③ 同上。

^④ 焦海涛:《经济法法典化:从“综合法”走向“整合法”》,《学术界》2020年第6期。

经济法不同层次的统合性立法都具有本质上的共通性：将多个单一法律规范整合为统一的法律规范。至于具体的统合形式、方法、进度、体系等，不同学者有不同观点。不管选取怎样的统合形式，都必须解决一个前置性问题：经济法是否需要立法统合？

首先，形成于上世纪 90 年代中后期的经济法体系具有时代局限性。^① 当时，真正有意义的经济法数量很少，涉及领域狭窄，内容简略，旧体制成分所占比例很高，法学界尚未对旧的理论进行彻底清算。如今，经济法数量大幅增加，内容遍及各个领域，市场经济观念深入人心，国家本位主义日渐式微。经济法体系化有助于为政府和市场主体提供权义清单，提高经济立法的自觉性、系统性和协调性。

其次，当前经济法仍存在明显的不足。^② 一方面，“经济法的立法欠缺整体性、系统化，较为分散、零碎，产生一些内部不衔接、不协调的问题，影响了合力”；另一方面，“还有少量领域或者环节，存在若干法律上的空白”。要改变这种现状，就“需要有一部综合性、全局性、基础性法律，即领头的法”，“只有统领的法，才能树立经济法的整体形象，才能综合解决问题”。

再次，从法制变迁的维度看，加强立法统合是法制体系化的内在需要，各国经济法的历程亦表明“适度的”立法统合是必要的；从功能实现的角度看，迫切需要通过立法统合，解决因制度不统一、不协调和结构不合理等所带来的功能受限的问题；从学术积累的角度看，立法统合有利于提升经济法理论的解释力和指导性，实现更高层次的学术积累。^③

最后，经济法立法统合的核心价值在于能够实现法律体系的良性发展，使经济法治体系合理化，为国民经济的持续、健康发展提供预期。在此意义上，经济法的立法统合无疑是成本大于收益的，这不仅是我国《立法法》规定的法制统一原则的体现，而且是法律体系科学化的必然要求。^④

（三）经济法立法统合的可行性

论证了经济法立法统合的必要性后，紧接着需要讨论的问题是：经济法立法统合何以可能？薛建兰认为，我国经济法理论的发展、立法的不断完善和创制《经济法纲要》的经验为立法统合奠定了理论基础、法制基础和实践基础。^⑤ 杨紫烜也认为，制定《经济法纲要》已具备了社会经济、法制环境、理论准备的三个必要条件。^⑥ 总体而言，既有文献大都聚焦于立法统合“必要性”的论证，对“可

① 薛克鹏：《法典化背景下的经济法体系构造——兼论经济法的法典化》，《北方法学》2016年第5期。

② 程信和：《经济法通则原论》，《地方立法研究》2019年第1期。

③ 张守文：《经济法的立法统合：需要与可能》，《现代法学》2016年第3期。

④ 刘凯：《法典化背景下的经济法统合性立法》，《法学》2020年第7期。

⑤ 薛建兰，张莎莎：《经济法治建设的立法研究——再论〈经济法纲要〉制定的必要性和可行性》，第八届中部崛起法治论坛，2015年10月19日于山西太原。

⑥ 杨紫烜：《关于制定〈经济法纲要〉的若干问题》，《南华大学学报(社会科学版)》2015年第1期。

行性”的论证颇少，且内容大都浮于表面。对此，本文从四个维度对经济法立法统合进行阐述。

第一，立法模式的相容。经济法的立法有分散与综合（统合）两种模式，分散立法通常更加灵活，但存在整体性和协调性不足的问题；而综合立法则正好与其相反。因此，应将两类立法模式加以融合：先单独分散立法，在分散立法达到一定规模、积累一定经验的基础上，再对相关分散立法进行适度统合。一方面，可以对原有立法规定存在缺失、不足或偏颇的部分进行补足、校正和补漏，同时对相关规范进行整合和扩展；另一方面，也可以在保留原有立法的同时推出作为原有立法上位法的“基础性立法”。

第二，立法形式的选择。首先，采取“基本法”形式的立法形式，往往是宪法或宪法性法律，因此不宜选择《基本经济法》或《经济基本法》；其次，以“纲要”的形式命名一般用于计划类或规划类的立法，以往制定的基本法律尚未采用过“纲要”的形式。相对说来，《经济法通则》的形式受到了不少学者的肯定。但制定《经济法总则》可以在不打破原有立法格局的情况下，综合提炼各类分散立法的共通制度，是目前成本较低、阻力较小、效益较高、技术上较为可行的选项。

第三，立法内容的取舍。无论采取哪种立法形式，都必须包含经济法最基本的内容。经济法的立法统合，应包含立法宗旨、调整范围、基本原则等“一般规定”，明确相关基本体制和国家机构之间的关系，明确经济法基本主体的架构及其行为类型，规范相关主体的权利、义务与法律责任等内容。当然，在立法技术上还可规定有关法律的解释权、生效日期、管辖权冲突等“制度协调规则”。

第四，立法时机的把握。无论是为了确认各类改革已取得的成果，还是回应全面深化改革的迫切需要，都要求将经济法制度的最新发展加以整合，从而更好地提升制度的协调性，增进效率、公平和可预见性。今天，加强“顶层设计”，推进法制统一，立法者和社会公众已有更多共识。在此基础上，提炼以往立法的共性问题，弥补其调整空白，推进有效的立法统合，便有了更大的可能。此外，学界对经济法立法统合的长期研究提供了重要的理论准备。因此，从总体上说，推进经济法立法统合的时机比过去更为成熟。^①

（四）经济法立法统合的理论导向

区别于法律汇编，立法统合的内容需要依据经济法的基本原理，对现行立法实质性地“整理”，其中一项重要内容就是寻找“共性”（很多学者将这一过程称为“提取公因式”）。之所以需要立法统合，直接原因是立法的“问题导向”，而法典编纂则坚持“理论导向”，必须确保法典中法律规范的一体性。更深层次

^① 张守文：《经济法的立法统合：需要与可能》，《现代法学》2016年第3期。

原因在于,法的整合时代的到来,只有不断地与他法进行协调与合作,才能实现自身体系的优化,方能提升法律实施的整体效果。但我国经济法立法因存在高度“分散性”特点,往往并不存在这样的“公因式”或者较为隐蔽,需要去总结、提炼。经济法立法的不完备性决定了立法整合更多是一种理论判断,它以现行立法为基础,又不能为现行立法束缚。经济法立法统合中的“公因式”,并不是实在法上的共通性规定,而是经济法上的“理论共识”。正因如此,经济法的立法统合必须坚持“理论导向”。^①对不具有经济法性质的法律规范,在立法统合时必须“分割”出去,才能确保经济法的纯粹性。

五、经济法立法统合的多数观点:法典化

目前,学界对经济法的立法统合有两大立场:法典化与去法典化。相比之下,支持法典化的学者占大多数。在支持法典化的学者中,又分成了两派观点:直接法典化与间接法典化。

(一) 直接法典化

在经济法学界,持“直接法典化”观点的学者极少。法典是部门法体系化的最高形式,^②法典化作为立法统合的终极形式意味着对经济法体系中各领域法律的全面吸收,可以说是对整个法律体系的颠覆性调整。^③他们认为,我国编撰经济法典已具备比较充分的条件,可以率先编撰出经济法典。譬如,上文提到的,在 2012 年黄河等人大代表提出制定《中华人民共和国经济法》。^④周红阳博士认为,编撰经济法典从理论准备到经验积累,已奠定了比较充分的基础,中国应率先编撰经济法典。

(二) 间接法典化

实际上,学界更普遍观点是间接法典化:即经济法尚不具备法典化条件,但可以先完善经济单行法,制定“纲要”“通则”等形式的“过渡法”,为经济法的法典化奠定理论基础和积累实践经验,待条件成熟后再制定经济法典。^⑤如,李玉虎认为,如果短时间内难以成典,先从理论上完善经济法的体系结构,增强经济法体系结构的科学化、体系化和逻辑自洽性,使经济法立法与民事立法等相互衔接、相互协调,再逐步实现法典化。^⑥商红明也认为,经济法“法典”的制定

① 焦海涛:《经济法法典化:从“综合法”走向“整合法”》,《学术界》2020 年第 6 期。

② 当然,任何法典化的法律都不能规定吸收该部门法的所有法律,即便是强调罪刑法定的刑法典也允许有特别刑法的存在,而追求极致体系化的德国民法典,仍有 24 部民事单行特别法。但不可否认的是,实质主义的法典化进路定需要吸收主要的基本法律,否则便无法典之实。

③ 刘凯:《法典化背景下的经济法统合性立法》,《法学》2020 年第 7 期。

④ <http://news.163.com/13/0116/06/8LAR4AHA00014AED.html>

⑤ 邢会强:《论金融法的法典化》,《首都师范大学学报(社会科学版)》2016 年第 1 期;黄茂钦:《论经济新常态背景下经济法综合立法的发展》,《南华大学学报(社会科学版)》2015 年第 4 期。

⑥ 李玉虎:《民法典时代的经济法体系构造——兼论〈经济法通则〉的结构》,《财经法学》2020 年第 2 期。

与各经济法板块基本法的制定可以齐头并进。^①

目前,经济法尚不具备法典化条件,不外乎以下原因:第一,尽管我国当前经济立法数量大,但立法质量普遍不高,在现阶段立法和司法的实践经验缺乏、人才储备不足是难以法典化的瓶颈之一。第二,经济法迄今未能形成内涵外延明确、逻辑严密、多层次的概念体系,这是经济法难以法典化的基础性障碍。^② 第三,经济法总体上仍缺乏认识高度一致的、能支撑学科并能说服整个法学界的基础理论。第四,法典化极易导致经济法体系的封闭,削弱其适应日益复杂的市场经济的能力。

纵观学界,在支持“间接法典化”的学者中,经济法立法统合的具体路径选择共有六种观点:《经济法纲要》^③《经济法通则》^④《经济法总则》^⑤《基本经济法》^⑥《经济基本法》^⑦和《经济法》^⑧。学者们达成的共识主要表现在以下两个方面:其一,对于制定经济法统合性立法的必要性和可行性,经济法学界取得了共识。其二,对于《经济法通则》由总则、分则和附则三篇构成的体例,也取得了一定程度的共识。例如,杨紫烜称《经济法纲要》除了总则以外,还可以包括分则和附则;但称《经济法总则》不能再包括分则和附则。程信和认为,《经济法通则》可由总则、分则、附则组成。不过,关于经济法的立法统合存在的分歧却更为显著。

首先,经济法学界对于名称提法存在较大的非实质性争议。杨紫烜认为,称为《经济法纲要》较好。虽然不是法学概念,但是不能据此认为《经济法纲要》没有“法律味”而不宜使用。^⑨ 李昌麒认为,《基本经济法》称呼可以清楚地反映《基本经济法》是诸多经济的基本法或者说是“经济法群之首”。^⑩ 如前所述,张守文亦对提法问题进行了全面综合分析,认为制定《经济法总则》也许是目前成本较低、阻力较小、效益较高、技术上较为可行的选项。¹¹ 然而,称《经济法总则》,一方面按前文杨紫烜教授所言,其体例结构不太好安排,无法涵盖分则

① 商红明:《我国〈经济法通则〉研究的过去、现在与未来》,《财经法学》2020年第1期。

② 此外,经济法应当以市场主体行为为依据进行内部体系建构。重构后的经济法由竞争法、消费者权益保护法、劳动法、资源环境法、财税法和金融法等子部门法典构成。

③ 陈乃新:《创制〈中华人民共和国经济法〉构想——创制基本经济法是编撰经济法典的题中应有之义和浓墨重彩》,《南华大学学报(社会科学版)》2015年第1期;杨紫烜:《关于制定〈经济法纲要〉的若干问题》,《南华大学学报(社会科学版)》2015年第1期等。

④ 程信和:《经济法通则原论》,《地方立法研究》2019年第1期;商红明:《我国〈经济法通则〉研究的过去、现在与未来》,《财经法学》2020年第1期。

⑤ 张守文:《经济法的立法统合:需要与可能》,《现代法学》2016年第3期。

⑥ 李昌麒:《关于制定〈中华人民共和国基本经济法〉的几个问题》,《当代法学》1999年第4期。

⑦ 袁达松,朱成林:《论经济法治的顶层设计——兼重提经济基本法的制定》,《中山大学法律评论》2014年第3期;袁达松,黎昭权:《经济法类型学与经济基本法的制定次序》,《经济法研究》2016年第2期。

⑧ 陈乃新:《创制〈中华人民共和国经济法〉构想——创制基本经济法是编撰经济法典的题中应有之义和浓墨重彩》,《南华大学学报(社会科学版)》2015年第1期。

⑨ 杨紫烜:《关于制定〈经济法纲要〉的若干问题》,《南华大学学报(社会科学版)》2015年第1期等。

⑩ 李昌麒:《关于制定〈中华人民共和国基本经济法〉的几个问题》,《当代法学》1999年第4期。

11 张守文:《经济法的立法统合:需要与可能》,《现代法学》2016年第3期。

和附则内容；更重要的是，“总则”是一部法律的一个组成部分，其不可单独作为一部法律的名称。程信和则认为，通则比纲要更有法律味，比法典更有可行性。^①

其次，经济法学界对立法统合的篇章体例的设定也未形成一致。杨紫烜认为，对于《经济法纲要》的结构，可以考虑作如下安排：第一章总则，第二章基本经济制度和经济体制，第三章经济法主体，第四章市场监管法，第五章宏观调控法，第六章经济法责任，第七章附则。^②李昌麒教授则主张按下列章节构筑框架：第一章总则，第二章经济法主体资格及其权限，第三章经济管理关系，第四章经济协作关系，第五章市场管理关系，第六章涉外经济管理关系，第七章经济核算关系，第八章经济法规中的冲突，第九章法律责任，第十章附则。^③此外，程信和、张守文、袁达松、叶姗等均也有不同意见。^④

总体而言，目前有关经济法立法统合的观点存在共识不足、理论准备不充分、立法推进乏力的问题。^⑤虽然不同学者对经济法立法统合的具体结构、篇章体例、立法内容等还远未达成共识，但这些统合性立法都具有本质上的共通性——属于为制定《经济法典》奠定理论基础和积累实践经验的“过渡性”立法。换言之，持“间接法典化”观点的学者在本质上并不存在分歧，只不过在具体层面还未达成共识，其终极追求均为经济法的法典化。

六、经济法立法统合的少数观点：去法典化

学界关于经济法立法统合的另一种观点是“去法典化”，即反对经济法成典。相对而言，持这种观点的学者是少数。尽管有不同声音，但这并非坏事，因为真理总是越辩越明，最怕的情况是“群体的沉默”。“去法典化”主要分为以下三种路径：

其一，是构建以经济法总则为核心的一核多级的经济法体系。立法统合应兼容法典化的体系化内核，规避其封闭性与滞后性，吸收分散立法的实践导向和回应性功能，克服其方法论缺失所引发的制度性缺陷。^⑥尽管制定一部贯通总则与分则、形式完备的实质意义上的经济法典缺乏现实的可操作性，但针对不同位阶

① 程信和：《经济法通则原论》，《地方立法研究》2019年第1期。

② 杨紫烜：《关于制定〈经济法纲要〉的若干问题》，《南华大学学报(社会科学版)》2015年第1期。

③ 李昌麒：《关于制定〈中华人民共和国基本经济法〉的几个问题》，《当代法学》1999年第4期。

④ 袁达松，朱成林：《论经济法治的顶层设计——兼重提经济基本法的制定》，《中山大学法律评论》2014年第3期；叶姗：《再议制定经济法通则的必要与可能》，《人大法律评论》2016年第3期；张守文：《经济法的立法统合：需要与可能》，《现代法学》2016年第3期；程信和，曾晓昀：《经济法典“总则”论》，《法治社会》2021年第2期；程信和，曾晓昀：《经济法典“分则”论》，《法治社会》2021年第3期。

⑤ 商红明：《我国〈经济法通则〉研究的过去、现在与未来》，《财经法学》2020年第1期。

⑥ 刘凯：《法典化背景下的经济法统合性立法》，《法学》2020年第7期；刘凯：《论制定经济基本法的路径选择》，《法学杂志》2021年第8期。

的法律法规进行整合、提炼、升级仍然是经济法立法不能忽视的工作。鉴此，制定一部沟通宪法与单行法经济法总则，是回应目前法典化之不能与立法统合现实需要之间矛盾的实用主义路径，是解决当前法典化和通则制定诸多困难的成本较低、阻力较小、效率最高的可行方案。

其二，是修正后的问题导向式立法。亦即，支持修正后的、理论基础扎实的“问题导向式立法”和“领域法学”，在利用问题导向式立法解决社会复杂问题的同时，更注重理论的深化和内在逻辑的一致性。首先，经济法的“问题导向式立法”有助于经济法的立法统合。立法可以是分层次、分领域的，并非一概都是高层次的“法典化”，具有“局部体系化”特征的“问题导向式立法”所作的统合可以是经济法立法统合的合理形式。其次，经济法的“问题导向式立法”可以助成经济法历史使命的践行，使经济法不必拘泥于部门法的划分、公私法属性、法系归属等既有束缚。最后，经济法的“问题导向式立法”有利于更新经济法的既有格局，促进国际交流与合作、增强部门法之间的互动等，其所立足之处是应对的问题及其性质。^①

其三，是“缩减版”法典——经济法通则。需要注意，此处的“通则”与本文前述的“通则”具有本质区别。此观点认为，在制定经济法通则的情形下，没有必要上升为经济法法典。易言之，《经济法通则》就是立法统合的最终形式，是“缩减版”的法典。^② 第一，法典化无法应对变化莫测的社会经济问题，可能导致经济法无法适应社会变化而出现“法典老化”。第二，支持法典化的既有论点考虑不周延，合理性不足，说服力不够。第三，经济法法典化无法模仿《民法典》的立法进程。若制定经济法通则，不可避免会对现存的子部门法产生巨大影响，有些领域还存在立法空白，必须考虑与经济单行法协调的问题，极具考验。第四，学界对经济法典的篇章体例远未达成共识，各学说间差异较大且无国外立法先例可鉴。

七、初步结论

经济法学对传统法学理论有太多的超越与解构，对于任何一个法学专业人士而言，经济法学是一门艰深的学问，非殚精竭虑、不苦思冥想，不能达到自洽。^③ 唯有学界鼎力支持经济法立法统合的推进，方能最大程度凝聚学术共识，消除理论分歧，率先成典以展现中国理论自信。以史为镜，回溯往昔。在回顾过去，传承经济法前辈经济法立法统合理想的同时，有学者提出，未来应着重做好以下

① 尹亚军：《经济法的理论体系：需要与可能》，《经济法研究》2019年第2期。

② 姚海放：《也谈“经济法通则”的制定》，《经济法学评论》2019年第1期。

③ 陈云良：《傲慢与偏见——经济法的现象学分析》，《法商研究》2009年第4期。

三个层面的工作：在立法定位方面，可以《民法通则》为参照；在学术准备方面，可以将调制论作为方向选择；在立法准备方面，应做好对既有经济单行法的评估与通则的制定、《经济法通则》的制定与各经济法板块基本法创制之间的“双重并进”。^① 关于经济法立法统合的命题非常宏大，本文聚焦于三个方面进行总结：一是统合性立法的名称提法，二是对经济法成典的批判性思考，三是立法统合的路径选择。

（一）统合性立法的名称提法问题

学界对立法定统合的名称提法存在较大争议，虽然选择哪一种提法只是叫法不同，但其代表了经济法的整体形象，好的“名字”不一定能带来好的印象，但不合适的“名字”却有可能让人们产生误解。相对而言，《经济法通则》与《经济法总则》的提法更具有合理性，可以考虑作为统合性立法的称谓。

首先，《经济法通则》是贯通总则与分则，通用于经济法单行法和相关附属法的原则性和一般性法律，属于“瘦身版”的经济法典，旨在为制定经济法典做准备。通则具有贯通性和概括性，要涵盖部门法调整对象的全部，这种框架体现出更强的封闭性。《经济法总则》也具有综合性、概括性等特点，但总则不需要对分则的内容作详尽的规定，分则的内容预留给单行法进行规定。总则是对经济法基本原则的提炼，保持了经济法体系的开放性，应当对经济法的立法宗旨、调整对象、基本原则、主体、行为和责任等方面作出明确规定。通则和总则两种提法均具有合理性，但应选哪一种，则取决于立法统合的路径选择。后文将对此详述，此不赘述。

其次，《中华人民共和国经济法》的提法比较模糊，不够清晰、准确。从名称看，这很容易让人误解为内容完备的“经济法典”，但实际上也是类似于《纲要》和《通则》的“概要法”而已。并且，相对于民法、刑法、宪法等已经广为人们所熟知的传统法律部门，普通人对经济法的陌生感会更为强烈。以“经济法”指称这一统合性立法，无法准确阐明其内涵是“经济法学科”“经济法律”“经济法规”“与经济有关的法”还是注册会计师考试中的“经济法”。

再次，经济法的统合性立法不宜采用“基本法”的提法。“基本法”主要用作宪法性法律——香港、澳门特别行政区基本法，不适合用作部门法的法律名称，域外法如《德意志联邦共和国基本法》——德国宪法，带有浓厚的政治色彩，用于经济法并不合适。我国在 20 世纪 90 年代，还曾起草《税收基本法》，虽数易其稿，至今仍未出台。其中的一个重要原因，就是对于税法可否采取“基本法”的立法形式，一直有人存疑。如果拟用《经济基本法》，也会遇到与制定《税收基本法》类似的问题。

^① 商红明：《我国〈经济法通则〉研究的过去、现在与未来》，《财经法学》2020 年第 1 期。

最后,《经济法纲要》的名称也不合适。“纲要”的含义是提纲挈领的要点,一般用于计划类或规划类的立法,表现为规划纲要、发展纲要、实施纲要、行动纲要等政策性文件,如十三五规划的“纲要”等。许多学者也,认为“纲要”不是法学概念。以往制定的基本法律尚未采用过“纲要”的形式,我国现行法律法规也没有以纲要来命名的。至于《经济法典》,倒不是说这样的提法有问题,而是法典化的路径选择本身就极具争议,这并非简单的称谓问题,而是立法统合的路径选择问题。

(二) 经济法法典化的批判性思考

在传统大陆法系国家,法典具有致命的诱惑力,蕴含了深远的体系之美与逻辑之美,承载着人类的最高理性,凝练着不同时期、地域乃至不同民族的价值追求,无数学者一生悬命,为之倾倒。但应该看到,方向决定成败,法典化脱离实际造成的副作用可能远比不制定法典的影响要大。本文认为,法典法模式与经济法治理的冲突、经济法成典的理论供给与学界共识不足和支持经济法成典的既有论点乏力是现阶段经济法难以法典化的重要原因。

第一,法典法模式与经济法治理不兼容。实质意义上的法典是近代理性祛魅的时代产物,反映了高超的立法技术,彰显了人类的理性能力。然而,现代社会的变化速度已经大大超过往昔,对于法律回应社会的需求日益增长,经济法治理模式的开放性、回应性、概念的模糊性等特征与法典模式的冲突难以调和。首先,经济法的许多概念具有模糊性而难以周延,有些概念本身就是经济学概念,具有着很强的开放性,难以支撑法典化所要求的概念精确化。其次,经济法的典型特征是法律与政策的交融,政策有时会直接起到法律规制的功能,具有开放性、灵活性特征的经济法无法满足法典的封闭性要求。再次,经济法自创始以来就始终在回应经济实践问题,而这些问题是个别性和不可预测的,由此回应性的经济法也不能实现法典的稳定性。

第二,经济法成典的理论供给与学界共识不足。客观上,相较于《民法典》的颁布历程,经济法学界的共识度、理论基奠与实践积累还远未达到能直接制定一部《经济法典》的成熟度。有学者统计,在中国知网,以“经济法通则”“经济法总则”“经济法纲要”“经济基本法”“基本经济法”为篇名得到真正讨论的文献不过 20 篇。而以“民法总则”为篇名,得到检索结果 1175 条,以“民法通则”为篇名,得到 370 条结果。即便是对于最近十多年才兴起的商法通则的讨论,其研究文献也相对充实,以“商法通则”为篇名,检索结果为 60 条,且其中讨论的内容相对较为深入。^①在经济法没有达成高度、广泛的理论共识的情况下,经济法成典任而道远。

^① 商红明:《我国〈经济法通则〉研究的过去、现在与未来》,《财经法学》2020 年第 1 期。

第三,支持经济法成典的既有论点缺乏合理性与说服力。法典化有利于解决当前经济法体系不协调、存在立法冲突与立法空白等问题,是经济法成典的重要理由。但问题是,解决以上困境的手段不止法典化一种,还包含规范性文件审查、法规清理、法律解释及司法裁判融入价值判断选择等多种途径,法典化可能只是一种理想愿景。面对变化的社会实践与复杂的社会关系,公众第一直觉是“我国整体法制水平不高,此问题法律没有规定”,因此“需要立法或修法”。法学研究应当从立法论转向解释论,亦即“法律不是嘲笑的对象”。与反对法典化相比,本文更反对不加辩证地思考法律问题。换言之,以现有经济法的法律规范层级不高、体系分散、容易形成规则冲突为由主张法典化,只解决了问题的很小一部分:法典化的可操作性、路径替代、制度成本与后续影响的分析是目前学界的研究比较欠缺的。

固然,对于任何一个法律人而言法典都具有致命的吸引力,但科学的法律体系应是形式理性与实质理性的统一,现代法治的理念不仅仅承载于法典的形式之上,更应将法治的精神根植于法律实践当中。总而言之,部门法学应该警惕在法典化的浪潮中迷失自我,应该对法典与各部门法的精确匹配作出各学科理论下的精细论证,切莫盲从冒进。

(三) 关于立法统合的路径选择

尽管我国经济法成典存在现实与理论的障碍,但并非意味着我们不能追求经济立法的体系性、协调性和逻辑性。统合与分散是相对的,其具体取舍应以提升立法质量和确保法律的有效实施为标尺,而不应为了统合而统合。换言之,立法统合可以是分层次、分领域的,并非一概都是高层次的“法典化”。^① 鉴此,本文主张经济法的统合性立法应走“去法典化”之路。承前所述,一共有三种路径选择:一,“缩减版”法典——经济法通则;二,修正后的问题导向式立法;三,以经济法总则为核心的“一核多级”体系。

首先,间接法典化的“通则”无法起到规则指引的作用。我国经济立法的现状是单行法太多,而不是规则缺乏,急于制定一部没有广泛共识、不成熟的基本法,非但不能起到规则指引的作用,反而引发法律体系的失调。更令人担忧的是,如果在原有单行法的基础上制定经济法通则,新的一般规定与旧的特别规定之间产生了不可避免的交叉,由此造成法律适用上的冲突。从事实与规范两个层面观之,“通则”的“缩减版”法典结构不具备立法上的可操作性,需另觅解决之法。

其次,修正后的问题导向式立法存在功能缺陷。在分散立法模式下,经济法不可预期、不可持续、救济缺失等特点与法治的基本理念相背离,如果不对法律和政策混杂庞大而无序的制度结构进行科学统合,那么分散立法模式在功能上会

^① 尹亚军:《经济法的理论体系:需要与可能》,《经济法研究》2019年第2期。

成为法治建设的制度阻力。具体表现为：一，部门利益的法定化。在立法过程中，各部门通常会出于部门利益的考虑给自己预留“自留地”，使法律成为政府部门利益的保障。二，法律与政策的混同。在实践中，各地、各部门制定的地方性法规、规章和经济政策实际上主导了地方的经济法治。然而，各地出台的经济政策存在科学性严重不足问题，其中一个重要原因便是缺乏体系化的法律对政策制定提供明确指引。三，法律实施的困境。分散立法使得法律在适用过程中仅仅对某一个领域的规范进行了解释，但却忽视了经济法作为维护社会整体经济利益之法的体系性功能。

譬如，对知假买假者来说，如果脱离了经济法的背景，很可能落入私法救济的路径，很容易得出“知假买假”者违反了民法的诚实信用原则，而失去主张惩罚性赔偿的权利，从而忽视了《消费者权益保护法》对整个经济秩序的法益保护。以民法逻辑为导向得出的结论无法超出意思自治、契约自由、过错责任等私法理论框架。经济法自创生以来就是为了应对私权过度膨胀导致的负外部性，破除意思自治成为经济强者的压迫工具，以及扭转形式平等异化为实质不公的局面。我国惩罚性赔偿制度的功能定位就在于惩戒制假卖假的黑心商家，净化市场营商环境，保护市场公平竞争秩序，而不仅是为了填补消费者遭受的损失。因此，若以民法逻辑得出打假人违反诚实信用原则的结论，那《消费者权益保护法》基本上就形同虚设了。^①

由是观之，制定一部沟通宪法与单行法经济法总则就成为了解决当前法典化和通则制定诸多困难的成本较低、阻力较小、效率最高的可行方案。经济法总则与法典的区别在于，总则不对分则的内容作详尽的规定，从而给单行法的立法预留空间，可起到框定单行立法、把握经济法发展趋势的作用。另外，经济法回应型法的现代法特性决定其在相当长的时间内难以法典化，经济法的立法统合工作应该是长期和动态的，不片面地追求一蹴而就，统合的目的是顺应时代要求，推进经济法的科学化。是故，“总则”相对于“通则”更符合体系化的标准和功能。

现有立法统合的进路都是先入为主的构建，忽略了社会实践及可利用的理论资源，对经济法立法统合应兼顾经济关系对经济法的需要和各单行法的现实情况。法律科学被称为一门科学，其核心就在于有体系化的方法论作为支撑，体系化的法律是维持法秩序安定与正义的基础。由此，经济法统合性立法应兼容法典化的体系化内核，规避其封闭性与滞后性，吸收分散立法的实践导向和回应性功能，规避其体制性因素伴随的部门利益法定化和地方保护主义，寻求一种渐进式

^① 我国执法力量的不足、消费者维权成本高获利少，制度激励不足等原因是假冒伪劣商品到处泛滥的重要原因。尽管我们不能说职业打假人的存在多么具有合理性，但这一群体的出现绝非偶然，立法者应当考虑到这些问题。

和开放式的体系化路径。^①立法统合作为开放的体系化进路，是分散立法的高级形式，能起到指导新的立法、厘定法律实施标准，并以整体形象彰显经济法价值的作用。

构建以经济法总则为核心的一核多极经济法体系，其具体路径为：经济法总则的制定必须是原则性规定，不对分则的内容作详尽的规定，从而给单行法的立法预留空间，同时对经济法的立法宗旨、调整对象、基本原则、主体、行为和责任等方面作出明确规定。经济法总则的功能应体现为经济法的体系化功能、单行法立法的指引功能及司法裁判规则缺失时的法律解释功能，而非法律裁判过程中的直接适用功能。譬如，经济法总则应为单行法和经济政策的制定提供原则性指引，使其在法治经济的轨道内实施经济政策。同时，在经济法的外部应该为经济政策与法律互动预留空间。经济政策作为不可忽略的规制手段，应该成为单行法立法的供给来源。概言之，在体系外部，合理衔接宪法、其他部门法与法律政策；在体系内部，涵摄各级统合法与单行法，鼓励各领域的单行法先行统合。

放眼世界，经济法的发展趋势与制定一部形式完美的法典之间存在难以调和的矛盾。对我国的经济立法而言，立足于本国实际和依托法律全球化背景，追求渐进式的局部体系化是当前需要完成的工作。经济法统合性立法是一项系统工程，对法典化进路的规避并不会导致经济法被孤立，相反，这恰能反映经济法的开放性、回应性的现代法特性。经济法的科学化改造应该将法学的体系化思维深刻地植入经济法学的立法统合构建之中，应使自上而下的顶层设计与自下而上的渐进式立法统合相呼应，呈现动态的、多层次的经济法整体形象。

^① 刘凯：《法典化背景下的经济法统合性立法》，《法学》2020 年第 7 期。

法典化视阈下颁布《经济法总则》的合理性考量

赵春娇*

内容提要 民法典的颁布为我国法律体系内各部门法法典化提供了成功的典范。作为一门新兴且重要的法律学科,经济法肩负着为调整国民经济运行关系、推动高质量发展、推进国家法治经济建设、加快现代化经济体系建设提供法律依据和保障的时代重任。目前经济法部门缺少且需要一部集大成化的法典来阐述经济法的原理与具体制度,展现经济法的整体形象。为此,可以吸收借鉴《民法典》二阶段立法模式及潘德克顿立法体系的制定经验,在《经济法通则(学者建议稿)》的基础上制定《经济法总则》,重点设置立法目的、基本制度、基本原则、经济法主体、经济法主体权利、经济行为、责任构成等条款,渐进式推进经济法法典化进程。

关键词 经济法总则 经济法法典化 经济法通则 二阶段立法模式 潘德克顿立法体系

引言

2020 年出台《民法典》在中国法学界掀起了法典化的时代巨浪,经济法在这样深刻的历史变革下不能置身事外,理应抓住机遇给出合理回应。目前经济法部门制定有财政法、税法、反垄断法、反不正当竞争法等单行法,缺少一部形式意义上封闭、方法论意义上稳定的体系化法典。但是,事物的发展并非一蹴而就,现代立法理念已经清晰地表明,立法不仅是政治的任务,而且也受到法律科学的支配。^①对我国经济法立法来说,法典化的终极目标是通过实现经济法律体系的良性发展,为国民经济发展夯实法律基础。从这个角度出发,经济法法典化应当遵循循序渐进、立足于实践需要的科学立法进路。本文提出尝试借鉴《民法典》二阶段立法模式和潘德克顿立法体系、先行制定《经济法总则》的立法思路,并对其现实存在的必要性因素与操作上的可行性因素进行系统的考量分析,并提出经济法总则的历史意义及其具体进路的展望。

必要性因素考量

(一) 政策指引与时代发展需要

1. 政策指引

* 河北大学 2020 级法学院法学理论专业研究生。

① 参见刘凯:《法典化背景下的经济法统合性立法》,载《法律科学》2020 年第 7 期。

恩格斯曾言：“经济运动会为自己开辟适合的道路，但是他也必定要经受它自己所确立的并且具有相对独立性的政治运动的反作用，即国家权力以及和它同时产生的反对派的运动的反作用。”^①并且这种反作用的表现形式之一是国家权力与经济运动沿着同一个方向起作用，在这种情况下发展的就会比较快。^②这段论述旗帜鲜明的揭示出国家权力如果可以遵循经济发展的内在规律，并且运用政治、法律、社会等方式作用于经济发展的各个阶段时，国家的经济活动会得到推进与发展。2020 年 10 月 26 日，党的十九届五中全会《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》提出：“坚持和完善社会主义基本经济制度，充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用，推动有效市场和有为政府更好结合。”^③《建议》强调坚持系统观念，完善宏观经济治理，建立现代财税金融体制。国家上述经济与社会发展规划为市场经济的基本法——经济法的发展完善提供政策性指引，进一步明确了经济法未来的发展方向与着力重点。当然，国民经济的发展也只有在法治的轨道上运行才会逐步走向高质量，只有在完善的经济法律制度的保障下才会发展的更加平稳有序。这是一个双向互动的机制。

2. 时代发展需要

法发展的重心不在立法、不在法学，也不在司法判决，而在社会本身。^④经济法典化进程需要而且应当立足于我国经济社会发展的实践情况。目前，中国经济体制改革的核心问题就是努力实现有效市场与有为政府的融合共生，此亦是经济法的核心研究问题。习近平主席谈到：“市场经济是法治经济，要用法治来规范政府和市场的边界。”^⑤程信和教授将中国现代经济法的调整对象概括为两大方面，一是市场“无形之手”调节市场竞争与合作的基础性经济关系，二是国家“有形之手”宏观治理和监管的管理性经济关系，两层经济关系有机连接。^⑥上述理论与前文提及的国家政策彼此照应，从理论层面阐述了通过经济法的规制是可以对市场和政府的关系进行有效调整的，经济法典化符合我国法治建设的内在需要，符合时代发展需要，利于国民经济走向高质量运行。

（二）困境：经济法学科内部存在分离现象

近年来，经济法学科内部出现了关于财税法的独立论。2015 年第十二届全国人大三次会议对《立法法》部分条款设置进行了修改，第 8 条新增第六项“税

① 马克思恩格斯选集（第四卷），人民出版社 2012 年版，第 701 页。

② 同前注。

③ 《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》，载人民政府网，http://www.gov.cn/zhengce/2020-11/03/content_5556991.htm，2021 年 11 月 5 日访问。

④ [奥]埃利希：《法律社会学基本原理》，叶名怡、袁震，译，中国社会科学出版社 2009 年版。

⑤ 习近平：《在中央全面依法治国委员会第二次会议上的讲话（2019 年 2 月 25 日）》，中央文献出版社 2020 年版。

⑥ 参见程信和、曾晓昀：《经济法典：经济法集成化之历史大势》，载政法学刊 2021 年第 1 期。

种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度”，原有第 8 项“基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度”改为第 9 项且删掉了税收。对此，有学者表示这体现了税收性质的改变，修改前关注的是税收的经济属性和建设职能，修改后强调了税收的人权、民主价值以及独立地位，因此《立法法》所体现的财税法的独立地位并没有在我国社会主义法律体系中得到彰显，因此需要实现财税法的去经济化，谋求其独立地位，回归本体税法。^①之所以强调应当审慎对待税法的独立论，是因为税法在国家进行宏观调控过程中担当着举足轻重的角色。税收作为调节经济运行的重要经济杠杆，在宏观调控和促进公平分配方面具有十分重要的作用，已成为影响当代经济生活的经常性因素。^②在此并非要否定税收的人权、民主价值，只是税收的经济调节功能相较而言更具有重大意义，是主要功能，符合我国经济法治理国家经济的目标。按照程信和教授的归纳，宏观经济治理行为涉及发展规划、财政、货币、劳动就业、产业、消费、投资、进出口和外资、价格总水平、分配、环境保护、区域经济协调等。^③财政税收作为宏观经济治理的重要一环如果被分离出去会对市场经济持续健康发展产生负面影响，具体而言，在激烈的市场竞争下，企业面临的竞争压力可想而知，如果没有国家财政税收制度的介入，资源分配就无法保障公平合理，企业为达到利益的最大化可能不择手段，容易发生市场经济秩序的混乱、贫富差距扩大等情形，最终导致整个社会无法平稳持续发展。所以应当增加对于财税法独立论的重视，努力避免经济法学被进一步的肢解。

（三）《经济法总则》之于“分则”所具有的特殊功能

从法律体系化角度切入，法典的总则，顾名思义，是指法律规章的序言，其对该法典的立法目的、依据、调整范围、基本原则以及其他一些重要问题作出规定。分则，是该法典的细则，是法律规定的具体条文的展开，与总则是具体与抽象、特殊与一般的关系。《经济法总则》通过规定经济活动的基本原则和一般规定等，在经济法典中起到基础性、统领性、指引性的作用，其应当体现经济法科学原理、体现经济法的体系化。在总则中进行经济法的定位、基本制度、基本原则、主体、主体权利、责任承担等纲领性立法，可以在更好的对分则的立法进行具体展开，保持分则与总则立法精神的一致性与和谐，避免二者实质内容上的矛盾与冲突。在对经济法分则具体条文进行解释适用或者具体条文设置不周的情况下，总则便可以发挥解释具体条文或者是直接适用的作用。所以《经济法总则》的制定合情合理且大有裨益。

一、可行性因素探究

① 参见王茂庆：《税法的经济法化及其反思》，载《政法论丛》2017年第5期。

② 张守文：《经济法原理》，北京大学出版社2013年版。

③ 参见程信和、曾晓昀：《经济法典“总则”论》，载《法治社会》2021年第2期。

（一）《民法典》“二阶段”立法模式及潘德克顿立法体系提供经验借鉴

《民法典》采取的是先行制定民法总则，再进行分则立法的“二阶段”立法模式与潘德克顿立法体系。这种立法模式和立法体系使得庞大的民法规则群体有了一个清晰的逻辑，使之能够科学化、有序化的连接起来，方便大众和学者们进行民法的体系化学习研究，也可以为司法实践工作人员提供更加清晰明确的指导，提升其案件分析能力，利于达到更好的法律实施效果。民法与经济法作为市场经济法治化的两大支柱，两者有深厚的内在联系，经济法继承、发展了民法，超越了民法的界限。^①经济法的宏观经济治理制度、市场经济运行制度、收入分配制度等超越了民法所管辖的平等主体间的人身关系与财产关系的范围，涉及到整个国家国民经济的运行，调整了市场与政府、宏观治理与微观治理之间的关系，如果将我国的市场经济比作瓜藤，那么民法与经济法就是这一条藤上的瓜，是葫芦娃兄弟。目前经济法学科内部的单行法众多，管辖范围较广，条文多且杂乱，总、分则的立法体例能使众多经济法规则得到有序的排列组合，总则承担着整个法典的立法原则与精神的指引工作，优先制定总则会为分则的编纂奠定基石，铺平道路，明确思路，减轻部分压力，借鉴《民法典》总则与分则两步走立法模式和潘德克顿立法体系的成功经验是科学且可行的。

（二）《经济法通则（学者建议稿）》开拓初步设计

2018 年 10 月份，在辽宁沈阳召开了“制定经济法通则第二次学术研讨会”，程信和教授提交了其初步设计的《经济法通则（学者建议稿）》，全文共计 300 个条文、17 章，按照总则、分则、附则的体例组成。^②通则（学者建议稿）的制定是经济法学届可喜可贺之兴事。按照通则的内容规定，总则部分共计 6 章，包括了基本规定、经济制度和体制、经济法律关系主体、主体权利、经济法律行为、责任。分则部分总共 10 章，规定了十大项具体的经济法律制度：市场运行法律制度；国民经济发展规划法律制度；财政税收法律制度；货币金融法律制度；产业发展法律制度；区域经济协调发展法律制度；消费法律制度；投资法律制度；对外开放法律制度；经济监督法律制度。^③《经济法通则》总则部分的内容采用了公因式提取方式，从广泛的经济立法条文中抽象出了它们所共有的特征，其中基本规定一章涵盖了经济法立法目的、依据、任务及基本原则，经济制度和体制一章是对经济法依存的国家经济制度基础的宣示，经济法律关系主体一章既包括市场主体又包括政府主体，以及介于两者之间的社会主体，主体权利一章则以法律的形式为上述主体进行经济活动明确了权利范围，经济法律行为约束了上述主体的活动，界定哪些行为属于或不属于经济法适用范围，责任构成在主体进行违

① 转引自程信和、曾晓昀：《经济法典“总则”论》，载《法治社会》2021 年第 2 期。

② 参见程信和：《经济法通则原论》，载《地方立法研究》2019 年第 1 期。

③ 同前注。

法行为或受到权利侵害时发挥解决纠纷矛盾的作用。笔者认为,通则(学者建议稿)当中总则部分的内容安排是较为全面的,具有统领性质,利于塑造经济法的整体形象,体现了经济法学家们的智慧和创造性,该部分内容能够为《经济法总则》的框架建构提供思路与范式。

二、展望:经济法总则的具体进路与历史意义

(一) 具体进路

1. 开展关于《经济法总则》的具体专项研究

目前,在知网以“经济法总则”为篇名进行检索共计有 2 篇文章,以“经济法典”为篇名进行检索共计有 20 篇文章,且这 20 篇中直接涉及经济法总则的也不过两篇而已,可见关于“经济法总则”的研究文献数量太少。建议全国经济法学学会召开关于颁布“经济法总则”的专门学术会议,就其颁布的必要性、可行性和重要性问题进行深入探究,就可能遇到的阻碍进行预测和分析,同时,针对“经济法总则”的各单元顺序安排、具体各项条款内容设置诸如基本原则、主体权利、责任构成等进行全面、系统的探讨,以期以专项课题、年会等针对性的学术活动为桥梁,提升经济法学届对经济法总则制定的关注度与重视程度,得出一些关于制定经济法总则的实质性研究成果。

2. 加强对已有经济法立法成果的学术研究

问渠那得清如水?为有源头活水来。创制经济法总则离不开我国经济法学届已有的立法研究成果的奠基。自 20 世纪 60 年代起,我国关于经济法立法的法律实践从未停歇:1963 年《经济法(草案)》、1986 年《起草大纲征求意见稿》、1999 年《经济法纲要》、2018 年《经济法通则(学者建议稿)》。上述草案均是我国经济法学学者为经济法典的创制所进行的努力,具有开拓意义,经济法总则或者未来的经济法典既可以吸收前述草案具有的优点、汲取其养分,又可以总结其不足之处并在编纂时加以规制。此外,近年来全国人大陆续通过了《反垄断法》、《产品质量法》、《中国人民银行法》、《预算法》、《证券法》、《消费者权益保护法》等近百部单行经济法规范,可以说我国形成了以宏观调控法和市场规制法为基本结构的法律体系,我国的经济法律已基本完备。^①因此,为了实现经济法的立法统合、实现“经济法总则”的创制目标必须要加强对上述经济法立法成果的内容研讨,提炼出共性进行整合。正所谓基础不牢地动山摇,只有研究透彻各部单行法规,经济法统合之路的阻碍才会减轻。

2. 人才的培育

古语云:致天下之治者在人才,成天下之才者在教化。经济法的发展离不

^① 参见刘凯:《论制定经济基本法的路径选择》,载《法学杂志》2021 年第 8 期。

开一代又一代经济法学子勤勤恳恳的探寻。但是,从前文关于《经济法总则》或者《经济法典》的研究现状来看,广大青年学者们并没有在该领域投入较多精力,很多涉及经济法的优秀文章还是出自老一辈的芮沐、杨紫烜、刘文华、徐杰、李昌麒、程信和教授等。因此,着力培育中青年经济法学者对于经济法学进行研究传承就显得格外重要。当然出现上述状况是有缘由可循的。关于经济法学理论的文章研究难度其实较大,且涉及该领域的论文比较难发表,这也造成了部分学生转而研究其他方向的知识。为此,笔者设想高校是否可以设立“经济法学卓越人才培养班”等专门机构进行定向培养,聚拢热爱经济法学的学生,在老师的指导下进行专项钻研,各高校定期召开学术交流活动,不定时联系经济法学届权威学者进行学术探讨,解答疑难问题。

(二) 历史意义

1. 抓住中国法治发展契机,担当时代立法先锋

法律是治国之重器,良法乃善治之前提。《民法典》的诞生标志着中国特色社会主义法治化已经迈入新阶段。2020年11月份中共中央关于全面依法治国会议在北京召开,习近平总书记强调了要总结编纂民法典的经验,适时推动条件成熟的立法领域法典编纂工作。^①经济法作为市场经济的基本法是我国法律体系中非常重要的部门法,在中国推动法典编纂的时代背景下,我们有必要对经济法的立法现状进行分析评估,对经济法未来的发展前景进行展望,抓住中国推动国家治理能力、治理体系现代化的时代契机,采用先行制定经济法总则、进一步制定分则的渐进式立法模式,乘“社会主义现代化建设”之势而为,和《民法典》一起,以促进我国社会主义市场经济的良性运作为中介提升人民生活水平与幸福指数,努力发挥长久性作用。

2. 对世界法制史发展产生划时代影响,开拓世界经济法典之先河

从世界法制史发展的维度进行考量,《经济法总则》的创制是史无前例的,纵观世界各国立法现状并没有现存的《经济法典》。1964年的《捷克斯洛伐克社会主义共和国经济法典》因为国家的分裂解体而失效。德国于1958年出台的《反对限制竞争法》、1967年的《经济稳定与增长促进法》虽分属于市场规制类和宏观调控类法律,但并未以经济基本法的形式呈现出来。美国亦是如此,无论是《谢尔曼法》还是《克莱顿法》均不属于经济基本法。所以,在几乎没有域外经验可供参考的情况下,中国经济法学者们便只能完全依靠我们自己的智慧完成这一任务。中国若能成功创制《经济法总则》进而颁布《经济法典》,既得彰显东方特色,展现中国人民的智慧,又开创世界经济法典之先河,为世界法制史的发展贡献中国力量,可以说是体现中国特色社会主义制度自信、文化自信、理论自信、

^① 《总结民法典编纂经验 推动民法典贯彻实施——中国法学会“积极推动民法典实施座谈会”发言摘编》,载人民网, <http://society.people.com.cn/n1/2021/0416/c1008-32079334.html>, 2021年11月5日访问。

道路自信的极佳选择!

结语

经济法总则的创制面临着深刻的历史机遇。首先,中国法典化之势浩浩汤汤,国家又强调要进行社会主义市场经济法治化建设,经济法学何不顺应时代潮流?民法总则是民法的公因式^①,经济法总则也理应成为经济法的公因式,可以借鉴《民法典》两步走的立法模式和潘德克顿立法体系,在目前制定经济法典的条件尚未完全成熟的情况下优先制定“总则”,填补该领域的法律空白,为“分则”的制定作出指导、奠定基础。其次,《经济法总则》的制定有《经济法通则(学者建议稿)》以及全国人大通过的各部经济单行法等立法成果做源头活水。此外,建国以来的老中青经济法学家们一直传承着制定经济法典的伟大理想,他们励精图治、孜孜不倦的努力探索着《经济法典》的制定之路,相信在党的领导和习近平法治思想的引领下,在学者们坚持不懈的努力下这一立法宏图定能实现!那时,不仅是中国人民之幸事,亦是世界人民之幸事,《经济法典》将是践行“人类命运共同体”理念、向世界展现“中国形象、中国风采、中国特色”的伟大盛举!

^① 参见王利明:《民法总则:民法的“公因式”》,载《北京日报》2017 第 16 期。

经济法立法中调整对象的探析

董成惠*

内容提要 经济法是以经济秩序为调整对象的法律部门。经济法对微观经济秩序、中观经济秩序和宏观经济秩序的调整在不同经济领域和经济活动过程中形成了不同的法律调整机制。调整对象是经济法立法的理论基础和法律体系建设的理论依据。因此,经济法立法应围绕着经济法对市场规制秩序、宏观调控秩序和中观监管秩序,建立相应的市场规制法、宏观调控法和特别产业监管法的经济法律体系。

关键词 经济法 调整对象 经济秩序

法律的调整对象,也就是法律规范所调整的社会关系,凡调整同一社会关系的法律规范就构成同一法律部门。^①因此,法律的调整对象是区分不同部门法的重要方法。有学者认为将法律调整的社会关系及调整方法作为划分法律部门标准的理论是来自苏联的一种偏见。^②随着社会不断发展变化,法律所调整的社会关系和调整方法愈益复杂化,部门法所调整的社会关系的交叉与模糊在所难免。^③各部门法相互渗透,仅从调整对象和调整方法上很难完整准确地对各部门法进行区别和界定,但法律部门的划分仍是以“独立的调整对象”为标准,只是这一“独立”并不意味着“绝对专有”,而应理解为一种“共性”。至于这一共性是什么,为什么独立,则应根据现实的需要和历史的沉淀进行抽象。^④比如,经济法和行政法都调整政府行为,经济法和民法都调整市场行为,但各部门法适用的领域不同,即调整范围或对象不同,以至于对各部门法调整对象的研究有利于相关法学概念的界定,以及明确各部门法的属性以及调整范围。因此,经济法调整对象的理论研究不仅有利于经济法理论体系的构建,也是经济法立法的基础,决定了经济法立法的内容和体例,是经济法立法的核心,对经济法的立法提供了重要的理论依据和实践指导。

一、经济法调整对象的理论梳理

(一) 经济的内涵

纵观古今中外经济的理念,不论是我国古代的“经世济民”,还是古希腊的

*董成惠,广东海洋大学法政学院,副教授,法学博士,研究方向:经济法理论、竞争法。

① 参见孙国华主编:《法理学》,法律出版社,1995年版,第292页。

② 参见陈云良:《傲慢与偏见——经济法的现象学分析》,《法商研究》2009年第4期,第134页。

③ 参见李昌庚:《中国经济法学的困境与出路》,《北方法学》2014年第5期,第84页。

④ 参见顾功耘:刘哲昕,《论经济法的调整对象》,《法学》2011年第2期,第60页。

“家政管理”，都蕴含着“管理”或是“治理”的理念，延伸到“财富”、“资本”、“勤俭”、“政策”、“民生”等外涵，从“济民”发展到后来政治经济学中的“国家”与“社会”的利益关系，都切合了现代“资源配置”的理论。美国胡佛研究所（Hoover Institution）的高级研究员迈克尔·斯彭斯（Michael Spence）在美国经济学家埃莉诺·奥斯特罗姆获得诺贝尔经济学奖后评价她，认为其著作表明“经济学最终要解决的不是市场问题，而是社会资源分配和配置问题”。^①2007年瑞典皇家科学院将诺贝尔经济学奖授予美国经济学家莱昂尼德·赫维茨（Leonid Hurwicz）和罗杰·迈尔森（Roger B. Myerson）、埃里克·马斯金（Eric Maskin），以表彰他们对创立和发展“资源配置的机制设计理论”作出的贡献。^②哈耶克认为，狭义上“经济是一种组织或安排，是人们在其中自觉地把资源用于一系列统一的目标。”^③西方的经济学发展史，都是围绕着市场与政府两只手对资源配置的辩论史。不论是亚当斯密的“自由放任”还是凯恩斯的“政府干预”都是基于市场与政府对资源配置的较力展开。所有的经济活动都是“市场看不见之手”和“政府有形之手”对资源配置的经济活动，且在资本主义发展的不同时期“两只手”交替作用，在不同的市场经济条件和社会经济制度下“两支手”的作用有所不同，并形成不同的经济关系。只有当这“两只手”协调并用时，现代经济法才能产生。^④自从有人类社会以来，经济关系是在一定生产方式基础上的生产、消费、交换、分配等广泛而复杂的诸种社会关系的总称，^⑤在现代市场经济中则表现为市场与政府对资源配置的经济活动过程中产生的市场经济关系，包括微观经济关系、中观经济关系和宏观经济关系。因此，经济法的调整对象应立足于经济实体的市场经济关系，经济法的立法也应围绕微观经济秩序、中观经济秩序和宏观经济秩序，构建经济法之经济秩序的法律体系。

（二）经济法概念的界定

在与人类社会有关的问题中，没有几个像“什么是法律”这个问题一样，如此反复地被提出来，并且由严肃的思想家们用奇特甚至反论的方式予以回答。^⑥美国著名的法学家博登海默认为，概念是解决法律问题所必需和必不可少的工具。没有限定严格的概念，便不能清楚地和理性地思考法律问题。^⑦概念是学科理论

① Michael Spence, Markets Aren't Everything, Forbes.com(October 12, 2009). 转引自[美] 富切爾·博茨曼, 路·罗杰斯, 唐朝文译,《共享经济时代: 互联网思维下的协同消费商业模式》, 上海交通大学出版社, 2015年, 第15页。

② 参见郭其友、李宝良,《机制设计理论: 资源最优配置机制性质的解释与应用—2007年度诺贝尔经济学奖得主的主要经济学理论贡献述评》,《外国经济与管理》,2007年第5期,第1页。

③ [英]哈耶克著,冯克利译,《经济、科学与政治——哈耶克思想精粹》,江苏人民出版社,2000年版,第124页。

④ 刘文华,《走协调结合之路经济法本源论——“社会基本矛盾论”是解释和解决经济法律体系问题的理论基础》,法律出版社,2012年,第321页。

⑤ 参见播静成、刘文华主编:《经济法基础理论》,高等教育出版社1993年版,第40页。

⑥ [英]哈特(H.L.A.Hart)著;张文显等译——《法律的概念》,中国大百科全书出版社,1996年,第1页。

⑦ 参见[美]博登海默:《法理学法律哲学与法律方法》,邓正来译。中国政法大学出版社1999年版,第486页。

体系构建的基础,是认识和研究学科的逻辑思维起点和焦点,经济法的概念于经济法学也不例外。“什么是经济法”同样是一直困扰经济法学界的最大难题,至今仍未达成具有权威性的经济法的定义,以至于此话题也成为其他部门法学者对经济法诘难和诟病的一个梗阻。经济法概念作为经济法学理论思维的起点,决定着经济法的研究范围和理论体系建构。经济法学的诸多理论都是直接或间接地以经济法的概念为逻辑起点和进路构建的理论体系。^①经济法概念既是对经济法规范本质属性认识阶段和最高抽象成果的总结,也是继续探索经济法学学科体系和理论的基础,在经济法学理论体系中始终居于纲领性的地位,引领着学科的发展方向。^②因此,经济法概念是其立法的理论基础,不仅有利于经济法学学科理论体系建构,也有利于经济法规范体系的建设。

经济法概念发源于 18 世纪的法国。1775 年法国空想社会主义者摩莱里 (Morelly) 在《自然法典》一书中第一次使用了经济法的概念,也称为分配法。摩莱里当时并未对经济法进行严格的界定,而是将“经济法”和“分配法”并列提出了“分配法或经济法”共 12 条的法律草案,经济法的理念就是萌发于社会的统畴分配,强调国家意志对社会分配的参与,基本准确地表达了经济法就是“规范社会分配活动”的思想。^③关于法律的定义,哈特认为属加种差的定义形式是最简单和最令人满意的,最常用来为法律下定义的一般性属概念是行为规则,然而规则的概念与法律的概念本身同样错综复杂。近似于把所有的法律制度的基本要素中各种不同类型的规则联合为一体,这种表达方式的用法就是由起联合作用的基本要素所决定的。^④因此,经济法的概念不是单一的法律要素可以囊括的,应该涵盖以调整对象为基础,反映其调整方法和价值目标的基本要素的组合。经济法属于法的范畴,因此是一种法律规则或是行为规范,但不同于道德或其他行为规范。经济法脱胎于民法对权利滥用之无奈和行政法对行政权力扩张的乏力,是传统民法和行政法不能适应社会经济发展的必然产物,其调整对象正是民法和行政法力所不能的社会关系。在经济法律关系中,经济法律规范引导和规范市场主体和政府依法按市场规律公平、效率和安全实现资源最优配置,以维护市场经济秩序,与民法、行政法以及刑法等其他部门法的法律规范一样,发挥了法的指引功能。当经济法主体行为触犯相关的经济法律法规,破坏现有经济秩序时,不论是市场主体还是政府机关,都应依经济法承担相应的法律责任。经济法律规范

页。

① 参见肖江平,《作为概念的“经济法”— 聚焦于“经济法”语词的多视角研究》,《北京大学学报》,2004 年,第 48 页。

② 参见薛克鹏,《论经济法的范畴化及其体系》,《首都师范大学学报》(社会科学版),2013 年第 6 期第 2 页。

③ 参见[法]摩莱里著,《自然法典》,商务印书馆,1982 年第 107 页

④ 参见[英]哈特(H.L.A.Hart)著;张文显等——《法律的概念》,中国大百科全书出版社,1996 年,第 16-17 页。

与其他法律规范的功能无异，发挥了法惩戒功能，只是法的适用主体可能不同。经济法作为调整特定社会经济关系的法律规范，必然要体现国家的意志，是国家权力机关、执法机关和司法机关对社会经济活动进行的国家干预，这与其他民法规范、行政法规范、刑法规范没有本质的差异，都是国家意志的体现。但在民法和刑法、行政诉讼法中，法的适用主体主要是人民法院，而经济法的实施主体主要是政府，因此国内经济法学者把经济法简单等同于“国家或政府干预经济的法”。如邱本教授认为国家干预作为经济法的基本范畴，内涵丰富，意义重大。经济法的基本使命就是科学地认识国家干预，并创造性地将其法律化，对国家干预的主体、权限、范围、程序、方式和工具等作出一整套的法律规定，以实现国家干预的法治化。^①

国家作为一种抽象的存在，不可能成为具体的法律关系主体。我国的经济法学者把国家界定为经济法一方主体，认为经济法是调整“国家干预”“国家调制”“国家协调”或“国家管理”经济的法的思维模式值得商榷。经济法是在资源配置的经济活动过程中，为了维护社会公共利益和协调平衡社会整体利益，^②确保公平、效率和安全的经济秩序而规范市场秩序和政府行为的法律规范的总称。经济法的概念是个有机联系的整体，社会公共利益之社会本位是经济法的核心价值。经济法对个体利益保护的整体协调平衡不能损害社会公共利益，更不能为了追求经济效益而损害社会公共利益，某种意义上，公平和安全的经济秩序属于社会公共利益的一部分。不能为了形式上的公平和安全而忽略经济效率，但没有公平和安全的经济秩序不可能产生经济效率。比如不能为了 GDP 增长不惜破坏生态环境，但也不能为了所谓的社会公共利益而损害公平正义。比如 2008 年金融危机我国政府为了稳定房地产市场秩序，对所有购房者的财政补贴和税收减免有违公平正义原则。因此，经济法立法的规则设计中，应明确社会公共利益是核心价值，个体利益的整体平衡是具体价值，而公平、效率和安全的经济秩序是其最终的目标价值。

（三）经济法调整对象认识上的困境

经济法学界对经济法调整对象的认识众说纷纭，但较主流的观点主要有“二元说”“三元说”“四元说”以及“其他多元说”。比如张守文教授的“二元

^① 邱本，《经济法专论》，法律出版社，2015 年，第 145 页。

^② 有学者认为社会公共利益是公众对社会文明状态的愿望与需要，其内容包括：公共秩序的和平与安全、经济秩序的健康、安全及效率、社会资源与机会的合理保存和利用、社会弱势群体利益的保障、公共道德的维护、人类朝文明方向发展的条件如公共教育、卫生事业的发展。（孙笑侠，《论法律与社会利益》，《中国法学》，1995 年第 4 期，第 54 页。）关于社会公共利益学界有不同的解读，但经济地视野下的社会公共利益是社会成员对社会公共资源享有的权利，如竞争秩序、消费秩序、公共产品，产品安全，环境生态保护等。社会公共利益具有广泛的内涵，在此不展开探讨。而社会整体利益是由不同的个体利益或群体利益构成的社会利益，在资源配置过程中，不同的社会利益体之间可能存在利益矛盾和冲突，经济法就是要消除或缓解这种利益冲突，通过经济立法来调协平衡社会上不同的利益体之间的矛盾。比如经营者和消费者之间因消费而引发的冲突。

论”包括市场秩序规制关系和宏观调控关系。^①“三元论”中，潘静成、刘文华教授认为经济法体系包括经济组织关系、经济管理关系、经济活动关系三大部分；^②史际春教授认为经济法的调整对象是维护公平竞争关系、经济管理关系、组织管理性的流转和协作关系。^③漆多俊教授认为经济法调整对象应该包括市场障碍排除关系，国家投资经营关系；宏观调控法关系。^④“四元说”的多种主张中，杨紫煊教授认为“新经济法体系”，包括市场管理关系、企业组织关系、调控和社会保障关系。^⑤李昌麒教授认为包括：微观经济调控关系（市场主体调控关系）、市场调控关系、宏观经济调控关系和社会分配关系。^⑥徐杰教授认为包括：国民经济管理关系、经济协作关系、市场经济主体在内部经济管理中的经济关系和涉外经济关系。^⑦

纵观各路学者的观点，对经济法的调整对象基本达成共识的主要有市场秩序规制关系和宏观调控关系，对经济法调整对象的其他社会关系尚存在不同的认识，对经济法概念的理论框架和边界都较为模糊，要获得完全统一、甚至表述一致的经济法概念尚存困难。经济法学界对经济法调整对象的各抒己见，成了制约经济法学理论研究的瓶颈，也影响了经济法概念的界定，并因此被其他部门法学者诟病。不同的学者基于不同的视角和不同的历史阶段对经济法的调整对象进行考察结论难免有些偏颇，在此不作评论，但也可以从中提炼其共性，如经济法调整对象之市场秩序规制关系和宏观调控关系就是学界的共识。任何概念都具有主观性和相对性，是在特定历史阶段对客观事物的认识，基本反映了事物的属性，一定程度上有利于进行思维推演。基于不同视角，不同学者的观点可能得出不同的结论是理所当然的，这也才符合学术理论研究思维独创性的结果，关键在于如果整合各种理论观点，提炼出权威而有说服力的理论成果。

二、经济法调整对象的界定

（一）经济法调整对象的内涵

《宪法》第十五条规定：“国家实行社会主义市场经济。国家加强经济立法，完善宏观调控。国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序。”可见，我国的“经济立法”和“宏观调控”都有宪法依据，而且明确规定“社会经济秩序”

① 参见张守文，《经济法原理》，北京大学出版社，2013年版，第59页。

② 参见潘静成，刘文华主编，《经济法》，中国人民大学出版社，1999年第94-95页。

③ 参见史际春，邓峰，《经济法总论》，法律出版社，1998年第48页。

④ 参见漆多俊，《经济法基础理论》，武汉大学出版社，1998年第252页。

⑤ 参见杨紫煊，《论新经济法体系--关于适应社会主义市场经济需要的经济法体系的若干问题》，《中外法学》，1995年第1期，第2-4页。

⑥ 参见李昌麒，《经济法学》，中国政法大学出版社，1999年第62-66页。

⑦ 参见徐杰主编，《经济法概论》，首都经济贸易大学出版社，2001年第45页。

的宪法保护。因此，经济法并不能简单认为是调整“国家干预”“国家调制”“国家协调”或“国家管理”市场经济的法，而是维护“社会经济秩序的法”，简而言之，经济法的调整对象是“社会经济秩序”。“社会经济秩序”是指除了受自然秩序影响，还应受政治秩序、法律秩序、道德秩序、以及其他社会秩序制约的社会经济秩序，文中简称“经济秩序”。

经济法是对公私法传统二元法律结构的解构和重构，经济法的调整范围或调整对象是经济法区别于民法、社会法和行政法的重要标志，只有明确了经济法的法律调整对象或范围，厘定经济法的概念才能避免经济法落入民商法和行政法的思维范畴，建立属于经济法及经济法学范畴的思维模式：即市场、政府和社会的三维结构范式。此定义可从三个层面进行解读。首先，经济法是一种法律规范，因此和其他部门法规范一样，都体现了国家的意志，由特定的机关制定，依法对经济法主体行为进行规范指引并对违法行为进行处罚，但不仅是调整“国家干预经济的法”。其次，经济法的调整范围或调整对象是市场与政府在资源配置的经济活动过程中的经济秩序，主要通过规范市场秩序和政府行为实现其调整的法益目标。经济法所调整的市场秩序是无序的市场秩序，与民法的调整的自治市场秩序有本质的不同。经济法所调整政府行为也仅限于在资源配置的经济活动中的政府行为，与行政法所调整的行政管理过程中的政府行为不同。最后，经济法的法益目标是为了维护社会公共利益，并协调平衡社会整体利益，确保公平、效率和安全的经济秩序。因此，“市场”“政府”“社会”成了经济法的“三要素”。市场主体与政府是经济法的行为主体，但不能简单地把经济法律关系解读为“政府干预市场经济”的法律关系，经济法也调整市场主体之间的消费关系和竞争关系，只是经济法所调整的市场主体之间的法律关系是法定关系而非约定关系，是强制性而非任意性，不同于民事法律关系的约定性和任意性，且其法律的适用主体主要是政府而非人民法院。“社会”是经济法的目标主体，维护社会公共利益和协调平衡社会整体利益体现了经济法社会本位的核心价值，但其最终目标是为了确保公平、效率和安全的经济秩序。

在经济法的定义里强调其法益目标或价值是必须的，是区别于民法所调整的经济秩序的重要特征。经济法对经济秩序的调整是以维护社会公共利益为基本原则，对市场秩序和政府行为的调整也是以社会公共利益的保护为界限。只有市场主体的自治行为危害社会公共利益，破坏经济秩序，经济法才对其进行调整。而经济法授权政府对市场经济的干预也是以维护社会公共利益、协调平衡社会整体利益，确保公平、效率和安全的经济秩序为界限。传统民法与行政法、刑法规范侧重于通过对当事人行为的规范实现特定法益目标保护，所以更侧重于“形式理性”，要求法律关系主体必须严格遵守程序正义。经济法是为了实现对特定法

益目标的保护而规范具体行为,追求的是“实质理性”。^①“形式理性”法律制度适用一套普遍的规则,依赖于特定的法律推理来解决具体的法律冲突。实质理性法之设计旨在具体情势下实现特定目标,比起经典的形式法更趋向于开放性,是一种有目的和目标导向的规则,这种“实质化”可能导致形式理性消解的进一步发展,从而削弱了形式法(至少在理论上)为对抗国家行为以及防止国家干预私人领域而提供的种种保护,这一趋势也可能危及到个体权利。^②经济法作为实质法的特点决定了其不同于传统法律结构和范式,经济法为了适应社会经济迅速发展,实现特定的法益目标,常以经济政策的软法形式出现,且经济法对政府干预的概括授权也容易导致政府权力的扩张,甚至滥用。其更注重目的导向的使命可能导致其忽略了规则构建和对程序正义的追求,这恰恰成为了制约经济法以及经济法学发展的重要因素,进而误导经济法学学者把经济法视为调整“国家或政府干预、管理、协调、管理经济之法”。不论经济法的法律形式如何,终究不能离开其作为“法”的本质属性。因为,对经济法的理论构建及其制度设计,必须回归其作为一种法律规范的本性,去提炼更符合其规则体系特色和结构层次的逻辑设计,使经济法的调整对象的理论研究不仅促进其理论体系的构建,也有利于经济法规则体系的建设。

(二) 经济法调整对象的特性

经济法属性是经济法有别于其他部门法的重要指标,揭示经济法属性的途径有许多,如调整对象、调整方法、价值、功能和作用等,虽然每一种方法都能反映经济法规范与其他部门法规范的区别,但反映的程度和角度是不同的。^③经济法独特属性包括调整对象上和调整方法上的独特性、经济法规则范式的独特性、价值目标的独特性,以及经济法定义的形式逻辑及其部门法体系中的种属概念等问题。经济法调整对象的界定是难点和重点也是经济法概念的核心,即从形式逻辑上明确经济法与其他部门法本质上的区别。^④对经济法调整对象的理解,应该把握以下几个要点:

1. 经济法调整对象的秩序性

秩序是由各种自然规律、法律制度、社会规约、道德准则等行为规范约束协调下形成的和谐稳定的社会关系总和。社会经济秩序是指除了受自然秩序影响,

^① 马克思·韦伯提出了形式理性和实质理性的理论。韦伯意义上的理性是衡量一种法律制度制定、颁布和适用普遍性规则能力的程度。而对于何为“形式”和“实质”,可作如下理解:如果作出法律决定的裁判标准本身是从法律规定之中推导出来,并将其作为主要的判断标准,那么,这即韦伯意义上的“形式”;反过来讲,如果裁判是由法外因素所决定的,如基于政治的、经济的、伦理道德的、宗教的其他非法律因素来判断,这就是韦伯意义上的“实质”。(参见岳彩申,《论经济法的形式理性》,西南政法大学 2003 年博士论文,第 1 页-2 页。

^② [德] 图依布纳,矫波译《现代法中的实质要素和反思要素》,《北大法律评论》,2000 年,第 581 页。

^③ 参见薛克鹏:《经济法定义研究》,西南政法大学,博士毕业论文,2002 年,第 12 页。

^④ 参见肖江平:《经济法定义的中国学术史考察--侧重于经济法调整对象》,北京大学学报(哲学社会科学版),2012 年第 5 期,第 116 页。

还应受政治秩序、法律秩序、道德秩序、以及其他社会秩序制约的社会经济秩序，以下简称为“经济秩序”。经济秩序是在一系列经济法律法规、社会规约和道德规范的约束协调下形成的社会经济关系。经济秩序应遵守市场的自治秩序和法律秩序，并受到政治秩序、道德秩序以及其他社会秩序的影响。《宪法》第十五条规定：“国家实行社会主义市场经济。国家加强经济立法，完善宏观调控。国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序。”可见，我国《宪法》所规定的“社会主义市场经济”“经济立法”和“宏观调控”明确规定了我国社会经济秩序的市场特性，并受法律监管和宏观调控，即我国的“社会经济秩序”的“市场自治”“市场规制”和“宏观调控”是都受宪法保护的。因此，经济法并不能简单认为是调整“国家干预”、“国家调制”、“国家协调”或“国家管理”市场经济的法，而应是维护“社会经济秩序的法”，简而言之，经济法的调整对象是“社会经济秩序”。结合经济法之“经济”的内涵及相关的法律规范，经济法的调整对象是经济活动过程中，在市场、政府和社会之间形成的“社会经济秩序”。政治、社会、道德和时事对经济的影响是显而易见的，但应尽可能减少其对经济秩序的干扰和破坏。经济秩序离不开法律的调整，经济法正是调整经济秩序的法，国家的经济立法，也应以维护经济秩序为核心。因此，经济法是为了维护社会公共利益，协调平衡社会整体利益，通过规范市场行为和政府行为，确保公平、效益和安全的经济秩序的法律规范。

经济法对社会经济秩序的调整，经济学上的实体经济秩序成为了经济法上的经济秩序的物质基础，并且根据实体经济中资源配置方式的不同，可以把社会经济秩序分为微观经济秩序、中观特别产业经济秩序和宏观经济秩序。微观经济中的市场自治秩序和市场规制秩序、中观特别产业或区域监管秩序和宏观经济领域的调控秩序，都旨在维持社会经济秩序持续、稳定、有序地发展。^①因此经济法调整对象具体包括微观领域的市场秩序或是市场规制秩序、中观领域的特殊产业秩序、宏观领域的宏观调控秩序，对应的调整社会经济秩序的经济法也可以分为微观经济秩序法，也称市场秩序法或市场规制法、特别市场监管法^②、宏观秩序法或宏观调控法。在微观经济领域，民商法所调整的市场自治秩序和经济法所调整的市场规制秩序共同形成了微观经济秩序，经济法的市场规制秩序是建立在民商法市场自治秩序基础上的制度构建，是对无序自治市场秩序的矫正或是规制。因此，经济法所调整的微观经济秩序是在遵守民商事主体意思自治的私法基础上，赋予行政机关对损害社会公共利益和破坏社会整体利益协调平衡，危害经济公平、效率和安全的自治秩序进行规制和矫正的法律规范。而在宏观经济领域和特别经济领域，更体现了国家对经济秩序主观能动的干预，而且都是建立在对

^① 参见袁礼斌：《青年经济学家文库市场秩序论》，经济科学出版社，1999年版，第3页。

^② 根据学者关于区域法和领域法的相关界定，特别市场监管法可以包括区域经济法和领域经济法。

市场经济自治秩序一定程度限制的基础上,不过,也不能损害市场主体的合法自主权。

刘水林教授认为:经济法是社会经济秩序保护之法,而不是社会经济秩序参与者保护之法。并认为现代市场经济条件下,社会经济秩序主要包括三个方面:第一,以市场机制为中心的自发秩序,即微观经济秩序或市场自治秩序;第二,以政府调控为辅助的宏观结构秩序,即宏观经济秩序;第三,市场机制难以完全发挥作用的特殊领域(包括公用事业、自然垄断行业和特别的产业、区域、领域)的发展秩序,即中观经济秩序或特别产业秩序。^①经济法对经济秩序的调整,是为了弥补民商法对民事权利滥用损害社会公共利益保护不足,通过经济立法赋予国家机关对经济秩序的干预权,同时防止政府行政机关权力滥用侵害民商事权利的法律新机制,是对实践中传统民商法和行政法不能调整的经济秩序的一种制度上的回应。

2. 经济法调整对象的经济性

经济法调整的范围是“在资源配置的经济活动过程中”或是简称为“经济活动过程中”。目前学界普遍认同市场规制关系、市场监管关系、宏观调控关系是经济法的调整对象,但缺乏对调整范围即“在经济活动过程中”的明确界定,对其规制对象“经济秩序”也缺乏研究和理论构建。正如上文所述,现代“经济”就是关于市场与政府对社会资源的配置机制,而经济法就是调整市场与政府在资源配置中所产生的社会关系的法律规范。强调经济法是调整在“经济活动过程中”发生的社会关系,主要是区别于社会法、行政法等其他部门法。只有明确经济法的调整范围的“经济性”,才能根据不同的社会经济发展的不同阶段的法益目标进行法律制度设计,如果混淆不同范围的法益目标,就会出现制度设计上的缺陷。经济法和社会法都强调社会本位的价值目标,但经济法是通过在经济活动中对市场行为和政府行为进行调整和规范,来维护社会公共利益和协调平衡社会整体利益,确保经济秩序的公平、效益和安全。比如反垄断法、反不正当竞争法、广告法、价格法、银行法、财税法等。而社会法是通过公权力和社会权力的介入对社会资源的再分配来弥补和平衡社会资源分配的不公,两者的切入点不同。社会法主要是对经济法、民商法所调整的市场和政府资源配置结果的修正和补充。比如社会保障法、社会捐赠法、社会慈善法、社会福利法等。

经济法与行政法调整的范围不同,经济法对政府行为的调整是仅限于在资源配置中的经济活动中的政府行为,包括政府直接配置资源的调控行为,以及政府对市场资源配置的规制和监管行为,不同于行政法中政府对社会公共事务的管理行为,主要包括对公共教育、公共交通、公共安全和公共卫生等领域行政管理

^① 参见刘水林:《经济法是什么——经济法的法哲学反思》,《政治与法律》,2014年第8期,第90-91页。

行为。因为社会经济发展变化日新月异,政府对市场配置资源的监管和其配置资源的方式也随着社会经济的发展与时俱进,各种经济政策和经济规章成为经济法规范的重要组成部分,而且根据社会经济的发展和目标不断的调整 and 变化。因此,经济法对市场行为和政府行为的规范和调整具有不确定性或灵活性。行政法所调整的社会公共事务是对公民基本权利和基本民生的保护,应具有稳定性,相应的行政行为和行政法不能朝夕令改。虽然经济法和行政法对政府行为的调整都应遵守行政程序法的相关规定,但因经济法对政府行为的调整范围与方法不同,经济法侧重于“经济领域”和“经济手段”,经济法对政府行为的概括性授权有别于行政法的法律保留原则的限权,经济法的行政自由裁量权的合理性原则的实质正义有别于行政法的程序合法性原则的形式正义。只有区分经济法与行政法所调整的不同领域或范围,才能适用不同的法律原则采取不同的调整手段,制定相应的法律规范。

3. 经济法调整对象的公共性或社会性

《民法总则》第 1 条规定:“为了保护民事主体的合法权益,调整民事关系,维护社会和经济秩序,适应中国特色社会主义发展要求,弘扬社会主义核心价值观,根据宪法,制定本法。”可见,我国的《民法总则》也把“经济秩序”作为其法益目标,但经济法与民法对经济秩序的调整的具体法益目标和具体调整对象不同。根据《民法总则》第 2 条,民法要维护的经济秩序是“平等主体的自然人、法人和非法人组织之间的人身关系和财产关系。”这种经济秩序是一种自治秩序,旨在维护自由、平等和公平的经济秩序,维护的是个体正义的价值目标。经济法所调整的经济秩序是市场和政府在经济活动过程中,为了维护社会公共利益和协调平衡社会整体利益,通过规范市场行为和政府行为,确保公平、效益和安全的经济秩序,维护的是社会正义的价值目标。经济法所调整的经济秩序的法益目标在于维护社会的公平、效益和安全等公共性目标,与民法所调整的经济秩序的法益目标在于维护平等主体之间的自由、平等、公平的自治性不同。经济法和民法都追求公平的经济秩序,但经济法追求的是实质上的社会公平,体现为差别待遇的结果公平,民法上的公平是形式上的个体公平,强调平等和自由基础上的机会平等。因此,经济法应该是在经济活动地过程中,为了维护社会经济秩序,保护社会公共利益,协调各方社会整体利益关系,规范市场行为和政府行为,确保公平、效益和安全的经济秩序,是在市场、政府和社会关系中所作的一种制度安排。

(三) 经济法调整对象的具体内容

经济法对经济秩序的调整是通过规范市场主体行为和政府主体行为来实现其法益目标。因此,对经济法主体的市场行为和政府行为的规范成为经济法调整的主要内容和具体对象。

1. 经济法对市场行为的调整

市场行为可以分为合法市场行为和违法市场行为,经济法对市场行为的调整有两个目标:即通过经济法规范内生的法律逻辑的自洽性规范或引导合法的市场行为和规制违法的市场行为。经济法对经济秩序的调整,主要是为了引导市场行为和规制违法的市场行为。经济法为了维护市场经济秩序,通过立法规范市场主体的融资行为、投资行为、生产行为、销售行为、竞争行为等市场行为,并引导市场主体遵守相关的法律规定,对违法的市场行为进行处罚。正常的市场秩序下,经济法通过立法引导市场主体合法经营,市场主体依法享有经营自主权,只有当市场行为破坏或是影响正常的市场秩序,经济法才对其进行规制,所以经济法为了维护市场秩序对违法的市场行为进行规制。市场经济秩序具有两种状态:有序状态与无序状态。市场的有序状态反映了市场主体之间稳定的利益关系,是市场主体在遵循社会共同承认的市场规则体系下,在市场经济活动中所形成的具有可预见性和稳定性的市场行为模式。市场无序状态即市场失灵的状态,反映的是市场主体之间非稳定的利益关系,是指市场主体违背社会共同承认的市场规则体系,在市场交易活动中所形成的具有非稳定性以及不可预见性的市场行为模式,市场秩序是有序与无序的辩证统一体。^①

经济法对市场经济秩序的调整,主要是通过经济立法规范和引导市场行为确保有序状态,通过对无序状态的规制对市场失灵进行矫正。比如,反竞争行为、损害消费者权益的不公平交易行为、破坏价格机制的市场行为、偷税漏税行为都属于经济法调整的范畴。一般情况,对于微观市场自治秩序的有序状态主要由民商法调整,但有序的自治市场秩序的市场行为有赖于经济法的规范和引导。对于中观公共经济秩序或特殊产业经济秩序,是一种受管制的市场经济秩序,一般进行专门立法监管,其市场准入和市场行为都应依法进行,并接受监管部门的监督管理。对于宏观调控经济秩序,主要是经济法通过授权职能部门以经济政策、行政规章和政府规定等抽象的行政行为对市场行为进行引导,以实现特定的调控目标。如果没有经济法对市场行为的规范和引导,以及对违法市场行为的处罚,就难以确保公平、效益和安全的经济秩序。

2. 经济法对政府行为的调整

经济法视野下的政府行为包括政府对市场的规制行为、监管行为、宏观调控行为。首先,市场规制行为是经济法的行政执法行为。市场的逐利性和局限性等市场缺陷导致市场权利的滥用损害了社会的公共利益,比如市场权利滥用可能会导致环境保护、生态平衡、产品质量、消费者权益、不正当竞争、市场垄断、偷税漏税等法律问题破坏市场经济秩序,但仅依法官自由裁量的民事司法审判难以

^① 参见刘根荣:《市场秩序理论研究:利益博弈均衡秩序论》,厦门大学出版社,2005年,第22页。

规制这些民商事权利的滥用,无法弥补市场权利滥用对社会公共利益所造成的损害,以至于经济法通过授权政府职能部门对市场违法行为进行规制以弥补民商法的局限性。因此,政府的市场规制行为是经济法授权政府职能部门的重要法律适用方式或行政执法模式,是经济法实现其法益目标的法治保障措施,这与民商法、刑法主要通过法院对法律适用解决法律问题不同,经济法的法律实施主体主要是行政执法部门而非法院,或者行政执法是经济法解决经济法律问题的优先或主要途径,但法院司法审判也是经济法律救济的最后法治保障。其次,市场监管行为是政府职能部门对具有社会公共性的特殊行业的监督管理行为。这些特殊领域关乎重要的国民经济命脉和民生基本保障,对其的市场准入或退出应该经过职能部门的审核批准,其经济活动中的市场行为应遵守严格的行业标准,并由政府职能部门依法对其进行监督管理,采取事前监管和事后处罚相结合的监管模式。再者,宏观调控行为是重要的政府经济治理模式。受行政法及行政诉讼法之法律保留和程序正义形式理性的限制,行政法难以适应瞬息万变的市场经济的发展。孟德斯鸠认为行政权的行使总是以需要迅速处理的事情为对象,政府部门时刻需要急速的行动,急事无法律。^①洛克认为政府所有的权力,就是为社会谋福利,并认为因为世间常发生许多偶然的事情,严格呆板地执行法律反而有害,人民的福利是最高法律。^②丹尼斯认为政府是民众为了保障他们自己权利而选择的代表团体,其作用仅在于为他们的福利进行活动。^③

伴随着科学技术的突飞猛进,人类社会进入资本经济、网络经济、知识经济、虚拟经济等新经济时代,经济的金融化、资本化、网络化、社会化和全球化已不可避免。高度金融化、网络化、资本化、社会化和全球化的新经济模式关乎国民经济的发展,并涉及众多民众的利益和国民经济安全,这是政府为了维护公平、效益和安全的经济秩序必须干预市场经济的正当理由,也是经济法概括授权政府职能部门宏观调控权的重要依据。因此,经济法为了确保经济秩序的健康发展,授权政府职能部门对宏观经济和产业经济、区域经济进行宏观调控。宏观调控也成为政府重要的经济治理模式,或是资源配置方式。经济法是为了应对社会经济发展变化,确保公平、效益、安全的经济秩序而建立的一种新的法律机制。经济法对政府行为的调整是既授权也控权,但并非国内部分经济法学者认为的经济法是控权法。^④经济法在对政府职能部门授权的同时,应建立相应的监督和问责机制防止行政权力被滥用。因此,经济法可以通过确定目标、选择规范手段、规定具体行为以及实施规则的责任,明确其社会角色和社会地位,对经济活动的

① 参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆,1997年版,第160—161页。

② 参见[英]洛克:《政府论》(下),叶启芳等译,商务印书馆,1964年版第86,97页。

③ 参见[美]丹尼斯·朗:《权力论》,防震伦等译,中国社会科学年第1版,第32—42页。

④ 参见陈云良:《从授权到控权:经济法的中国化路径》,《政法论坛》,2015年第2期,第159-160页。

市场和政府违法行为进行规制，从而弥补市场自治和政府干预的不足，矫正市场自治行为模式和行为结构的缺陷，并规范政府行为。

三、经济法调整对象之经济秩序的解读

（一）经济秩序的内涵

秩序是由各种自然规律、法律制度、社会规约、道德准则等行为规范约束协调下形成的和谐稳定的社会关系总和。经济秩序是在一系列经济法律法规、社会规约和道德规范的约束协调下形成的社会经济关系。经济秩序应遵守市场的自治秩序，并受到政治秩序、道德秩序以及其他社会秩序的影响。政治对经济的影响是显而易见的，但应尽可能减少政治对经济秩序的干扰和破坏。经济秩序离不开法律的调整，经济法正是调整社会经济秩序的法，国家的经济立法，也应以维护经济秩序为核心。经济法对社会经济秩序的调整，经济学上的实体经济秩序成为经济法上的经济秩序的物质基础，并且根据实体经济中资源配置方式的不同，可以把社会经济秩序分为微观经济秩序、中观特别产业经济秩序和宏观经济秩序。微观经济中的市场自治秩序和市场管制秩序、中观特别产业监管秩序和宏观经济领域的调控秩序，都旨在维持社会经济持续、稳定、有序地发展。^①对应的调整社会经济秩序的经济法也可以分为微观经济秩序法，也称市场秩序法或市场规制法、特别产业监管法、宏观经济秩序法或宏观调控法。在微观经济领域，民商法所调整的市场自治秩序和经济法所调整的市场规制秩序共同形成了微观经济秩序，经济法的市场规制秩序是建立在民商法市场自治秩序基础上的制度构建，是对自治市场秩序无序的矫正。因此，经济法所调整的微观经济秩序是在遵守民商事主体意思自治的私法基础上，赋予行政机关对损害社会公共利益和破坏社会整体利益协调平衡，危害经济公平、效率和安全的自治秩序进行规制和矫正的法律机制。而在宏观经济领域和特别经济领域，更体现了国家对经济秩序主观能动的干预原则，而且都是建立在对市场经济自治秩序一定程度限制的基础上，不过，也不能损害市场主体的合法自主权。

经济法对经济秩序的调整，是为了弥补民商法对民事权利滥用损害社会公共利益保护不足，通过经济立法赋予国家机关对经济秩序的干预权，同时防止政府行政机关权力滥用侵害民商事权利的法律新机制，是对实践中传统民商法和行政法不能调整的经济秩序的一种制度上的回应。因此，经济法是对以传统的民商法和行政法为基础的私法和公法二元法律体系的解构，并建立公私法兼融的第三法域。经济法通过公法私法化和私法公法化对经济秩序进行调整，建立了以政府执法为主而非法院司法审判解决纠纷的法律新机制。

^① 参见袁礼斌：《青年经济学家文库市场秩序论》，经济科学出版社，1999年版，第3页。

（二）经济秩序的类型

在现代市场经济条件下,社会经济秩序主要包括三个方面:第一,在微观经济领域以市场机制为中心的自发秩序或市场秩序;第二,在宏观经济领域以政府调控为辅助的宏观经济秩序或宏观调控秩序;第三,市场机制难以完全发挥作用的特殊产业秩序包括公用事业、自然垄断产业、支柱产业和民生产业等领域的经济秩序。^①

1. 微观经济秩序或市场秩序

在现代市场经济体系中,微观的经济秩序,也称为市场自治秩序,是指以明晰的产权为基本制度,以价格体系为资源配置的基本机制,以自由有效竞争为结构特点的市场经济体系在配置资源中所呈现出来的有序、稳定、收益共享、竞争适度、交易公平、结构合理的利益和关系的和谐状态。市场秩序具有如下特征:首先,有序的市场秩序是按照平等、自由、公平、效率、安全、诚信的市场原则建立的市场自治秩序。市场秩序作为一种规则约束下的自由秩序,体现为生产的自由、交易的自由、合作的自由及选择的自由,各种市场经济主体都可以依法以实现自己利益最大化进行决策,且不受制于其他任何主体。有序的市场秩序中,任何经济主体都会在遵守市场规则的基础上,按照利益最大化的理性原则构建自身的行为模式。其次,市场秩序运行模式具有稳定性。一般而言,市场秩序运行模式的稳定性有三个层次的含义:一是市场主体的行为模式具有可预期性和稳定性,这种稳定性和可预期性主要来自于市场竞争规则,即任何偏离这种行为模式的行动都注定在市场竞争中处于不利的位置,将最终被市场竞争所淘汰,并受到相应的法律制裁。二是市场秩序和市场规则具有自我维持和自我调整的特性。在市场自治秩序中,市场主体通过平等协商来维持市场秩序,也可以通过协商来修改交易规则的以适应社会经济环境的变化,确保经济秩序的稳定。三是市场交易秩序基础上的社会结构具有稳定性。和谐的市场秩序的稳定性的要求不仅要求交易规则具有稳定性,还需要社会整体结构具有稳定性。

市场秩序的本质在于它是一个自由、利益共享、合作协调、公平、效率、且具有自我纠错和自我维持的和谐稳定的经济秩序。市场秩序应在正常合法利益的诱导下,各种社会经济主体遵守各种维护市场秩序的法律法规及其他社会行为规范的产物。^②市场自治秩序可以保证个体经济秩序的有序化,但不足以使社会经济实现公正、效率和安全的和谐目标。实践中,由于市场缺陷,市场秩序的无序不稳也就在所难免。19世纪以来,随着社会运动的深入发展,“个人本位”的权利绝对主义的私权神圣和自治的滥用,对社会公共利益带来了损害,也影响了社会整体利益的协调平衡的发展,甚至引发经济危机,破坏了经济秩序。经济垄断、

^① 参见刘水林:《经济法是什么——经济法的法哲学反思》,《政治与法律》,2014年第8期,第90-91页。

^② 参见纪宝成:《论市场秩序的本质与作用》,《中国人民大学学报》,2004年第1期,第31页。

不正当竞争、消费者权益保护、产品安全、劳工权益维护、环境保护、生态文明、贫富分化、经济可持续发展等社会经济问题严重影响社会经济秩序的稳定。因此,为了规范市场自治秩序的不足,应通过经济立法来维护市场秩序。道德秩序是一种利益关系的人性和谐,但离不开市场经济的支撑和法律的保证;经济法律秩序可以有效地保证了社会制度的供给,对维护经济秩序具有重要意义。市场秩序、道德秩序、法律秩序在现代社会中形成了不可分割的纽带共同维系社会经济秩序。经济立法的目的就是制定各种法律规范,把有序关系引入市场秩序从而形成经济法律秩序。^①为了规范市场经济秩序的不足之处,通过经济立法矫正民事法律的不足,并授权政府对无序市场秩序的规制权,规范市场行为和维护市场经济秩序。

2. 宏观经济秩序

经济学界一般认为,宏观调控(Macro-economic Control)等于宏观经济调控,调控的主体是政府或国家,客体是国民经济的总量,主要是指总供给、总需求、总价格、总就业量等。手段是货币和财税等。^②西方没有宏观调控、宏观调控法、宏观调控权等相应的概念,这些概念是我国特殊背景下的产物,但并不意味着属于我国所独有。相反,宏观调控是一切现代国家市场经济的共同基本特征。^③在我国,经济学界关注得较多的是宏观经济调控,且通常对政府管制、调控、监管经济的不同方式不作任何区分,将政府所有对经济干预行为也概括为“宏观调控”。^④因此,“宏观调控”经常被认为是具有中国特色的,用来诠释中国经济发展和改革过程中政府解决重大经济问题,以及政府与市场之间关系的一个重要的关键词。不论是从实践中的宏观调控措施,还是从宏观调控的语源和发展都可以看出,我国的宏观调控具有以几点内涵:(1)宏观调控是国家维护经济秩序的重要手段。不论是宏观经济领域对经济秩序的直接调控,还是微观经济领域通过经济政策鼓励、限制和禁止来引导经济秩序进行间接调控,以及对中观的特别产业进行专门管控,都旨在维护国民经济秩序的稳定和谐的发展。因此,我国法律文件和实践中的宏观调控是广义上的宏观调控,不仅指宏观经济领域的调控,还包括微观和中观上的调控,不同于西方宏观经济学中的宏观经济政策。(2)宏观调控既调整“总量”,也调整“结构”,不仅“谋全局”,也“谋一域”。^⑤我国的宏观调控不仅是运用计划、财政政策和货币政策等对经济总量进行调控,也包括通过各种产业政策、区域政策、投资政策、消费政策、价格政策等经济政策和行政措施

^① 参见李建华、张善炎炎:《市场秩序、法律秩序、道德秩序》,《哲学动态》2005年第4期,第41、44页。

^② 参见李昌麒、胡光志:《宏观调控法若干基本范畴的法理分析》,《中国法学》,2002年第2期,第12页。

^③ 参见邢会强:《宏观调控权的研究》,《经济法论丛》,2003年第8期,第208页。

^④ 参见刘志铭:《论政府干预微观经济的法治规则》,《学术研究》,2003年第8期,第33页。

^⑤ 参见王新红:《在经济学与经济法学共同话语下界定宏观调控》,《华东理工大学学报(社会科学版)》2012年第2期,第44、45页。

对产业结构和地域经济秩序进行引导和调节；(3) 宏观调控的复合性。宏观调控包括多种调控方式、多种调控手段和多种调控目标。我国的宏观调控目标方面，包括总供给、经济结构、产业结构的调节；在调控的手段和工具方面，还包括投资、产业、土地、补贴等经济手段和工具以及必要的行政手段治理经济，与西方国家的宏观经济政策也是不同的。^①

我国的宏观调控，一方面政府正逐渐退出微观经济领域，总体上按照市场化进程的基本逻辑逐步推进，但是另一方面，“加强宏观调控”和“规范市场经济秩序”却常被滥用，政府对微观经济活动的过度干预严重干扰了市场秩序，破坏了市场秩序。而“加强宏观调控”也常常成为一些政府部门和官员较大规模的“设租”活动以谋取自身利益的最好的“保护伞”。因此，将政府经济职能进行严格界分，将宏观调控与政府对微观经济的干预区别开来，并且研究对政府微观经济干预的制度约束，是极为重要的。^②建立起适合中国国情又遵照国际惯例的契约制度，从而规范和保证经济秩序的协调发展。任何经济领域的政府管规经济手段的运用，无论是商品总量控制、产业结构的调整、消费政策、价格控制、房地产市场控制，还是特别产业市场经济秩序的控制等，都应体现政府尊重市场自治秩序基础上，为实现特定的经济目标，在政府、市场与社会的之间形成一种以政府主导下的共同参与的治理模式：即微观市场经济秩序和中观的特别产业经济秩序是宏观市场经济秩序的基础，宏观市场经济秩序的诸多方面必然在微观和中观的市场经济秩序诸内容上得到体现和反映，并成为市场经济秩序法学科体系和学科建设不可或缺的内容。

宏观经济的调控，也就狭义上的宏观调控，指的是政府运用宏观政策调节宏观经济秩序，对社会总供给、总需求、总的价格水平等经济总量进行的调节和管理，它的基本工具是政府的财政政策和货币政策。因此，宏观政策有两类，即货币政策与财政政策，政府控制货币供应总量、税收与财政开支，调节以国内消费与投资为主的社会总需求。宏观经济调控的基本特征和要求是：总量控制，经济协调发展，管而不死。国家的宏观经济政策受两方面因素支配的：一是经济政策目标，二是政策制定者的信念或社会哲学。这两方面因素分别回答的是宏观调控“要做什么”和“能做什么”。经济政策目标包括短期目标和长期目标，其中最重要的目标是经济稳定和经济发展。政策制定者的信念则是根源于对现行经济制度和（或）经济体制的性质、特征和优势的认识。一般说来，经济政策目标是可变可调整的，特别是短期目标。但是政策制定者的信念则是相对固定的，不易变

^① 参见徐澜波：《规范意义的“宏观调控”概念与内涵》，《政治与法律》，2014 年第 2 期，第 89 页。

^② 参见刘志铭：《论政府干预微观经济的法治规则》，《学术研究》，2003 年第 8 期，第 33 页。

化的。^①因此,在宏观调控“充分就业、经济增长、物价稳定、国际收支平衡和公平分配”五大目标内。国家和政府不论采取何种手段和措施进行宏观调控,均需要符合其中的一个或者多个目标;相应地,国家进行宏观调控立法也应该是以该目标为指向,这也是宏观调控政策措施以及相关立法统一协调的重要保证。

3.特别产业的经济秩序

特别产业是指受法律和政策特殊保护的特定领域,属于中观经济领域。其特殊性主要体现在两个方面:一方面,对这些市场的规制和监管都设有专门的立法。这些特别市场之“特殊性”在于法律对这些领域进行专门立法进行监管,并设有专门的监管机构,形成专门的监管机制。另一方面,这些行业在国民经济中具有特别重要的地位。因为这些领域涉及国家重要的经济命脉或是国计民生,对其市场准入和退出都有专门的法律规定,一般都需要审批才能进入相关的行业,并且除了遵守一般的市场交易规则之外,还有专门机构对其进行监管,形成了与一般市场经济不同的经济秩序,主要包括以下领域的市场经济秩序:(1)金融业,包括银行、证券、保险、期货、信托、外汇等资本市场,不仅有专门法律监管,而且还有专门的监管机构,是国家经济发展战略的重地,必须审慎监管;(2)重要能源产业。如石油、燃气、贵重稀有金属、矿产资源的开发利用,一般都受法律的特别监管和保护,防止滥开乱采浪费资源,影响国内能源和资源的有效供给和战略储备。(3)公用自然垄断行业。自然垄断业市场是指由自然垄断行业的经营者所提供的主要商品和服务构成的市场,一般都属于涉及民生的公用企业,包括供电行业、通讯行业、轨道交通运输、自来水、管道天然气等公用企业的经济秩序;(4)食品药品、保健品、化妆品、医疗器械等行业。这些领域的产品质量关乎民众的身体健康和生命安全,必须严格加强监管;(5)建筑与房地产行业。房地产业是我国的支柱产业,也是关乎民生的重要行业,但其不动产的法律属性限制了其交易模式,特别是其与金融业的高度关联更是提升了其在国民经济发展中的地位。因此,房地产业已成为是一类特殊商品应受到特别法律监管;(6)危险品行业,如锅炉、煤气罐等压力容器,电梯、游乐场高危设施,以及各种爆炸品、毒品、放射品等产品市场,因为这类商业存在潜在的安全隐患,必须对其加强监管。

对特别产业专门立法保护并非只赋予其特权,而是通过特别立法规范其经营行为,维护投资者和消费者的利益,确保行业经济秩序健康稳定的发展。特殊产业经济法律制度已经融合在市场规制法律制度之中,是经济法体系构造的有机要

^① 参见方福前:《大改革视野下中国宏观调控体系的重构》,《经济理论与经济管理》,2014年第5期,第6页。

素,成为经济法理论建构和夯实市场经济制度的实践基础,也是经济法体系划分和构造的逻辑依据,并阐明了经济法学作为“应用性法学学科”的使命。^①

特别市场经济秩序虽不同于一般市场经济秩序,也不能简单适用宏观调控对其进行监管。但特别行业应遵守一般的市场规则,并符合宏观调控政策,根据不同行业建立不同的标业标准和监管目标,确保各行业市场经济秩序健康稳定地发展。

四、经济法调整对象的法律体系

经济法对经济秩序的调整范式不同于民商法之处在于,其法律规范主要是法定的强制性规范而非约定的任意性规范,特别是强调国家机关对经济秩序的干预或介入。因此,经济法规范具有着显著的权力基础,其设定的调整经济秩序的基本逻辑是:为了维护社会公共利益,协调平衡社会整体利益,通过公权力对经济活动的干预或介入,防止民事权利的滥用损害社会公共利益,破坏社会整体利益的协调平衡,并限制公权力的肆意扩张避免其对民事权利的侵害,最终确保公平、效率和安全经济秩序。经济法对经济秩序的调整或干预是国家立法机关、行政机关和司法各司其职,彼此独立又相互合作,依法维护经济秩序。经济法为了维护经济秩序,克服了在经济活动过程中民商法对社会公共利益保护不足的局限性,同时也缓和了行政法中行政机关的权力疆化和权力滥用的缺陷,构建了立足于民商法自治市场秩序基础上的市场秩序法;以及为了维持社会经济总体平衡,保证经济持续、稳定、协调增长的宏观调控法和实现专业特殊监管的特别产业法。市场秩序法、宏观调控法和特别产业法共同调整社会经济秩序,构建了完整的经济法的法律体系。

(一) 市场秩序法或市场规制法

市场规制法是为矫正市场失灵,运用公权力调整社会经济生活,对市场主体的相关市场行为进行制约,以维护公平的市场经济秩序。市场规制法作为经济法的重要组成部分,在经济法学界基本达成了共识。把市场规制法的价值界定为维护市场秩序,这一价值内涵了公平、自由、效率和安全等目标。^②市场规制法宗旨主要是为了维护竞争秩序、消费秩序、生产秩序和其他社会公共秩序,防止经营者违法破坏竞争秩序和生产秩序,损害消费者权益,扰坏社会公共秩序。市场规制法对维护市场经济秩序具有重要的意义,有利于对市场经济活动进行引导、规范和禁止,弥补市场自治秩序的缺陷和局限性,既防止市场主体滥用权利,也

^① 参见肖江平:《特别市场规制制度的理论体系及其定位》,《甘肃政法学院学报》,2006年总第85期,第39页。

^② 参见刘大洪,廖建求:《论市场规制法的价值》,《中国法学》,2004年第2期,第91页。

为政府对市场进行规制提供法律依据,同时也起到规范政府行为的作用,维护正常市场经济秩序。我国目前市场规制立法必须同时兼顾两个方面的基本点:一方面要规范市场行为和克服市场失灵,强化市场配置资源机制;另一方面要规范政府行为和规制政府失灵,防止政府在市场规制执法过程中的违法行政和有悖于市场经济规律的政府行为。

市场机制在配置资源或经济活动过程中,正常的竞争秩序、消费秩序、生产秩序和社会公共秩序由民商法调整,市场规制法主要针对市场不端或无序行为进行矫正,维护市场经济秩序,确保经济活动的公平、效率和安全。我国现行的市场规制法不完善,比如价格竞争是最重要的市场竞争机制,但新修订的《反不正当竞争法》没有对价格不正当竞争行为进行规制,甚至取消了在我国层出不穷的低价倾销的规定。《反垄断法》对行政垄断,行业垄断缺乏执行力。《消费者权益保护法》、《产品质量法》、《食品安全法》、《广告法》、《价格法》的责任体系不完善,违法成本过低,维权成本过高,执法力度过低,导致虚假广告,假冒伪劣商品,有毒有害食品,商品囤积行为大行其道。竞争和消费是市场配置资源的源动力,对安全生产、公平竞争及消费者权益保护等市场经济秩序的维护才能降低交易成本,确保资源配置的公平与效率。

(二) 宏观调控法

从我国的“宏观调控”词语的起源及其发展可以看出,综观我国学界对宏观调控权独立性的论证,主要表现为两种进路:第一种进路认为宏观调控权是一种新型的权力,而且是国家立法权、行政权和司法权之外的一种权力。^①第二种进路认为宏观调控权是衍生于行政权的一种权力类型,是行政权膨胀的结果,在性质上仍属于行政权。^②实际上,宏观调控权不是新的权力,也不仅限于行政权,是国家立法机关、行政权力和司法机关的权力合力。立法机关通过经济立法授权行政机关宏观调控权,由行政机关依法进行调控,对于因宏观调控引起的纠纷通过司法裁决最终影响宏观调控的效果。国家宏观调控法是调整国家对社会经济宏观调控中发生的各种社会关系的法律规范的总称。^③宏观调控法不等于宏观调控,作为法律,它是宏观调控法治化的表现形式,宏观调控是宏观调控法理论最基本的范畴,是构建宏观调控法理论体系的逻辑起点,^④是对政府的宏观调控意志和政府的调控行为的法律约束和规范。宏观调控在经济上的合法性,取决于经济上的合理性,即经济上的合规律性。^⑤使国家宏观调控行为实现经济上的合规律性是宏观调控法对宏观调控关系进行法律调整的目标。

① 参见陈云良:《国家调节权:第四种权力形态》,《现代法学》2007年第6期,第19页。

② 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(第4册),中国政法大学出版社1998年版,第3页。

③ 参见漆多俊:《宏观调控法研究》,《法商研究》,1999年第2期,第33页。

④ 参见张守文:《宏观调控权的法律解析》,《北京大学学报》(哲学社会科学版),2001年第3期,第125页。

⑤ 参见史际春、肖竹:《论分权、法治的宏观调控》,《中国法学》,2006年第4期,第165页。

宏观经济政策是宏观调控的方法和手段,也是其主要的法律形式,是宏观调控法的规范和控制,但宏观调控法对宏观经济政策只规定其行使条件、方法、程序及相应的监督机制和纠错机制。^①市场在资源配置中起决定性作用的宏观调控法,多为审时度势,因势利导的“相机抉择”的软法,制定一劳永逸,统一“固定规则”的《宏观调控法》的基本法不可行,但可把宏观控制调的边界,宏观调控赋权,宏观调控权限,宏观调控程序,宏观调控绩效评价,宏观调控监督包括违宪审查制,宏观调控权利救济,宏观调控责任制等纳入宏观调控法律体系,关于宏观调控的“合理性”、“合规律性”及“合法性”,既要防止宏观调控权对市场机制和民事权利的侵害,还要评估宏观调控的效率,确保实现资源的优化配置。

(三) 特殊产业法

在经济法学界,绝大多数学者没有严格区分一般市场规制法与特别产业监管法的关系,把对特别市场的监管等同于对一般市场的规制。实际上,市场规制法和市场监管法两者既有共同点也有不同之处。两者的共同点在于市场规制法与市场监管法同属于经济法范畴,都以社会本位为核心价值,兼具公法和私法融合的特点,调整的都是市场行为,都是国家意志对经济秩序的调整,都以市场失灵理论为立足点,都是强制性法律规范。两者的不同点在于市场规制法是对不端市场行为的矫正和规范,以纠偏为目的,是事后调整,以惩罚性规范为主,是对市场主体自主行为的规范,追求的价值目标主要是公平和效率、安全。如《反不正当竞争法》、《反垄断法》、《消费者权益保护法》、《产品质量法》等,属于经济法的基本法,对所有经济法主体都适用。市场监管法主要是对特别产业市场的监督和管理,一般都有专门立法,属于事前调整,包括市场准入、市场退出和市场行为等全面的监督管理。主要是以标准化规范为主,监管目标在于安全保障和风险防范。市场规制法和市场监管法两者时常会同时出现在同一部法律文件中,共同调整市场主体的行为。如商业银行法、保险法、证券法、房地产法、广告法、标准化法、会计法、审计法、邮政法、电信法等特别产业法,不仅关系国计民生,而且影响国民经济发展和市场经济建设,需要进行专门的立法监管。除对其市场准入和退出有专门的立法规定之外,对其市场行为也有明确的规范,实行标准化的事前监管。同时,特别产业监管法除了应遵守特别产业法的规定从事市场活动外,还应遵守一般市场规制法。对违反一般市场规则的行为,也应受到市场规制法的处罚,还应服从宏观调控法的相关规定。因此,特别产业法是以特别产业监管法为主,同时适用市场规制法和宏观调控法的法律规范的总称。我国目前的特别产业监管法立法滞后,导致很多行业标准落后直接影响到监管的效率与国际贸易。特别产业监管法的目标在于确保安全保障和风险防范等社会公共利益,是维

^① 参见李昌麒、胡光志:《宏观调控法若干基本范畴的法理分析》,《中国法学》,2002年第2期,第7页。

护市场经济秩序不可或缺的守护神，而且每个行业安全标准和风险管控不同，这也是特别产业监管法应专门立法的重要原因。

经济秩序由一系列错综复杂的社会经济关系组成，既有民商事主体层面的自治市场秩序，也有国家层面的宏观调控经济秩序，还有专门立法规范的特别产业秩序。因此，经济法调整的经济秩序是公权力与私权利相交融的法律秩序，经济法是公私法兼容的第三法域，是为了弥补民商法和行政法的缺陷而建立的新的法律体系。市场秩序法是建立在民商事主体意思自治基础上，对侵害社会公共利益，破坏社会整体利益协调平衡，影响经济公平、效率和安全的市场行为的规制，因此，市场规制法仍保留着民商法的基本特色。在宏观调控法中，如税法，主要保护的税收（依税种、税率、税的减免等差别）调控形成的良好的产业结构和区域结构（秩序）。宏观结构秩序法也含有规制的意味，但其手段更为柔和，往往使用宏观调控手段。^①特别产业法虽为专门法，但也应遵守市场规制法、宏观调控法相关法律制度，是更具有经济法特色的分法。据此，经济法立法应建立市场秩序法、宏观调控法和特别产业法组织成的法律规范体系。

^① 刘水林，《经济法是什么——经济法的法哲学反思》，《政治与法律》，2014年第8期，第90-91页。

超前性经济立法的路径选择及其程序限制

张 玮*

内容提要 传统的经济法是回应法的观点并不能够为政府在特定经济领域的规划或者预防行为提供充足的理论依据。经济立法的介入时机并不总是消极被动的。我国《宪法》第 15 条规定的“国家加强经济立法”表述具有立法数量增加及覆盖范围扩大的含义、但无法直接从该条规定明确得出经济立法活动介入市场经济活动的时机问题。一些侵害市场经济秩序行为危害结果的产生与时间累积有关，受损的市场竞争结构也并非完全可以恢复到初始状态，对法律风险被动回应式立法也有损法律体系的整体稳定性。因此，经济立法要求立法者对未来对社会发展趋势进行合理的预测。结合我国的经济立法实践来看，超前经济立法主要服务于市场经济改需求和经济风险防范需求。超前性经济立法体现为立法目的及理念的超前性、能够对市场发展趋势和潜在的风险进行提前规制。但超前性立法并非是超越社会现实的虚拟立法，过度的超前性立法将增加政府过度干预经济的风险，也会徒增不当的立法成本并降低法律的适用效率。具体而言，超前性经济法立法仍然需要以程序合法性与现实必要性为前提。超前性立法的限制性要求表现为立法目的、立法主体和立法成果与宪法规定之间的关联，在重点领域的适度超前立法，最终实现立法精细化与秩序合理化的有机配合。

关键词 经济立法 法律滞后性 超前立法 立法技术 经济法

在理想的状态下，立法者应积极预测社会发展趋势，并通过立法规定未来的权利义务、利益分配及风险遏制事项。但现实的悖论是，在社会关系变动较为稳定的领域，超前立法在技术上虽然容易实现但却并没有太多价值。在社会关系复杂多变的经济领域，超前立法虽然有存在的价值，但在技术上却难以实现。总体而言，法律体系的完备性仍被视为是衡量国家法治水平的重要指标之一，立法机关以法律体系完备性为目标的立法活动将持续进行。有学者对“完备的法律”^①概念进行了论证和解释，体现了人们对立法科学化和精细化的朴素追求。但完备性的法律体系仅是一种理想状态及学理假设，它对立法者的预测能力和认知水平提出了极高的要求。在市场经济领域，立法速度及效率的缺失与法律漏洞之间的矛盾尤其尖锐，由此引发市场风险和监管困境。除此之外，市场运行过程中的风险累积与时间演化有一定关联。随着时间的发展，新科技及新交易模式会逐步催生

* 铜陵学院法学院副教授，博士，研究方向：经济法学。基金项目：安徽省哲学社会科学基金项目（AHS KQ2019D007）。

① 参见许成钢：《法律、执法与金融监管——介绍“法律的不完备性理论”》，载《经济社会体制比较》2001年第5期。

立法缺失的风险。正如时间固然会冲淡一些情绪，但也能促进形成某些不良的路径依赖。事后总结或者回应型的立法活动只能在短期内弥补法律漏洞，同时也增加了立法成本、法律解释成本，进而影响了立法活动的威严性。但过度超前的经济立法又将引发政府对市场经济的过度干预，同时对有限的立法资源造成浪费。已有学者对立法时机问题展开了讨论，核心问题在于如何处理立法稳定性与灵活性的问题。刘风景从整体上对超前立法活动进行分析。类似的讨论在经济法学界也有涉及。有学者认为经济法立法具有问题导向的趋势。^①有学者分析了立法者的时间观对经济立法模式选择的影响。^②有学者认为“立法是对现行规范的固定和时经验的总结”的传统的立法观，致使我国法制建设不能适应经济建设的发展，并呈现出滞后现象。^③笔者认为，经济立法调整的社会关系具有较强的变动性，社会变迁对经济立法缘由因素的影响较深。而民法所调整的相对关系则相对具有稳定性，法典编纂活动受社会变迁的影响相对较小。^④除此之外，现代社会的风险具有随机随地爆发和巨大破坏性相结合的特点，进而会对整体市场经济秩序产生传导效应。经济暴力行为或者经济公害行为造成的危害后果也并非完全通过事后修补机制予以化解。因此，基于回应型法理念而建构的经济立法模式难以从根本上消除市场经济运行中的风险。^⑤在数字经济时代，新科技手段也可以提升立法者的立法科学化水平。^⑥本文的研究重点在于解释经济立法的介入时机选择、经济立法目标实现过程中的时间成本等问题。除此之外，经济法学界正在热议的法典化或统合立法的可能性也有赖于经济法内部体系构造逐渐稳定性的前提。过度依赖事后回应的修补立法模式显然无法供给法典化所依托的稳定化的社会关系。本文所探讨的超前性经济立法为经济立法技术的改善及立法成果稳定化提供了另一种路径思考。

一、超前性经济立法的含义及其具体实践

立法模式的选择与立法者的未来观念有关。^⑦回应型立法多是对已经存在的法律漏洞进行填补。在这种模式中，立法者对经济社会的干预观念相对消极，更

① 尹亚军：《“问题导向式立法”：一个经济法的立法趋势》，载《法制与社会发展》2017年第1期。

② 张玮：《论中国经济立法过程中的时间观》，载《经济法研究》2018年第2期。

③ 俞梅荪、吴承任：《经济立法超前性的初探》，载《法学》1986年第8期。

④ [美]劳伦斯·M·弗里德曼：《法律制度：从社会科学角度观察》，李琼英、林欣译，中国政法大学出版社1994年版，第316页。

⑤ 例如在营商环境、普惠金融、中小企业发展等领域，隐性歧视的存在难以在短期内通过立法来实现根本扭转。即经济立法较难以在已经固化的利益、资源分配结构中进行解构与重组。

⑥ 有学者讨论了人工智能在立法、司法领域中的运用情况。参见李超：《人工智能辅助立法：现状、困境及其因应》，载《人大研究》2020年第4期。

⑦ 有学者对法典编纂过程中的立法主体认知论进行了分析，法典编纂也可以视为是立法主体对人类未来行为的预测及采取的相应规制。参见封丽霞：《法典编纂论：一个比较法的视角》，清华大学出版社2012年版，第208页。

多是对经济社会风险引发的公共舆论危机的回应。^①但随着社会事务日益复杂化,风险社会观念深入人心,因立法滞后在瞬间造成的社会危害后果难以在短时期内恢复,因此市场参与主体对立法提前介入风险管理也呼之欲出。从字面解释来看,超前是指对立法者当下所处的经济社会环境或者思维理念的超越。超前立法是指立法目的、立法理念、立法内容、立法技术等超越了所处时代的发展水平与社会观念。超前立法既包括形式意义层面的制定新法,也包括立法规范中的超越现实条件的前瞻性规定。我国《宪法》第 15 条规定:“国家加强经济立法、完善宏观调控”。该条中的“加强”、“完善”表述是指立法覆盖面的扩大、立法技术的优化还是标志立法成果的产出?从我国经济立法的历史轨迹来看,中国经济法部门的形成经历了经济法规到社会主义法律体系中的经济法的结构演变。^②《立法法》第 8 条也明确规定了需要进行立法转换的重点领域,其中就包括宪法中的基本经济制度等内容。但无论是从“加强立法”还是“必须立法”的表述中,我们都无法直接推断出经济立法介入的准确时机。但这是否意味着立法可以不用考虑时间因素呢?但事实上,时机是否成熟始终是立法机关在立法时要考虑的因素。立法要在合适的时间介入才可以国家干预在合理的时间段内发挥作用。我国经济立法活动具有较为明显的政府主导特征,国家引导的发展模式对经济立法的重点领域及规划安排产生了直接影响。中国在转型发展期过程中呈现的问题的复杂性,无论是促进政策资源还是监管资源的培育与积累都需要一定的时间阶段。除此之外,立法者可以通过提高立法的前瞻性与预见性获得在相关领域内的规则制定主动权,为国家之间的法律竞争占得先机。

(一) 市场经济过程监管中的时间意蕴与时机选择

法律使过去成为实体规范的权威渊源。^③因此,立法活动的权威也来自于对历史经验和惯例的总结,而面向未来的提前立法却难以获得这种天然的权威性。哈特认为法律具有持续性的特征。^④政府与市场关系并非是泾渭分明的二元对立状态,而是随着时间推移不断产生变化。市场中的违法行为及损害结果的产生并不都是瞬时突然出现的,而是需要经过一定阶段的时间累积才能出现。正如有学者所言,互联网市场具有动态“竞争性”的特点。^⑤反垄断执法过程中对经济效益结果的追求在一定程度上阻却了政府干预的动力。我国互联网平台领域也因此较少受到有效的执法。^⑥笔者认为,部分因经营者违法行为造成的危害后果难以完全通过事后的弥补和处罚彻底恢复到初始状态。因此不仅要

① 有学者认为美国的反垄断立法是对公众对垄断集团产生民粹主义式愤怒的回应。参见[美]查里斯·R·吉斯特:《美国垄断史:帝国的缔造者和他们的敌人》,傅浩等译,经济科学出版社 2004 年版。

② 单飞跃:《中国经济法部门的形成:轨迹、事件、特征》,载《现代法学》2013 年第 4 期。

③ [美] 保罗·卡恩:《法律的文化研究》,康向宇译,中国政法大学出版社 2018 年版,第 95 页。

④ [英] 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社 2011 年版,第 47 页。

⑤ 陶钧、韩乔亚:《论“恶意不兼容”条款的司法适用及规制路径》,载《交大法学》2021 年第 3 期。

⑥ 高薇:《平台监管的新公用事业理论》,载《法学研究》2021 年第 3 期。

法行为进行处罚,更要对市场过程进行全方位的事中监管。在食品安全、市场竞争等领域,经营者违法行为所造成的危害结果发生具有一定滞后性。消费者甚至可以在短时期内享受来自经营者不正当竞争行为、垄断行为带来的短期福利。例如掠夺性定价、不当有奖销售行为对消费者具有一定的迷惑,但消费者权益被逐渐侵蚀的后果却是滞后出现的。对时间稀缺价值的忽视也使得市场参与主体产生了诸如“资源无限”、“资金无限”、“权利保障无限”等各种幻觉,进而阻碍了立法主体预见未来的积极性,也导致了粗线条立法成果的产生。

以反垄断法执法为例,以往的规制思路仅是处罚违法行为本身,而较少对市场竞争状态进行逆转性的修复。经营者能够实施垄断行为且造成实质危害后果和经营者在相关市场中的份额与能力的积累时间相关,因此将市场结构与垄断行为的因果关系完全进行区分也是不科学的。正如有学者认为企业在开展行为歧视的能力之时便已经彰显了自己的市场力量。^①滥用市场支配地位行为中的“市场支配地位”的形成体现了经营者的交易机会与交易份额随着时间发展的累积性特征。在某些特定领域,经营者的市场支配地位一旦形成后在短期内较难受到挑战。因此,新布兰代斯学派主张关注市场结构及竞争过程,而非绝对的竞争结果。^②笔者认为,在界定相关市场时需要考虑到时间持续长短对市场竞争结构的影响,例如短时期内的市场竞争结构变化较为稳定。根据我国《反垄断法》第 17 条的规定,判断经营者是否具有市场支配地位时要考虑交易主体之间的依赖程度,而交易依赖性的形成与交易时间长短也有一定的关联。《关于平台经济领域的反垄断指南》第 11 条和第 20 条均提及了时间因素在认定市场份额中的作用。经营者在获得市场支配地位后,其他经营者由此对其产生的依赖结果在较短时间内具有不可逆性。例如在锐邦诉强生案中,双方达成的长达十五年的合作关系也能从侧面证明交易双方的依赖程度。互联网平台经营者通过市场优势地位或者支配地位基于时间的累积而形成的交易习惯的路径依赖。市场支配地位的形成往往不是一蹴而就的,时间变量扮演着重要的作用。由此,经济立法就有提前介入的必要性,主要表现为市场准入前的监管措施。在对经营者集中行为进行事先申报审查时,也体现了防御优先于事后补救的内在逻辑。^③

(二) 体现超前改革理念的经济立法成果及其特征

阿图尔提出了发展型国家的概念,这些国家将快速的经济增长与国家安全等同起来。^④快速化的发展意味着发展的时间成本被节省,由此形成国家之间的比

① [英]阿利尔·扎拉奇、[美]莫里斯·斯图克:《算法的陷阱:超级平台、算法垄断与场景欺骗》,余潇译,中信出版集团 2018 年版,第 289 页。

② Lina Khan: The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9, Issue 3, March 2018, pages 131-132.

③ 张晨颖:《比例原则视角下经营者集中反垄断执法的规则修正》,载《当代法学》2021 年第 4 期。

④ 阿图尔·科利:《国家引导的发展:全球边缘地区的政治权力与工业化》,朱天飏、黄琪轩、刘骥译,吉林出版集团有限责任公司 2007 年版,第 12 页。

较优势。对经济后发国家或者新兴经济体国家而言,经济发展过程中的时间成本需要衡量。超常规大跨度的发展战略是中国改革进程中的主线。^①邓小平同志也曾说:“发展太慢不是社会主义”以及“低速度等于是停步甚至是退步”。^②在有限的时间内实现跨越式发展是我国在各项改革过程中形成的共识。审慎的立法者能够预测事物发展的未来趋势,预先采取有效措施。^③在国家引导的发展模式中,政府具有全能型的特征,全能型政府的国家干预可以在一定程度上减少经济发展或者改革的时间成本。但部分基于绩效导向、时间节约导向的政府改革行为加大了法律供给短缺的风险。于是“良性违宪”理论成为了一种权宜的解释方法。但纯粹以经济增长结果来衡量法律实施效力的方式却无法消除程序瑕疵带来的风险。习近平总书记指出,凡属重大改革都要于法有据。因此以经济建设为中心的发展目标不能违背立法的精神,这就对立法技术提出了更高的要求,也就是立法在时机选择上更具有超前性。经济立法需回应改革的需求。^④市场经济中的改革事件为经济立法提供契机,经济立法又是改革成果的法律转化形式。在以往“宜粗不宜细”的立法理念指导下,超前性立法在实现手段上也具有可能。粗线条的立法是提高立法覆盖面的最现实有效的选择,其主要特点是立法语言表述相对较为模糊,为后续的法律修改预留了空间。法律规范的相对不确定性为对新生行业的渐进式监管提供了解释依据。有学者认为,超前性立法通常产生于时代变革的背景中。^⑤改革带来的分配结果不确定性需要通过事前的风险分担机制予以消解,这就需要立法确定秩序与预期。改革意味着创新与突破,改革者的立法时间观必然是面向未来的,也必将将政治理想通过规划的方式融入到立法目的之中。发展中国家更加重视发展中的时间成本,主要解决方式就是以政府引导式的发展模式解决经济发展中的信息不对称问题。我国超前性经济立法的需求源自于重大的经济社会改革决定,首先表现为各种规划、战略、决定等形式。例如 1979 年 6 月第五届全国人大第二次会议宣布:“无论在三年经济调整期间或今后的长时期内,我国将积极发展对外贸易。发展对外经济合作和技术交流,并采取国际上通用的各种合作形式吸收国外资金,这是我国政府坚定不移的重要政策”。由此可见,我国经济立法的实践与国家的经济发展需求紧密相关,这也塑造了我国经济立法中的改革品质。

改革理念要求政府决策有超前的眼光。1982 年 4 月,第五届全国人民代表

① 曹锦清:《黄河边的中国:一个学者对乡村社会的观察与思考》(增补本上),上海文艺出版社 2013 年版,第 268 页。

② 邓小平同志在武昌、深圳、珠海、上海等地的谈话要点。《在武昌、深圳、珠海、上海等地的谈话要点》(1992 年 18 日-2 月 21 日)邓小平文选第三卷。

③ 刘风景:《审慎立法的伦理建构及实现途径》,载《法学》2020 年第 1 期。

④ 朱应文:《孜孜追求立法科学化的四十年》,载《法治现代化研究》2018 年第 5 期。

⑤ 邵新怀:《试论立法时机的选择》, <https://www.legal-theory.org/?mod=info&act=view&id=337>, 最后访问时间:2021 年 9 月 16 日。

大会第二十三次会议把中国利用外国投资政策写入宪法修正案。《中外合资经营企业法》规定了国家对合营企业不实行国有化和征收，特殊情况下根据社会公共利益进行征收时应当给予相应补偿。我国宪法中基本经济制度的规定立法理念领先于意识形态的约束。对经济发展速度的追求对经济立法的直接影响就是立法成果的增速。这些法律文本采取了特殊的权利义务结构，实质上是政治宣言的立法表达模式，通过重大政治决议提供的战略规划来指导超前性的经济法立法。《中外合资经营企业法》便是由全国人大直接制定的经济法法律。1978 年 12 月，邓小平在中共十一届三中全会前的中央工作会议上提出：“必须加强法制。必须使民众制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人的看法和注意力的改变而改变。”他还强调，应该集中力量制定一批法律，包括外国人投资法等。同时指出，“现在立法的工作量很大，人力很不够，因此法律条文开始可以粗一点，逐步完善。”由此可见，通过超前性立法引领改革实践、通过超前性立法破解意识形态的困境。在立法的实践中，要早于宪法相关规范的制定。该法的立法篇幅较为精简，体现了问题导向而非是法典化思维的延续，实则是以法律文本形式体现的“操作说明书”。《中外合资经营企业法》第四条规定了有限责任公司的形态，立法理念远超前于当时我国当时的市场结构与立法环境。在合营企业的注册资本中，外国合营者的投资比例一般不低于百分之二十五。合营各方按注册资本比例分享利润和分担风险及亏损。合营者的注册资本如果转让必须经合营各方同意。《中外合资经营企业法》第 8 条规定：“合营企业的职工依法建立工会组织，开展工会活动，维护职工的合法权益”。这些都体现了改革诉求下的经济立法穿透了当下时间维度的约束。

（三）预防遏制风险的超前立法取向分析

基于历史上各种自然灾害、战争动乱、物价波动而带来的“不安全感基因”塑造社会整体的风险观念。预警与储备机制是应对风险的常规对策，并最终成为了宪法中基本经济制度条款的组成部分。^①现代社会各类风险爆发的难以预测性和极端破坏性的结合，这也成为了超前性立法的需求基础。立法者在对有限的立法资源进行分配时存在优先级的安排与取舍。金融监管立法始终要滞后于金融创新的速度，现阶段金融监管的介入在时间节点上仍然是基于瞬间风险的形成与时间积累的关联性。资源领域的经济立法理念立足于资源不可再生的基本规律，由此对有限自然资源的规划和利用。一方面是进行严格的准入和过程监管，另一方面是积极引导产业结构升级转型，通过立法形成的规则减缓时间流转造成的资源短缺压力，与此同时也通过建立时间线形成约束和考核机制。

风险的形成以及危害结果的产生具有时间线性特征与周期性特征相结合的

^① 我国《宪法》第 14 条主要是国家正确处理积累与消费关系的规定。

特征。历史事件中总是蕴含着下一次事件的铺垫。^①风险现象通常历经预警、爆发、衰退等时间阶段，立法活动的侧重点也会发生相应变化。风险预测的概率不断加大，而且风险的破坏性急剧增强。在这样的风险社会环境中，围绕风险抑制的超前性立法便具有必要性。《反垄断法》中对市场支配地位的认定便体现了市场主体参与经济活动的变动趋势。相关市场认定中的时间因素介入也体现了时间对经营者集中行为的规制逻辑在于用申报的方式尽可能将市场垄断风险控制在萌芽状态。因此《反垄断法》第 1 条立法目的条款中的“预防垄断行为”的表述为相关领域的提前立法提供了合法性基础，结合当前问题预测立法或者执法的重点领域、专项领域。立法目的条款中的“预防”表述体现了因垄断行为而形成的市场风险与时间要素的联系。周期性的系统风险发生的趋势也可以预测。经济法文本中含有“预防”、“防范”、“防止”等表述的相关规定，用以对潜在发生的风险进行预防。行业管理类或者资源类的经济立法中较多体现了“计划”或者“规划”。《农业法》最能体现立法机关提前对风险进行监测和预防的意识，例如农业法中的风险防范机制。

二、对超前性经济立法的评价

事前的预测活动永远比事后的回应或总结更复杂。对超前立法的质疑主要集中在两方面：一是立法活动是否具有超前的预见性？二是立法活动是否有必要具有超前性？超前性立法的可行性建立在立法者全知全能的前提之上，但兼顾刚性和灵活性的完美法律制度却难以在短期内形成。^②正如有学者认为立法与时代发展存在误差，制度供给相对于制度需求总是不足的。^③经济立法的并非完全来自于市场主体诉求需要，更多是政府干预意图与有学者认为经济法理念对改革的基础支撑作用以及经济法制度对改革的持续保障作用。^④超前性的经济立法既和市场经济法治观念有关，也和党和国家领导人的思想主张与政策推动有关。当经济社会关系处相对平稳的时间阶段时，超前立法的需求相对得到抑制。超前立法的理念萌发于立法万能主义的信仰。在特定时间内，国家的立法资源是有限的。同样，立法对社会关系的覆盖面也是有限度的。^⑤过度立法会加重市场交易的制度识别成本、解释成本及学习成本。过度的法条主义影响了市场中的其他调节机

① [马]沈联涛：《十年轮回：从亚洲到全球的金融危机》，上海远东出版社 2009 年版，第 275 页。

② [美]博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 424 页。

③ 张世明、王济东：《经济法哲学贯通论》，中国政法大学出版社 2020 年版，第 461 页。

④ 丁庭威：《改革视域下经济法内涵之流变——以改革与经济法的关系为切入点》，载《中财法律评论》第 12 卷。

⑤ [美]博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 441 页。

制发挥作用。^①哈耶克也认为,“立法者的使命不是建立某种秩序,而是为秩序的形成和不断自我更新创造条件”。^②因此,国家超前的经济立法活动的尺度需要衡量。在经济立法领域,这个问题尤其值得关注,因为立法理念中涉及到以经济建设为中心、经济发展资源的分配、经济安全的保障等内容随着时代发展有较大的可变性。

(一) 超前性的经济立法是否增加了政府不当干预的风险

超前性经济立法带来的是法条规范的膨胀,改变相关领域的政府与市场关系。有学者认为地方立法对社会关系的调整在深度和广度上持续加强,总体呈膨胀趋向发展。^③超前性立法是对尚未发生的法律关系进行事先的规范和调整,增进了相关领域内的规则密度。中国立法过程受国家主义影响较深。^④经济立法本质上是政府供给公共性风险阻却机制,主要是通过外部干预的方式对市场参与主体的能力资质、行动方向进行有目的的指引与调节,以使得市场秩序符合立法者的干预意图。立法主体基于在专业技术信息、监管资源、公共信用等方面的优势具有一定的风险预测能力。但不可否认的是,立法者的理性终究是有限的,立法活动的盲目性风险依然存在。在经济立法实践活动中,市场发展和科技进步影响了立法重点领域,但立法却很少从真正意义上改变了科技发展或者市场创新的走向。立法无法预测人工智能的具体产品或者技术,但人工智能技术的引入却能够颠覆现行的立法体系,从而加大了法律解释或者修改的成本。因此就有必要区分事前介入和后果控制的领域。如果风险发生的概率不可预测,且防范的成本过大则不适用于超前立法。可以通过市场机制自我调节或者时间发展而消除的风险或者矛盾问题也不需要超前立法。苏宇认为风险预防原则需要结合整体比例原则。^⑤市场规制类经济法中的比例、金额、日期等技术类规范的设计无法通过提前的预测而一次性完善,而要随着社会的变化实际而进行修改调整。例如消费者权益保护法中的多倍赔偿的比例、反不正当竞争法中不当有奖销售行为中,抽奖式有奖销售的最高奖金额的变化等。除此之外,纯粹的技术类规范没有可能也没有必要通过原初的立法活动予以一次性确定。

由于没有现实的矛盾诉求作为立法力度的基准,超前性立法容易陷入过度严格或者过度宽松的极端情况。风险社会的观念日益深入人心。现代社会风险的随机性和超大破坏性相结合,在有限空间内将会造成巨大恐慌。社会对全能政府的

① [英] 柯林斯·斯科特:《规制、治理与法律:法律前沿问题研究》,安永康译,清华大学出版社 2018 年版,第 120 页。

② [英] 弗里德里希·哈耶克:《自由宪章》,杨玉生、冯兴元、陈茅译,中国社会科学出版社 2012 年版,第 229 页。

③ 崔卓兰、孙波、骆孟炎:《地方立法膨胀趋向的实证分析》,载《吉林大学社会科学学报》2005 年第 5 期。

④ 于浩:《当代中国立法中的国家主义立场》,载《华东政法大学学报》2018 年第 5 期。

⑤ 苏宇:《风险预防原则的结构化阐释》,载《法学研究》2021 年第 1 期。

期待也达到了空前高度，也体现为对立法万能的盲目崇拜。理想的立法不仅要实现百科全书式的全覆盖，也要尽可能地超越于各种风险实际爆发之前。诚然，通过经济立法活动降低社会运行成本是超前立法理论建立在全能型政府的假设之上。超前性经济立法活动扩大了政府干预的范围，倾向于对可能出现的风险进行更加严格的估测。为了防范可能出现但尚未出现的风险，超前立法的模式倾向于选择相对保守的态度，即设置严格的准入门槛进行限制，在追求绝对安全的同时也会加重市场交易的成本。国家之间围绕生存发展的竞争日趋激烈，完全抑制风险的过度规制则不利于创新活动。因为超前立法的规定较为模糊、存在法律漏洞、依靠实施细则或者司法解释来实施，最终依然是依靠行政干预手段提高法律的实施效力，进而扩大了政府干预的权力及其适用领域。国家基于自身理性而选择立法的事由与契机，但区域扶持政策、产业扶持政策的复杂化影响了法律的引用。例如反垄断法在互联网平台领域的被规避和忽视。过多流于形式层面的促进法也影响了立法的威严性。过于超前的促进型经济法对公平理念的威胁，体现了单方面的利益偏好。过于宽松和泛滥的促进政策导致了激励价值的降低。

（二）徒增的立法成本与僵尸法条之间的矛盾

法律终究要回应社会实践的需求，而不是形式意义层面的自我满足。立法意味着利益分配与价值选择，不合时宜的立法势必会提前引发社会失序的风险。因此，黄仁宇先生认为法律的制定与执行需要和社会条件相匹配。^①况且，法律的膨胀会影响法律质量。^②中国市场经济现象复杂多变性对立法者的预测认知能力构成了较大的挑战。过于超前的立法理念只能起到装饰性的作用。学界对立法功能持怀疑的观点也一直存在，比如立法活动难以对未来的情况完全知晓而具有盲目性。^③也有学者认为中国在法律相对缺失的时期也经历了飞速的经济增长。^④市场经济中的规则供给具有主体多元化和实用主义主导的特征。经济法中的大量法规的司法适用率很低。^⑤有学者认为“超前立法会造成立法资源的浪费”。^⑥面面俱到的立法是不现实的，也将耗费巨大成本。^⑦在特定时期内，立法者的智识水平和法律实施资源是有限度的。因此，有必要对立法进行成本效益分析。^⑧立法对有稀缺性的规制资源和发展资源进行分配的活动，最直接的目标是保证立法成

① [美]黄仁宇：《大历史不会萎缩》，广西师范大学出版社 2004 年版，第 272 页。

② [美] 乔万尼·萨托利：《民主新论》，冯克利、阎克文译，上海人民出版社 2009 年版，第 355 页。

③ [美] 布莱恩·塔玛纳哈：《法律工具主义对法治的危害》，陈虎、杨洁译，北京大学出版社 2016 年版，第 62 页。

④ [美] 络德睦：《法律东方主义：中国、美国与现代法》，魏磊杰译，中国政法大学出版社 2016 年版，第 218 页。

⑤ 张玮：《经济法立法目的条款司法适用路径的考察与解释》，载《财经法学》2020 年第 5 期。

⑥ 王怡：《社会主义核心价值观如何入法——一个立法学的分析框架》，载《法学》2019 年第 9 期。

⑦ 有学者认为不可能一劳永逸建立起“好制度”，因此需要衡量立法过程中的交易费用实施中的成本。参见靳文辉：《试验型规制制度的理论解释与规范适用》，载《现代法学》2021 年第 3 期。

⑧ 王彦明、戴燕：《成本效益分析法在我国地方经济立法中的适用与改进》，载《学术论坛》2019 年第 6 期。

果的实用性,间接目标才是对法律体系进行完善。经济立法是政府与市场交互行为结果形成的法律产品,解决特定主体或者行业的秩序预期需求。理性的立法者通常会选择回应公共舆论或者平息公共愤怒的契机进行适时立法,此时立法成果的“成本-效益”比例是较为合理的。因此,立法者进行超前立法的动力存在不足。超前性立法要求立法者在全面掌握数据的前提下对社会发展的趋势进行预测并主动提供规则,这显然会加重立法者的信息搜集与分析成本。经济立法所依托的公共经济关系的变化程度比民事、刑事法律关系更加频繁,经济生活的变动比社会生活、人类心理、交流方式变化更大,因此在初次立法时对未来趋势的精准预测的难度会加大。

鉴于立法者当前所处时代的各种局限性,超前立法的语言表述不能过度精细化和绝对化。但对立法形式完备的渴求导致了“宜粗不宜细”的权宜式的立法理念的产生。在这种立法理念下,立法成果无法同时处理精细与广度的关系。适度的粗糙化处理技术为后续的法律修改调整提供了空间,也可视为是国家为了有限度干预经济而采取适度沉默的态度。但过度抽象化则是以内容及意义上的空洞为代价。^①立法语言表述的模糊性却往往成为规避法律的借口。立法者虽有心预见未来,但客观上的立法能力及技术的缺陷阻碍了立法未来观念的落实。有学者以《反不正当竞争法》中的“互联网专条”为例分析了立法主体的知识动员能力和方法的缺陷。^②宪法中有政治宣誓性的规范存在,但这些规定在留待时机成熟之时便会转化为部门法。例如《宪法》中的“国家厉行节约、反对浪费”的规定在《反食品浪费法》中得以转化。单行法的法条规范在理论上都应当有适用的可能性。但鉴于立法者在当前时代的历史局限性,法条规范总是会保留不确定的领域。有学者认为这体现了立法者在大多数的经济法单行法的制定于特定历史时期,体现国家干预及规制经济的意图。超前性立法的动力并非源自于自下而上的交易需要。例如邓小平就曾经说过外资立法实际上是政治意向声明。^③政治意向声明具有长期性,为外商的长期投资提供了稳定的法律秩序预期。由此可见,早期的超前性经济立法成果不在于司法适用,而是服务于未来不特定时期的改革需要。在一些技术性、专业性较强的经济法单行法中,立法语言所表达的内涵是较为有限的,法律的实施依旧通过专业性的宏观调控或者规制机构通过制定政策方式来完成,法院的裁判功能发挥有限,公众对于法律文本的认知是有限的。超前性立法需求的背后仍然是重视立法、依靠执法、轻视司法的调制理念的体现。过度超前立法而导致部分法律规范缺乏实施环境的可能性,结果导致了立法规定与实际行

① [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 17 页。

② 谢晓尧:《法律文本组织技术的方法危机——反思“互联网专条”》,载《交大法学》2021 年第 3 期。

③ 1979 年 6 月 28 日,邓小平会见日本公明党委员长竹入义胜,在谈到这部即将由全国人大通过的法律时,很透彻地说:“这个法是不完备的,因为我们还没有经验。与其说是法,不如说是我们政治意向的声明。”

政执法之间的分离，造成立法与守法之间的信息不对称结构。

过度超前的立法是以宽泛原则化的语言和开放的体系结构来实现的。由此，立法规范难以法律中的不确定概念主要是通过说明书式的实施细则解释完善的，立法语言的模糊性将会导致后续的“补丁”日益膨胀，将会瓦解法律规范的社会认知基础。新法对旧法的修改虽非全盘取代，但也会在一定程度上破坏法的安定性和内在统一性。^①经济法在实施过程中存在大量的单行法加实施条例与实施办法的组合方式。^②例如税法中不确定的概念主要是通过行政主导的方式实现具体化。^③但大量后续的下位法规范使得立法者忽视了税收法定原则并没有强调转化时间的硬性要求，反而成为庞大而复杂的技术迷宫。超前立法是对立法机关认知理性的挑战。由于人类理性的有限性和金融事务的复杂性，只有等到金融危机爆发后，才能知道真正的问题及改进方向。^④

三、超前性经济立法的路径选择

伟大的预言能够起到鼓舞人心的积极作用。单纯依靠事后对立法漏洞进行修补也影响了立法机关改善立法技术的动力。经济立法内容与程序具有同等重要的地位。“正确妥当高效的立法程序对实现最大公约数具有重大的价值”^⑤。适度超前的经济立法对市场主体的行为有一定的引导作用，减少立法目的实现的时间成本。立法者需要回应发展过程中的紧迫性问题，因此要区分“循序渐进”的领域和需要“迅速推进”的领域。有学者认为应当以“应急+良法”的标准判断立法是否有必要。^⑥在经济立法的语境中，所谓“良法”不仅指法益价值的正当性，也指立法程序的正当性。事后或者应急性的经济干预措施影响了经济立法在守法主体心中的权威性和必要性。经济立法实则改变了政府与市场关系的比例形态，因此经济立法在程序上要符合《宪法》第 15 条及《立法法》第 8 条等法律规范确定的必要性边界。正如有学者认为需要在在宪法体制框架内考察人大的立法能力。^⑦提案机关通常以“立法时机是否成熟”来判断是否有立法转化的必要性。由于立法资源具有稀缺性，立法者需要根据问题的轻重缓急配置立法资源。^⑧立法资源的优化配置也是实现监管资源优化配置的前提。随着科技的进步，立法者

① [比] R.C.范·卡内冈：《法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇》，薛张敏译，北京大学出版社 2006 年版，第 124 页。

② 例如税法便是一个典型。相关论述可参考冯铁栓：《论税法实施条例的功能定位与立法边界》，载《甘肃政法大学学报》2021 年第 3 期。

③ 董学智：《论税法上的不确定概念》，载《交大法学》2018 年第 2 期。

④ 彭岳：《美国金融监管法律域外管辖的扩张及其国际法限度》，载《环球法律评论》2015 年第 6 期。

⑤ 李涛：《试论〈立法法〉的提前参与制度——以司法程序为参照》，载《北方法学》2018 年第 4 期。

⑥ 周伟：《立法项目论证制度研究》，载《甘肃政法学院学报》2017 年第 2 期。

⑦ 宋方青：《立法能力的内涵、构成与提升——以人大立法为视角》，载《中外法学》2021 年第 1 期。

⑧ 刘风景、周磊：《立法规划的属性、职能与编制》，载《扬州大学学报》（人文社会科学版）2020 年第 2 期。

预见未来的能力不断提高,但时机和资源的局限性并不能成为立法者的借口。《法治政府建设实施纲要(2015-2020)》规定了“加大立法前评估力度”。立法前的评估活动实则是对立法领域、立法时机、立法必要性等因素进行论证,这是从根本上防止超前立法盲目性和低效的前提。传统的关于立法滞后性的论断建立在知识有限和科学技术水平尚不发达的环境之中,但如今立法机构对未来事务的预见能力却在显著提高。例如在超前性经济立法是对立法机关对风险预测能力的考察。那就是在经济立法活动的过程中体现出专家参与的专业性。立法机构的权威性和专业性规制机构的知识专业性相结合的合作式立法是有可能的。^①

市场经济发展过程中的多变特征是否定经济法法典化的常见理由,但经济立法技术的创新和对经济发展的促进作用仍有待发掘。立法不仅是对惯例的传承,更是对未来的预测。奈特认为绝大多数的变化是有规律的,因此可以被预见。^②立法者对未来的预测能力建立在对数据充分掌握的基础之上。一般的立法程序其实较少运用在经济立法的领域中,主要原因在于立法者的专业知识的相对缺乏。^③超前性立法可以分阶段来实现,可以首先从应急性的行政法规出发回应最迫切的需求,再将成熟的干预理念、工具及程序上升到更高阶层的立法成果。这一趋势在我国税收法定的建构路径中较为明显,例如国务院经过人大的授权可以行使部分征税的权力。党中央和国务院高度关注金融风险问题,强调要及早发现风险。总体目标在于解决立法的精确性和结构完整性之间的关系、解决临时应急性立法和长期规划性立法的平衡关系。

(一) 宏观调控类经济法的超前立法路径

在立法规划中体现时间阶段的区分是我国立法活动的重要特色。立法具有引导市场参与主体行为与预期的功能。因为立法语言表达内容的有限性,技术性专业性较强的领域并不适用于抽象的超前性经济立法在宏观调控法领域中较为常见,在市场规制法领域却并不明显。主要原因在于宏观调控类经济法的实施模式具有公共性与政策性的特点。宏观调控类经济法立法的重点领域在金融监管、计划调控等领域。宏观调控类经济立法主要是对政府的宏观调控行为设定程序,明确政府干预的责任等内容。宏观调控工具或者方法的具体不适宜采取列举的方式在法条中进行规定。宏观调控类的经济法适宜在立法目的条款中体现超前性的特点,例如体现政府干预的必要边界和时机等内容。宏观调控类经济立法的宪法界限为《宪法》第 15 条的规定,以经济法立法体系的优化为主要目的。加强立法从加强立法密度到加强立法精准度的变化是一个总体的趋势。政府与市场关系是

^① 有学者持类似的观点。例如高薇认为,专业性的规制机构的参与有助于提高效率。参见高薇:《》

^② [美]弗兰克·H·奈特:《风险、不确定性与利润》,安佳译,商务印书馆 2010 年版,第 190 页。

^③ [德]弗里茨·里特纳、迈因哈德·弗雷埃尔:《欧洲与德国经济法》,张学哲译,法律出版社 2016 年版,第 220 页。

经济法调整的核心关系。在《法治政府建设实施纲要（2015-2020）》规定了“推动有效市场和有为政府的结合，注重运用法律和制度遏制不当干预微观经济活动的行为”。从历史周期和本土实际预见未来趋势是较为可行的路径，宏观调控法与促进型经济法的超前性立法路径在于立法目的适当的超前性。宏观调控类立法着重在于对政府宏观调控程序及责任进行细化的规定，而非具体的调控内容。

经济法中的“有为政府”建立的前提在于政府有为边界的确立，具体表现为政府责任比重的加大及对政府行为的有效约束。宏观调控职能的履行前提在于中央政府的资源聚集和统合能力。基于历史才能够超前性经济立法的基本思路是立足于国情实际对社会矛盾的趋势进行总体预测。例如超大规模的单一制市场的基本前提，市场内部的统一化进程体现在物理层面及规则适用层面。区域之间差异的协调。经济立法突破传统的部门法的边界分隔的局限性。宏观调控类经济立法重心在于市场调节的薄弱领域。宏观调控类领域经济立法和国家治理能力具有相关性，程序性内容规定更加清晰，可以为经济改革或者试点工作提供因此，在该领域进行超前性立法的技术问题不难解决。其一，国家应急与动员能力的提升。在可以预见的未来，政府的公共经济符号供给能力需要不断加强，有助于对经济运行中的风险进行及时预警和应对。政府因临时应对风险而造成的应急成本和程序重置成本完全可以通过超前性的立法予以降低。其二，国家法治竞争力的提升需要积累过程。因为新冠疫情造成的国际关系的新情况的变化。这种变化背后也势必带来国内立法方向的变化。在冲突与合作并存的国际环境之中，国家之间的经济竞争也体现为法律规则之间的竞争，集中体现为法律的域外适用范围的竞争。立法效果的形成具有长期性，因此则需要各国立法机关尽早在重点领域谋划立法。

笔者认为“完善宏观调控”的重心在于明确政府采取宏观调控政策工具的动机审查、程序审查和责任审查等内容，而不是单纯强调宏观调控的目标构成和工具内容。不当宏观调控的产生一般源自于程序的缺失，而非具体工具的滞后性。在政府宏观调控领域中，市场在资源配置中起决定性作用的基本趋势具有稳定性，这也成为了该领域进行适度超前立法的基本前提。政府对市场过程的介入在法律规范上应更多体现程序法的内容而非实体法的细化规定。正如有学者所有，法条中一般化的语言表达也有助于避免法律规定在将来过时。^①

（二）行业管理类或者资源管理类的经济立法

传统的行业管理立法是事后应对模式与应急事件回应模式为主。在危害性结果最终出现之前，经营者会在监管真空状态下逐渐形成“大而不倒”的市场支配

^① [美]查里斯·R·吉斯特：《美国垄断史：帝国的缔造者和他们的敌人》，傅浩等译，经济科学出版社 2004 年版，第 28 页。

地位,进而导致监管成本的增大。除此之外,宏观审慎监管原则的过度适用造成了反垄断法适用被规避,以短期的经济效益结果或者干预者偏好为导向解释立法目的则放任了可能出现的风险,从而诱发监管中的选择性执法或者不公平执法现象。

超前立法介入的必要性在于公共资源的稀缺性特征,资源的存量将随时间流转而损耗。立法目标的实现及政策工具效力的形成需要时间激烈。以环境保护领域的立法理念为例,我国经历了从“先污染、后治理”、“边污染、边治理”再到高度重视环境保护的风险观变化,现行立法或监管的介入时间点大幅度超前。超前介入的理由立法者可以明确预见到自然资源稀缺的趋势,因此该领域适合提前进行风险防范和规制。例如《森林法》、《草原法》等资源管理类的经济法都具有大量规划式、预防性的规范,大都包括对资源保护及合理利用等方面的内容。在环境保护领域进行超前性立法具有社会认同基础。可以预见的是,行业管理类的经济法应当区分较为稳定的调整领域、存在变动的调整领域。例如立法主体可以预测监管主体的设置、监管权力的配置。基于对资源稀缺性总体规律、全球气候变化、自然灾害对国家安全影响等基本趋势的判断,进而有必要进行适度的超前性立法。资源枯竭型城市的转型问题就涉及到超前立法的必要性,例如资源转型的必要例如农业法中的粮食储备制度。行业管理类的经济立法与国家发展规划、产业政策之间的协调配合。尤其是对国家支柱基础性产业、需要支持发展的薄弱产业、战略新兴产业有超前立法的必要。现行的《反垄断法》的立法目的条款表示中虽然有体现风险预防精神的规定,但主流的反垄断执法或者诉讼又是以垄断行为真实发生为前提的。垄断状态的形成过程却难以被执法机关时刻监管,反垄断执法的介入时往往是难点所在。执法精细化的前提建立在行业或者企业发展周期规律的基础之上,但宏观审慎监管忽略了时间的变迁对市场结构、竞争秩序、交易习惯路径依赖的影响,淡化了立法时机介入对监管效果的影响。

(三) 促进型经济法的超前立法路径及其限制

过度空泛的表示则使促进型经济法容易陷入到法律形式主义的困境之中,对政府信用产生减损的不利后果。促进型经济法的依据在于产业结构升级与国际竞争中的时间因素的具体影响。促进型经济立法的领域与国民经济中长期发展规划之间的密切联系,因此具有较强的时间理念属性。

促进法与保障法的区别在于立法理念的差异。保障法是对宪法中规定的基本权利和已有的发展成果的保障。而促进法的立法目的更多在于激发市场参与主体的积极性,对潜在的科技创新能力、市场贡献能力的激发。立法者预先通过设定规则、程序和秩序的方式增进市场参与主体的信心。因此,促进型经济法的立法时间观只能着眼未来发展的潜在问题,建立在对未来的长期预测的基础之上。为

了应对未来发生的不确定性现象,促进发展类经济立法的语言表述较为原则化和笼统化,这就决定了促进法最主要的实施方式不是私人的诉讼,而是在于确保政府能够及时采取有效的促进政策并公正实施。因此,促进型经济法中的政府责任以及绩效惩戒机制将关系到立法目标的实现。但现有的促进型经济法的法律规范意蕴仍然存在欠缺,和政府临时性采取的促进扶持政策之间并没有明确的界限。笔者认为,促进型经济法的立法需求和具体国情相关联,是用现行的立法资源来提高特定行业或者主体的优质发展概率。促进型经济立法本身便具有静态的资源储存成本,促进程度的偏差、促进时机的偏差、促进领域的偏差都将造成超前立法的资源浪费。笔者认为,促进型经济法的主体资格的获取是有准入门槛、标准认定和实施程序的。我国促进型经济法尚未形成完整严密的体系,现有的立法成果之间并没有形成相互的关联。促进型经济法的立法目标不在于直接确定具体领域或者具体行业的直接采取扶持政策,而是对促进型立法的领域确定做程序性的规定,对风险负担、资源配置、实施主体等基本内容做出规定。不仅是通过赋予资格的行政审查的方式获取相应的倾斜性保护。

四、结语

时不我待的时间观影响着我国一代代的改革者。超前立法的时机如何选择?在提倡精细化管理的大背景下,立法时机影响了政府干预经济的实际效果。国家之间的法律竞争也体现为各自国内法域外适用空间或者管辖领域的拓展。立法者若能提高预见能力并在潜在重点领域布局立法将有助于降低经济发展的时间成本。在《民法典》颁布与实施后,各部门法都在讨论部门法的立法表达形式问题,尤其是立法成果的体系化建构路径。经济法学界也在热议经济立法成果如何走向法典化或者统合性的路径。诚然,基于现有的立法成果是各部门法尝试法典化的起点,但适度超前的超前性经济立法是经济法走向统合立法的关键步骤。超前性的经济立法也意味着超越部门法分离的局限性。适度超前意味着对市场经济基本规律及发展方向的准确判断。经济法的统合性立法的对象不是基于具体事件和个案,而是对政府与市场关系基本规律的法律固定,这种“固定”内核并不因为新的交易形式、新的主体、新的科技而发生根本性变革。超前立法的只能以经济立法的宪法依据为准则,围绕重点领域确定必要性的界限。

中国经济法立法理论中的价值序列

——效率价值地位反思

邓厚萍*

内容提要 本文论述了中国经济法理论中的价值序列，集中对“效率价值优先”进行了的学理反思。在经济法立法过程中，价值问题本身即已足够复杂，在实用主义的哲学思潮、经济政策的话语主导、经济分析的方法便利、以及部门法学的价值划分的综合影响之下，效率价值已逐渐成为中国经济法学的主导或优先价值，且在经济法实践中多有体现。然而，价值优先序列的确立应十足谨慎，效率优先于公平的价值安排仅能在特定的语境中方才可能成立，尽管效率价值有无可替代的重要性，“效率优先”也逐渐向更多领域扩张，但无疑面临顽强的抵制力量，社会公平即是其中之一，这也是中国经济法学作为法律科学的价值立场坚持。本文首先考察效率价值优先在中国经济法学的宏观调控与具体制度中的实际体现，由此反思“效率优先”这一命题的妥当性及其局限，并尝试重塑中国经济法学的价值立场与价值序列，期以此助益于建立经济法立法理论内在逻辑一致性的价值基础。

关键词 经济法学 价值序列 效率价值

一、“效率优先”在中国经济法（学）中的实证考察

中国经济法学的“效率优先”是有其理论基础的，现有的论证也基本上是理论的、宏观的和粗线条的，体现了一种鲜明的法哲学论证思维。首先得说，效率与公平关系问题的讨论，一定要注意它的语境。有学者曾梳理了“法律价值效益优先论”的支撑理由并一一提出反思意见，其中即直接提示：第一，“法律价值效益优先”能否真正体现法学和法制独立品格之塑造；第二，“法律价值效益优先”是否真正切合我国法学和法制建设的现实国情；第三，“法律价值效益优先”是否忽视了西方经济分析法学“效益至上”所遭受的批判与指责。^①因为西方经济分析法学所推崇的“效益至上”是以西方社会法治化为基础的，即虽然主张用效益来评价一切法律活动，但最终都要归结到正义原则上加以说明。

因此，我们不难发现，在中国经济法学的效率优先价值主张的论述中，研究者们除了从理论上展开铺陈，用抽象的、更大程度上是经济学的效率与公平之间

* 福建师范大学法学院。

① 参见李兵：“‘法律价值效益优先论’质疑”，《法学研究》，1995年第5期，第44-47页。

的关系来进行研讨,而少有结合中国的实际情况、法律制度的具体表现等举例辅证。部分研究成果在论证中提及整体意义上的市场规制法、宏观调控法、社会分配法,^①但如何能够得出“效率优先”的价值立场,还尚待追问。此外,还有学者的论据并不是经济法学项下的具体法律制度。同时,也缺乏对“效率”的细分讨论,厘清“谁之效率”,是个体的效率、集体的效率、何种规模集体的效率;也没有具体指向法律运行中的哪一个环节,在法律的制定与法律的实施环节是否有差异。相反,反倒是质疑者提出了较为明确的论据,如环境保护中的经济负外部性、国防、公交系统、广播电视等公共产品中的效率与公平问题;市场规制法的具体制度实现了微观的公平、宏观调控法的具体制度实现了社会公平和经济公平。^②当然,也需要说明的是,要证明一项价值优于另一项价值是极其困难的,可以说,主张社会公平的论者也没能成功证明为什么公平一定是优先于效率的。那么,在具体的制度实践中,效率与公平是如何体现的呢?此即笔者于此想要提出讨论的问题:在经济法理论层面所讨论的价值序列是否有实践依据,能否在具体的法律制度中得以体现或实施。

(一) “效率优先”的中国经济法实践

从考察的对象来看,可以是一项具体的制度,如反垄断法中的承诺制度、消费者权益保护法中的反悔权制度、商业银行法中的存款准备金制度;可以是某一部单行法,如《反垄断法》、《商业银行法》、《价格法》、《广告法》;也可以是被适度抽象了的法律群,如市场规制法、宏观调控法、金融法、财税法、竞争法。在第一个层次上,现有制的度组成很难得出价值上“效率优先”的结论,根本上说,中国经济法域内的具体制度仍是对市场交易规则的进一步确认,这些规则是促进、还是有碍于效率,是更多考虑到实质公平,其结论依赖于不同研究者的主观认识和判断,并且从具体制度中推导出一种应然性的价值立场,或从具体到抽象的提炼,本身是必须要谨慎的,因为不仅仅需要证明“有”效率价值的存在,还必须证明其“优于”其它价值。在第二个层次上,我们可以考察各部单行法的制定目标或立法目的来帮助理解,尽管大多单行法中并没有直接将“提高经济运行效率”写入立法目的(第一条),对于促进或保障“社会主义市场经济健康发展”、经济或竞争“秩序”则几乎都明确纳入。整体而言,在法律文本中,对于“效率”语词的使用相当谨慎,领域也相对集中,如司法效率、监管效率、行政效率;又如预算中增强花钱的责任意识和效率意识,提高财政支出效率等,其中,针对国家机关的“工作效率”问题甚至写入了《宪法》(第二十七条)。

如果说第一、第二层次的素材是相对客观的,那么,第三个层次就尽显了各

^① 参见张英:“论经济法的基本价值取向”,《法律科学》,2004年第4期,第47-52页。

^② 韩桂君:“公平:经济法的终极关怀——质疑‘效率优先,兼顾公平’”,《河南师范大学学报(哲学社会科学版)》,2008年第2期,第123页。

研究者的主观性认识。以“市场规制法”为例，“效率优先”的支持者和批评者都援引和解释了“市场规制法”所表达的价值立场，支持者认为“市场规制法”是促进自由竞争、形成竞争机制、培育竞争市场的，因而尽显“效率”价值，或者仅以反垄断法对效益价值的追求而立论。与此相应的，则是认为“市场规制法”是以实现微观公平为首要任务的，因为不管是预防或制止垄断行为，规制经营者的产品生产、广告宣传、经营销售等市场行为，还是针对市场中的不正当竞争行为，都旨在防止损害经营者、消费者等市场主体的正当权益，确保公平竞争。^①的确，单行法中对“效率”价值优先性的体现是不够明确的，至少不足以得出一个“全称命题”，反而我们比较容易找到观点相反的证据，典型如在一般理解认为最大限度追求效益的金融法领域，在互联网金融的效益追求与风险防范的关系处理上，《关于促进互联网金融健康发展的指导意见》指出：互联网技术、信息通信技术不断取得突破，推动互联网与金融快速融合，促进了金融创新，提高了金融资源配置效率，但也存在一些问题和风险隐患。进一步地，所提出的即是“鼓励创新、防范风险、趋利避害、健康发展”的总体要求。这也表达了我们在追求效益时应秉持的价值判断，可能在经济的社会性愈发凸显的现代社会，公平、安全、秩序的维护和保障才是长远之计，才是合法性与正当性的基础支撑。

当然，这样一种考察可能过于微观，难以体现价值的主观性，而一种价值立场的形成或确立可能需要在更为宏观的语境中去诠释和表达才更恰当，即从整体的视角分析，如经济法的非正式程序、经济法中的政策、“小总论”的价值立场等，以下举两例尝试说明：

1. 反垄断法中的产业政策与竞争政策

产业政策与竞争政策之间的冲突是反垄断法价值冲突的基本类型之一。其中即直接地体现了公平与效率的价值分歧，效率优先有坚定的支持者，但反对意见也并未沉寂。美国和日本就分别采取了不同的政策本位，美国选择了竞争政策优先于产业政策，日本则相反，这表明政策的选择并非是普适性的，而是依赖于特定的政治、文化传统，但是，有研究者指出：就该两国而言，从大的时间尺度上来看，竞争政策比产业政策更为成功。^②在中国，产业政策居于经济政策的核心地位。作为政府的政策工具，产业政策能够比较方便地表达政府的意志，政府实施产业政策的目标一般是多元的，可以是提高企业的国际竞争力（而扶持特定行业）、也可以是实现社会公平和经济民主（而扶持中小企业）、或者出于意识形态的考虑（而对不同经济成分实行差别待遇）。而从中国行政管理传统的角度说，产业政策（而不是竞争政策）也当然地成为政府的优先选择，尽管这也是现下饱

^① 参见韩桂君：“公平：经济法的终极关怀——质疑‘效率优先，兼顾公平’”，《河南师范大学学报（哲学社会科学版）》，2008年第2期，第122页。

^② 叶卫平：《反垄断法价值问题研究》，北京：北京大学出版社，2012年版，第169页。

受非议之处，例如新近研究较多的“竞争中立”、“公平竞争审查制度”等皆是其例。也就是说，在中国反垄断法的讨论中，效率与公平两种之间，可能效率更优，对此，波斯纳法官曾旗帜鲜明地表明了这一立场，并且认为此处的“效率”就是指经济学意义上的帕累托最优资源配置效率。^①但从反垄断法价值研究中的文献来看，那些不能纳入经济分析模型的价值也同样倍受重视，反垄断法学家对竞争秩序、自由价值的追求还要明显地要多于效率与公平，而国内对反垄断法的宏观定位也正是“保障自由竞争”。而从《反垄断法》的具体条文来看，对垄断行为的规制设计是基于效率的考虑，还是基于自由竞争的考虑，或者是基于公平竞争的考虑等问题似乎是一个见仁见智的问题。在反垄断法的价值争议讨论中，芝加哥学派的主流观点认为：即使公平价值应该被正视，那也是反垄断法以外其他法律制度如税法需要考虑的问题。^②

2. 财税法中的资源分配

在本质上讲，法律上权利义务的分配即是社会资源的分配，因此效率与公平关系的讨论有其正当性，而在财税法领域，则是直接地涉及社会财富的再分配问题了，效率与公平关系的讨论也最为集中，如税收收入、税制问题，当然，这里也同样涉及经济学的视角与法学视角的差别。从“效率优先”的价值立场上讲，中国选择该立场是要彻底地与平均主义决裂，然而，当下逐渐形成的贫富悬殊和渐行渐远的公平正好反证了税法功能名曰“兼顾公平”实则“去公平化”的必然结果，^③即包括税法在内的诸多制度在“效率优先，兼顾公平”原则引导下造成了功能异化，^④忽视了人的基本权利与社会的基本制度。在处理效率与公平关系的进路上，也还存在着主张“效率与公平并重”，或者另寻一个价值形态来统领二者，使二者共同发挥作用，达致动态平衡，具体则为：反对低效率或无效率的制度安排；效率不能以牺牲公平为条件；在特定前提下公平与效率之间存在先后顺序，但无论两者如何排列，都应该符合在市场竞争领域注重权利平等和机会公平前提下的效率要求。^⑤

此外，就具体问题处理方面，很多讨论都被习惯性地冠以“效率与公平”之争。例如，农地改革中的“三权分置”政策讨论涉及农民权益与农业效率之间的价值冲突与平衡，这一问题的根源要追溯到最初“重效率、轻公平”的“两权分离”政策，这些政策以法律的形式固定下来，最终成为农民集体及其成员之土地

① [美]理查德·A.波斯纳：《反托拉斯法》（第二版），孙秋宁译，北京：中国政法大学出版社，2003年版，第32页。

② 叶卫平：“反垄断法的价值构造”，《中国法学》，2012年第3期，第141页。

③ 张怡：“论非均衡经济制度下税法的公平与效率”，《现代法学》，2007年第4期，第98页。

④ 例如，有学者从《个人所得税法》的实证角度论证了“经济法的公平价值在个人所得税法中有弱化趋向”，具体表现在扣除不合理、分类征收模式不科学、征管存在漏洞等几个方面，参见周昌发：“论经济法公平价值在个人所得税法中的弱化及其矫正”，《广西大学学报（哲社版）》，2009年第2期，第76-77页。

⑤ 张怡：“税收法定化：从税收衡平到税收实质公平的演进”，《现代法学》，2015年第3期，第32页。

权利实现的桎梏，使农村社会的公平分配问题得以凸显，^①而较早地讨论明确指出应以效率优先兼顾公平为立法价值取向建立开放的农地使用权流转机制。^②再如，网约车的监管议题中也同样关乎“城市交通供给与服务的效率”与安全风险、垄断定价权、双边市场的公平竞争之间的取舍问题，^③它牵涉出租车公司、网约车公司与平台、驾驶员、消费者各自的成本支出与收益，以及市场的实际控制权与政府的治理方式选择等复杂问题。或者如，金融资源的配置效率与配置公平之间的紧张关系，从效率的角度讲，金融资源或资本应是最大限度地集中在城市、中大企业、优势产业等领域，但在农村、小微企业、不景气产业却又是亟须金融资源或资本注入以提升活力的，并且后者在数量上更为巨大。如此种种效率与公平的争议实践，都似乎在传达一种反经济上的效率优先的声音，这为我们进一步在中国经济法学的价值问题探讨提供了现实生活的参考点，进而重识那些“既定”的价值序列。

（二）“效率优先”的地位反思

从现有的论据来看，我们可以证明中国经济法学中可以“有”效率价值，这一点是确证无疑的，不管我们的表述是“实质+”、“社会+”、“整体+”，还是其他某种形式。在这些论述中，我们也能清晰地发现，研究者倾向于将已有的注重经济法价值都收入囊中，出现了一种都想要的“局面”，是一种价值的混合状态，但在进一步的阐释中则有“力不从心”之感，恰似进入“无人区”似的开始不着边际。因为，我们很难通过简单的论证来确定一种价值优先于另一种价值，或者，即便我们能够找到某些理据“证明”了效率价值的优先性，这一结论也只能在所选取的对象范围内有效，而且，效率优先也并非恒定。易言之，我们要么是根据“社会现实需要”这一评判标准而在诸项价值中作出选择；要么是在进行一种论证上的“同义反复”和“自我强化”，然而社会现实的需要是随着社会发展阶段的不同而发生变化的，这也意味着，我们所强加给中国经济法学的“效率优先”命题可能仅是一个不折不扣的伪命题，或者是在经济话语主导的中国语境中一次深深的误导。

从现有的研究成果论述上看，研究者们对于每一部门法都要实现法律的正义、秩序、公正、自由、平等、以及效率等基本价值这一认识不存在分歧，紧要的是每一部门法能够促进哪些价值的实现？部门法如何实现这些价值？这些价值在部门法中是否需要确立优先顺序？也就是说，部门法必须要体现法的一般价值，在经济法学研究中继续讨论价值问题，不过是从调整对象和调整手段等角度，

① 参见高飞：“农村土地‘三权分置’的法理阐释与制度意蕴”，《法学研究》，2016年第3期，第4-5页。

② 郭洁：“农地使用权流转法律问题研究”，《政法论坛》，1999年第2期，第21页。

③ 参见周向红、刘宸：“多重逻辑下的城市专车治理困境研究”，《公共管理学报》，2016年第4期，139-150页。

要将一般价值进一步具体化、特定化而已。^①这也意味着，在部门法的理论和实践中，我们并没有权限去重新界定法的基本价值之间的关系，并且这些价值序列的重新排序也绝非价值的实现路径，因为尽管基本价值之间相互有促进作用，有时也有阻碍的可能，但每一种价值在思维方式上是相互区别的，如果谈他们的优先与否则基本意味着要放弃其中的某些思维模式，而这一做法是极其危险的，例如，效率与公正之间显然不是一种“替代关系”，^②这也是越来越多的研究者最终都要归入到“整体”或实质正义这些更具包容性的价值上来的重要缘由。

因此，在中国经济法学的价值研究中，除了对上述法律的基本价值的序列或重心思考，还尚有多种维度的、对“价值”的理解，也可以视为对经济法价值的“非常规”研究。如程信和教授指出中国经济法具有政治、经济和文化三大价值，在政治上为社会主义现代化建设提供法律保证，促进国家走上法治轨道；在经济上协调国民经济运行，影响经济整体格局；在文化上引导树立社会本位的权利义务观念^③。单飞跃教授则从经济法的存在价值（商品经济的普遍法）、法权价值（权利的规制）、资源价值（发展公平）、社会价值（经济安全）几个维度理解和认识中国经济法（学）。^④吕忠梅、陈虹的研究则区分了经济法的工具性价值和目的性价值，前者为结果公平、经济安全和体制效率；后者为可持续发展，相较而言，目的性价值居主导地位。^⑤符启林教授也将经济法的价值分为目标价值和功能价值，其中，目标价值是社会效益；功能价值是实质正义、经济秩序和经济自由。^⑥张守文教授则区分了经济法“内在的客观功用价值”与“外在的主观评价价值”的二元价值结构，前者属于中国经济法的内在价值，体现为法的一般价值，如效率、公平、秩序等；后者则属于经济法的外在价值，涉及人们对经济法制度功能实现与否的预期、评判、认同、反馈、交流等主观评价，同样也有正义、效率、公平与秩序等价值的出现，但此处的内在、外在中的价值并非同一层含义。^⑦

这些经济法价值的“非常规”研究成果所隐含的，至少有如下两方面的启示：一是注重价值的研究思路和方法，不大赞同单纯地在价值之间进行“推导”，而是要言明经济法价值确立的目标、路径、依据，至于包含哪些价值内容、是否效率优先等要居于次位；二是区分价值表达时的语境，比如，中国经济法在什么意义上具有哪些价值组成，正义、公平、效率、秩序等价值要在什么前提下进行理

① 张守文：《经济法理论的重构》，北京：人民出版社，2004年版，第294页。

② 李风圣：“公平还要兼顾吗？”，《读书》，2003年第5期，第48页。

③ 程信和：“略论经济法的定位和定界”，《法商研究》，1998年第6期。

④ 单飞跃：“经济法的法价值范畴研究”，《现代法学》，2000年第1期，第24-28页。

⑤ 吕忠梅、陈虹：“论经济法的工具性价值与目的性价值”，《法商研究》，2000年第5期，第59-67页。

⑥ 符启林主编：《经济法学》，北京：中国政法大学出版社，2005年版，第63页。

⑦ 参见张守文：《经济法理论的重构》，北京：人民出版社，2004年版，第287-306页。关于“内在的客观功用价值”与“外在的主观评价价值”的进一步研究，可参见穆虹：《经济法价值研究》，济南：山东大学出版社，2009年版，第四、五章。

解,又在何种意义上价值序列是可能的,这些认识也指示了价值成立、价值序列应具有的有限或前提条件。那么,我们谓之的“效率优先”是以一种什么样的思路展开的?强调价值的“效率优先”真正意义指向哪里,是让法律保持谦抑性而尽量少的介入社会经济生活?还是法律在权义配置时应秉持的成本收益计算分析?或者其他?进一步地,“效率优先”这一命题能否在中国经济法学语境中成立,影响该命题成立的因素主要有哪些?对于这些问题,以下具体分析:

1. “效率优先”的可能语境

理解“效率优先”,首要和基础的问题是如何认识“效率”,比如何种效率、谁之效率,以及“效率”与其他语词的组合将在多大程度上改变效率的本身含义,如社会总体效率、社会效率、社会整体效率、经济效率、个体效率等。一般而言,在经济法的价值研究中,我们主要在两种意义上使用“效率”一词:一种是针对经济行为的“结果”上而言的,即指向经济行为的成本与收益分析,关注的是资本收益率,此处的(广义)法律可能是促进、限制,但整体上表现为工具或方法的属性,那么,也是在这个意义上,要真正实现效率,特别是局部的效率,可能最好的办法是法律的退出,不介入社会经济生活,追求所谓“无需法律的秩序”。同时,当把“法”视为一种工具、“管理法”,使用工具当然就需要注重效率。^①与此对应,另一种理解是针对法律现象本身而言的,也可以说是注重“过程”的,即要求法律制度自身的成本相对的低,而作用于社会后产生更佳资源配置结果,^②亦即法律制度自身的成本与收益问题。显然,中国经济法学的价值研究应更大程度上地围绕或立足于其中的第二种含义。

因此,有必要做出明确的区分,以免经济法价值的研究沦为经济视角观点的简单复制,如区分经济与经济法、宏观调控与宏观调控法、社会分配与社会分配法、市场规制与市场规制法等各自的价值立场与价值追求,尽管有学者会认为它们在终极目标追求上是一致的,但两者绝不能混为一谈。关于此,李昌麒教授、胡光志教授曾就进行了宏观调控法价值与宏观调控价值的比较,^③两者之间确实存在着密切关联,但作为一种经济现象的宏观调控与作为法律之一的宏观调控法,它们之间的区别更值得关注。他们认为,在产生根源上,宏观调控产生的原因是“市场失灵”,而宏观调控法产生的原因则是“宏观调控失灵”,逻辑顺序应予明确;在思维对象上,宏观调控的价值以经济现象本身为研究对象,宏观调控法则以法律现象为研究对象;在价值侧重上,宏观调控的价值集中体现在对经济生活需要的满足方面,宏观调控法的价值则集中体现在宏观调控本身需要的满足

① 漆多俊:《转变中的法律——以经济法为中心视角》,北京:法律出版社,2007年版,第90页。

② 李昌麒、应飞虎:“论经济法的独立性——基于对市场失灵最佳克服的视角”,《山西大学学报(哲学社会科学版)》,2001年第3期,第29页。

③ 李昌麒、胡光志:“宏观调控法若干基本范畴的法理分析”,《中国法学》,2002年第2期,第8-9页。

方面。市场规制法等其他领域也大致遵循此理。

可以说,当我们说“效率优先”时,是有特定的指向的,可能是针对经济现象而言的经济学上的效率价值优先,也可能是针对法律现象而言的法学上的效率价值强化,但两者并不能等同,它们的差别更重于其相似性,因为还涉及“优先于谁”这一重大问题。

事实上,不管是“效率优先”也好,“公平优先”也罢,中国经济法学的价值是直接设定而非我们在具体实践中推导出来的,整个法学的价值立场也同样如此,因为从方法论上讲,从“实然”中去推导出“应然”是方法论的基本误区。价值应该是一些非常具体即历史性的行为规范或标准。任何善恶、正义、政治、教育都必须放置在特定的历史条件下去具体地分析判断,以某种抽象原理直接搬用于各种具体事例,在方法上不可取。^①换言之,价值问题本身是不能被证明的,它需要我们直接设定,我们肯定“效率”价值,并不意味着是全方位和无条件的。从目前的情况来看,理论与法律实践均只是将效率纳入作为价值的重要组成部分,而未给予其优先地位;效率价值的内容与方法革新了正义、公正、自由、秩序等法律的既有认识,后者也逐渐吸收其合理成分进行矫正;在效率价值或效率话语获得认同后,“效率优先”着实有相当的坚定支持者,并呈扩张之势;而即便“效率优先”之命题有成立的可能,也只能是限缩在非常狭小的范围,面对此种扩张趋势,除了分析中的扩张障碍,也有波兰尼笔下的“双向运动”产生的抵制力量。

2. “效率优先”扩张的抵制力量

在中国经济法学的价值研究中,“效率优先”所面临的第一个问题,是效率价值影响了中国经济法学的法学品格。在法学领域,基本的自由与权利是不接受量化的,所谓权利、自由无大小之分,相互平等,因此其中的“公平”显然是不能处于“被兼顾”的地位。因此,在法学这一立场上,经济法学人大都会非常谨慎地提出对效率价值的强化,对于公平的坚守和公平优先的观点似乎也无需再多论证便能得到认同,也基本反对以公正之名、行效率之事。因此,“效率优先,兼顾公平”的命题自然要遭受来自经济法学、法学的审视和质疑,面对效率价值的扩张,众多经济法学人纷纷表达了其基本立场,如漆多俊教授所言:法尚公平,尽管法有多种价值,任何时候公平都是它第一位阶的价值,经济法也如此;^②中国 20 世纪末体制改革初期提出的口号便是“效率优先,兼顾公平”,21 世纪以来发现原提法欠妥,如今正在改变观念,逐步重视公平,特别是社会公平,经济法固有的社会公平价值将会得到越来越充分的发挥。^③史际春教授在从反思“效

① 李泽厚:《回应桑德尔及其他》,北京:生活·读书·新知三联书店,2014年版,第20-23页。

② 漆多俊:《转变中的法律——以经济法为中心视角》,北京:法律出版社,2007年版,第90页。

③ 漆多俊:《经济法基础理论》(第四版),北京:法律出版社,2008年版,第135页。

率”价值入手分析并直接明确地说：效率不是不可以作为法的某种价值，但它充其量只能是公平正义的一种体现，从观念上说，最大的危害则来自所谓的“效率优先、兼顾公平”，此命题作为经济学家们的主张倒无妨，但遗憾的是，它蔓延到了几千年来素以公平正义为首要和最高追求的法和法学领域。^①陈云良教授在提出转轨经济法学之后也随即提出转轨经济法应以公平为第一价值取向。^②

应当说，以效率价值作为法学的优先价值，其背后隐藏着这样一种确信，即法律负有服务于经济富裕，并尽可能促进其繁荣的任务，^③经济效率也附随地成为了评判标准，然而，中国改革开放以来的这一段可见的时间里，我们不难发现，以经济发展为标准对官员和企业家的行为做出的法律判断一直非常混乱，甚至带有很大的随意性。^④

第二个问题源于效率价值优先所引发的社会不公平问题。“效率优先，兼顾公平”原则的确立，是与市场经济发展的需要关联的，也是为了痛改中国改革开放之前的平均主义，这是基于中国经济体制的特殊性而作出的理性选择，在价值立场上，市场经济本身即被认为意味着效率价值优先。然而，贫富差距的出现和激化、第一次分配的制度不公平、^⑤经济垄断与强制、非理性繁荣等社会矛盾现象都指向了片面或过度追求经济效益的弊端，因此，社会公平问题逐渐成为整个社会的积极诉求，如从“兼顾效率与公平”、“效率优先、兼顾公平的原则”、“继续坚持效率优先、兼顾公平”和“初次分配注重效率，再分配注重公平”、“注重社会公平”、“更加注重社会公平”、“初次分配和再分配都要处理好效率和公平的关系，再分配更加注重公平”等不同阶段的主题词即可看出，中央的社会分配政策也基本显示了这一转变，其中十七大文件中的提法变成了：“初次分配和再分配都要处理效率和公平的关系，再分配更加注重公平”。再分配的真正意义就在于去商品化，用波兰尼的说法是，一个彻底商品化的社会是反人性的社会；再分配说到底是人性的展现，是恢复人性，具有哲学意义，不仅仅是钱的易手，^⑥福利也因此才从恩惠最终变成一种权利。也就是说，这是一次针对效率优先、经济增长速度优先而作的“反向运动”，即中国正逐渐从市场社会中退出，向社会市场迈进，表现最突出的是社会政策的持续强化。

二、中国经济法学价值序列确立的基本思路

① 史际春：“新发展观与经济法治新发展”，《法学家》，2004年第1期，第18页。

② 陈云良：“转轨经济法学——西方范式与中国现实之抉择”，《现代法学》，2006年第3期，第174页。

③ [德]托马斯·莱塞尔：《法社会学基本问题》，王亚飞译，北京：法律出版社，2014年版，第54页。

④ 李玉虎：《经济法制度与中国经济发展关系研究》，北京：法律出版社，2015年版，第5页。

⑤ 如《21世纪资本论》的作者皮凯蒂所阐明的那样：当下的不可控的社会不平等，其根源正是资本收益率远远超过了经济增长率，参见[法]皮凯蒂：《21世纪资本论》，巴曙松等译，北京：中信出版社，2014年版，第2页。

⑥ 王绍光：《波兰尼〈大转型〉与中国的大转型》，北京：生活·读书·三联书店，2012年版，第87页。

中国经济法学的价值构成中,效率价值优先并没有足够的证据支撑,公平价值的优先性也同样面临论证的困境,秩序、安全、经济民主、自由、发展等价值及其演变形态共存并且有着各自的正当性。在此种多元价值混合状态之下,要确定中国经济法学的价值立场甚至是价值序列是一个相当棘手的难题,有可能是吃力不讨好,但我们不能拒绝研究、拒绝回答,就像司法不能拒绝裁判一样。在中国经济法学的语境中,有无可能对价值的相互关系也作一次制度化的安排?如何作出安排?这首先涉及法律在社会生活中的功能定位,因为但就法律的内容而言,法律系统必然是指向法律之外的。随着社会问题的复杂性增强、法律经验的日渐增多,法律价值逐渐隐而不宣,我们也开始感觉不到法律的价值立场。法律的价值确立过程是一次价值的设定过程,而不是经验总结或推导,因为仅有如此,我们才可以说法律有塑造社会精神气象之可能,这也是我们寻求法律之治的内在考量因素之一。正如德国经济法学家费肯杰先生所言:作为调整市场的法律供给,经济法除了保持经济的自我调整力量、防止扭曲和自我否定之外,它还有助于在精神范围内保留价值对话的空间,尽管这是作为辅助任务出现,但对于整个社会而言却是意义深远的事情。

事实上,每一部门法、法域的价值研究都如此,它们都建立在特定的法律理念、正义原则之上,但又几乎很难被概括为一个一以贯之的正义原则,这也影响了其准确表述的可能性。在中国经济法学的视野中,有市场主体法、市场规制法、宏观调控法、社会分配法四类相互独立的组成内容,各自的直接目标不甚相同,提取公因式的价值提炼方式会走向过度抽象以致于无用的境地。那么,在价值的讨论和研究时,是不是应该跳出这种过于关注具体制度的思维模式,以此重塑、重识中国经济法学的价值立场、价值序列?复杂的问题没有简单的答案,在进一步研究的基本思路中,“法学立场的坚持”和“词典式序列价值基准的尝试”应予强化和推进。

(一) 法学立场的坚持

与方法论的研究和运用一样,回归法学的价值立场与方法是中国经济学重塑价值立场和价值序列的基本前提。以图依布纳的自创生系统理论言之,法学本身是一个自创生的独立系统,它并非如物理分析那样可以进行隔离或分离研究,而是应以看待生物的视角观之,作为整体的法学如同生物体的细胞一样,有着自身的运作原理和自我反思的能力;作为社会总系统的子系统之一,尽管法学需要向法学之外的系统吸收养分,这会对法学的系统产生影响,促进其反思,但不会改变法学的本质;法学与同样作为子系统的经济、政治、文化、科技等相互指涉,但均只能在对方的逻辑体系中起辅助作用,因为每一个系统都是相对封闭的,都有着自己的知识、理论、价值与方法;尽管真实世界是开放的,但理论总是封闭

的。换言之，中国经济法学在价值问题的分析和研究上坚持法学的立场是有其体系基础的，那么问题就转化成：法学研究中明确了哪些法律价值，中国经济法学又将如何坚守和运用这些价值？

在不同的研究者那里，法的价值内容表述多元多样。据不完全统计，研究中大体提及了正义、自由、公平、公正、平等、秩序、权威、效率、安全、人权、法治、民主、和谐、发展、仁爱、善、权利、稳定等价值及其不同形态，这也意味着法律本身被寄托了多元目标，按照一般理解，在该价值体系中，各价值目标之间存在着价值位阶的优先次序，至于何者更优，不同的研究者给出的答案一般不同。当然，更多地情况是，经过法律学人的价值诠释活动，大多价值都能趋于一致或统一，例如，邓峰教授认为在经济效率是社会的、长期的、多数人的之时，经济效率和实质正义就是一致的、重合的；^①经济法的实质正义、效率、经济自由和经济民主是紧密一致、不可分割的，不过是一个问题的不同侧面而已。然而，此种混合状态一方面使我们看到了法学价值目标更为完整的面目；另一方面则增加了价值混淆的可能，并不能为我们的分析提供实质性的帮助。正如我们在分析“混合经济”时所应作出的反思一样，“混合经济”是一个描述性而非规范性意义上的经济基本状况的概念，目前，所有的经济秩序或者从原则上的经济自由出发，或者从原则上的经济计划出发，实际上均存在例外，且往往例外如此之多，以致大为受限，或许甚至走向反面。因此。尽管都走向趋同，但为了经济法的一般特征化，人们不应该放弃自由经济与计划经济的原则区分，这至少对法学家而言构成一个集合：从哪种原则出发，什么被作为例外加以考虑；例外可能比规则还多，但这不足为怪。^②

这也意在表明，尽管法律价值是多元的，但要成为可供分析使用的法律价值，我们必须厘清其中的基础价值与衍生价值，其中的基础价值即为法学立场上的价值诉求。如此，我们就不难理解卓泽渊教授在《法的价值论》第二版时，删除了对于效益、民主、文明、法治、理性与权利的论述，将之前的“正义”改为“公正”，按照卓泽渊教授的说法，此举并非意味着被删除或修改的价值目标不再是价值目标，而是认为，法的基本价值目标应更多地贴近作为法的价值主体的人。^③在中国经济法学的价值研究中，不管是否主张效率价值优先，都不否定或承认实质正义的最高价值地位，但对于社会公平则不然，这隐含了研究者对实质正义与社会公平之间差别的认识，从法学的立场上讲，这些差别是无所谓有的，因此，

① 邓峰：“经济法学漫谈：正义、效率与社会本位”，史际春、邓峰主编：《经济法学评论》（第4卷），北京：中国法制出版社，2004年版，第76页。

② [德]沃尔夫冈·费肯杰：《经济法》（第一卷），张世明、袁剑、梁君译，北京：中国民主法制出版社，2010年版，第8页。

③ 卓泽渊：《法的价值论》，北京：法律出版社，2006年版，引言第1页。

以实质正义或社会公平作为中国经济法学的价值内核基本不存在问题,紧接着最为关键的问题是如何坚守和运用以实质正义为首的法学价值体系。

如何评价某种行为是否符合实质正义或社会公平?在经济分析的思维模式下,我们会求助于“计算”,通过相对客观的指标来帮助作出合理、正确的决定,这本身具有一定合理性,但往往出现缺乏“可接受性”。我们应更多地贴近法的主体——人,主观性是价值判断中更为关键的因素,否则,会出现所有买卖能够在理论上成立,因其在资源配置上使买卖双方的资源更优化了,如买卖儿童、买卖器官、性交易等,但却是我们不能接受的;最近出现的关于“网约车”问题的讨论也大抵如此,即在计算上可以理解但却不能、不应被接受,在经济视野中,网约车可以通过价格弹性来促进或实现供给与需求之间的匹配,某种程度上说是提高了资源配置的效率。简单讲,这涉及其内在逻辑的理解问题,我们可能会认同增加道路会减少拥堵、提高网约车性能指标门槛会减少网约车数量等线性逻辑,然而“当斯定律”的研究成果却显示了相反的逻辑。

这里便存在着两种意义上对社会公平的理解,一是作为目标的公平;一是作为判断标准的公平。如果要继续追问“何为公平”,是要求同案同判?是在平等对待的前提下兼顾差别对待?还是改革发展成果的公平分享?或者其他?显而易见,继续追问可能会让我们陷入思维困境,现实生活中由谁来告诉我们哪些是正义或不正义的事情?能否选择不正义的行为去对抗另外一种不正义?即便无限追问,最终我们也找不到确定性的判定标准,这个意义上说,选择“计算”实属无奈。事实上,在法学域内,朴素的公平正义价值本身就应当承担起评价社会行为的功能,公平正义自身就是评价标准,它就是终点,而不需要进行进一步设定评价标准,就此而言,我们也应给予其应有的崇高地位,更大程度上说,这还关乎法律的权威树立与维持。正如亚里士多德所言:公正自身就是一种完全的德性,它不是未加划分的,而是对待他人的。正因为如此,在各种德性中,人们认为公正是最主要的,它比星辰更加令人惊奇,总而言之:公正是一切德性的总汇。的确,这是一种模糊的基本概念,它在个案中的表现不会摧毁法律的整个公正体系,其实,作为法律的价值,如果它足够清晰,可能也将失去其统领的地位。因此,选择此种抽象的、在法律发展历史中逐渐形成的古老观念作为法律的价值立场和价值中心,让中国经济法学尚有一份“精神世界”的存在,它不仅体现在中国经济法的司法和执法中,更要体现在中国经济法的制定中。确立了这一点,其他价值的相对地位也就大致明确了。

(二) “词典式”序列的价值基准

在中国经济法中存在着多元的价值形态,每一种形态的价值都在各自的范围内有不可或缺的地位,典型如有学者认为,在市场领域中经济法应以社会效率

优先；而在非市场领域中则以社会公平优先。^①问题在于，在中国经济法如此众多的价值形态之间，仅仅确定某种价值优先的做法还不能完全解决其内在的价值的明确立场问题，一种价值序列实有必要。一般认为，效率和公正之间的关系是具有恒定性和基础性的法律价值研究内容，^②二者基本代表了法律价值“诸神之争”的全部讨论内容，一方凸显了以功利原则为核心的效益追求；另一方则坚持了以正义原则为内核的公平价值判断，亦即是说，在诸种价值之间存在着内在的深层次结构关系，这一内在关系的梳理对于理解每一价值所在的位置及其功能实现有着直接的意义，对于中国经济法学的各项价值的深层结构可参考如下图：^③

功利主义价值	正义原则价值
社会利益（大多数利益）	社会公平
经济自由（积极自由）	经济自由（消极自由）
经济民主（公众参与）	经济民主（平等）
经济效益	
经济秩序	

由于这些价值混合形态的出现，我们不能选择基础价值中的任何一种单独作为中国经济法的价值支撑，而是寻求价值的融合、设定价值之间的相互关系，在具体价值分析的过程中，价值基准的设计由此变得极为重要。如叶卫平博士在研究反垄断法价值问题时指出：对中国反垄断法制定、实施和竞争秩序建构过程中出现的价值冲突的消解，可以考虑从明确反垄断法价值位阶、拓宽价值沟通和协调的渠道、宣扬竞争文化等角度入手，积累反垄断法的价值共识。^④甘强博士在分析经济法的价值基准时直接明确了一种“词典式”的价值基准：一是基本自由与权利具有优先性；二是在保障自由与权利的前提下，遵循利益交换的原则，即通过充分对话、沟通、协商来达成合意；三是如果沟通不能达成一致，就采用综合利益最大化的标准来调整利益，但必须对利益受损者给予补偿。应当说，要设定一个标准的价值基准是困难的，还往往会陷入自我矛盾之境，叶卫平博士仅是尝试提出一种方向，没有阐明何种价值位阶；而甘强博士的价值基准则运用了哈贝马斯的商谈理论、交往行为理论以及经济学中的卡尔多-希克斯效率理论，是一种解决价值分歧（实质上可以基本扩展到所有分歧）的绝好思路，但其面临的高昂实施成本可能会严重削减其效用发挥，此外还需要商谈参与者的理性能力为前提。当然，退一步说，要解决中国经济法中如此复杂和困难的利益分配和价值冲突，其成本也不太可能很低，价值序列、价值基准的确立思维不失为一种好的问题解决出路，此处谨作两方面的补充或修正：

1.明确法学的社会公平价值贯穿中国经济法的各领域、环节

① 穆虹：《经济法价值研究》，济南：山东大学出版社，2009年版，第113页。

② 谢鹏程：《基本法律价值》，济南：山东人民出版社，2000年版，序言第1-3页。

③ 图表内容设计的进一步详细说明，可参见甘强：“论经济法调整利益的价值基准”，《中南大学学报（社会科学版）》，2010年第3期，第40页。

④ 叶卫平：《反垄断法价值问题研究》，北京：北京大学出版社，2012年版，第213页。

至于能否用“社会公平优先”的表述，此处不再追问。一方面而言，设定“中心”一直是中国人的一种非常重要的政治、文化和社会的意识与观念，在中国经济法学的多元价值中也需要确立一个“中心”来统合各项价值，即以该法学的社会公平为圆心设定诸项价值的差序格局状态，我们说“差序格局”也同时意味着其他价值与它有某种关系，但随着离中心的距离越来越远，其价值的适用性就越谨慎。至于何为法学的社会公平的本质与内涵，实质上这一问题因进入到主观性的思考范围而总有说不清道不明之感，但似乎我们并不需要明确的概念揭示后才能对某件事、某种行为作公平或不公平的评价，如此，也不难理解为什么中国人喜欢对事物与事物之间的联系方面进行思考，而不是对事物的本质进行思考。因此，在事物与事物的联系方面，需要明确的是，法学中的社会公平观与经济学的社会公平观是不可同日而语的，经济法上的正义不能脱离对法律正义的解释，不能在公平、秩序、自由等价值范畴之外寻求其存在的根据和意义。另一方面，设定价值的优先次序是危险的，尽管设定社会公平优先可能的最终结果并不会比“效率优先”所带来的负面效应更强。

2. 中国经济法的价值基准在立法环节、执法和司法环节理应有所差别

实质上，社会科学对法律的研究都是有所侧重的，卢曼的法社会学中的“法”更多是法律的司法运用；哈贝马斯的民主商谈之“法”偏重于法律的制定；经济学中的“法”侧重于法律的实施。在法学域内，也同样存在类似的区别必要，并且还因法域不同而有不同，例如，在大陆法系传统的民法、刑法中，法律价值的分歧可能更主要存在于法律的制定环节，在执法和司法等环节，通过既定的法律推理、法律适用方法所得出的结论基本具备合理、合法与正当性。在经济法域内，因为存在着大量未上升至权利层面的正当性利益，亦即是，在经济法的法律制度之制定前后，利益的形态并没有实质性变化，因此容易习惯性地采用同一种价值基准。具体地，在制定环节，与传统部门法一样，应注重更全方位的价值分析；而在执法和司法环节则要更为注重法学的社会公平促进法律的实施。

三、小结

总结起来，这并不是一场单纯反思“效率”作为法学价值正当性与否的运动，而仅是一次“效率优先”价值立场的适当性论证提醒。“效率”价值足够诱人，也因此极易形成误导，它让我们忽略乃至忘记其中的主体存在，正如施蒂格勒在分析政府管制绩效时所说的那样：首先应该弄清楚“谁从中得益，谁从中受损”，这是效率的最初含义，也是紧紧围绕“谁”而做的成本收益分析，不同的个体、不同规模的集体、不同传统的国家、以及不同的学科都有着自己的效率考量。因此，在肯认效率价值不无借鉴之处的同时，也应当看到经济学和法学的道德要求，

以及法学的思维方式。在中国经济法学的语境中讨论价值问题，首要的是基于法学的价值立场，法律是一种公共产品，公平、正义是其古老的价值表达，尽管在社会的变迁进程中，公平、正义吸纳了足够多的知识、理论和方法，进而得以自省、反思和完善，也未曾丧失其自有的知识、理论和方法。例如，从谋求最大多数人的最大利益到关爱社会境况最差者，这是正义立场的重大转变，是正义日益合乎自身的规定性。

说公平价值才是中国经济法学的价值首选，无疑是坚持法学立场的题中之义。当然，此处的公平并非是对私法保护市场主体私权而形成的形式公平基础上产生的实质不公平之矫正，而是逐步削减强大的政府干预权、保障私法对私权的保护功能有效发挥的“初级公平”，亦即，不是形式公平基础上的实质公平、高级公平的价值取向。江帆教授在完成经济法的实质正义之论证后，也提出了类似的判断，但却是以一种隐忧的形式表达：基于中国的脆弱的法治传统和当下变动不居的制度环境，经济法的实质正义的理想色彩尤为突出，法律尚未自治，又何以回应？对法律规则形式的不确信极易导致法律虚无主义，而对法律的形式理性的丢弃势必损害经济法自身的规范性和权威性、不利于经济法的发展与实施。亦即是说，中国经济法学要发展，除了价值上的立场确立之外，还得有更大的突破，理论的体系化尝试即是其中重要内容之一。

论鼓励创新作为《反垄断法》立法目的

潘 宁*

内容提要 近年来,创新被置于国家发展全局中核心位置,《反垄断法》修订草案第一条专门增加了“鼓励创新”的表述,由此引发了是否以及如何将“鼓励创新”纳入《反垄断法》立法目的条款的讨论。结合经济学研究解析可知,《反垄断法》若将鼓励创新作为立法目的之一,则能回应数字经济时代创新发展的现实需求。而且,反垄断法作为经济法子部门法的定位,加之《反垄断法》中为数不少的包含“鼓励创新”意涵的规则,共同表明了《反垄断法》修订中考虑在调整目的的表述中单独增加“鼓励创新”是规范体系逻辑的内在要求。在此基础上,对修订草案立法目的表述方案进行体系性检视发现,加入“鼓励创新”后,各个目的之间依然层次明晰、关系顺畅,因此《反垄断法》立法目的条款确可修改为“为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,鼓励创新,维护消费者利益和社会公共利益,提高经济运行效率,促进社会主义市场经济健康发展,制定本法。”

关键词 反垄断法 立法目的 鼓励创新 数字经济 规范体系

一、引言

近年来,创新被置于国家发展全局中的核心位置。为顺此发展定位和重大战略部署,在《反垄断法》修订议程中,“鼓励创新”被提议纳入立法目的条款。2020年初,国家市场监督管理总局公布了《〈反垄断法〉修订草案(公开征求意见稿)》,该稿提出将宗旨条款修改为“为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,鼓励创新,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展,制定本法”。2021年10月,全国人大常委会审议并公布征求意见的草案稿仍保持了这一改动。

此修改提议反映出价值对规范的引领和指导意义。价值是具体规范的“魂魄”,会渗透于经济法制度之中,并为制度运行提供理据支持。^①“价值问题虽然是一个困难的问题,但它是法律科学所不能回避的问题”。^②目的价值是法价值体系的基础,^③因此,承载着目的价值的立法目的条款不能或有或无,也不能任意

* 北京大学法学院经济法学博士研究生。本文系2019年国家社科基金重大专项课题“税收立法的核心价值及其体系化研究”(批准号:19VHJ008)。

① 张守文:《经济法中的法理及其类型化》,载《法制与社会发展》2020年第3期,第39页。

② [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆2017年版,第62页。

③ 张文显主编:《法理学(第五版)》,高等教育出版社2018年版,第313页。

定则，不论是立法、法律实施还是法学研究，相关主体都应当认真对待立法目的条款。那么，是否需在立法目的条款当中专门增加“鼓励创新”这一表述？如果需要，具体如何在既有的立法目的体系中纳入这一表述？

如伯克法官所言：“只有目标问题得以解决，才能够形成具有内在一致性的反托拉斯实体规则体系”^①一般，深入研究反垄断立法目的问题具有相当的重要性。在《反垄断法》完善过程中，优化调整目标是非常重要的“定向”问题。^②经济法是具有政策性的公法，^③其存在具有鲜明的目的，目的的宣誓具有区隔及表明正当性的作用。^④作为经济法子部门法的反垄断法，如同其规范文件载体的命名风格，都显示出这种目的性，基于此，《反垄断法》立法目的条款也发挥着重要功能。该条是《反垄断法》的逻辑起点，是法律部门的根本基础，确定条款中所包含的目的价值体系是反垄断法立法和实施中的核心和前置性问题。^⑤反垄断法立法目的条款应该有自己的独特结构，立法目的应反映时代的发展需要和发展理念。但实践中，立法目的条款往往易被视为套话带过而沦为“花瓶”条款，^⑥而且在《反垄断法》文本结构中，其直接大跨度到行为条款。所以，《反垄断法》立法目的条款很重要，立法目的可能本身就要提供一个原则性标准，而且要随着历史发展而变。^⑦

修改《反垄断法》是全国人大常委会 2022 年度立法工作计划的重要内容，但实际上，相较于新业态和行政垄断规制问题而言，是否以及如何将“鼓励创新”纳入《反垄断法》立法目的条款的讨论探讨数量相对较少。而且，学者们多以学

① Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books Inc., Publishers, 1978, p.50. 而且伯克法官在这本书的序言中就指出，当时关注反托拉斯法的专业人士对包括目标和价值在内的最基本问题缺乏共识，正因如此，最高法院引入了相互矛盾的目标，由此导致陷入“反托拉斯危机”。

② 张守文：《反垄断法的完善：定位、定向与定则》，载《华东政法大学学报》2020 年第 2 期，第 11-12 页。

③ 参见张守文：《经济法理论的重构》，人民出版社 2004 年版，第 235 页。以及参见张守文：《市场经济与新经济法》，北京大学出版社 1993 年版，第 79-80 页。

④ 苏永钦认为：“与此（秩序法）相对的是政策法，其存在大概都有一个鲜明的目的……政策法在法领域上可能本来就具有高度政策性，如经济法或社会法，但也可能本属秩序法，基于特别政策目的，才作做出与常态不同的价值或利益衡量……”参见苏永钦：《走入新世纪的宪政主义》，台湾元照出版有限公司 2002 年版，第 415 页。哈耶克指出：“公法优先的信念来自于这样一个事实，它是为了具体的目的，以意志的行为特意创设的。”参见[英]弗里德里希·冯·哈耶克：《经济、科学与政治》，冯克利译，江苏人民出版社 2003 年版，第 367 页。

⑤ 参见叶卫平：《反垄断法的价值构造》，载《中国法学》2012 年第 3 期，第 135-146 页。

⑥ 第十三届全国人大常委会第三十一次会议审议并公布的《中华人民共和国反垄断法（修正草案）》中，从修改表述的排序来看，原本具有重要地位的第一条立法目的条款的修改却放到最后的第二十七点进行表述。同时，笔者曾经系统观察整理过国家市场监督管理总局反垄断局官网公示的处罚决定书，里面几乎看不到援引立法目的条款的执法决定。另根据张玮的统计，《反垄断法》立法目的条款司法适用次数仅有三次，均为法院主动援引。相关统计参见张玮：《经济法立法目的条款司法适用路径的考察与解释》，载《财经法学》2020 年第 5 期，第 121 页。

⑦ 在王晓晔教授主讲的“关于《反垄断法》修订中总则条款的几点思考”的一场学术论坛中，与谈人孟雁北教授指出立法目的条款十分重要，要不要把鼓励创新作为目标要考虑新的经济形势，要理清创新和竞争间的逻辑关系。与谈人刘继峰教授指出立法目的条款具有很强的历史痕迹，所以现在随着历史发展措辞上也要有所改变，另外反垄断法总则的结构中，本不应该直接从目的条款大跨度到行为条款。与谈人许光耀教授也针对此现象指出反垄断法规模没有那么庞大，立法目的可能本身就要提供一个原则性标准。

术会议随谈，或著文探讨数字经济背景下的反垄断问题时附带表述观点的形式，来阐述对是否将“鼓励创新”写入《反垄断法》立法目的的看法，因而缺乏系统分析和论证，尚不能为《反垄断法》立法目的条款的修改提供充足学理支撑。

鉴于此，本文首先梳理了现有观点，指出为何依据这些观点不足以得出是否之结论，但更重要的是揭示其贡献，通过提炼这些观点所涉及的考虑维度，来为后文系统论证应将“鼓励创新”作为立法目的提供论证维度上的启发。然后，在此基础上，笔者一是从现实功用角度，以细致深入的经济学研究分析为知识基础，指出的确存在《反垄断法》立法目的条款加入“鼓励创新”的制度需求；二是从法律规范体系角度出发，自上而下和自下而上地分析是否有在立法目的条款中专门表述“鼓励创新”的逻辑需要；最后，基于前述分析，探讨如何修改《反垄断法》立法目的条款，从而能够在保证不扰乱立法目的体系逻辑的基础上，实现对反垄断法实施的提示、指导和控制功能。

二、既有观点综述

反垄断法研究应当把握学术动态，尊重研究成果，因此为防止重复建设和伪创新问题，^①本文首先梳理相关学术观点，然后对这些观点涉及的维度进行类型化分析，从而明确共识，辨明分歧之处，并确定本文的分析维度与分析重点。

（一）既有观点梳理

对于是否新增“鼓励创新”这一问题，相关观点大致可被分为肯定说与否定说两类。

肯定说主要是基于国家发展战略定位、适应数字经济发展的现实需求认为应该将“鼓励创新”写入《反垄断法》立法目的条款。例如，有研究者提出，对于数字经济而言，静态效率已不能体现最大化社会利益，由创新引起的动态效率才是最大化社会利益，因此为了适应数字经济的发展，反垄断目标应由侧重静态效率转向更加重视动态效率，竞争法也将成为促进创新的法律。^②又如，有研究团队认为，因为国家“创新驱动发展”宏观战略、数字经济市场动态竞争和技术密集特征需要持续与开放的创新，而且，有关创新与竞争政策关系的研究已表明反垄断法应注重创新与竞争之间的平衡，故建议将“鼓励创新”作为立法目标写入《反垄断法》第 1 条；^③此外，有学者指出，在全球数字经济竞争和数据资源争

^① 金善明通过对比分析过往文献指出，不仅反垄断法碎片化、知识同质化倾向严重，而且反垄断法研究路径亦具有同质化现象，所以提倡在学术研究中重视文献综述的系统性。参见金善明：《中国反垄断法研究路径的反思与转型》，载《法商研究》2017年第4期，第77-78页。

^② 杨建辉：《数字经济动态性特征对现行反垄断规则的挑战》，载《竞争政策研究》2018年第5期，第47页。

^③ 参见时建中主编：《〈中华人民共和国反垄断法〉专家修改建议稿及详细说明》，中国政法大学出版社2020年版，第4页。

夺愈演愈烈背景下，应该将鼓励创新纳入反垄断法价值目标体系，为反垄断法在新经济、新业态以及知识产权竞争中的适用提供充分的价值基础；^①最后，还有一些学者表示，反垄断执法直接影响市场竞争格局，尽管产业经济学关于市场结构与企业创新的关系存在“熊彼特-阿罗”之争，但不论关系是什么，这种争议促使经济法学领域注意反垄断法在维护竞争的同时也要促进创新，至少不能阻碍创新。^②其认为与创新有关的《反垄断法》立法目的条款修订总体上是必要的、合理的，但是具体表述还有待进一步推敲，建议将其调整为“并以此促进创新”。^③

对于草案和送审稿将“鼓励创新”写入立法目的条款，一些学者则持否定意见。例如，一些学者认为没有必要在《反垄断法》立法宗旨中增加“鼓励创新”。具体而言，有学者表示，反垄断法执法应关注市场竞争，而不是关注某种具体结果，创新是市场竞争结果，鼓励创新应是反垄断法的间接目的而不能与并列作为《反垄断法》的立法目的，现行《反垄断法》立法宗旨中“提高经济运行效率”应理解为包括“鼓励创新”。^④而且，其针对适应数字经济动态竞争特点需要增加“鼓励创新”的观点指出，传统反垄断法也并非仅仅关注静态竞争，例如经营者集中控制制度还有 SSNIP 等经济学分析方法等都是不同的角度考虑动态竞争。^⑤与此同时，另一位学者也主张，在我国《反垄断法》已经明文确立效率目标的情况下，修法时，没有必要且不应当将“鼓励创新”写入《反垄断法》第 1 条，因为“鼓励创新”入不入法都不会对《反垄断法》促进创新功用的发挥产生实质影响，入法反倒可能会引起不同目标在解释与适用上的混乱。^⑥此外，还有代表性学者表示，将“创新”增设为立法宗旨是不可取的过于激进的立法主张，其提出了五点否定理由。第一点是认为《反垄断法》不是依靠文本规范来鼓励创新，而是通过建立公平的竞争环境并维护自由的竞争秩序来促进创新；第二点是指出，尽管熊彼特的破坏性创新竞争理论认为竞争与创新密不可分且互相推动，但是创新的内涵在经济学和法律上有明显差别，这种增设很可能增加法律的模糊性，徒增执法成本；第三，创新至少可以被“维护消费者利益”以及“促进社会主义市场经济健康发展”等立法目标所涵摄，公平竞争是因，创新发展是果，如果修法妥当有效保护自由竞争环境和公平竞争秩序，实质就是对科技创新最佳的

① 参见杨东：《论反垄断法的重构：应对数字经济的挑战》，载《中国法学》2020 年第 3 期，第 210 页。

② 参见王先林：《反垄断法与创新——兼论反垄断与保护知识产权的协调发展》，载《法学》2016 年第 12 期，第 51 页。

③ 此为王先林教授于 2021 年 11 月 27 日，在第五届中国知竞论坛暨湖北省竞争法学研究会 2021 年年会上所作主题为《〈反垄断法〉修订草案的主要亮点和完善建议》的主旨演讲中表述的观点。

④ 此为 2020 年 11 月 13 日中国政法大学民商经济法学院主办的蓟门经济法创新论坛中，王晓晔教授《关于〈反垄断法〉修订中总则条款的几点思考》学术发言中表述的观点。

⑤ 此为王晓晔教授于 2021 年 11 月 27 日，在第五届中国知竞论坛暨湖北省竞争法学研究会 2021 年年会上所作主题为《〈反垄断法〉修正草案的几点评析》学术发言中表述的观点。

⑥ 参见王磊：《创新目标在反垄断法上的定位与实现——兼评〈反垄断法（修正草案）〉第 1 条》，载《中国政法大学学报》2022 年第 1 期，第 173 页。

鼓励与促进；第四，《反垄断法》不应承担过多“跨界”规制责任，谦抑且包容的《反垄断法》应该尊重和承认知识产权法、行政法等法律法规保护创新、促进创新的功能；第五，认为增设创新主要是为了适应数字经济和数字平台，而数字经济的垄断问题最紧迫的是规则补缺，目的过于多元化稀释根本立法宗旨。^①

（二）观点分析

要想完备地回答是否增加“鼓励创新”这一问题，需要顺次进行重要性、必要性和可行性三层分析。第一层是重要性分析，就是从经济发展阶段和法律规范体系两个维度出发，分析有没有增加的现实需求和逻辑需要。其中，有无现实需求不仅需要理解新发展阶段，而且需要回顾检视过往反垄断执法实践中的问题；而有无逻辑需要则需要系统地分析法律规范之间的“上下关系”（或言“隶属关系”）；第二层是必要性分析，即在确定具备现实需求的基础上，审视现有的法律规范供给可否通过法教义学分析来满足这些需求，如不满足，则具有增加的必要性。当通过必要性检验后，进入第三层可行性分析，即对增加“鼓励创新”方案进行假定测试，假设进行此修改不会带来新的实践问题和逻辑悖论。

由上述观点综述可知，既有观点已经较为全面地触及到三个分析层次中的各个维度。这些观点既关注到了有无增加的现实需求，认识到修改立法目的需要理解新发展阶段的战略定位和经济特点，需要理清反垄断法实施与竞争、创新之间的关系，也考虑到了法律规范体系问题，为增加鼓励创新可能会破坏反垄断法立法目的体系以及反垄断法与他法的相邻关系而感到担忧，此外，学者们还顾及到一旦写入宗旨条款后对反垄断法运行的影响。

对此，学者们大多看到并认同数字经济下竞争模式和特点的变化以及对反垄断法分析范式的影响，因此对于是否增设鼓励创新为立法目的这一问题，学者们在重要性方面具有一定共识。否定说持有者们主要是在第二层和第三层进行反驳，认为增设不大必要或是不甚可行，而且研究者的分歧主要集中在以下四类问题：第一，反垄断法实施、竞争与创新的关系问题；第二，传统反垄断法是何种竞争认知基础定则；第三，反垄断目标多元问题；第四，法律规范的体系性问题。这四方面问题将依次构成下文分析的重点。

除了尚存不少分歧之外，囿于这些观点多以学术会议随谈，或者论文附随表述的形式呈现，这对于重要性非凡的立法目的来说，这些观点的论证还很不充分。例如，对于前提性问题的理解存在一定片面性，对反垄断法实施、竞争与创新之间关系的经济学理论的认识并不系统和充分。反垄断法的合理性基础源自经济学理论，但关于市场结构的经济影响的经济学理论总是在不断争鸣中发展，如果不能进一步全面认知这些理论的基础上再行定论，恐生偏颇。然而，反对论学者主

^① 参见孙晋：《数字平台的反垄断监管》，载《中国社会科学》2021年第5期，第117-118页。

要谈及熊彼特的创新理论,而持肯定说的学者虽然以更丰富的市场结构和创新理论为其判断基础,了解到存在竞争促进说、垄断促进说和倒 U 型关系说这三类不同的经济学实证研究揭示的结论,但其并没有完全回到这些经典论文的原始论证语境中真正理解这些结论。^①反垄断法研究本具有很强的交叉学科特质,但中国当下反垄断法学者,经济学研究运用实际仅限于概念厘清这一层面,难以通过技术型符号或数理分析模型来解释或解决相关问题。^②或是,原本一个经济学经验研究的结论应当是有非常多限定,稍有不慎就在无意识状态下进行了扩张性推定继而发生误解,但研究者囿于知识背景而没有回到原文仔细分析实证研究设计,也不经对比分析,直接引用某派某一经济学实证研究的结论,这会导致理解和选择偏差,故而必须将经济学实证研究的结论结合其研究设计来理解,由此方能并为反垄断法立法目的条款修订之方案提供扎实的理论依据。

又如,对法律规范的体系性理解不够全面。为确保规范符合体系逻辑,《反垄断法》立法目的增设“鼓励创新”至少要从逻辑角度协调好两类关系并处理好三方面问题。第一类是鼓励创新与《反垄断法》第一条中其他目的的关系,即立法目的体系问题和部门法规范体系问题。第二类是《反垄断法》第一条与该法其他条款的关系,即法律文本体系问题。对于第一类关系,既有观点主要涉及立法目的体系问题,未能关注到反垄断法作为经济法的子部门法这一定位,所以忽视了部门法规范体系对立法目的表达提出的要求。对于第二类关系,学者们更多关注现行《反垄断法》第一条和第五十五条之间的关系,而未能全面地处理好以宗旨-原则-规则为主线的法律文本体系问题,因此本文将在后文从《反垄断法》文本中的规则条款入手,系统地自下而上分析为何逻辑上需要在宗旨条款中增加“鼓励创新”。而且,即便是对于分析第一条与第五十五条关系而言,其也仅侧重于从替代性视角来理解两类规范的关系。实际上,这两条的关系本质是反垄断法与知识产权法的相邻关系问题。相邻关系不仅是分工关系,更是合作关系,两者本质是作为不同的手段来协调配合实现相同的最终目标。因此,不能从竞争关系的角度(或言基于替代性视角)来理解规范的体系关系,而应当从合作关系的角度(或言互补性视角)来理解规范的体系关系。基于此,本文还将在后面分析论证加入鼓励创新才是更好地尊重知识产权法,更好地协调两法关系。

三、新发展阶段的制度需求

^① 研究团队对市场结构与创新关系的经济学理论认识是基于韩伟主编的《数字市场竞争政策研究》一书,该书是对一篇 2015 年工作论文的介绍评析,这部分经济学理论实质是 Alexandre 和 Pierre 等人的一个简述。参见韩伟主编:《数字市场竞争政策研究》,法律出版社 2017 年版,第 25 页。And see Alexandre de Stree l and Pierre Larouche, Disruptive Innovation and Competition Policy Enforcement, (October 20, 2015). O ECD Working Paper DAF/COMP/GF(2015)7, p5. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2678890> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2678890>.

^② 金善明:《中国反垄断法研究进路的反思与转型》,载《法商研究》2017 年第 4 期,第 80 页。

《反垄断法》文本规范优化首先是出于经济演化的规范诉求。^①法律的修订与完善往往出于现实需要，因此对于是否在反垄断立法目的条款中新增“鼓励创新”这一问题，应首先审视有无需要法律变动的充分的基础事实。《反垄断法》修订草案提议在立法目的条款加入“鼓励创新”并非空穴来风，而是出于新发展阶段的制度需求。^②当前我国进入了具备新的发展基础、面临新的发展任务的新发展阶段，^③数字经济背景下竞争的特征发生显著变化，经济发展也要以创新发展为引领。

反垄断法运行会从多个方面实质影响竞争和创新，因此这种实质影响是论证新发展阶段需要反垄断法确定鼓励创新为其立法目的的关键理论基础，深入且清晰地梳理相关经济学研究是反垄断立法真正走出经济学理解误区、提升科学性的关键。^④然而，基于前述对既有观点的分析可知，过往文献虽然意识到相关经济学探讨的重要性，但有意绕开了经济学研究的分析视角，^⑤并未直面诸多经济学研究呈现的多层次的动态的复杂关系。目前，肯定说研究提炼了相关经济学研究的三分法，概言之，一是以熊彼特为代表的垄断促进说，二是以阿罗为代表的竞争促进说，三是以阿吉翁为代表的非线性关系说（折中说）。在此基础上，有必要进一步深入回到这些经济学研究原文，在理解他们的概念、假设、模型、数据使用、时代背景方面差异性的基础上，整合经济学研究对于反垄断立法完善的可能价值。

（一）三分法下代表性研究的再回顾

1. 熊彼特理论解析

几乎每一个谈及反垄断立法目的是否增加鼓励创新问题的学者都会提及熊彼特假说，但又未能系统地梳理熊彼特与此相关的观点。实际上，在 1942 年首

① 参见金善明：《〈反垄断法〉文本的优化及其路径选择——以〈反垄断法〉修订为背景》，载《法商研究》2019 年第 2 期，第 67 页。

② 早在上世纪末，陈秀山就指出竞争制度和政策目标模式的选择不是任意的，而是受到一般制约因素和特殊制约因素的影响。其中，特殊制约因素是指我国特定制度条件下特定的经济发展阶段的特殊要求；一般制约因素是指竞争的一般性质和资源配置一般规律提出的要求。所以下文会从当下国家经济战略的特殊要求出发，基于新经济客观的竞争特点，立足于经济学研究得出的一般规律来阐述。参见陈秀山：《我国竞争制度与竞争政策目标模式的选择》，载《中国社会科学》1995 年第 3 期，第 25 页。

③ 参见何毅亨：《谈谈我国新发展阶段》，载《学习时报》2021 年 1 月 4 日。

④ 有持肯定论的学者指出，不论经济学争论如何，反垄断法实施都至少不应阻碍创新。的确，这种观点确定了反垄断法实施不得阻碍创新的总纲，但是对于反垄断法实施而言，尚无法起到任何具体指导作用。当不了解何种条件下何种结构有助于何种维度的创新时，反垄断法是手足无措的。无论是何种结论，都在基础假设、观察维度、数据与模型上存在差异性。经济法学研究者应当揭开派系之争面纱，应当更全面和更进一步地了解承载这些理论争论的经济学研究论文，了解这些不同模型和检验各自的贡献，而不是撇开争论。

⑤ 例如，学者在经济法学与经济学之间划出概念和视角上的“楚河汉界”，以强调结构面向与行为面向的区别来隔离复杂的经济学争论对反垄断法理论探讨的影响。相关内容参见方翔：《论数字经济时代反垄断法的创新价值目标》，载《法学》2021 年第 12 期，第 165 页。以及王磊：《创新目标在〈反垄断法〉上的定位与实现——兼评〈反垄断法（修正草案）〉第 1 条》，载《中国政法大学学报》2022 年第 1 期，第 175 页。但是，处于结构中的个体行为终究影响结构。而且，单个个体行为也难以产生实质的竞争压力，实质的竞争压力形成于众多个体行为，也就是群体行为，所以仍有必要将行为放置于结构中理解。

版的《资本主义、社会主义与民主》书中，熊彼特从创新竞争、创新能力、创新动力等多个维度阐释垄断、竞争与创新的关系。首先，毋庸置疑的是，熊彼特批驳以瞬时形势数据为基础的静态分析，应以更长期间的数据为基础的动态分析来理解竞争，他开创性地提出以创新为内容的竞争就是最有价值的一种竞争，将创新作为重要的增长要素。其次，他指出垄断者能够得到优越的生产方法和更高比例的财政支持，而一大批竞争者根本得不到或很难得到这些方法或支持，所以垄断条件下价格和产量与竞争价格和产量相比，价格不一定高，产量不一定小。即使取得机会指定垄断价格是垄断组织的动机，但动机不重要，因为从结果来看，这种大规模控制单位为在创造性毁灭过程中取得成就提供必要的形式，大企业和垄断市场结构是创新能力的重要保证，进而对促进创新具有重要作用。再者，在市场结构与创新动力的关系方面，熊彼特一方面反对垄断化催眠理论，认为即使能够找到一些实例，但也是个例，不能据此建立一般性理论，因为垄断地位能够设法挣得，只有用警惕与精力才能保持它，垄断地位（特别是在制造业中）一般地不能高枕无忧，现代企业中的催眠作用是别有原因；另一方面，其认为过度竞争往往削弱创新动力，寡头垄断的市场结构使竞争行为更加稳定和可预期，从而减少了与过度竞争相关得不确定性。^①

2. 阿罗推导解析

阿罗主要是从创新动力的维度阐释垄断、竞争与创新的关系，其通过特定假定条件下的数学推导，来对比探讨垄断结构下垄断者与竞争结构下的创新动力。具体而言，阿罗于 1962 年发表《经济福利与发明资源配置》一文，在该文设定的假设前提下经推导得出，整体来看，在一个事前竞争更激烈的市场中，企业从边际创新中获得的收益更大，竞争性市场结构中的企业有更大的创新动机。在文中，阿罗界定竞争情况是指竞争条件下生产，且创新者可以设定任意的特许权使用费，而垄断专指进入壁垒，只有垄断者本身可以创新，排除因以前创新带来的暂时垄断的情况。在此基础上，阿罗首先假设创新前后成本都是固定的，而需求曲线和边际收益曲线都为下降的。他区分了成本降低型创新与新产品型创新，并在成本降低型当中还区分了大创新与小创新等不同讨论情形。当创新带来的成本降低非常大，以至于创新后的垄断价格小于创新前成本，此时，竞争条件下市场主体的创新动力等于创新后的垄断利润，而垄断条件下垄断者的创新动力却等于创新前后垄断利润之差（垄断利润增量）；当创新只是带来少许成本降低，以至于创新后的垄断价格仍大于创新前的成本时，竞争条件下市场主体的创新动力等于成本差乘以创新前销量（因为售价可以维持在创新前的竞争价格），创新带来的收益全部归于创新者，但是垄断者的激励总是小于垄断产出的成本降低，在此

^① [美]约瑟夫·熊彼特：《资本主义、社会主义与民主》，吴良健译，商务印书馆 2017 年版，第 147-149 页，以及第 171 和 177 页。

情况下,创新后垄断产出又小于创新前后的竞争产出,所以竞争条件下的创新动力总是会再次超过垄断者的创新动力。^①后来,让·梯若尔将阿罗推导的垄断条件下的创新抑制效应概称为“替代效应”(replacement effect)^②,在垄断结构下,垄断者即使不创新,也已经有了超额收益,只有当创新给垄断者带来的收益比之前的全部收益要高时才有动力创新,然而,这相当于自己用新技术替代了自己原本旧技术的市场,在这种“新的自己替代了旧的自己”的情况下,增量收益不会很高。因此,垄断结构下,垄断者创新的积极性会降低。

3.阿吉翁研究解析

与熊彼特和阿罗不同,阿吉翁主要是从结果角度关注市场结构与行业整体创新水平的关系,而且,阿吉翁的研究设计更为细致和充分,在过往诸多的理论和实证研究成果的基础上,有了诸多学习、借鉴和改进。2005年,阿吉翁等人利用面板数据量化研究产品市场中竞争与创新的关系,数据拟合的结果揭示了市场结构的竞争性与行业整体创新水平间稳健的倒U型关系。具体而言,首先,他们使用一个行业中公司获得的平均专利数量来测量创新,而且为了反映专利的异质性价值,该项平均是根据每项专利被他引次数加权计算得来。这些数据是通过对比NBER专利数据库和伦敦证券交易所上市公司公司的财务会计数据生成的,样本涵盖了1973年到1994年间涵盖17种行业311家公司的面板数据。由此可见,阿吉翁等人的研究主要关注的是结果维度的创新数量和创新质量,而非事前的创新意愿或创新潜能。与此同时,与之前对熊、阿两派研究进行实证检验的论文以市场份额或赫芬达尔集中度指数作为市场结构的代理变量不同,考虑到本国公司运营的特殊性,他们以尼克尔在1996年提出的勒纳指数^③作为衡量产品市场竞争性的主要代理变量,由此解决了英国公司多数国际化运营与传统代理变量需要依赖地理和产品相关市场的精确定义之间的矛盾。然后,由于受到1967年舍勒研究的启发,^④他们突破了既往多以线性关系为基本假设的研究思路,转而利用非线性估计来研究竞争与创新之间关系的基本形态。为了消除特定行业制度特征带来的虚假相关性和常见的宏观经济冲击的影响,他们还控制了行业固定效应和时间效应。在此基础上,他们发现了一个显著的倒U型曲线关系。为了提升结果的可靠性,他们还采用两种方法进行了稳健性检验。一方面是考虑到市场结构对创新结果的影响可能存在滞后性,所以他们将平均创新数量的统计观察期提升到五年。另一方面,他们还更换了对创新的衡量方式,使用了常用于既往文献的研发支出再次分析,结果仍然发现倒U型关系。此外,值得关注的是,阿吉翁等

^① See Kenneth Arrow, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, Princeton University Press, 1962, p.619-622.

^② Jean Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1997, pp.392.

^③ Stephen J. Nickell, *Competition and Corporate Performance*, *Journal of Political Economy*, 1996, pp.724-746.

^④ Frederic M. Scherer, *Market Structure and the Employment of Scientists and Engineers*, *The American Economic Review*, 1967, Vol. 57, No.3, pp.530.

人还考虑到市场结构与创新之间的相互内生关系。例如，当发现创新水平较高时会减少竞争，然后数据就会呈现市场结构与创新之间的负相关关系，所以阿吉翁等人使用了不同年代对不同行业出台的竞争政策作为外生冲击，来解决竞争效应的问题。^①

（二）垄断、竞争与创新关系研究的整合性理解

基于上述对垄断、竞争与创新关系代表性研究的再回顾可见，三分类说尚且较为笼统，仅凭模糊认知并不能很好地为宗旨条款修改问题提供充实的理论基础，实际上，以三分说所选取的三篇代表性研究为切入点，进一步更系统地梳理研究内容和研究过程，可以寻找到整合研究价值的三个关键点。

1. 假设条件和经济实际的吻合程度

假设是科学研究中极为重要的思维形式和方法，理论的发展过程，就是相关假设不断被更替或不断被深化的过程，^②经济学学说发展史就是一部不断修正假设的历史。在关于垄断、竞争与创新关系的经济学探讨中，明确其立论、推导和实证检验的基本假设是指导恰当地实践运用这些研究的必要条件，因此当我们在讨论当下中国的反垄断法如何修订时，必须要寻找那些与当下中国经济实际最为匹配的假设。

经济条件是复杂且不断变化的，因此首先应当留意经济的发展和学说的的发展。例如，如果从今天的金融市场来看，熊彼特关于创新能力的论述就变得不那么符合时宜。如前所述，熊彼特指出在寡头垄断市场中运营的大型成熟公司比在竞争市场中运营的小公司更有能力为研发提供资金。但相较于熊彼特年代而言，当今资本市场高度发达，甚至，得益于区块链技术在金融业的运用，数字金融进一步扩大了融资的渠道和规模的想象空间。因此，从研发融资角度论证更集中市场中的大型公司具有显著更强的创新能力的说服力大不如前。又如，面对阿罗推导时，仅仅以“竞争促进说”简单理解是不够的，因为阿罗在推导之前忽略了挪用创新信息的难度，其假设创新产生的利润可以被轻易挪用，但阿罗最后也补充道，竞争条件下的可挪用性相对于垄断条件下更小，这是争论垄断条件可以创造更好的创新激励的唯一理由。到了阿吉翁的年代，从其实证检验设计就可以看出，他综合考虑了各种条件对市场结构与创新结果的影响，试图更多地还原真实的经济条件，并考虑到更复杂的制度环境。由此可以看到，垄断、创新与竞争的理解在学说的演进与发展中变得更为丰富和细致。

除了时间维度之外，假设条件与经济实际在空间维度上的耦合度也值得更多重视。外国经济学实证研究的结论并不必然直接可用于判断中国问题，因为实证

^① Philippe Aghion, Nick Bloom, Richard Blundell, Rachel Griffith and Peter Howitt, Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol.120, No.2, pp.701-709.

^② 张守文：《经济法理论的重构》，人民出版社 2004 年版，第 13 页。

分析的数据基础恰好反映的是一国的社会土壤,即使采用同样的实证模型分析不同的数据库,结论也可能截然不同。在既往关于反垄断法立法目的条款修订的观点争鸣中,学者们重点关注熊彼特、阿罗和阿吉翁三大代表性研究,这是必不可少的步骤。但进一步还必须明确的是,唯有中国学者使用中国数据实证分析结果也存在相似的结论,当不同国家和行业数据和不同实证模型都交叉复现同一种结论时,法学学者们方才能够以此具有稳健性的结果作为反垄断立法的经济学理论支撑。因此,光凭现有研究所参考的三大派外文文献也尚不足为据,还应在其基础上找寻一些以中国数据进行实证检验的文献作为补充论证。

2.研究方法的差异性

熊彼特与阿罗两人研究缺乏真实数据的实证检验,因此继熊阿两人之后,还有一部分重要但被一定程度忽略的实证研究,阿吉翁的研究只是其中较为新进且结果较为不同的一个。这些研究以熊阿两人的理论预测为假设前提,采用不同国度不同维度的数据,基于不同的模型设计进行实证分析。就熊彼特与阿罗都涉及到的市场结构与创新动力的关系而言,多数的实证研究结果显示集中度高的市场中企业有更强烈的投资创新的动机,少数则提供了集中度对研发的负面影响经验证据。例如,霍洛维茨采用美国国家制造商协会和哈佛大学研究小组的数据资料,以业内头部四家企业的销售集中度作为市场结构的衡量指标的实证研究表明,在更集中的行业(a)公司更有可能维持研究机构;(b)研究支出占销售额的比例将提高;(c)研究实验室不像不太集中的工业那样只由顶级公司拥有;和(d)如果企业决定参与研究,它们就不太可能只求助于合作企业或外部组织,而不像集中程度较低的工业那样。^①汉伯格使用美国国家科学基金会 1958 年数据,对企业绝对研发支出与产业集中度,以及企业研发销售比率与产业集中度的关系进行了最小二乘和秩相关检验(least-squares and rank correlation tests),结果表明两者存在弱正相关关系,研发强度的差异中,最多有 30%是由产业集中度来解释的。^②从时间维度来看,不同的实证研究中数据和实证设计的差异,本质是在不断修正和完善对这两者关系的理论看法。比如,从针对外部给定环境中从事研发的单个公司的行为,到考虑经营者之间的互动,将市场结构由外生假定变为内生假定等等。^③

3.理解创新的维度差异

在竞争、垄断与创新关系的经济学探讨中,如何界定创新某种程度决定了研

^① See Ira Horowitz, Firm Size and Research Activity, *Southern Economic Journal*, Vol.28, No.3, 1962, pp.298-301.

^② D. Hamberg, Size of Firm, Oligopoly, and Research: The Evidence, *The Canadian Journal of Economics and Political Science*, vol.30, 1964, pp.75.

^③ 例如有学者主张说市场结构和创新活动的性质都是内生的,所以两者关系不应像新熊彼特主义那样视为一种因果关系,一个行业的集中度不应该像近来产业组织文献中所描述的那样是既定的,而是依赖于更基本的研究技术、需求条件、资本市场的性质以及法律结构。See Partha Dasgupta and Joseph Stiglitz, *Industrial Structure and the Nature of Innovative Activity*, *The Economic Journal*, Vol.90, 1980, pp.267.

究方法和研究结论，也是引人混乱和误解的原因之一。熊彼特的创新理论无疑是开创性的，他不仅提出创新作为一种重要的竞争方式，而且分析了垄断市场结构下垄断者的创新能力和创新动力问题，涉及到创新竞争、创新能力、创新动力等多个维度。阿罗主要致力于推导垄断条件下的垄断者与竞争条件下潜在创新者的创新动力的差别。熊、阿两人主要是分析企业个体层面的创新可能性。与这两人显著不同的是，阿吉翁等人的研究主要目的是依据真实数据，观察市场结构与行业整体创新水平之间的关系演变规律，在他们的研究中，传统常用于衡量创新动力的研发支出指标只是被用作部分稳健性检验。由此，如果整合地来看这些研究，讨论创新至少可以分为以下三组不同情形：第一，创新行为与创新结果；第二，创新动力与创新能力；第三，个体创新水平与整体创新水平。

（三）从经济学研究到反垄断立法考量

市场结构与创新关系的经济学理论是反垄断立法不可回避的知识基础，但从目前观点的论证来看，这部分认知尚不充分，由此也导致其难以为立法目的条款修订提供扎实的理论支撑。正如古典经济学假定人在完全信息下经济且理性决策，但实际情况并不尽如此一样，目前不少观点潜在包含着反垄断法实施、市场结构与创新之间是单向线性关系的假定，即认为反垄断法一旦实施，就能提升市场的竞争性，并因为这种竞争性的市场结构而更好地鼓励了创新。但实际上，反垄断法实施、市场结构与创新之间的实然关系并非全然如此。^①诸多经济学研究表明市场结构对创新的影响是复杂的，且更可能是非线性的，即或多或少的竞争都无益于创新；相应地，反垄断法实施也可能从发展角度来看并不适度，可能为预防和制止垄断行为而规制的同时伴随抑制创新的副作用。因此，如果进一步结合经济学理论的发展历程和反垄断执法实践来看，要使反垄断法鼓励创新的间接机制顺畅运行，离不开立法目的条款对法律实施的指引和控制。

1. 非线性关系与反垄断规制的适度性

从反垄断立法角来看，真正需要的是一个最贴近当下中国反垄断立法需要的经过检验依然结果稳健的研究。值得庆幸的是，近二十年间，不少研究者采用不同国家和行业数据进行实证分析，其结果大都证实了市场结构与整体创新水平之间存在倒 U 型关系。也就是说，雄厚的资金和强大的人力资源为开展研发提供了可能，因此一定的规模效应本身能够为创新提供必要的基础条件。但是，过于庞大的具有市场势力的少数经营者本身的创新惰性会增加，而且能通过市场势力削减相关市场竞争者间的竞争意愿，妨碍中小企业的自主创新。理论上，市场结

^① 例如有学者指出，国人探讨创新几乎存在“竞争成就创新”的惯性思维，但实际上这种认识潜在假定成立特定时空下竞争区域内的新技术获取不存在外来输入的可能性，这种假定实践中大多无法得到满足，而且对于发展中国家来说，一旦依如此假定定则会侵蚀本国的创新基础，加重对外国技术的依赖性。参见丁茂中：《反垄断执法的移植与本土化研究》，载《法商研究》2013年第4期，第156页。

构对整体创新水平的积极作用存在一个最优顶点,应当为寻找最利于鼓励创新的市场结构而努力,协调好保护市场公平竞争和鼓励创新两个价值目标之间的关系。

反垄断法是经济法的子部门法,尽管反垄断法形式上是规制市场主体竞争行为,但不能忽视从整体主义视角、以发展为导向评判反垄断规制的适度性。反垄断法依据垄断和竞争的经济学理论制定和实施,在经济分析中,之所以重视竞争性市场结构,是在于其有助于提高效率。^①那么,对于那些虽是垄断性的行为但却比竞争性做法更有效率的行为,反垄断法立法应当为其创造一个合理的行为空间。从全球(尤其是欧美国家)司法辖区的竞争立法执法实践历程来看,反垄断法和竞争政策的逻辑起点是,防范原本不能被竞争力量自行解决的限制、阻挠竞争的各种经济行为,以最大化配置性和动态性的经济总效率或社会总福利。统一开放、公平有效的竞争秩序,只是实现和维护消费者利益乃至经济效率的一个常见前提,但是有时并不必然如此。^②

当然,反垄断法实施或反垄断规制并不必然意味着一定显著促进了竞争性市场结构的形成,更不必然由此鼓励创新。增加“鼓励创新”是完善竞争法治的内在要求。市场失灵问题的存在需要实施反垄断法,反过来,反垄断法的实施也会对市场也会产生影响。法的创立与实施不能“各行其是”,无论是研究立法如何完善、规则如何适用的学者,还是实施法律的执法者、司法者都不应“只埋头拉车不抬头看路”。^③在调整方法上,反垄断法以否定性为主的调整方式带来了一个特殊的立法难题,即否定什么和如何否定。立法和司(执)法都需要清晰制度中的标准,以使价值、原则有的放矢,使制度内在统一。理论上,“否定什么”的标准应当来源于制度但又高于具体制度,似同在价值、原则和制度之间架设一道“桥梁”。^④对于研究者而言,规则如何完善应当从实施中寻找反馈;对于实施者而言,规则如何落实应当准确理解其创立的深层意图。反垄断法实施过程应当全面地跟随反垄断法目的价值体系的指引,而不是片面地追求反垄断法确定的最直接目的。正如让·梯若尔教授所言:“竞争不是目的,也不是宗教,而是提升效率和创新、限制市场势力的工具”。^⑤反垄断的关键是在不妨碍效率的情况下消除垄断的弊端。^⑥

预防和制止垄断行为是保持竞争性市场结构的一种方式,保持竞争性市场结

① 参见[美]理查德·A·波斯纳:《反托拉斯法(第二版)》,孙秋宁译,中国政法大学出版社2003年版,第31页。

② 方燕:《数字时代反垄断执法的目标、范式和困境解析》,载《产业经济评论》2021年第3期,第34页。

③ 参见[美]理查德·波斯纳:《各行其是:法学与司法》,苏力、邱遥堃译,北京:中国政法大学出版社2017年版,第2和9页。

④ 刘继峰:《反垄断法益分析方法的建构及其运用》,载《中国法学》2013年第6期。

⑤ [法]让·梯若尔:《共同利益经济学》,张昕竹等译,商务印书馆2020年版,第349-356页。

⑥ See Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books Inc., Publishers, 1978, p.19.

构是充分发挥市场机制、促进经济发展的条件之一，但这个逻辑过程可能伴随一些“无谓损失”。比如，罚款数额过大带来的直接经济损失或是通过影响市场声誉而带来的间接经济损失，严重影响了涉案企业的研发能力甚至危及其生存能力，这种创新抑制效应^①的存在会最终影响整体经济健康发展。反垄断执法机构通过立案调查和各项执法决定，预防或制止具体市场主体的垄断行为，因此反垄断执法首先可能直接地影响涉案企业的创新，其次可能由于执法活动调整了市场竞争结构而间接地对整个行业创新发展产生影响。垄断规制区别于传统行政执法，规制权中包含具有较大弹性的裁量权，此规制是“寓调于制”，因此反垄断法实施要适度 and 公平，不能因为处罚过当而严重影响涉案企业乃至整个行业的创新发展。总之，高质量发展离不开高水平创新，高水平创新离不开公平竞争。有竞争而无增长，有增长而无创新，均非高质量发展，^②为了指引反垄断法实施真正实现有竞争、有增长和有创新，有必要增加“鼓励创新”。

2. 互动内生关系与数字经济背景下的反垄断法

要想更好地在反垄断立法完善过程中借鉴经济学研究成果，必须对经济学研究的基本假设和模型设计有尽可能清晰和全面的认识。既往反垄断法研究中提及的经济学研究未能覆盖市场结构与创新之间的反向因果问题。菲利普斯最早提出因果关系可能不是市场结构影响创新，而是市场结构是过去创新的结果，^③随后他用民用飞机制造业的例子具体说明了市场结构如何因创新而演变，以及市场结构又如何影响后续的创新。^④后来诸多的文献也证实了市场结构与创新的关系并非单向关系，而是互动内生关系。不仅市场结构不同鼓励创新的效果不同，创新本身也会影响竞争格局。

数字经济中平台垄断问题潜在的创新抑制效应需要反垄断法予以回应。从法的起源来看，反垄断法产生于工业经济时代，在工业经济时代，人类的技术水平和创新能力有限，运用知识产权激励创新，促进知识快速、大量生产，对社会经济的发展具有更加重要的意义。知识产权作为一种合法垄断，长期被视为反垄断法适用除外领域，即使知识产权对市场竞争造成一定的限制或危害，也往往受到反垄断法的宽容。因此，专门控制知识产权垄断的制度规则无从建立。^⑤数字经济具有巨大动态性，是基于创新引发的动态效率。^⑥数字经济的平台模式、网络

① 对于知识产权法的运行也是如此，版权法最终目的是为了扩大人类知识储量，版权人限制他人竞争性产品开发的行为抑制了创新，构成权利滥用，因此授权许可案例中就会出现以规范目的为取向的裁判标准。知识产权滥用认定的根本依据标准还是创新。

② 时建中：《强化反垄断 深入推进公平竞争政策实施》，载《人民日报》2021年10月13日第014版。

③ Almarin Philips, Patents, potential competition, and technical progress, *American Economic Review*, Vol.56, 1966, pp.301-310.

④ Almarin Philips, 1971. *Technology and Market Structure: A Study of the Aircraft Industry*, Heath Lexington Books, 1971.

⑤ 吕明瑜：《知识产权垄断呼唤反垄断法制度创新——知识经济视角下的分析》，载《中国法学》2009年第4期，第24页。

⑥ 参见杨建辉：《数字经济动态性特征对现行反垄断规制的挑战》，载《竞争政策研究》2018年第5期，

效应、动态竞争、破坏性创新等特征，导致数字平台在发展特点、营利模式、定价规则、创新重要性及频率等方面与传统行业相比，有其特殊性，进而带来市场竞争新变化和新问题。^①市场主体实施垄断行为的实质意图在于固化或强化市场地位和利益，垄断格局的形成容易降低企业的创新意愿和可持续性。经营者的垄断行为不仅某种程度可能是其创新惰性的表现，而且会影响相关市场范围内其他经营者的创新。抑制创新本身可能是垄断协议的内容，数字平台在数据、算法、技术和资本上的特别优势让合谋变得更为便捷和隐蔽，当“限制获取新技术”意思成为经营者间的共识，巩固既有市场而不是拓展创新就蔚然成风了。而且，超大数字平台对创新型成长企业不受控制的并购潮也让整个市场缺乏持续创新的精神和动力，不少创业家为资本屈服，创新创业的初心逐渐在大集团势力中消解，甚至促使新生代创新创业者倾向于短视主义策略，真正的有力量的创新很难在这种氛围中出现。

由此可见，在数字经济时代，熊彼特的动态分析与创新作为一种竞争方式的理解变得更加贴近现实。如今，创新成为了一种重要的竞争方式，创新能力将越来越成为影响市场格局最重要的因素。受到数字经济发展的影响，尽管市场界定仍然至关重要，但技术进步的重要性引起了人们对传统经济模型是否足以使人们了解现代市场经济运作并制定反垄断政策的严重怀疑，^②越来越多人倡导反垄断法修订应当使执法中认定垄断行为时能够尽量减少对结构性假设的依赖。正如梅森在评论熊彼特说时所言：“尽管熊彼特夸大了反托拉斯政策对美国商业组织和实践的影响程度，但他指出了静态经济分析作为反垄断政策知识基础的局限性，这是非常有益且正确的。”^③因此，往后反垄断法中的垄断行为认定方法，要从价格中心型转向创新中心型，以更好地鼓励创新，保护动态竞争。

3. 创新的多个维度与反垄断立法目的条款中的创新目标

如夏皮罗所言，“我们不需要一个关于垄断、竞争和创新之间关系的普遍理论，阿罗和熊彼特的观点是兼容且相辅相成的”。^④因此，不是反垄断法以某一理论为基础，而是反垄断法应当协调好多个理论背后复杂的关系。除了夏皮罗通过三个原则将阿罗和熊彼特观点整合起来之外，如前所述，还可以通过三组密切关联但不同的维度理解创新，进而以创新为中心，充分整合经济学研究对反垄断立法目的条款中创新目标确立的价值。

第 39 页。

① 参见孙晋：《数字平台垄断与数字竞争规则的建构》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2021 年第 4 期，第 64 页。

② See Partha Dasgupta and Joseph Stiglitz, *Industrial Structure and the Nature of Innovative Activity*, 90 *The Economic Journal*, Vol.90, 1980, 266.

③ Edward S. Mason, *Schumpeter on Monopoly and the Large Firm*, 33 *Review of Economics and Statistics*, 144(1951).

④ See Carl Shapiro, *Competition and Innovation, Did Arrow Hit the Bull's Eye?*, in Josh Lerner & Scott Stern, *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, University of Chicago Press, 2002, p.363.

反垄断法的实施会通过调整市场主体的行为、调整相关市场结构,而对创新能力、动机和结果产生实质影响,所以这种调整机制也决定了反垄断立法必须回应如何鼓励创新的问题。根据熊彼特学说,研发资金供给的充足性是衡量市场主体创新能力的重要维度;根据熊彼特与阿罗的观点,市场结构影响市场主体的创新动力;根据阿吉翁的研究,应当从程度而非二元的角度理解有利于最优整体创新产出的市场结构。因此,当创新这一价值进入反垄断法视野中,就意味着要平衡和协调好创新能力与创新动力、创新行为与创新结果、个体(涉案企业)创新与整体(相关市场)创新之间的关系。那么,何谓反垄断法意义上的“鼓励创新”?承前所述,至少可以存在如下几层理解:第一,稳固和提升创新能力的同时刺激创新动力;第二,鼓励更多的创新尝试和确保更多的创新产出;第三,促使整个相关市场整体创新,同时不显著抑制个别涉案市场主体的创新。

四、法律规范体系的逻辑需要

尽管以包含与被包含关系难以反驳专门表述以强调“鼓励创新”的必要性,但是规范体系逻辑视角对此问题的探讨无疑是重要且不可缺少的。法学研究者的立法论研究既要超越部门职能,以发展为导向,让规则尽显合理,又得形式逻辑足够精细。因此,即使出于落实创新驱动发展战略,^①或基于法律实施实践的现实情况,需要专门表述“鼓励创新”,但此修订还必须存在规范体系的逻辑需要,且即便以示强调进而发挥注意性规定的功能也不能过于扰乱既有的立法目的体系。

任何法律规范都不是独立存在的,而都是整个法律秩序的一部分。法律秩序并非是由像沙滩上互不连接的散沙一样的具体法律规范组成的,实际上,某一具体法律规范在一部法律内部或与其他法律的许多法律规范都存在内部与外部的紧密联系,这种联系就是“法律规范体系”。^②

反垄断法的完善应当具有系统思维,要通过关注“上下关系”来分析,专门增加“鼓励创新”的表述是否有体系逻辑上的合理性。这种“上下关系”不仅包括反垄断法在部门法体系中的定位,要把握反垄断法在经济法系统的主从性、协调性和一致性,而且要关注《反垄断法》这部形式的法律文件当中条款之间的“上下关系”。^③

基于此,下文首先从部门法体系的角度出发,基于反垄断法作为经济法的子

^① 参见杨建辉:《数字经济动态性特征对现行反垄断规则的挑战》,载《竞争政策研究》2018年第5期。

^② 参见[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁晓春、吴越译,法律出版社2013年版,第65页。

^③ “上下关系”的表述出自张守文教授,原文仅指部门法当中,经济宪法-经济法-反垄断法这样的上下位阶,这里扩张性地参考使用了这一概念,把一部形式上的法律文件中的立法目的条款、原则条款和规则条款形成的宗旨-原则-规则间的关系也放在一起。

部门这一重要定位,从促进社会主义市场经济的健康发展这一显示其经济法属性的根本目的入手,自上而下地分析反垄断法立法目的的层次结构,论证“鼓励创新”在这个目的体系当中确可有其位置。其次从《反垄断法》的规范体系出发,基于规则是对原则的抽象且根源于目的的归纳逻辑,自下而上地分析出“鼓励创新”在立法目的体系当中存在的逻辑需要。

(一) 部门法规范体系的逻辑需要

《反垄断法》这部法律以反垄断法规范为主体,其立法目的条款载明了反垄断法规范所欲实现的宗旨,因此立法目的条款如何构建,离不开部门法规范体系视角下对反垄断法地位的解析。

从部门法的视角来看,反垄断法不仅因其具有经济法共有的“发展促进法”属性,从而应当将创新发展理念内化其中,而且,其特殊的调整机制也决定了反垄断立法必须回应如何鼓励创新的问题。具体而言,从共性角度来看,在新的发展阶段中,发展理念的变革要求经济立法内化这种理念变化。经济法是典型的“发展促进法”,^①经济法的内在逻辑是与发展相契合的,因此无论是调整目标还是调整方式均体现新发展理念的要求。反垄断法是经济法的子部门法,^②更是经济法的核心,^③所以反垄断法也理应在某种程度上体现和贯彻新发展理念。

从个性角度来看,保护自由竞争的正当性源自于其对发展的有益性,当某种为保护自由竞争的规制手段产生了不利于发展的副作用时,这种规制手段应在特定维度有所克制。对于反垄断法而言,保护自由竞争从来不是终极目的,只是处于经济法体系中反垄断法的特殊的直接目的,促进社会主义市场经济的健康发展才是最终目的。从预防和制止垄断行为这一最为直接的调整方式,到最终的促进社会主义市场经济健康发展之间,要经历多个维度和多个层次的中间环节。从确立立法的目的来看,从抽象的促进经济发展大蓝图,到具体的各子部门法的相对具体的行动目标之间,自上而下分解目标,方能形成完整的目标系统。

社会主义市场经济健康发展可以以“发展”为中心分解为社会主义、市场经济和健康,其中,社会主义标识了发展的本质属性,市场经济是发展的对象,健康是发展的状态。首先,贫穷不是社会主义,所以社会主义应以生产力发展为基础,但与此同时,社会主义是有别于资本主义的,是以社会为本,强调公正,因而是生产力标准和价值标准的统一,是兼顾效率与公平的。^④基于此,促进社会主义市场经济健康发展往下蕴含着体现效率与公平的目标,对于效率而言,提高经济运行效率是其最直接的表述,而对于公平而言,反垄断法应当在差异性假设

① 参见张守文:《论促进型经济法》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2008年第5期,第97-100页。

② 参见张守文:《经济法理论的重构》,人民出版社2004年版,第265页。

③ 参见王晓晔:《竞争法的基础理论问题》,载李昌麒主编:《经济法论坛》第2卷,群众出版社2004年版,第258-260页。

④ 郭建宁主编:《社会主义核心价值观基本内容释义》,人民出版社2014年版,第33-43页。

的基础上,协调好好经营者与消费者在信息占有上的差异,经营者与经营者之间的经济能力的差异,让经营者和潜在经营者都能自由参与市场竞争,同时维护消费者利益和社会公共利益,落实社会本位的实质意义的公平。^①其次,市场经济是以市场为基础的资源配置手段的经济,完善的市场体系是统一、开放、竞争和有序的,价格均衡理论都是建立在充分自由竞争的前提之上的,所以发展市场经济自然要通过预防和制止垄断行为来保护市场的自由竞争,对自由竞争的保护也是反垄断法曾被喻为“经济宪法”的重要原因。再者,发展还应当是状态健康的,即有活力的、可持续的,这要求有持续有力的发展动力。发展不是有健全的市场机制就足够,而是也需要充沛的经济要素和强大的要素组合能力。

健康的发展状态从逻辑上要求反垄断法在立法目的的确立过程中内化新发展理念,尤其是创新发展理念。创新发展、协调发展、绿色发展、开放发展、共享发展的新发展理念,揭示了实现更高质量、更有效率、更加公平、更可持续发展的必由之路,是我国破解发展难题、厚植发展优势、增强发展动力的指导思想。创新是对生产要素的重组,是经济发展的内生决定因素,是发展的第一动力,^②所以为五大发展理念之首。创新发展理念着力通过创新促进经济发展,注重的是解决发展动力问题,这与健康的发展状态所要求的持续有力的发展动力是高度耦合的。与此同时,经济法具有规制性,既包括消极的限制和禁止,又包括积极的鼓励和促进,而且其区别于传统的行政法一个重要特点就是寓调于制,调中有制。反垄断法是一般市场规制法,除了对于垄断行为的消极的限禁之外,还应间接地寓鼓励和促进于其中。在新常态下,虽然我国经济总量较大,但创新能力不强的问题较为突出,关键核心技术受制于人的局面尚未根本改变,创造新产业、引领未来发展的科技储备还很不够,产业还处于全球价值链中低端,军事、安全领域高技术方面同发达国家仍有较大差距。^③面对这种发展的不健康状态,作为经济法子部门法的立法定位,也要求反垄断法应当在其立法目的中体现创新发展理念。

(二)《反垄断法》规范体系的逻辑需要

“目的是全部法律的创造者,每条法律规则的产生都源自一种目的”。^④反垄断法立法目的具有宣示性和导向性,为所有实体规则和程序规则提供价值基础。^⑤如果反垄断法的具体规则当中包含着一些潜在价值,却未能被立法目的条款所点明,那么这些规则可能成为无源之水、无本之木,整部法律的规范体系就出现

① 张守文:《经济法原理(第二版)》,北京大学出版社2020年版,第8-9页。

② [美]约瑟夫·熊彼特:《经济发展理论》,郭武军、吕阳译,华夏出版社2015年版,第50-55页。

③ 习近平:《在省部级主要领导干部学习贯彻党的十八届五中全会精神专题研讨会上的讲话》,《人民日报》2016年5月10日第002版。

④ [美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2017年版,第109页。

⑤ 颜运秋:《反垄断法立法目的与保护消费者权益》,载《社会科学家》2005年第5期,第104-107页。

了体系逻辑上的断裂。立法目的条款是法律体系内部的重要组成部分，其内容确定必须置于规范体系当中予以考虑，现行反垄断法中存在一些包括“鼓励创新”这一潜在目的价值的具体规范，这些规范从逻辑上需要立法目的条款中明确表述“鼓励创新”，从而发挥指引、控制这样的总领规则的作用。

表 1 包含“鼓励创新”意图的反垄断规范

条款号	条款内容
《反垄断法》第七条第一款	国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业，国家对其经营者的合法经营活动予以保护，并对经营者的经营行为及其商品和服务的价格依法实施监管和调控，维护消费者利益，促进技术进步。
《反垄断法》第十三条第一款第（四）项	禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议： …… （四）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；
《反垄断法》第十五条第（一）项	经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的，不适用本法第十三条、第十四条的规定： （一）为改进技术、研究开发新产品的；
《反垄断法》第二十七条	第二十七条 审查经营者集中，应当考虑下列因素： （三）经营者集中对市场进入、技术进步的影响；
《反垄断法》第五十五条	经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为，不适用本法；但是，经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的行为，适用本法。

如上表所示，《反垄断法》第七条第一款、第十三条第一款第（四）项、第十五条第（一）项、第二十七条和第五十五条均显示出“鼓励创新”的内在目标。

具体而言，《反垄断法》第七条是关于对具有特殊地位的重要行业实行保护和监管以及行业经营者相关义务的原则性规定。^①该条第一款在阐明国家对此类行业经营者合法经营活动予以保护的同时，指出也对其经营行为实施监管和调控，从而维护消费者利益、促进技术进步。反垄断制度是与我国的基本经济制度相适应、与发展阶段下的发展政策相匹配的，确立其特殊地位并对其合法经营予以保护是为了增强国有经济在关系国家安全和国民经济命脉的重点行业和关键领域的控制力，鼓励这些企业利用其地位提升科技含量，做大做强提高国际竞争

^① 吴高盛主编：《中华人民共和国反垄断法释义》，中国法制出版社 2007 年版，第 19 页。

力。可见，促进技术进步是对特殊地位重要行业保护和监管的目的之一。

第十三条第（四）项是与阻碍创新相关的一项横向垄断协议行为的规定，即经营者之间联合限制购买新技术、新设备，或限制开发新技术、新产品的协议是不法的横向垄断协议行为。由于这将直接减少经营者技术开发方面的投入、阻碍技术创新，该条禁止具有竞争关系的经营者达成包含此内容的垄断协议，这不仅体现了保护竞争性市场结构的意图，而且也内含了对创新的重视。

如果说第十三条第（四）条是通过消极地禁止来防止垄断行为带来的创新抑制效应，那么第十五条第（一）项则是积极地鼓励创新。该条直接在豁免规则当中列明了包含了创新目的可为正当理由的内容，即如果经营者能够证明所达成协议是为改进技术、研究开发新产品的，那么就不适用第十三条和第十四条关于垄断协议的规定。尽管这种协议行为会影响竞争格局，但是有助于创新、利于推动整体经济发展所以最终排除了不法性，由此可见，“鼓励创新”是内含于此规则中的具有独立性的立法目的。与此同时，在《反垄断法》出台时，国家战略上就形成了“科学技术是第一生产力”的定位，实行经济建设和社会发展依靠科学技术，科学技术工作面向经济建设和社会发展的基本方针，立法委员会也在其出版的释义当中明确表示了这一的出台背景和其背后鼓励创新的立法意图。^①

第二十七条是关于经营者集中审查时法定裁量因素的规定，该条规定在第三项明确将技术经营者集中行为对技术进步的影响纳入审查考虑因素的范围，这充分体现了鼓励创新的价值追求。经营者集中将直接不同程度地改变市场结构，对于创新而言，不同的市场结构进而既可能产生“熊彼特效应”（Schumpeterian effect），又可能产生“逃离竞争效应”（Escape-competition effect）。^②而且，创新也是数字经济时代重要的竞争方式，创新驱动型并购越来越多。这种创新驱动型并购利弊相生，既可能通过并购促进更好的创新合作，进而实现更大的创新，又可能是当初创型企业初有创新之时，大型数字企业便挖走技术团队或并购公司，但事后将原团队边缘化，阻碍了创新的持续性。因此，在预防垄断行为时，不仅考虑对市场竞争结构的影响，同时考虑集中可能对技术进步的影响。与此同时，该条列举的考量因素项目及其顺位也隐含了立法目的条款中诸价值的逻辑关系。审查经营者集中最直接要评估的就是集中对市场结构的影响，因此该条首先列举了包括参与集中经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力和相关市场的集中度两个项目，随后在第三项前半部分列举了对竞争机制的影响。第三项后半部分考量集中对技术进步的影响。顺次再分别是对消费者和其他有关经营者的影响，以及最根本的国民经济发展的影响。这些要素的独立列举及其顺位应当与

① 吴高盛主编：《中华人民共和国反垄断法释义》，中国法制出版社 2007 年版，第 45 页

② Philippe Aghion, Nick Bloom, Richard Blundell, Rachel Griffith and Peter Howitt, Competition and Innovation: An Inverted-U Relationship, Quarterly Journal of Economics, Vol. 120, 2005, pp.720.

立法目的条款中的价值体系相互呼应,可见立法目的条款有必要在对应位置明示“鼓励创新”。

第五十五条是关于反垄断法和知识产权法律关系的规定,^①这种原则加例外结构的适用除外规则也体现了“鼓励创新”的意涵。知识产权法确定了知识产权的排他属性,这种排他属性的存在排除了随意侵占创新成果的搭便车行为,通过确权和补偿来促使人们创新并推动技术传播。^②但另一方面,知识产权所有人会基于此获得优势地位,甚至垄断地位,当这种地位被不加控制而滥用时,又反过来不利于持续地、更大范围地进行创新。基于此,该条规定原则上依知识产权法律法规规定行使知识产权行为不适用反垄断法,但如果滥用知识产权排除、限制竞争就应当适用反垄断法,这充分体现了“鼓励创新”的理念。该条是知识产权垄断应受反垄断法规制的一般条款,本质是市场势力带来的事实权力滥用,知识产权是被法律认可的一种事实权力,确权是基于对创新的奖励,用以鼓励创新,但是应当是一种有限授权,限度的标准就在于创新的可持续性。现在的经济形式意味着知识权力在竞争能力中的地位越来越重,^③那么更加应从整体创新以及创新的可持续性角度关注知识产权滥用问题。

总之,这些具体规则都在不同的维度耦合了“鼓励创新”的目的,如果“鼓励创新”能够在立法目的条款当中明示,那么这些具体规则就拥有了清晰的理念之源。

五、立法目的条款的体系性检视

前述分析共同论证了确有需要将“鼓励创新”纳入《反垄断法》立法目的条款当中。第一,无论是新发展阶段发展理念变革、数字经济垄断问题对企业创新的负面影响,还是引导反垄断法实施不止于制止和预防垄断行为,而是真正助益于经济发展,都对《反垄断法》立法目的条款修订提出了现实需求。第二,从部门法体系的角度自上而下地分析反垄断法的立法目的体系发现,健康的发展状态从逻辑上要求反垄断法在立法目的当中内化新发展理念,加入“鼓励创新”的表述正可体现这种内化。第三,立法目的条款应当为所有具体规则提供价值基础,

① 有否定论者的理由曾提到,《反垄断法》不应承担过多“跨界”责任,应当尊重和承认知识产权法等法律法规保护创新、促进创新的功能。但实际上,根据熊彼特学说,反垄断法和知识产权法对创新的影响同样重大,因而不能将创新置于反垄断法界域范围之外。激发研发动力存在两个重要方面,一方面是经营者需要某种形式的短期市场力量预期,所以专利法提供了创新后获得市场力量的期望,这种期望构成了创新激励;另一方面是事前垄断性的市场结构能够使竞争行为更稳定和可预期,减少了与过度竞争相关的不确定性,因而也缓解了过度竞争对研发动机的抑制效应,而且,从既有的市场力量中获得的利润为企业提供了可以用于创新活动的必要的内部财务资源,所以在集中度较高市场中经营的大企业是技术进步的中心,大企业和垄断市场结构对促进创新具有重要作用。

② 参见王晓晔:《滥用知识产权限制竞争的法律问题》,载《中国社会科学》2007年第4期。

③ “知识的权力正在代替财富的权力成为主宰世界的力量”。[美]阿尔文·托夫勒:《权力的转移》,吴迎春、傅凌译,中信出版社2006年7月版,第58页。

《反垄断法》第七条第一款、第十三条第一款第（四）项、第十五条第（一）项、第二十七条和第五十五条均显示出“鼓励创新”的内在目标，所以应当在立法目的条款中明示“鼓励创新”，这能够使这些具体规则拥有清晰的理念之源。

然而，反垄断法价值体系呈现多维性和层次性，^①反垄断立法目标体系本身应当具有自洽性，在鼓励创新的同时，需要协调好创新与反垄断法现有目标之间的关系，^②因此，即使过往执法实践存在误伤涉案企业创新的经验事实，专门表述“鼓励创新”以示强调，进而发挥注意性规定的功能，即使从规范体系的角度来看，专门表述“鼓励创新”也可凸显反垄断法的经济法部门属性，可使法律文件的逻辑更为周全，但具体如何表述还不能扰乱立法目的条款本身的体系性。理论上说，立法目的条款当中包括的几个方面的目的是有机的统一整体。目的的概念是灵活和多义的，它的范围根据内容，包括从具体现实的效率，如确立针对一个被摈弃的行为的相反的动机，到抽象和理想的目标。立法目的具有层次性，各个层次之间有一种递进关系，实现一个目的是为了实现在外的目的和更大的目的，一环连一环，形成了一个目的链条。^③处于立法目的第一层次的直接目的和更大的一系列间接目的构成具有上升性递进关系的目的体系。由于立法目的条款包含着多项立法目的，需要通过多个句子加一表述，因此就必须按照逻辑关联进行排列和整合，形成协调有序的立法目的价值体系。^④

从比较法的角度来看，各国竞争法立法体例大致分为未规定立法目和明确规定立法目的两种类型。前者如德国反限制竞争法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB），其直接规定限制竞争行为类型和构成要件，没有总则条款。后者如日本，其《关于禁止私人垄断和确保公平交易的法律》第一条规定：“本法的目的是，通过禁止私人垄断、不当的贸易限制和不公平的贸易做法，防止营业支配力过度集中，排除通过联合、协议等方式形成的对生产、销售、价格、技术的不当限制，以及其他一切对营业活动的不当约束，促进公平和自由竞争，鼓励经营者发挥创造性，促进经济繁荣，提高就业水平和国民实际收入，从而确保一般消费者的利益，促进国民经济民主和健康发展。”^⑤我国的《反垄断法》与此相类似。

① 徐孟洲：《论我国反垄断法的价值与核心价值》，载《法学家》20018年第1期，第7页。

② 叶卫平：《反垄断法应鼓励创新》，民主与法制网：

<http://www.mzyfz.com/index.php/cms/item-view-id-1430124>，最后访问时间：2022年5月14日。

③ 袁俊山：《立法目的刍议》，载《法治论丛》1993年第1期，第29页。

④ 刘风景：《立法目的条款之法理基础及表述技术》，载《法商研究》2013年第3期，第49页和56页。

⑤ 昭和二十二年法律第五十四号（令和元年法律第四十五号による改正）（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律）第一条 この法律は、私的独占、不当な取引制限及び不公正な取引方法を禁止し、事業支配力の過度の集中を防止して、結合、協定等の方法による生産、販売、価格、技術等の不当な制限その他一切の事業活動の不当な拘束を排除することにより、公正且つ自由な競争を促進し、事業者の創意を發揮させ、事業活動を盛んにし、雇傭及び国民実所得の水準を高め、以て、一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進することを目的とする。

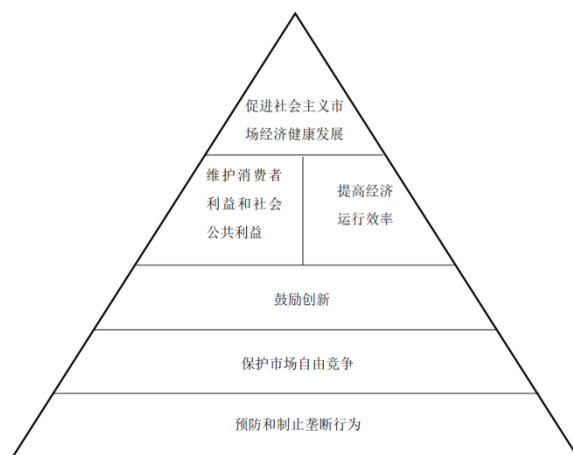


图 1 金字塔式立法目的关系图

结合前述的分析，本文认为《反垄断法》立法目的条款确可如草案所示，修改其为“为了预防和制止垄断行为，保护市场公平竞争，^①鼓励创新，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益，促进社会主义市场经济健康发展，制定本法。”理由在于，上面的金字塔式关系图描绘了立法目的条款加入“鼓励创新”之后的多级目标层次关系，层次之间大抵都存在着手段与目标之间的逻辑关系，并不会造成逻辑上的紧张关系。具体而言，《反垄断法》所有规则建构最直接的目的是预防和制止垄断行为，预防和制止垄断行为最直接的期待效果就是提升市场结构的竞争性，所以预防和制止垄断行为是保护市场自由竞争这一目的的手段。进一步地，竞争在市场经济中是手段而不是目的，竞争产生的积极效果包括资源合理配置、技术创新、开发新产品等。^②市场结构会影响创新，尽管对何种市场结构对于创新而言是最优市场环境尚存争议，但不依赖于这种自然的因果法则，直接赋予这种一般市场规制行为一种期待的鼓励创新的客观意义，这种规范上的“应当”创设呼应了经济法寓调于制的风格。^③何况，为了促进社会主义市场经济健康发展这一最终目标，在预防和制止垄断行为的反垄断法实施过程确实应当尽可能避免创新抑制效应的出现。换言之，预防和制止垄断行为是一种消极手段，直接目的是保护市场自由竞争，而鼓励创新则是一种积极手段，将有助于提高经济运行效率、维护消费者利益和社会公共利益。提高效率和维护利益是更高层次的价值目的，其中，提高效率则反映了效率这一价值，维护两种利益反映了公平的价值。这两方面共同构成了对促进社会主义市场经济健康发展这一最终目的如何实现的抽象阐释。

① 限于篇幅，这里仅讨论由修订草案印发的“鼓励创新”这一表述是否要专门加入到立法目的条款当中，不讨论是否要由公平改为自由，实际上，公平和自由竞争的理念也是需要仔细研究和斟酌语义来进一步确定的问题。例如参见王晓晔：《我国〈反垄断法〉修订的几点思考》，载《法学评论》2020年第2期，第12页。

② 刘继峰：《反垄断法益分析方法的建构及其运用》，载《中国法学》2013年第6期，第23页。

③ 关于规范创设中不依赖于自然的因果法则的确定，是与行为绑定的客观意义，是描述某事应当发生的观点出自汉斯·凯尔森。参见[奥]汉斯·凯尔森著：《纯粹法学说（第二版）》，雷磊译，法律出版社2021年版，第5-6页。

六、结论

近年来,创新被置于国家发展全局中的核心位置,顺此战略定位,在 2020 年初国家市场监督管理总局公布的《反垄断法》修订草案第一条中,专门增加了“鼓励创新”的表述。在此背景之下讨论是否以及在立法目的条款中增加这一表述具有相当重要性,这不仅在于优化调整目标是重要的“定向”问题,而且在于立法目的条款本身功能在《反垄断法》语境下的特殊重要性。对此,本文从规范体系的角度出发,基于“上下关系”的梳理审视有无逻辑上的需要,围绕立法目的条款的体系性考察修改方案在逻辑上是否可行。

对此,本文主要从经济发展的现实需要和法律规范体系的逻辑需要两个方面论证了确有需要将“鼓励创新”纳入《反垄断法》立法目的条款当中。一方面,站在现实角度来看,无论是新发展阶段发展理念变革、数字经济垄断问题对企业创新的负面影响,还是引导反垄断法实施不止于制止和预防垄断行为,而是真正助益于经济发展,都对《反垄断法》立法目的条款修订提出了现实需求。另一方面,从部门法体系的角度自上而下地分析反垄断法的立法目的体系发现,健康的发展状态从逻辑上要求反垄断法在立法目的当中内化新发展理念,加入“鼓励创新”的表述正可体现这种内化;同时,立法目的条款应当为所有具体规则提供价值基础,《反垄断法》第七条第一款、第十三条第一款第(四)项、第十五条第(一)项、第二十七条和第五十五条均显示出“鼓励创新”的内在目标,所以应当在立法目的条款中明示“鼓励创新”,这能够使这些具体规则拥有清晰的理念之源。此外,基于这个肯定的回答,本文还解析了现有修改方案中各级目的之间的关系,以此论证了将立法目的条款修改为“为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,鼓励创新,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展,制定本法”的可行性。

上述论证过程不仅有助于为时下《反垄断法》立法目的条款修订提供充实的学理支撑,而且对反垄断法研究具有重要的启发意义。一方面,经济学研究为反垄断法研究提供了重要的知识基础和方法参考。在尊重经济规律的基础上完善反垄断立法,是提升反垄断规范科学性的重要保障之一。因此,不能止于借鉴分析范畴,应经过全面理解、慎重选择之后,方将某些研究作为立论根据,避免望文生义。另一方面,法律概念间的逻辑关系、价值关系决定了法律规范的形式表述,是构成完整法律规范体系的粘合剂。^①符合逻辑规则、摆正价值位序,法律规范的质量才能提高,法律实施才可能得其所期。长期以来,立法论研究重规范而轻价值,重规则而轻宗旨和原则,重要的宏观理念和战略定位未能真正融入法律规

^① 张继成:《逻辑规则何以能够作为立法质量的评价标准——法律与逻辑的内在关系》,载《社会科学论坛》2020年第6期,第117-128页。

范之中。由此可见，无论是本文对反垄断法立法目的条款的关注，还是既往那些致力于构建税收立法目的条款、完善证券立法目的条款，无疑都在昭示和呼吁着立法论研究应当认真对待立法目的条款。

经济法视阈下证券代表人诉讼制度研究

卢俊成*

内容提要 经济法典化的完善，离不开各个领域诉讼制度的推进。2020 年 3 月新证券法确立了具有中国特色的代表人诉讼制度。该制度的建成不仅为解决证券集体纠纷诉讼开辟了新路径，也为经济法的完备提供强有力的支撑，在保护投资者的利益同时对于规范证券市场行为、促进证券市场健康发展也起到举重若轻的作用。但是，证券代表人诉讼的内在逻辑关系、投资者保护机构诉讼地位、诉讼费用承担等相关方面问题尚未作出明确规定。本文将从证券特别代表人诉讼第一案“康美药业案”出发，浅析现存集体诉讼制度的不足，借鉴其他地区相关立法与实践，进而完善经济法领域的诉讼制度。

关键词 经济法 证券法 代表人诉讼 投资者保护机构

一、引言

以经济法体系化的发展来看，法典化可以通过最高形式来构建经济法结构，更好的满足社会主义市场经济的发展需要，促进政府和市场的边界清晰化。就我国新证券法修改至今，证券代表人诉讼制度逐渐完善，明确了普通代表人诉讼与特别代表人诉讼制度，但其发展过程中仍有许多问题需要克服。本文将从经济法之证券领域探究代表人诉讼制度的演进与完善。

从实践状况来说，广州市中级人民法院（以下简称广州中院）在 2021 年 11 月 12 日对于中证中小投资者服务中心有限责任公司（以下简称投服中心）代表人物投资者诉康美药业股份有限公司（以下简称康美药业）、广东正中珠江会计师事务所、马兴田等证券虚假陈述责任纠纷一案作出一审判决，康美药业案原告共计 55326 名，除去损失金额在扣除系统风险后为 0 或者负数的 3289 名投资者后，共计 52037 名投资者产生损失 24.59 亿元，投服中心代表投资者共获赔约 24.59 亿元。^①康美药业证券纠纷案按照《规定》第 95 条第三款，首次启动了特别代表人诉讼程序，投服中心受五十名以上投资者委托，作为特别诉讼的代表人，按照“明示退出”、“默示加入”为原则使判决效力只及于参加登记的原告，就未参加登记的权利人在诉讼期间提起诉讼也适用该生效判决。该案是新证券法与《规定》实施以来，首件特别代表人诉讼案件，亦是首件法院审理原告人数最多、赔偿数额最高的上市公司虚假陈述民事赔偿案件，此案判决的作出不仅体现了具

* 中共湖南省委党校硕士研究生。

① （2020）粤 01 民初 2171 号。

有中国特色的代表人诉讼制度已经建成,且现存制度已能够为我国司法实践提供强有力的法律指导,在保护投资者的利益同时对规范上市公司行为以及证券市场健康发展均具有深远意义。但是,该制度正处于初期发展阶段,仍然存在诸多不足与完善的空间。因此笔者将从康美药业案判决出发,首先浅析我国证券代表人诉讼制度的现状、创新与不足之处;其次重点探讨本案涉及的普通代表人诉讼制度与特别代表人诉讼制度关系、投资者保护机构在证券代表人制度中职责与地位以及诉讼费用承担等相关问题,最后为完善我国证券诉讼制度提出个人的浅显看法与建议。

二、我国证券代表人诉讼制度的发展

(一) 从证券代表人诉讼制度的缺失到“示范诉讼”

自改革开放以来,我国现代证券资本市场的建立与发展极大的促进了我国市场经济繁荣,但同时也出现的诸多问题,例如频频出现上市公司财务报表造假、虚假陈述等现象导致众多投资者利益蒙受损失,因证券代表人诉讼制度在立法上的缺失,导致投资者们维权陷入困境,与上市公司的诉讼纠纷也始终难以得到妥善处置。

虽然早在 1991 年我国《民事诉讼法》53 条、54 条规定了代表人诉讼制度,但该制度适用对象是熟人社会所发生的小规模群体性纠纷,人数众多一方当事人之间较容易形成信任关系,因此,其对促进陌生投资者之间形成诉讼行为合意助力颇为有限。^① 2001 年 9 月 21 日最高人民法院出台《关于涉证券民事赔偿案件暂不予受理的通知》明确规定证券纠纷暂不予受理。次年 1 月出台《关于受理证券市场因虚假陈述引发的民事侵权纠纷案件有关问题的通知》中规定了证券纠纷不适用集团诉讼形式。2003 年最高人民法院出台《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》,首次规定了虚假陈述案件的证券代表人诉讼,但模式仅限于“确定的代表人诉讼”。至此证券虚假陈述案件的代表人诉讼制度初见雏形,在一定程度上维护了投资者的利益。但是该司法解释并未规定“人数不确定的代表诉讼”模式,因此在司法实践中众多投资者仍然选择单独诉讼,集体诉讼模式在司法上的适用少之甚少。

直至 2019 年上海金融法院颁布《关于证券纠纷示范判决机制的规定》,引进了示范诉讼机制。证券示范判决机制是指法院在处理因证券市场虚假陈述、内幕交易、操纵市场等行为引发的民事群体性纠纷时,选取具有共同的事实争点和法律争点的代表性案件作为示范案件先行审理。在审理中重点围绕与平行案件共同的普遍问题展开,然后先行作出判决。在判决生效后,通过示范判决所确立的事

^① 王亚新,陈杭平,刘君博.中国民事诉讼法重点讲义(第二版),第 186 页。

实认定和法律适用标准，引导其余平行案件以调解、和解或者简化审理的方式化解纠纷。^①

我国示范判决机制建立为解决证券领域群体性纠纷开辟了一条新道路，不仅有利于降低诉讼成本从而更好的保护投资者利益，而且有助于法院统一法律适用、提高审判效率、节约司法资源。然而，示范诉讼司法实践的生成固然回应了平稳化解证券群体纠纷的现实需求，但其适用范围有限、代理成本高，无法完全实现代表人诉讼等群体性诉讼程序的制度功能。^②

（二）证券纠纷代表人制度建立与实践

2020 年 3 月新证券法正式实施，其中 95 条明确了证券代表人诉讼的两种模式：一是人数确定的和“明示加入”人数不确定的普通代表人诉讼制度；二是“明示退出、默示加入”为原则的人数不确定特殊代表人诉讼制度，该制度彰显了中国特色，亦被称为“中国版的证券集体诉讼”。同年 7 月，最高人民法院出台《规定》具体细化了适用普通代表人诉讼与特殊代表人诉讼规则，其中第 5 条、第 6 条详细规定在普通代表人诉讼模式下，人数确定的代表人诉讼需要满足三个条件：（1）原告一方人数 10 人以上，起诉符合民事诉讼法第一百九十一条规定和共同诉讼条件（2）起诉书确定 2 至 5 名拟任代表人且符合本规定第 12 条规定的代表人条件（3）；原告提交有关行政处罚决定、刑事裁判文书、被告自认材料、证券交易所和国务院批准的其他全国性证券交易场所等给予的纪律处分或者采取的自律管理措施等证明证券侵权事实的初步证据。人数不确定的代表人诉讼，根据《规定》第 6 条：对起诉时当事人人数尚未确定的代表人诉讼，在发出权利登记公告前，人民法院可以通过阅卷、调查、询问和听证等方式对被诉证券侵权行为的性质、侵权事实等进行审查，并在受理后 30 日内以裁定的方式确定具有相同诉讼请求的权利人范围。《规定》也明确启动特别代表人诉讼首先需要满足普通代表人诉讼适用条件，其次在法院发布公告期间 30 日内，投保机构受 50 名以上权利人的特别授权可以作为代表人参加诉讼，最后在公告期间届满后由法院决定从普通代表人诉讼转为特别代表人诉讼。投资者们按照“明示退出、默示加入”规则参与诉讼，对于未明确声明退出特别代表人诉讼的投资者们，法院最终作出的判决或者裁定对其产生效力。

2021 年康美药业证券虚假陈述责任纠纷案首次启动特别代表人诉讼程序。投服中心作为法律规定的投资者保护机构之一，在接受了 56 名投资者的特别授权后，向广州中院申请由普通代表人诉讼转换为特别代表人诉讼。2021 年 4 月 16 日，广州中院发布《特别代表人诉讼权利登记公告》，明确本案的权利人范围，

^① 林晓，单素华，黄佩蕾.《上海金融法院证券纠纷示范判决机制的构建》，《人民司法（应用）》2019 年第 22 期，第 46 页。

^② 叶林，王湘淳.《我国证券示范判决机制的生成路径》[J].扬州大学学报（人文社会科学版），2020（2）.

并按照“明示退出”规则通知相关权利人应在公告期满后 15 日内书面声明退出此特别代表人诉讼,否则视为同意参加诉讼。康美药业案作为新证券法与《规定》实施以来首件特别代表人诉讼案件,体现了具有中国特色的代表人诉讼制度已经从理论走向实践,并对司法实践具有十分重要的引领作用。

三、中国特色证券代表人诉讼制度的创新与不足

(一) 中国特色证券代表人诉讼之创新

证券法律以及相关制度的完善是促进我国证券行业发展重要前提。此次新证券法与《规定》中的创新性规定不仅有利于提升证券理论研究深度,而且司法实践提供强有力的指导,符合我国证券行业发展现状,为我国证券行业健康发展起到了保驾护航的作用。新证券法与《规定》创新性规定颇多,鲜明了体现中国特色,被誉为中国特色的证券集体诉讼制度。笔者将从特代表人诉讼制度的建立及相关特殊规则与投资者保护机构地位及功能两个角度浅析创新之处。

1. 特别代表人诉讼制度及其特殊规则

新证券法与《规定》规定的特别代表人诉讼制度是中国独有的一种证券集团诉讼模式,虽然该制度借鉴了美国集团诉讼中“明示退出、默示加入”原则,但是区别于美国以律师为主导集团诉讼模式,中国式集团诉讼是由具有公益性质的投资者保护机构在受 50 名以上投资者的特别授权后作为代表人参加诉讼。若有投资者不愿参加特别代表人诉讼的应当向人民法院明确声明退出,未声明退出的,视为同意参加代表人诉讼,法院最终的判决、裁定将对全体参与者生效。改规则可以有效地克服单个投资者主动以司法手段维权动力不足的问题,让默示加入的中小投资者无需采取任何行动便可以坐享集体诉讼的成果。这样即便单个投资者获赔数额较小,但是由于默示加入投资者数量众多,被告所要承担的总体数额也将非常巨大,从而足以起到威慑被告的作用。^①康美药业一案中投服中心代表 5 万多名投资者参与诉讼,一审法院判决被告赔偿数额高达 24 亿元,这是历史上原告人数最多、赔偿数额最高的案件,该判决作出不仅仅对康美药业具有极大威慑作用,对中国的所有上市公司都有一个深刻的警示作用。另外,相较于普通代表人诉讼而言,特别代表人诉讼制度在诉讼成本负担上也具有一个显著优势。根据《规定》第 38 条,特别代表人诉讼案件不预交案件受理费,申请财产保全的也不要求提供担保。康美药业案件的受理费约为 1233.64 万元,无需缴纳

^① 陈洁.《投服中心公益股东权的配置及制度架构》,《投资者》创刊号(2018 年 1 月)。

案件受理费，极大的减轻了投资者的维权成本，也更好地发挥了投资者保护机构的专业优势。^①

2. 投资者保护机构地位及其功能

中国的投资者保护机构是指中证中小投资者服务中心有限公司（投服中心）以及中国证券投资者保护基金有限责任公司（以下简称投保基金）。虽然根据《规定》第 37 条规定，针对同意代表人诉讼，原则上应当由一个投资者保护机构作为代表人参加诉讼。两个以上的投资者保护机构分别受 50 名以上投资者委托，且均决定作为代表人参加诉讼的，应当协商处理；协商不成的，由人民法院指定其中一个代表人参加诉讼。但是由于投服中心自成立以来立足于投资者维权支持诉讼、持股行权、纠纷调解等方面开展工作，在示范引领中小投资者维权领域具有坚实的基础，因此现阶段主要肩负具体参加代表人诉讼职责的投保机构是投服中心。投保基金将主要负责数据分析、损失计算、协助分配等工作，与投服中心形成互补，共同配合做好落实参与特别诉讼代表人诉讼的工作。^②并且投服中心与投保基金都属于公益性质的机构，因此在特别代表人诉讼制度中采取明示加入、默示退出规则且将提起集体诉讼权利交给具有高度专业性的公益机构不仅有利于减轻投资者诉讼压力、提高证券纠纷解决的专业性，而且可以防止其他主体恶意提起诉讼损害上市公司利益。

（二）中国特色证券代表人诉讼之不足

1. 普通代表人诉讼与特别代表人诉讼关系不明

现行证券法及相关法律法规尚未对普通代表人诉讼与特别代表人诉讼在司法适用关系上进行明确规定。仅仅在《规定》中表明启动普通代表人诉讼程序后，经法院同意，投资者保护中心在接受 50 名以上投资者的特别授权后可以作为代表人参与诉讼，从而案件转向特别代表人诉讼程序。但是需要注意的是案件一旦从普通代表人诉讼转为特别代表人诉讼程序后，后续的事务将全面交给具有公益性质的投保机构进行管理。前面提请的普通代表人诉讼阶段的律师就不能加入特别代表人诉讼，那么前期接入的律师该怎么安排、费用由谁负担将是个棘手的问题^③。与此同时，根据《规定》可知，普通代表人诉讼需要预交案件受理费，采取财产保全措施的也需要提供担保，而特别代表人诉讼享有无需预交案件受理费、采取财产保全措施的也无需提供担保等优惠待遇。因此在处理证券集体纠纷案件中，投资者们必然倾向于选择启动特别代表人诉讼，而这将会产生普通代表

^① 蔡硕，郭爽《JT&N 观点 | 中国版证券集团诉讼开启：从康美药业案看证券纠纷特别代表人诉讼制度》，载金城同达网。

^② 吕红兵，朱奕奕，《特析特别代表人诉讼》，《中国证券报》2020 年 8 月 2 日

^③ 陈洁，《证券纠纷代表人诉讼制度的立法理念与制度创新》，《人民司法（应用）》2020 年第 28 期，第 51 页。

人诉讼中投资者及其代理人的实体和程序被忽视的风险。^①因而，厘清普通代表人诉讼与特殊代表人诉讼在司法适用上的关系，对于投资者权益的保护以及我国集体诉讼制度的健康发展十分具有必要性。

2. 投资者保护机构地位模糊

按照新证券法对“投资者保护机构”的诉讼地位的界定，投资者保护机构在证券群体诉讼中至少“扮演”了四种看似相互冲突的程序主体角色：除了可以作为特别代表人诉讼的适格原告，投资者保护机构还可以以调解人身份调解投资者与发行人、证券公司之间纠纷，此外，在目前证券纠纷群体诉讼的司法实践中，投资者保护机构还会以代理人、鉴定人等身份参与诉讼活动。^②投资者保护机构身份的多重性必然会导致冲突，为了更好地发挥投资者保护机构在证券集体诉讼中的作用，有必要界定投资者保护机构在普通代表人诉讼与特殊代表人诉讼中的权责。

3. 诉讼费用承担主体不明

证券群体纠纷案件的受理费用往往数额巨大，以康美药业案为例，案件受理费高达 1200 万多元。虽然根据《规定》，启动特别代表人诉讼程序不预交案件受理费且结案后按照诉讼标的额由败诉方交纳，但是若是投资者保护机构败诉呢，该费用将由谁来承担？特别代表人诉讼制度具有一定程度的公益性，若败诉后案件受理费直接由投资者承担很显然与该制度精神相违背，若是让投资者保护机构承担这必然会影响投资者保护机构的参与特别代表人诉讼程序的积极性。因此，明确诉讼费用承担的主体，对完善特别代表人诉讼制度、发挥特别代表人诉讼程序作用具有重要意义。

四、我国证券代表人诉讼制度的完善建议

（一）明确普通代表人诉讼为特别代表人诉讼前置程序

我国特别代表人诉讼制度具有鲜明的公益性，由专业的投资者保护机构作为代表人参与诉讼，该制度虽然可以有效防止诉讼权利滥用，但因其诉讼主体的激励不足、独立性不足、诉讼能力不足，往往很难应对数量巨大的证券群体诉讼案件^③此外，根据前文所述，一旦随意启动特殊代表人诉讼程序，普通代表人诉讼将难以发挥优势且面临制度架空的风险。为了更好地平稳解决证券群体纠纷，发挥各纠纷解决机制的作用，笔者建议首先明确普通代表人诉讼程序的优先性，根

^① 刘君博.《‘双轨制’证券纠纷代表人事诉讼的阶段化重构》，《西南民族大学学报》（人文社会科学学版）2021 年第 11 期，第 80 页。

^② 刘君博.《‘双轨制’证券纠纷代表人事诉讼的阶段化重构》，《西南民族大学学报》（人文社会科学学版）2021 年第 11 期，第 85 页。

^③ 吕成龙.《投保机构在证券民事诉讼中的角色定位》[J].北方法学，2017（6）.

据新证券法 95 条第 3 款使用的是“参加”而非“提起”，即特别代表人诉讼与普通代表人诉讼在逻辑上存在着一种递进关系。^①因此，只有在普通代表人诉讼程序难以发挥其制度价值情况下，再启动特别代表人程序。其次，建议在《规定》中对普通代表人诉讼制度也给予优惠待遇，例如针对全国性重大证券群体纠纷案件启动普通代表人诉讼的，经法院同意，可以不预交案件受理费、财产保全的不要求提供担保。如此一来，不仅有利于减轻投资者诉讼负担，也有利于激励律师积极参与证券群体纠纷案件、维护投资者利益。

（二）明确投资者保护机构权责

当前我国证券集体诉讼制度中投资者保护机构身份具有多重性。投资者保护机构不仅可能因为其担任的多种程序主体角色而面临利益冲突问题，还可能因为在特别代表人诉讼中“垄断”地位而引发权力寻租的风险^②。在现有中国集团诉讼制度中，投资者保护机构主要是指投服中心，投服中心先既可以作为调解人调解投资者、上市公司、证券公司等主体之间的纠纷，又可以在特别代表人诉讼中作为代表人参与诉讼，但两者身份具有冲突性，因此为了避免出现利益冲突，笔者建议，一旦投服中心参与调解，那么启动特别代表人诉讼时应当谨慎考虑其作为代表人参与诉讼。此外，为了解决该问题，建议明确增加投保基金作为特别代表人诉讼中的代表人，在投服中心机构出现角色冲突或者其工作人员实施违法行为损害投资者利益以及出现其他难以发挥其作用的情况下，法院可以决定由投保基金作为特别代表人诉讼程序中代表人。

（三）诉讼费用承担

证券群体纠纷案件涉及的诉讼费用数额往往巨大，因此明确诉讼费用承担问题对于完善我国特别代表人制度具有重要意义。根据现行法律以及司法解释，我们仅能得出启动特别代表人诉讼程序的，无需预先缴纳案件受理费，诉讼费用最终由败诉方承担。败诉方若为发行人或者证券公司等主体，案件费用承担主体毫无争议，但若是投资者保护机构败诉的，案件费用承担主体的存在不明且确定承担的主体关系到特别代表诉讼制度完善。因此，笔者建议可以借鉴我国台湾地区的做法，即投资者保护机构设立自己的保护基金，并用于支付产生的诉讼费用，若胜诉则可以从所得赔偿中抵扣，^③败诉的则用基金进行支付案件受理费。

五、结语

中国证券群体纠纷经历了从 20 世纪初的不予受理到 2019 年示范判决机制的

① 林文学.《〈关于证券代表人诉讼若干问题的规定〉的理解与适用》，《人民司法（应用）》2020 年第 28 期。

② 程合红.《〈证券法〉修订要义》[M].北京:人民出版社, 2020, 第 206 页。

③ 何海锋,庄欣欣.中国特色证券民事诉讼制度的填空与留白——评《上海金融法院关于证券纠纷代表人诉讼机制的规定(试行)》[J].投资者,2020(03):23-32.

建立再到 2020 年新证券法与《规定》中确定的集团诉讼制度，其中特别代表人诉讼制度又被称为具有中国特色证券集团纠纷诉讼制度，该制度的建立不仅有利于我国司法机关平稳解决证券群体纠纷，也为世界证券群体纠纷案件的处理提供中国方案。本次康美药业案首次启动特别代表人诉讼程序，该案判决的作出更是体现了具有中国特色的证券集团诉讼制度已从理论走向实践，并为司法实践起到了保驾护航的作用。但是，中国的证券集团诉讼制度仍然处于初步发展阶段，相关制度与规定仍不完善，诸多事项没有做出明确的规定，如普通代表诉讼与特别代表诉讼制度的关系、投资者保护机构的证券集团诉讼中的角色以及投资者保护机构败诉后诉讼费用承担主体等。因此，我们应当坚持问题导向与目标导向相统一，不断完善相关立法及规定，为解决证券群体纠纷提供有力的制度保障，在维护投资者利益的同时，促进我国证券市场健康发展，这也是我国经济法法典化完善的目标之一。

数据权利立法的经济法路径探析

王刚*

内容提要 随着数字经济等新领域新业态的发展,数据成为与土地、劳动力、资本和技术并列为五大市场要素,同时也是网络经营者竞相争夺的基础性资源。与此同时,数据资源的不断丰富使得个体之间的差异特征日益凸显,经济法传统的治理模式难以对数据权利给予全面保护,反不正当竞争法、消费者权益保护法、反垄断法在数据权利的保护上均存在不足,本文基于此提出数据权利保护模式的经济法对策。

关键词 数字经济 数据权利 经济法 权利保护

一、数据权利的概念界定

在法律层面,数据是指任何电子或其他信息记录。在信息技术层面上,数据是一种由无形要素组成的具有独立性和多样性的数字记录,由非物质形态的比特构成。比特是一种数字化的存在形式,主要存在于事实和活动中。这一媒介特性意味着,数据不再依附于物质载体,其载体是符号,通过相应的数字化系统工具呈现,能够更加直观识别人的思维和认知。在经济领域,数据是数字经济的关键要素和核心资源,数据的流动和共享创造了新的商业生态和价值网。数据的广泛应用对公共行政、社会发展、企业层面决策和个人生活都有重要影响。

数据权利则是指数据开发者对基于合法数据行为产生的数据所享有的具有一系列权利束的财产性利益。无论是科斯的产权理论还是马克思主义产权理论,都明确表示产权包含所有权、支配权和处置权等权利。数据权利的建立是以权利关系为基础的,相关主体通过向权利人授予财产权利而产生的利益、损害和赔偿的规则,除了有关数据权利义务的规定,还包括关于更广泛地参与市场活动所产生的行为关系的规定。数据权利的主要特征如下:第一,以信息为内容。信息和数据互为内容与形式的关系,信息是数据的内在要素的总和,数据是信息的外在表现形式,在大数据时代,不存在无信息的数据,也没有无数据的信息,信息决定数据,数据服从信息,并随信息的变化而发展变化,因此对数据权利探究不能将数据和信息从客观上分离而加以抽象解构。^①作为通过数字化形式储存、传输、处理的信息,信息与数据具有很多共生之处,一旦控制数据就意味着操纵了相关信息,在这个意义上数据和信息具有天然的伴生性和同一性。^②第二,具有经济

* 王刚, 武汉理工大学法学社会学院硕士研究生。

① 程啸.论大数据时代的个人数据权利[J].中国社会科学,2018(03):102-122+207-208.

② 梅夏英.数据的法律属性及其民法定位[J].中国社会科学,2016(09):164-183+209.

利益属性。数据权利中“数据”并不是单纯自然存在的无序数据，而是经过某种投入而获得的具有特定效能的数据。即数据权利的主要价值在于其具有物质利益。第三，专属于特定主体。作为一种新型财产，数据由于其无体性不能像有体物一样使用财产归属的传统规则，但是作为具有经济利益的物，数据在法律属性上必然和其他类型的物一样具有排他性和可支配性，即权利人可以对数据排他的占有、使用、支配。^①第四，具有生产要素价值。生产要素是指物质生产经营活动所必不可少的基本因素，大数据和互联网时代，作为生产要素的数据不仅仅是数字经济的核心要素，而且改变了传统产业的生产理念和生产经营模式。

二、数据权利的经济法保护及其不足

（一）反不正当竞争法保护及其不足

当前司法裁判往往扩大了《反不正当竞争法》第 2 条的一般性条款的适用范围。往往将非法获取、入侵、使用企业数据的行为定性为抽象的反不正当竞争行为，进而采取上述一般性条款对享有数据的企业进行法律救助。企业对其掌握的数据有什么权利，法院判决中没有明确的答案。法院判决一般承认企业对其掌握的具有合法来源的数据存在资金、人力成本的注入，从而支持数据控制企业禁止他人复制和重新发布其数据的诉讼请求。这种并非直接承认企业对数据享有产权的判决通过默示推定的方式承认了企业对其衍生数据享有一种不同于所有权的新财产权。在一定程度上也对数据财产也起到了一定的保护作用，但是一般性条款的兜底性决定了其并不是立法上的最优选择，其含义往往需要法官通过自由裁量的方式来加以明确，而这种非立法直接规定的法官造法的方式在某种程度上对司法的可预期性造成了较大的冲击。^②不同于直接保护，一般性条款对于数据权利通常是通过排除他人支配性的间接保护方式，并不能为权利人提供普适且周全的保护效果。

（二）消费者权益保护法及其不足

《消费者权益保护法》第十四条、二十九条、五十条对消费者个人信息保护作出了规定，例如在第十四条中规定了消费者享有个人信息得到保护的权力；二十九条规定了经营者收集使用消费者信息应当遵循合法、必要、正当原则，对收集的信息应当严格保密以及发生信息泄露时应当立刻采取必要措施等；第五十条规定侵害消费者个人信息的赔偿制度以及赔偿方式等具体内容。但是《消费者权益保护法》本身规定不够明确具体，由于没有明确消费者个人信息概念，其后

^① 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典理解与适用》，人民法院出版社 2020 年版，第 655 页。

^② 许可：数据保护的三重进路——评新浪微博诉脉脉不正当竞争案[J].上海大学学报(社会科学版),2017,34(06):15-27.

续为消费者个人信息保护设计的一系列制度可能会成为“空中楼阁”，对于司法实践而言，难以找到法律依据来认定消费者个人信息。对于消费者个人信息的权利内容规定欠缺，导致消费者难以搜寻请求权基础，非常不利于对其进行保护。有关行政机关针对侵害消费者个人信息案件具有处罚权，但是在具体的职能划分与监管措施上没做详细的规定。经营者所提供的隐私政策冗长、晦涩，对于消费者来说几乎形同虚设。^①在司法实践中，很多侵害消费者个人信息的案件被当作侵犯个人信息权案件处理，但是，消费者个人信息的保护范围与个人信息存在差异，依靠民法对其发挥主要的保护作用远远不够的。《消费者权益保护法》作为保护消费者权益的特殊法，在司法实践中没能与其他部门法做到完美衔接。

（三）反垄断法保护及其不足

《反垄断法》第十七条中列举了多种违法的类型。包括不公平的销售价格、拒绝交易、贸易限制、掠夺性定价、垄断定价、约束性交易和差别待遇。但随着大数据的快速发展，数据市场呈现多元化趋势，出现了多种不同于传统滥用的侵权行为。虽然在实践中并不存在数据爬取引起的反垄断纠纷，但数据作为数字经济中的一种新型竞争，不可避免地面临着竞争法下的反垄断侵权问题。例如，美国 Hiq 诉 LinkedIn 案。可以预期，在数字经济时代，随着数据作为创新要素的重要性越来越大，关于数据竞争的纠纷将会出现。拥有市场支配地位的用户或管理者可能滥用其市场支配地位，限制数据的访问、移动或使用。在直接适用中国现行监管框架的情况下，许多不能被定性为传统滥用但具有反垄断性质的数据市场行为不能受到法律的限制。因此，为了提高反垄断法的适用性，有必要针对数字经济运行的特点，基于数据爬取行为的法理解析，对现有的反垄断法分析方法进行优化。

三、数据权利的经济法保护路径构建

（一）明晰数据的权利要素

数据权利和义务是表征关系和状态的范畴，是法学体系中最基本的范畴，因此明晰数据的权利要素是解决数据权利义务的必要前提。数据的权利要素应当包括数据的权利主体、权利客体。

就数据的权利主体而言，数据产权的权利人可以是自然人、法人或者其他组织。即除了自然人、法人之外，国家作为特殊的主体也能对数据享有所有权。在私法领域，大数据的权利主体主要是个人和经营者。科斯定理要求构建降低交易成本的法律制度，经济学理论认为满足效益最大化的方式需要信息和资源控制

^① 金耀. 消费者个人信息保护规则之检讨与重塑——以隐私控制理论为基础[J]. 浙江社会科学, 2017(11): 65.

权能以最低的成本结合。从降低交易成本的角度来看,对数据权利而言,当数据转化而被经营者占有后,个人丧失了对数据的实际控制,数据经营者对个人数据的占有更符合先占原则,支持经营者占有数据产权更为合理。在不同生命周期,数据产权的产权主体可以发生变化。在数据的产生阶段,产生数据者对产生的数据享有所有权。在数据整理阶段,企业根据需要对数据进行整理、加工,此时其依赖于数据上一阶段的所有者或者使用者将数据的所有、占有、使用、收益的权属让予、过渡。在数据分析、销毁阶段,同样需要得到上一阶段的数据产权主体的权利让渡,才能够进行对数据的信息进行分析销毁。因此,从数据产生到数据销毁,不同的阶段数据权属的主体是不一致的,需要分类分级予以辨别。

关于数据的权利客体,将权利的客体分为个人数据、企业数据、政务数据。而推导出相应的权利以及权利内容,分别为知情权、控制权、选择权、查阅权。^①知情权主要包括数据权利人对数据采集者、使用者信息、数据使用目的、数据流转等方面有知晓的权利;控制权是指对数据的许可和授权,决定许可和授权的范围大小、用途,控制使用者将数据与第三方市场主体进行交易、流通;选择权是指数据权利人对数据的提供对象、使用范围、权利限制可以进行一定的自主选择;查阅权,是指对放置于数据收集者和使用者处的数据可以进行查阅,并有权要求他们对数据进行安全监管。

(二) 明确数据的权利归属

明确数据的权利属性是保障数据交易安全的必要前提。数据权属认知不清或者存在分歧往往会导致交易纠纷,甚至会混淆数据交易合法与非法的界限。《网络安全法》“维护国家网络安全主权”、“维护网络空间主权原则”,明确了国家对网络安全数据的主权,确定了对网络数据的保护采取属地主义原则。《数据安全法》第 2 条规定:在中华人民共和国境外开展数据处理活动,损害中华人民共和国国家安全、公共利益或者公民、组织合法权益的,依法追究法律责任。民法典第 127 条规定:法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。以上规定明确了数据产权的属地原则和保护效力。但是就数据的权利归属而言并没有做出明确的界定,因此要确定数据的权利归属,首先应当对数据进行相应的分类。数据大致可以分为个人信息数据、企业数据、政务数据。

1. 个人信息数据

个人信息是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人的各种信息,包括自然人的姓名、出生日期、身份证件号码、生物识别信息、住址、电话号码、电子邮箱、健康信息、行踪信息等。目前,我国《民法典》《个人信息保护法》均明确法律保护自然人的个人信息,任何组织机构个

^① 魏鲁彬.国际机制设计研究动态——基于 WOS(2005-2016)数据库的文献分析[J].经济动态,2017(09):148-160.

人非经被收集者同意不得向他人提供其个人信息。与此同时，禁止以窃取或者其他非法方式获取、提供、出售个人信息。由以上规定可知，个人数据财产性权利，并且具有绝对性、可开放性、可交易性。个人数据归属于个人主体的权利归属方式应当是合适的，个人数据归属于个人所有的有利于促进数据的采集和流通。

2. 企业数据

现行的法律对企业正当合法数据产权应当受到保护，但是对如何保护并未进行实质化明确，而是采取交由其他法律另行规定，究其原因，是由于现阶段对企业数据权利界定不明，分类不清造成的。按照数据获取的来源不同，可以将企业数据分为三类，一是企业自身数据；二是企业获取的用户数据；三是企业基于加工、整理获取的衍生数据。关于企业自身数据，法律规定民事法律行为的主体包括自然人、法人和非法人组织，洛克描述了私有财产不可侵犯的原则，认为个人根据其行为所获得的信息和由此产生的数据所有权归其自己。因此，如果参与公共活动的企业或个人明确或可识别的数据可以以隐私、商业秘密或知识产权的形式呈现，则所有权应属于数据产生方即企业自身所有。对于企业在生产经营活动中获取的用户数据，根据民法典的规定，属于用户个人信息或者隐私的数据专属于用户所有，平台企业对此不享有任何权益，而且还负有保护义务。^①对于平台掌握的非用户提供的个人信息，如用户出行产生的轨迹行程图等应当遵循非必要不提供原则。对于企业基于加工整理获得的衍生数据产权，例如用户在短视频平台发布的短视频，企业对其推送、编排等行为。对于此种数据产权，在产权研究思路，法学通常依照财产权的类型和规范来解决纠纷，而经济学则通常采用效率论证方式来确定权利的高低顺位。科斯定理指出产权确定且产权为零或者无限趋近于零时，无论将产权归属谁，市场均衡的结果都是有效率的。^②但是在现实社会中，上述假设前提是不存在的，此时在产权大于零的时候，数据权利的归属在资源优化配置上起了决定性的作用。根据数据所有权理论，需要明确数据所有权属于用户和商业平台。在这种所有权范围内，必须明确界定双方权利的界限。根据数据价值的创造过程，数据价值来自数据背后的行为分析，而不是数据本身。在平台行为数据采集方面，平台在数据分类、处理、存储和管理以及获取附加数据的资格等方面投入了大量人力、物力和财力。在这些数据的共同所有权范围内，用户必须拥有基本数据的所有权，并有权反对使用面向市场的商业个人数据处理平台。

3. 政务数据

根据数据的来源不同，可以将政务数据分为政府数据和社会数据。对于政府数据，因为政府数据往往不具有单一属性，通常涉及公共领域和民众利益，因此

① 张新宝.从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排[J].中国法学,2015(03):38-59.

② 胡攀.从科斯定理看产权市场在优化资源配置方面发挥的作用[J].产权导刊,2019(11):75.

对其权利的归属并不能简单套用司法理念侧重于个体要素配置而是应当侧重于社会公共要素属性上。^①同时政府数据还具有服务于政府行政管理、促进数字经济发展的社会效能,因此,应当将政府数据产权规定为国家所有权,采取法定公开的方式满足社会大众对政府数据的需求,做到个体和国家相平衡。对于社会数据,社会数据的是公共资源的体现,权利主体多元,权利内容广泛,涉及个人利益、企业利益、政府利益、国家安全等多重维度,社会数据的权属应当归属于政府,社会数据应当向政府开放,同时充分发挥市场在资源配置中的决定性作用。以“以有偿为原则,无偿为例外”。如果确因公共利益需要,国家可以征用社会数据以实现社会公共利益的平衡。

(三) 完善数据的交易监管

目前,我国数据交易操作在一体化方面存在问题。业务层面,地方数据交易所监管没有形成统一标准,不利于数据使用方的购买使用。部分地方数据交易所太过强调数据安全性,企业数据安全支出成本极大增加;部分地方数据交易所数据安全相对宽松进而出现法律风险影响数据产权的有效保护。政策层面,如何界定数据资产,各地地方数据交易所缺乏统一的评判、规划、法律支持,导致各地数据确权方面存在较大差异。技术层面,各地地方数据交易所尚未构建统一的技术体系以保证数据跨行业、跨地区应用,导致企业交易数据的成本增加。所以必须植根于本土数据交易特点,创新性的制定具有数据交易监管机制,加强数据交易质量管控,推动数据交易产业快速发展。

(四) 加大数据权利保护的宣传

现阶段我国关于数据权利的相关法律法规较少,保护数据权利的意识也比较薄弱,所以我们需要强化数据权利法治宣传,提高法律认识度。首先,要加强企业保护自身数据权利的意识。在竞争日益激烈的市场中,对于企业尤其是互联网企业,数据对企业的发展具有非常重要的促进作用,数据是其核心竞争力所在,一旦数据安全得不到保障或者数据泄漏,那么将会给企业带来无法估量的严重损失。因此,企业自身需要提高数据安全保护意识,定期开展数据安全保护培训,适时进行数据安全攻防演练。在数据产权受到侵害时,积极寻求法律救助。其次,要加强数据交易平台保护数据产权的意识。数据交易平台针对数据安全和权益保护,对数据进行多地存储、多级防护、人员分权等举措,从机制上保障数据交易平台没有机会复制、留存不应当保存的数据,真正做到去中心功能,做服务型平台。此外,积极为自己的数据申请专利,保护商业秘密,并制定完善的防护和保护机制,防止侵犯数据权利。再次,提高数据买卖双方对数据权利保护的认识。最后,提高公民保护数据产权的意识。公民在使用互联网服务供应商提供的服务

^① 毕颖,叶郁菲.数据产权的治理困境与法治化治理路径[J].网络空间安全,2019,10(08):25-30.

前，必须细阅用户协议、保密协议及其他条款，注意是否有格式条款，一旦遭遇信息泄露或者隐私安全受到威胁，立刻采取法律手段寻求帮助。

四、结论

当前数据产业正在蓬勃发展，构建大数据产权保护制度势在必行。建立数据交换和共享机制对于实现数据的最大价值至关重要。本文主张依法保护数据产权，同时明确数据权利的主体、客体、权利内容的限制，以保护数据权利人的相关利益，实现社会公共利益的平衡。在错综复杂的市场环境下，必须规范数据的合理使用范围和许可限制，促进市场数据的合法性流通，使政府能够在源头上解决数据违法犯罪问题。目前，政府层面已经对数据产权生产要素的属性予以认可。作为理论研究和立法的下一步，重点将放在如何在法律层面实施相关配套制度。