

## 我国《经济法通则》研究的过去、现在与未来

商红明\*

---

**内容提要：**在法典化的时代，面对各部门法的帝国主义及经济法领域内的分离运动和法系冲突难题，经济法的通则化主张再度兴起，其一定程度上可以看作是统一主义的反应。然而，截至目前四次有关《经济法通则》的讨论，依旧存在共识不足、理论准备不充分、立法推进乏力的问题。为此，在回顾过去，传承经济法前辈经济法通则化/法典化理想的同时，我们更应立足当下，把握未来，着重做好以下三个层面的工作：在立法定位方面，可以以《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，则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”。

**关键词：**经济法通则 法典化 法系冲突 经济法总论

---

### 一、基本背景：时代契机与学科危机

#### （一）时代契机

法典化的成功往往都因其恰到好处地契合了时代的机遇。例如，《法国民法典》确立的意思自治、契约神圣等重要内容，就迎合了即将到来的资本主义社会的时代需求；而《德国民法典》通过其高度的体系化则满足了德国统一的正当性建构。而近几年来，我国经济法学界一些学者有关经济法的通则化或者说法典化的呼吁，亦具有强大的时代契机方面的因素。

首先，这种时代契机的影响表现在经济法的通则化或者说法典化很大程度上受到了民法法典化的外部影响。诚如张守文教授所认为的，民法典时代的到来会激发经济法学界对经济法立法统合问题的思考。<sup>[1]</sup>进一步地，有人认为，只有经济法典和民法典并举才能真正做到推动经济社会持续健康发展。<sup>[2]</sup>

---

\* 商红明，南京大学法学院博士研究生。

[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。

[2] 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。

其次,这种时代契机的影响还表现在经济法各部门法通则制定的呼声日益高涨。例如,在税法领域,十多年前施正文教授就呼吁制定税法通则。<sup>〔3〕</sup>又如,在金融法领域,邢会强教授主张中国应尽早制定一部法典化的《金融服务法》。<sup>〔4〕</sup>

再次,这种时代契机还表现在我国宏观调控方面立法施加的紧迫性。自20世纪80年代《计划法》的草拟开始,中间历经《关于制定〈中华人民共和国宏观调控法〉的议案》,再到2014年国家发改委明确指出,应加快推进《发展规划法》的起草、审议工作。<sup>〔5〕</sup>这些年来,作为经济法重要组成部分的宏观调控法的立法研究工作也在不断推进。这些毫无疑问地提高了制定《经济法通则》的紧迫性。

最后,这种时代契机的影响还表现在,经济法的通则化主张亦契合了我国经济立法的阶段性特征转换。即我国经济法立法风格将由确认型转向引领型,而制定《经济法通则》可以说是立法整合的第一步。<sup>〔6〕</sup>

因此,从时代契机的角度看,经济法的通则化或者说法典化,既是外部民法法典化冲击的结果,亦是内部,无论是从微观层面来说的经济法部门法通则制定,还是从中观层面宏观调控立法不断推进的必然结果,当然,其亦符合了我国经济法立法的规律演进。

## (二) 学科危机

### 1. 经济法学会继续被肢解吗?

以法制史的宏观视角看,从古代的诸法合体到现今的部门法分立,法律科学取得了巨大进步。“部门法在西方的分离标志着人类立法技术已经告别了它的漫长的童年时代逐步走向成熟、严谨、科学。”<sup>〔7〕</sup>虽然可以肯定的是,大经济法时代的论战,使民法、经济法相分离具有重要意义,但同时,自那时起中国经济法学的分离运动似乎一直未曾停歇。

起先是社会法的分离。在早期的一些经济法学权威教材中,社会保障法是经济法的重要组成部分。但一些学者主张环境法、劳动法、社会保障法,这些法律部门应纳入社会法的范畴而不属于经济法,<sup>〔8〕</sup>而且,2001年《全国人民代表大会常务委员会工作报告》明确将中国特色社会主义法律体系划分为宪法及宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法七个法律部门。此后,社会法的独立地位不仅是社会法学者的主张,<sup>〔9〕</sup>也得到了经济法学者的承认。如李昌麒教授在文章中就认为,经济法是国家干预经济的基本法律形式,社会法是国家解决社会问题的基本法律形式,二者都是隶属于第三法域的现代法。<sup>〔10〕</sup>

〔3〕 参见施正文:《论税法通则的立法架构》,载《税务研究》2007年第1期。

〔4〕 参见邢会强:《论金融法的法典化》,载《首都师范大学学报》(社会科学版)2016年第1期。

〔5〕 参见袁达松、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33-37页。

〔6〕 参见叶姗:《再议制定经济法通则的必要与可能》,载《人大法律评论》2016年卷第3辑,法律出版社2017年版,第316-317页。

〔7〕 王云霞:《部门法在西方的分离》,载曾宪义主编:《法律文化研究》(第2辑)(2006),中国人民大学出版社2006年版,第396页。

〔8〕 参见刘大洪、吕忠梅:《现代经济法体系的反思与重构》,载《法律科学》1998年第1期。

〔9〕 参见王全兴:《社会法学研究应当吸取经济法学研究的教训》,载《浙江学刊》2004年第1期。

〔10〕 参见李昌麒、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。

与此同时，先前自认从属于社会法的环境法，近些年来也在不断谋求其法典化及独立学科地位。在立法层面，吕忠梅教授建议将环境法典编撰纳入十三届全国人大立法计划。<sup>〔11〕</sup>在学术层面，也有学者认为经过近40年的发展，环境与资源保护法已经初步形成由《环境保护法》为基础，以污染防治法、资源保护法、生态保护法等为主体的相对完整的体系，未来需要进行体系化整合，作为中国特色社会主义法律体系的一个独立法律部门。<sup>〔12〕</sup>

当然，对经济法学最大的冲击也许是财税法学近些年来对经济法的若即若离，甚至可以说是脱离。这个问题之所以重要，是因为其直接冲击了经济法学界对经济法“宏观调控”和“市场规制”二元体系的艰难共识。毕竟财税法之于宏观调控法的地位，犹如竞争法于市场规制法之地位。然而，目前看来，财税法的这种分离运动，短期内似乎会愈演愈烈。财税法学者也坦言，可以大胆预见，随着我国市场经济的不断成熟，经济法可能也会出现一个从“诸法合体”到“诸法分立”的发展趋势，从中剥离出财税法、社会法等独立学科，而经济法也在这一过程中获得活力。<sup>〔13〕</sup>有学者甚至认为，税法在《立法法》中地位显赫，但在我国法律体系中却地位不彰，其原因在于税法的经济法化。因此，实现税法的去经济法化，谋求税法的独立地位，方能实现税法的真正变革。<sup>〔14〕</sup>诸如此种独立论、去经济法化论，不一而足。庆幸的是，已有经济法学者注意到了这一问题。<sup>〔15〕</sup>

## 2. 法系冲突与经济法学的方向难题

如果说经济法学是否会被继续肢解是经济法面临的内部危机，那么大陆法和英美法两大法系的方向选择，则构成了经济法的外部危机。基于民法典时代的大量德国法移植，经济法亦受到了传统大陆法的强烈影响。一方面，曾经被视为经济法中劳动社会保障法重要组成部分的劳动法，现今已有学者主张将之纳入民法体系。有学者认为，民法是私法的一般法，劳动法应是私法的特别法。<sup>〔16〕</sup>另一方面，财税法学界，尤其是税法学界，也经由我国台湾地区采用了德国法上的“税收之债”的概念，据此认为，我国亦当采用“税收之债”概念，进而实现税法理论研究转型。<sup>〔17〕</sup>甚至有学者预言，新税收征管法对债法制度的引入预示着税收债务关系说时代的来临。<sup>〔18〕</sup>

然而，随着美国法的全球化及巨大影响，<sup>〔19〕</sup>美国法中的规制理论，尤其是诸如布雷耶《规制及其改革》、桑斯坦《权利革命之后：重塑规制国》等规制法著作的大量引入，对中国经济法学，尤其是市场规制法的研究产生了重大影响，一定程度上，规制法成为经济法学研究中的热词和显学，并产生了诸多极具开创性和分量的成果。论文如应飞虎教授发表于《中国社会科学》上的《公共规制中的信息工具》（2010年第4期），著作如宋亚辉教授的《社会性规制的路径选择：行政规制、司法控制抑或合作规制》（法律出版社2017年版）、段礼乐博士的《市场规制工具研

〔11〕 参见吕忠梅：《将环境法典编撰纳入十三届全国人大立法计划》，载《前进论坛》2017年第4期。

〔12〕 参见李艳芳：《论生态文明建设与环境法的独立部门法地位》，载《清华法学》2018年第5期。

〔13〕 参见刘剑文、陈立诚：《财税法总论论纲》，载《当代法学》2015年第3期。

〔14〕 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。

〔15〕 参见姚海放：《财税法学需要“走出宏观调控误区”吗？》，载《经济法学评论》2017年第2期。

〔16〕 参见沈建峰：《劳动法作为特别私法——〈民法典〉制定背景下的劳动法定位》，载《中外法学》2017年第6期。

〔17〕 参见刘剑文：《“税收之债”：改变我国税法理论研究》，载《中国税务报》2004年7月23日。

〔18〕 参见叶金育：《债法植入税法与税收债法的反思：基于比例原则的视角》，载《法学论坛》2013年第3期。

〔19〕 参见高鸿钧：《美国法全球化：典型例证与法理反思》，载《中国法学》2011年第1期。

究》(清华大学出版社2018年版),等等。这些规制法成果的集中涌现,在一定程度上似乎预示着中国经济法学中规制法的兴起。然而问题在于,在经济法的宏观调控和市场规制两大基础性组成部分中,一方面,宏观调控法中的主体部分财税法侧重于以德国法为学习借鉴方向,另一方面,在市场规制法领域,我们又似乎以美国规制法为蓝本。那么,经济法的整体方向是德国化还是美国化?抑或其他?

### 3. 统一主义的艰难努力与初步成效

十多年前,应飞虎教授在分析经济法的非传统性时就曾呼吁:从市场经济与经济法的实践中去探寻经济法特有的“问题与主义”,<sup>[20]</sup>力求做到主义和问题研究的统一。然而十多年过去了,经济法中的研究变成了更多的关注问题,而主义不能说是没有了,但的确是大规模减少了,这一点至少从法学核心期刊发文的初步观察中就不难感受到。<sup>[21]</sup>问题与主义的分离,或者说总论和分论的分离,是经济法中存在着几十年的老大难问题。这一问题的出现,除了经济法的现代性、非传统性等诸多因素外,也一定程度上与经济法学界对经济法研究采取的不同路径有关。初步看来,对“主义”关注较多的大多是采用建构主义的,其突出成果以张守文教授对经济法学的重构为代表;<sup>[22]</sup>而对具体问题关注较多的大多是偏向于演进主义的,比如李友根教授基于司法判例的研读,而对“经营者”“经营者公平竞争权”等经济法基本概念的提取。<sup>[23]</sup>当然,无论是从上至下的建构主义路径,还是由下至上的演进主义路径,二者都同属于统一主义的立场,虽然它们都尚在途中,但均可视为统一主义的艰难努力。当然,除了“总论分论”视角的统一成果之外,还有可以看成是对经济法学部门法学科分离运动反击的统一主义的直接成果。<sup>[24]</sup>

## 二、历史回顾:草拟情况与成果评估

### (一)《经济法通则》草拟的历史情况

从20世纪60年代的《经济法(草案)》到2018年程信和教授洋洋洒洒300条的《经济法通则(学者建议稿)》,《经济法通则》在过去半个世纪中经历了以下四次草拟阶段。

第一次草拟,最早可能是1963年3月中国人民大学民法教研室起草的《中华人民共和国经济法(草案)》,全文共两章70条。这是一部深受苏联法影响的经济法草案。

第二次草拟,发生在1986年的中国经济法学术研讨会上,由杨紫烜、李昌麒等专家领头正式形成了“中华人民共和国经济法纲要(起草大纲)的征求意见稿”。同年,经济法学会的17名教授提出要求将《经济法纲要》和《民法通则》的制定同步进行的建议。中央也因此成立了国务

[20] 参见应飞虎:《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。

[21] 事实上,学者也已实证发现了这一问题:“发现当前总论研究在学术队伍上呈现萎缩。”蒋悟真:《经济法总论研究之检视——以近年来法学主流刊物论文为视角》,载《法学评论》2011年第6期,第56页。

[22] 参见张守文:《经济法理论的重构》,人民出版社2004年版。

[23] 参见李友根:《经营者概念的解析与〈食品安全法(草案)〉的完善建议》,载《法学家》2008年第4期;李友根:《经营者公平竞争权初论——基于判例的整理与研究》,载《南京大学学报》(哲学·人文科学·社会科学)2009年第4期;等等。

[24] 初步概略统计,近些年来包含以下文章:前引[1],张守文文;前引[6],叶姗文;邢会强:《“苏式调整对象理论”与中国经济法学的未来》,载《经济法研究》第8卷,北京大学出版社2011年版;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;等等。

院经济法研究中心牵头的小组，将《经济法纲要（草案）》的起草列入日程并于1988年形成了定稿。然而，在1986年出台《民法通则》后，《经济法纲要》的立法建议却被无限期搁置。

第三次草拟，发生在20世纪90年代初，此时经济法学界也基本理清了经济法与其他部门法的关系；经济法学者们认为，制定一部经济法典是不适宜的，但制定纲要则是可以的，也是必要的。<sup>[25]</sup>其中，1999年，程信和、王全兴、张守文等七人小组研究分析了制定《经济法纲要》的迫切性及法理基础；此后，该研究小组又进一步推出了《经济法纲要》的学者试拟稿。<sup>[26]</sup>此后十几年，经济法学界整体上没有再集中讨论经济法综合立法问题。

第四次草拟。关于制定《经济法通则》的第四次集中讨论，初步看来，始自2015年前后。<sup>[27]</sup>2015年，全国经济法前沿理论研讨会以“经济法的综合立法问题研究”为主题。当然，更为直接的推动是由中国法学会经济法学研究会领衔的有关《经济法通则》立法研讨的系列会议。“制定经济法通则第一次学术研讨会”于2018年9月在南昌举行。“制定经济法通则第二次学术研讨会”2018年10月在沈阳召开。在此期间，程信和教授提交了其初步设计出的《经济法通则（学者建议稿）》，该建议稿由总则、分则和附则三编组成，共17章，总计300个条文。<sup>[28]</sup>“制定经济法通则第三次学术研讨会”于2019年8月由南京大学法学院承办。

## （二）《经济法纲要/经济法典》的初步评估

### 1. 对既有《经济法纲要》的一个初步评估

《经济法通则》历经四次草拟，亦有四个版本。而这其中，1963年的《经济法（草案）》，因当时尚处于计划经济时代，且民法和经济法的关系尚未厘清，本文不予讨论。第四次程信和教授的《经济法通则（学者建议稿）》，因其刚推出，经济法学界尚未展开充分讨论，本文也不予讨论。故此处仅以1986年的《起草大纲》和1999年的《经济法纲要》为例，简要进行一点初步讨论。有人认为，1986年《起草大纲征求意见稿》与1999年《〈经济法纲要〉的法理与设计》两项重要成果，是我国创制经济法典的最初尝试，具有开拓性的意义，也对经济体制变革起着积极的反作用，而且，提出先制定《经济法纲要》，待条件成熟时再制定《经济法典》，亦是相当务实。当然，两项成果虽然意义重大，但也有其草拟时代的局限性。<sup>[29]</sup>上述评论虽然中肯，但在笔者看来，其恰恰反映出了两份草案的最大特点，亦即草案或许仅仅具有宏观层面的宣示意义，

[25] 上述研究部分可参见：李昌麒：《经济法——国家干预经济的基本法律形式》，四川人民出版社1995年版，第232-235页；程信和：《经济法的创新》，载《湘江法律评论》，湖南人民出版社1999年版；王全兴：《〈中国经济法纲要〉的体系设计与框架结构》，载《湘江法律评论》，湖南人民出版社1999年版；何文龙：《制定〈国民经济基本法〉的框架构想》，载《湘江法律评论》，湖南人民出版社1999年版；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；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》，第八届全国经济法理论研讨会交流论文（2000年）；程信和、王全兴等：《关于〈中国经济法纲要〉的初步论证和设计》，载徐杰主编：《经济法论丛》第2卷，法律出版社2001年版。

[26] 参见程信和、王全兴、张守文、单飞跃、陈乃新、孔德周、何文龙：《〈经济法纲要〉的法理与设计》，载《法治研究》1999年卷，浙江大学出版社2000年版，第6-21页。

[27] 这一年前后，又开始有一些讨论经济基本法的文章出现。如袁达松、朱成林：《论经济法治的顶层设计——兼重提经济基本法的制定》，载《中山大学法律评论》2014年第3期；编撰经济法典研究小组：《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。

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

[29] 参见前引[2]，编撰经济法典第二研究小组文。

而于学术整合和立法整合而言，其实际作用不能被高估。然而，在通则化或者说法典化已经丧失其政治正当性证成和法律信息收集功能的当下，谋求高度的体系化进而实现找法和传法的高效率，可以说是通则化或者说法典化的唯一目标。因此，从这个角度来讲，既有的《经济法通则》草案，无论在学术层面还是在立法层面，都没有实现通则化或者说法典化对体系化的那种高要求，这或许才是既有草案文本的最大不足。

## 2. 经济法规汇编与《经济法典》评估

与学者谋求高度体系化的《经济法通则》或者经济法法典化不同，实务部门则更多地表现出了对于法律汇编的偏好。

首先即是南京国民政府时期的经济法规汇编，这也是目前所知的我国第一次正式编印经济法规汇编。1938年8月，国民政府经济部编印了一部重要的法规汇编，并正式命名为《经济法规汇编》“第1集”，这也是第一次在官方文书中使用“经济法规”这一概念。“第1集”共辑录经济法规43件。同年12月该部又编印了《经济法规汇编》“第2集”，辑录法规44件。次年1月，收录有56件法规的《经济法规汇编》“第3集”问世。在第一部经济法规汇编问世约10年之后，即1947年夏秋之际，国民政府的经济法规汇编工作又以更大规模展开。1947年的《经济法规汇编》共有“官制类”“管制类”“工业类”“矿业类”“商业类”“电业类”“国际贸易类”7集，共辑入法规182件。除此之外，国民政府的有关部门也编印过一些专门性的部门经济法规汇编。如1929年农矿部《农矿法规汇编》、1933年铁道部《铁道法规汇编》、1935年交通部《交通法规汇编》、1940年交通部《交通法规汇编增补》、1948年审计部《审计法令汇编》，等等。<sup>[30]</sup>

而当下的中华人民共和国的经济法规汇编，则主要体现在法律出版社组织编撰的“中华人民共和国分类法典”系列中。该系列共有35个分册，涵盖了宪法、民事法、商事法、刑事法、经济法、行政法、社会法、国际法八大领域。其中，经济法领域包含以下11部法典：《经济法典》（14）、《国土资源法典》（15）、《建设法典》（16）、《房地产法典》（17）、《交通法典》（18）、《财务会计法典》（19）、《税收法典》（20）、《工商管理法典》（21）、《商务法典》（22）、《能源环境法典》（23）、《农业法典》（24）。单就《经济法典》内容来看，其目录包括：一、总类、经济体制，二、财政，三、国有资产管理，四、税务，五、金融，六、地质矿产，七、能源，八、交通，九、铁路，十、民航，十一、邮电、信息产业，十二、土地，十三、水利，十四、农林牧渔，十五、专营、专卖，十六、审计，十七、统计，十八、价格，十九、技术监督，二十、工商管理。<sup>[31]</sup>单就这些目录内容来看，不仅与同属经济法领域内的其他法典交叉重复，如“税务”章与《税收法典》、“交通”“铁路”“民航”三章与《交通法典》，等等，而且也与属于其他领域的法典相重叠，比如“金融”章与属于商事法领域的《金融法典》，等等。尤其是，相较于同样体系庞大，但系统非常明晰的民事法领域法典（《民法典》《物权法典》《合同法典》《侵权法典》《知识产权法典》《民事诉讼法典》）而言，经济法领域的法典化编撰更显得杂乱。

当然，除了法律出版社20章的《经济法典》，还有国务院法制办6章版的《经济法典》。然

[30] 参见戴凤岐：《国民政府经济立法述评》，转引自中国法制出版社编：《经济法论文选萃》，中国法制出版社2004年版，第419-441页。

[31] 参见法律出版社法规中心编：《中华人民共和国经济法典：应用版》，法律出版社2011年版。

而，无论哪种《经济法典》都存在经济法典内部、经济法典与其他法典内容相互交叉重叠的问题。因此，两部法典虽然一定程度上反映了我国在经济法的立法方面取得的成绩，但另一方面，其并没有形成新的、具有科学性和层次性的体系。因此，它们依旧属于经济领域的法律法规的汇编，而不是编纂。<sup>[32]</sup>同时，对比国民政府时期的经济法规汇编和当下的经济法规汇编，虽然二者总体上呈现出的是一种“汇编”体例，但其中也蕴藏着谋求更高体系化的影子。例如，1947年国民政府的《经济法规汇编》虽一共有7集，但其第1集是“官制类”；而法律出版社的《经济法典》虽有20章之多，但其第1章即为“总类、经济体制”。而无论是“官制类”还是“经济体制”，其实质相当于《经济法通则》/《经济法典》中的体制法部分或者说是主体制度部分，由此，使得既有《经济法典》在“汇编”的整体背景下，又带有一丝“编纂”的色彩。

### 三、学术成果：基本共识与一些争议

#### （一）既有学术成果的一个初步概览

总的看来，关于《经济法通则》的研究成果并不充分，尤其是相对于民法通（总）则或者商法通则的研究成果来说，更是薄弱。例如，在中国知网，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，如蒋大兴《〈商法通则〉/〈商法典〉的可能空间？——再论商法与民法规范内容的差异性》（《比较法研究》2018年第5期），以及《〈商法通则〉/〈商法典〉总则的可能体系——为什么我们认为“七编制”是合适的》（《学术论坛》2019年第1期），等等。

然而，以“经济法通则”为篇名，只得到4条结果，其中主题直接相关2篇；以“经济法总则”为篇名，得到结果1条，与主题无直接相关性；以“经济法纲要”为篇名，得到9条搜索结果，8篇主题直接相关；以“经济基本法”为篇名，得到34条结果，其中主题直接相关的只有3篇；以“基本经济法”为篇名，得到365条结果，其中只有2篇是主题直接相关的结果。即以“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，总共得到的真正讨论《经济法通则》的文献不过15篇。在这15篇文献中，又以“经济法纲要”为题的最多，而这其中又以杨紫烜教授为最。当然，还有一些未被中国知网收录的文献。<sup>[33]</sup>

#### （二）对制定《经济法通则》的一些共识

通过对既有相关文献的阅读，发现经济法学界目前对《经济法通则》的共识还是相当欠缺，

[32] 参见前引[2]，编撰经济法典第二研究小组文。

[33] 按杨紫烜教授自己的叙述，对制定《经济法纲要》的研究成果，部分地反映在下列论文和有关材料之中：一是《关于制定〈中华人民共和国经济法纲要〉的建议》（该文作者为杨紫烜，载《法制建设》1986年第1期）；二是《中华人民共和国经济法纲要起草大纲——征求意见稿》（1986年2月25日至3月3日，国务院经济法规研究中心召开了《经济法纲要》起草工作会议。与会的全国近二十位经济法学者经过认真研究讨论，共同草拟了分为10章、共54条的《中华人民共和国经济法纲要起草大纲——征求意见稿》）；三是《〈经济法纲要〉的理论与设计》（前引[26]，程信和、王全兴、张守文、单飞跃、陈乃新、孔德周、何文龙文，第6-21页）；四是《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》（该文作者为杨紫烜，载李昌麒主编：《中国经济法治的反思与前瞻》，法律出版社2001年版，第3-14页）。参见杨紫烜：《国家协调论》，北京大学出版社2009年版，第387页注1。

如果说是取得了一些共识，那么其主要表现在以下两个方面：其一，关于必要性和可行性的一些共识；其二，关于“三篇制”体例的共识。

首先，对于制定《经济法通则》的必要性和可行性而言，基本来说经济法学界还是取得了一定程度的共识。如李昌麒教授认为，制定《基本经济法》具有必要性的原因在于：它是发展我国有计划商品经济、建立完备的经济法法规体系、统一和协调我国经济法建设的要求。<sup>〔34〕</sup>张守文教授在这些基础之上，增加了“学术积累”的角度。<sup>〔35〕</sup>就可行性而言，杨紫烜教授认为，制定《经济法纲要》已具备了社会条件、法制环境和相应的理论准备。<sup>〔36〕</sup>除此之外，还有一些学者对制定《经济法通则》的必要性和可行性问题有所论述，当然这些论点基本大同小异。<sup>〔37〕</sup>

其次，对于《经济法通则》由总则、分则和附则三篇构成的体例，也可以说取得了一定程度的共识。例如，杨紫烜教授在论证称为《经济法纲要》比称为《经济法总则》要好的原因时说，称《经济法纲要》可以作出较为合理的结构安排，它除了总则以外，还可以包括分则和附则；而称《经济法总则》则不能再包括分则和附则。<sup>〔38〕</sup>程信和教授认为，《经济法通则》可由总则、分则、附则组成。总则加附则部分，将来或可发展为“经济法典”的总则编；分则部分，则可发展为“经济法典”各分则编。<sup>〔39〕</sup>除此之外，还有一些学者认为，我国经济立法应主要采取“总则——分则——附则”的体例结构。<sup>〔40〕</sup>

### （三）对制定《经济法通则》存在的一些争议

在一些《经济法通则》的学术会议中，经济法学界对经济法通则化或者说法典化，目前还存在很多很大的争议，比如说：经济法能否法典化/通则化的问题，经济法是法典化还是基本法化的问题，法典化是编纂、汇编还是适度法典化的问题，等等。从目前既有文献的阅读来看，这些争议主要体现在以下两个方面：其一，对于名称提法的争议；其二，关于章节设定的争议。

首先，经济法学界对于名称提法存在着较大的非实质性争议。杨紫烜教授认为，称为《经济法纲要》较好。对于较多不赞同的声音认为“纲要”不是一个法学概念的问题，他认为，“纲要”并不是法学概念，并没有所谓法律味，但是，不能据此认为，《经济法纲要》没有“法律味”，不宜使用。<sup>〔41〕</sup>李昌麒教授认为，《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”。<sup>〔42〕</sup>而张守文教授则对提法问题进行了全面的综合分析。第一，他认为，采取“基本法”形式的立法，往往是宪法或宪法性法律。第二，“纲要”的形式一

〔34〕 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。

〔35〕 参见前引〔1〕，张守文文。

〔36〕 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。

〔37〕 如李建华：《略论经济法立法的模式和体例结构》，载《中央检察官管理学院学报》1997年第2期；前引〔25〕，陆三育、李德庆文；前引〔6〕，叶姗文；前引〔28〕，程信和文；等等。

〔38〕 参见前引〔36〕，杨紫烜文。

〔39〕 参见前引〔28〕，程信和文。

〔40〕 参见前引〔37〕，李建华文。此外，李昌麒教授在论及《中华人民共和国基本经济法》的体例问题时，其主张的章节体系，其实也可以调整为“总一分一附”的体例。因为，除第一章总则和第十章附则内容外，中间八章主要属于分则内容，对于不属于分则内容的，也可以进一步调整进入总则或者附则。参见前引〔34〕，李昌麒文。

〔41〕 参见前引〔36〕，杨紫烜文。

〔42〕 参见前引〔34〕，李昌麒文。持“基本经济法”主张的，还有胡光志教授，参见胡光志：《关于制定基本经济法的几个问题》，载李昌麒主编：《中国经济法学的反思与前瞻：2000年全国经济法学理论研讨会论文精选》，法律出版社2001年，第231-247页。

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。第三，相对来说，《经济法通则》的形式受到了不少学者的肯定。第四，他认为，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。<sup>〔43〕</sup>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。程信和教授则认为，通则比纲要更有法律味，比法典更有可行性。<sup>〔44〕</sup>

其次，经济法学界对通则章节的设定也未形成一致。杨紫烜教授认为，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。<sup>〔45〕</sup>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。<sup>〔46〕</sup>程信和教授则主张以“国民经济发展法”为基调，围绕“经济法任务即定位”，建议稿“总则”部分，列出原则、主体、权利、行为、责任五个要点，“分则”部分，设为市场基础、规划导向、宏观协调、基本动力、监督机制五大板块。<sup>〔47〕</sup>张守文教授认为：第一，必须先对其立法宗旨、调整对象或调整范围、基本原则等作出“一般规定”；第二，体制法或组织法规范是经济法各类立法中不可或缺的内容；第三，经济法的实体法制度是核心内容；第四，经济法的程序法制度亦不容忽视。<sup>〔48〕</sup>此外，袁达松教授、叶姗教授也对《经济法通则》的章节设定有不同意见。<sup>〔49〕</sup>

#### （四）沉默的大多数

相较于庞大的经济法学研究群体而言，区区十来篇的有关《经济法通则》的直接文献，以及为数不多的相关度较高的间接文献，一定程度上也反映了整个经济法学界对制定《经济法通则》的一些态度。当然，这些态度不一定全然就是直接反对制定《经济法通则》，而更多的，也许是对经济法学真正学术研究的热诚，以及对《经济法通则》研究可能存在问题的某种担忧。正如十年前有学者所言：“随着形势的发展，制定《经济法纲要》的可能性越来越小，而经济法学界核心成员持续地集中于这一理论研究的领域……它不断地集结着经济法研究的力量，消耗着经济法学学术研究的资源……不断吞噬着外界的物质，却不见有明显的产出。……不仅经济法的一些基本理论问题没有澄清，在外界看来，对经济法的认识更是一团雾水。……经济法学者不应再抱着一个与其他法律部门争地盘的心态来研究经济法，而应当更理性地、以一个法学者应有的良心和社会责任感来对待自己的学术研究。”<sup>〔50〕</sup>

〔43〕 参见前引〔1〕，张守文文。

〔44〕 参见前引〔28〕，程信和文。叶姗也持类似观点，认为，相比之下，“通则”是比较好的选择。参见前引〔6〕，叶姗文。

〔45〕 参见前引〔36〕，杨紫烜文。

〔46〕 参见前引〔34〕，李昌麒文。

〔47〕 参见前引〔28〕，程信和文。

〔48〕 参见前引〔1〕，张守文文。

〔49〕 参见前引〔27〕，袁达松、朱成林文；前引〔6〕，叶姗文。

〔50〕 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，第22-23页。

## 四、延伸讨论：目标参照与方向选择

### （一）《民法通则》作为目标参照

#### 1. 《民法通则》是一部有重大历史意义的通则

历经三十多年，民法学界对《民法通则》的好评不减。江平先生认为，1986年《民法通则》是我国民事立法的一个重大里程碑，是我国立法史上具有重大影响和巨大成就的一部法律，其在我国民事立法史上，有着不可磨灭的功绩。<sup>〔51〕</sup>王利明教授认为，《民法通则》是我国民事立法发展史上的一个里程碑，其颁布实施，是完善市场经济法制、建立正常的社会经济秩序的重大步骤。同时，它为民法典体系的构建奠定了坚实的基础。<sup>〔52〕</sup>梁慧星教授更是直言：“如果当时民法通则未能通过，中国民事立法、中国民法学、中国社会主义法律体系，能够是今天的模样吗？”<sup>〔53〕</sup>

#### 2. 为什么叫通则及其当下意义

据学者考究，《民法通则》名称的选择与确定，与整个民事立法的过程一样曲折，大致经历了从“民法”到“民法总则”，再到“民法通则”三个阶段。据参与民法起草的江平先生回忆，“民法总则”框架基本确定后，名称已经不合适了，大家想尽办法找一个更合适的名称。最后，彭真定了调子。他说，既然这里面不仅包括总则的内容，而且也包括分则的一些内容，叫总则不合适，那就叫通则吧，总则和分则都通起来了。进一步地，通则的提法，对当下经济法基本法的制定有何意义呢？有人认为，应保留“通则”的法律名称，明确其运用的具体领域。在诸如行政法、经济法、商法等调整范围广、难以实现或短期内不易实现法典化的法律领域，在制定相关单行法的同时，可尝试制定各自的“通则”，以提高立法的科学化水平。<sup>〔54〕</sup>

#### 3. 以解决实际问题为导向的通则

诚如王汉斌在《关于〈民法通则〉草案的说明》中所指出的，民法通则制定的首要问题是解决“民事活动的一些共同性的问题，如公民和法人的法律地位、民事法律行为、民事代理、民事权利、民事责任、时效等，还缺乏法律规定”<sup>〔55〕</sup>的问题，而非为了通则而通则。事实上，《民法通则》自1987年1月1日起施行，其9章〔基本原则、公民（自然人）、法人、民事行为、民事权利、民事责任、诉讼时效、民事关系、附则〕，共计156个条文，很难说哪条是没用的。除了法治层面的实际作用之外，在学术层面，《民法通则》的制定对终结长达七年之久的民法经济法大论战、进而确立民法学的地位无疑也是有用的。当然，研究制定《经济法通则》，无疑也对中止目前愈演愈烈的经济法学内部的分离运动、进而推进经济法学的理论整合，具有重要意义；问题的关键在于：如何确保其具体条文在执法、司法中的切实可操作性、有用性是个难题。毕竟，通则化或者说法典化除了服务于学术理论整合之外，也应当实现如德国学者维亚克尔所说的“通

〔51〕 参见江平：《空前启后，功不可没——〈民法通则〉颁布十周年记》，载《研究生法学》1996年第2期。

〔52〕 参见王利明：《中国民法典制定的回顾与展望》，载《法学论坛》2008年第5期。

〔53〕 梁慧星：《新中国第三次民法起草亲历记》，载《武汉文史资料》2015年第1期，第9页。

〔54〕 参见刘风景：《〈民法通则〉名称的历史考察与现实价值》，载《社会科学研究》2016年第5期。

〔55〕 李开国：《〈民法通则〉的历史功绩与历史局限》，载《现代法学》1997年第4期，第8页。

过新的体系化和创造性的法律来构建一个更好的社会”的目标。<sup>[56]</sup>

#### 4. 早的是否就是好的——演进与建构

《民法通则》从1979年开始起草，至1986年通过，表面看来，历时只有七八年时间。但若放在整个近代中国法律现代化的宏大背景来看，民法通则的立法资源准备极为丰富、充分。“清末修律虽未竟其功，但近世以来中国向法律国的转化无疑奠基于清末修律。”<sup>[57]</sup>而这其中亦包含民法。从清末修订法律馆翻译外国法典简表中可以看出，早在清末，德国民法总则、奥地利民法总则、瑞士民法总则、法国民法、日本民法部分、俄罗斯民法部分都已有中译本。<sup>[58]</sup>而在南京国民政府时期极具水准的六法全书中，民法的成就也相当突出。除法典翻译之外，中国民法法典化的进程自1911年首部民法典（《大清民律草案》）起草至今方兴未艾，历经1925年《民国民律草案》、1930年《中华民国民法》、1949—1982年间三次民法草案及改革开放以后的分编制、分步走的立法。其中，1982年，中华人民共和国成立以后的第三次民法典起草的第四稿民法草案由43章465条构成。这一草案虽未正式成为法律，但现行的诸多民事法律包括《民法通则》在内，都是以该草案的相应编章为基础，适当修改损益而成。<sup>[59]</sup>

总之，无论是在清末修律的法典翻译中对民法的翻译工作，还是民国时期极具水准的六法中的民法部分，乃至中华人民共和国成立后的民法起草，这些无疑都对民法总则或者通则的制定产生了影响。反观目前的《经济法通则》的制定或者经济法的法典化，似乎并不具有当初制定《民法通则》时的立法条件和学术准备。

当然，这就牵扯出另一个与之相关而不尽相同，且尤为重要问题，即如何在制定通则的时候，避免急功近利的“图快”思想。经济法的通则化，最终还是逃脱不了法典化的愿景。然而，就法典化而言，萨维尼和蒂堡有关德国民法是否应当法典化的论战最具启示意义。在萨维尼看来，法典化意味着法的精神的极度衰落，但同时他也不得不承认正因为法典化而使罗马法再次复兴。因此，问题的关键似乎不在于是否法典化，而在于何时法典化。从萨维尼的角度看来，在法还处于其发展历程之中时，往往不应过于盲目地去建构并无多少实际意义的法典，而应任其演进。当然，如此放任演进，并非是放弃法典化，而是等待其法典化的时机成熟。正如萨维尼和蒂堡的论战促使《德国民法典》被推迟了80年，然而这也许并非坏事。因为，以蒂堡政治上所持的开明君主专制思想，如果德国在1814年编纂法典，那么它极有可能是另一部类似于《普鲁士民法典》那样的开明君主专制下的封建法典。但是，被推迟了82年于1896年产生的《德国民法典》则是一个不折不扣的资本主义法典，它在一切方面都超越了《普鲁士民法典》。因此，可以断言：这一论战的最重大的影响是改变了《德国民法典》的性质。<sup>[60]</sup>

无独有偶，梁慧星教授在评价1980年代立法机关解散民法起草小组时，亦是持类似看法。

[56] 参见王利明：《民法典体系研究》，中国人民大学出版社2012年版，序言。

[57] 商务印书馆编译所编译，冷霞点校：《德国六法》（清末民国法律史料丛刊·汉译六法），上海人民出版社2013年版，序，第6页。

[58] 参见前引[57]，商务印书馆编译所编译书，序，第6-7页。

[59] 参见张新宝、张红：《一个世纪以来的中国民法之形成与演变》，载《私法研究》第12卷，法律出版社2012年版，第14页。

[60] 参见薛军：《蒂堡对萨维尼的论战及其历史遗产——围绕〈德国民法典〉编纂而展开的学术论战述评》，载《清华法学》第3辑，清华大学出版社2003年版，第129-130页。

“但我们设想一下，如果当时真的制定了一部中国民法典，可以肯定，这部中国民法典必定是苏联模式的民法典，是反映单一的计划经济本质特征和要求的民法典，不可能为中国改革开放的推进和发展社会主义市场经济提供法制基础。应当肯定，1982年立法机关决定解散民法起草小组、暂停民法起草，是正确的。”<sup>〔61〕</sup>而对在2012年十一届全国人大五次会议期间，由黄河等人大代表提出的制定经济法的议案，全国人大财经委认为，实现经济法的法典化还需要更多的实践探索。<sup>〔62〕</sup>此种拒绝，一定程度上亦非坏事。毕竟，为了制定出一部有重大历史价值和学术水准的《经济法通则》，花心血和时间是值得的，因为这个过程，不仅是通则的制定过程、法典化的过程，同时于经济法学术而言，亦是集大成的过程。如果说，民法自20世纪80年代始，历经三十多年终于迎来其法典化的时代，那么，经济法如果从现今算起，历经二三十年迎来其通则化的时代，亦是值得的，因为经济法通则化的难度并不亚于民法法典化的难度。

## （二）调制论作为方向选择

### 1. 几无域外经验可资借鉴的《经济法通则》

德国于1896年制定了《德国民法典》，1897年公布了《德国商法典》，1975年颁布了《社会法典》；但在经济法的市场规制领域，自1896年第一部竞争法——《反不正当竞争行为斗争法》诞生以来，期间虽经1909年《反不正当竞争法》、1958年《反对限制竞争法》，但至今并未出现市场规制基本法之类的法律。在宏观调控领域，德国联邦议院于1967年通过了《经济稳定与增长促进法》，该法可以说是世界上第一部较为系统化的“宏观调控法”，它首次确定了宏观调控的“四大魔方”，即“价格水平的稳定、高就业状态、对外经济平衡和稳定而合理的增长”，对于宏观调控的制度和程序具有重要的参考作用。<sup>〔63〕</sup>但即便如此，德国至今并未出现任何有关经济基本法的法律。日本虽于1961年颁布了《农业基本法》、1963年颁布了《中小企业基本法》、1993年颁布了《环境基本法》，但亦无经济基本法之类的法律。美国虽早在1890年便通过了《谢尔曼法》，于1914年国会建立了联邦贸易委员会，并通过了《克莱顿法》，但其亦无经济基本法之类的法律。英国也是如此。总而言之，从目前以上诸国的立法史看来，基本均未采取制定经济基本法的立法思路，而更多的是呈现部门单行立法、分散立法的特征。<sup>〔64〕</sup>因此，基本可以说，制定经济基本法或者说《经济法通则》无域外经验可供参照借鉴。

### 2. 苏联法的影响及其淡去

当然，基本无域外经验可资参照借鉴，亦并非完全没有。其一，即是现今早已不存在的捷克斯洛伐克的《经济法典》；其二，即是大经济法时代，苏联的经济法法典化争论。事实上，在我国备受推崇的拉普捷夫，在其生活的时代，苏联就已经出现了经济法是否应当法典化的争论。以B. B. 拉普捷夫和B. K. 马穆托夫为代表的经济法学家与以C. H. 勃拉图西等为代表民法学者就已经展开了论战。B. B. 拉普捷夫指出了经济立法落后于经济发展的需要，认为“通过经济法典就能够创立调整我国经济生活的根本法，能够在法典中规定社会主义经营管理的重要原则、形式和方法以及经济法的基本制度，就能够使经济法的重要原则严格协调一致，并为经济立法的

〔61〕 前引〔53〕，梁慧星文，第7页。

〔62〕 参见陈丽萍：《经济法法典化还需实践探索》，载《法制日报》2013年1月16日。

〔63〕 参见吴越：《经济宪法学导论》，法律出版社2007年版，附件一“德国经济稳定与增长促进法”。

〔64〕 参见魏琼：《西方经济法发达史》，北京大学出版社2006年版，第62-109页。

今后发展奠定基础”〔65〕。C. H. 勃拉图西、B. П. 格里巴诺夫、O. C. 约菲等民法学家则从经济关系的多部门综合调整的基本论点出发，认为不可能制定一个像经济法典那样的统一调整全部经济关系的法律文件。〔66〕最终的结果是，苏共中央和苏联部长会议 1975 年 8 月 25 日的“关于进一步完善经济立法的措施”的决议在所规定的各项措施中并未提到要制定经济法典的问题，这十余年来也未见法典草案变成正式的法律文件。看来，苏联的立法者对制定经济法典的建议也没有予以采纳，至少到目前为止还没有加以采纳。〔67〕

我们虽无法直接推断，苏联关于经济法法典化争论的以失败告终的结果，是否与中国后来历次的《经济法大纲》《经济法纲要》的不能出台存在某种程度的联系，但苏联经济法理论对中国的影响不可谓不深，历经半个世纪，依旧尚未消散。按照张世明教授的总结，经济法学说的继受不外乎三种模式：第一种模式，即以德国为模版的基于学说的卓越性而导致的继受；第二种模式，基于二战后美国影响的美国化；第三种模式，以苏联为发源的势的作用，其典型例子是苏联经济法学理论对中国的影响。〔68〕这种影响的突出表现即是，苏联经济法学理论曾经长时间充斥于我们的经济法学教科书，而且至今亦难说被取代了。尤为严重的是，受苏联经济法理论影响的我国法学界后来开创的“诸论”，亦一定程度上遗传了苏联经济法理论的基因。然而这种近乎“意识形态”的经济法理论，亦难说不对我国现今《经济法通则》的制定产生阻力。事实上，在民法学界，孙宪忠教授曾经就把我国制定民法典的主要困难归结为三点，其中最重要的一点即为：旧意识形态无法摆脱的问题，亦指苏联法学的影响。〔69〕当然，在讨论苏联经济法理论不利一面的同时，也并非意味着需要全盘否定苏联经济法理论，而应理性地正视其弊端。正如邢会强教授所认为的，我们不应全盘抛弃“苏式调整对象理论”，毕竟“苏式调整对象理论”有其可取之处，特别是当后发国家借鉴先发国家进行立法之时，采取“苏式调整对象理论”可以相对明晰地确定传统部门法之间的界限，但是，这一理论的弊端也是不容忽视的。〔70〕因此，总体而言，在我们研究和制定《经济法通则》的过程中，理应对苏联法的潜在消极影响保持警醒，进而在有关《经济法通则》的学术研究和立法文本中，更应克制这种潜在的消极影响，无论是思维习惯还是话语表达。

### 3. 德国式法典还是美国式汇编

大陆法系近世轰轰烈烈的法典化运动，其实起源于英美法系。在 17、18 世纪的英国，以培根和边沁为代表的立法派主张将部分普通法法典化，但以柯克和布莱克斯通为代表的反对法典化的主张占据了主要地位。随后，新统一的德国发生了蒂堡和萨维尼的论战。在欧洲法典化运动的影响下，美国也不断开始了大规模的法典化运动，诞生了一批对美国甚至世界法律发展产生深远影响的立法，如美国《统一商法典》《联邦证据规则》《国内税法典》。因此，有些美国学者也提出美国现在的法律制度是一个混合制度，甚至有人断言美国已经从普通法占统治地位的法律体系

〔65〕 B. B. 拉普捷夫：《苏联的经济立法》，载《苏联经济法论文选》，法律出版社 1982 年版，第 1-14 页。转引自陈汉章：《苏联经济法学派与民法学派五十年的争论及其经验教训》（连载），载《中国法学》1985 年第 3 期，第 63 页。

〔66〕 参见前引〔65〕，陈汉章文。

〔67〕 参见陈汉章：《苏联经济法学派与民法学派五十年的争论及其经验教训》（连载），载《中国法学》1986 年第 1 期。

〔68〕 参见张世明：《经济法学理论演变研究》，中国民主法制出版社 2002 年版，第 158-202 页。

〔69〕 参见孙宪忠：《中国民法典制定现状及主要问题》，载《吉林大学社会科学学报》2005 年第 4 期。

〔70〕 参见前引〔24〕，邢会强文。

转变为制定法成为主要渊源的体系。当然，这些观点在威廉姆·博纳姆看来，均不成立，因为在普通法系里，制定法规就像是一桶水里放置石头；石头只排除相当于石头重量的水，但是水会立即填满未被石头占据的空间。英美国家的法典和法典化仍然是普通法浩如烟海的判例法中的小舟，并没有完全改变普通法的判例传统和司法技术。古老的普通法仍然是美国人津津乐道、不愿放弃的文化财富。<sup>〔71〕</sup>

另一方面，由于社会与法律当中新的力量的影响，大陆法系已经发生了根本的转变。多种因素表征了法律变迁的动力，其中较为紧要的两个因素即是解法典化与法典重构的进程。到20世纪末，已经变得明朗的是，法典重构的进程在欧洲与拉美产生出了真正的推动力；这表明在不远的将来，它将影响到大陆法系的发展。<sup>〔72〕</sup>即便如此，有学者认为，应当从法典化的理念来看待法典化问题。不同的“去法典化”和“再法典化”的法律进程，涉及的不是法典化理念的存废问题，而是法典化理念的有机组成部分。不是法律的停滞状态，而是保守与进步的辩证法才是“适合法典的”立法和法律续造的主要特征。<sup>〔73〕</sup>

普通法系的法典化运动，与大陆法系的解法典化运动，二者似乎一同预示着一个新的“混合法系”的日渐成熟。混合法系在全球化中的重要性体现在：南非法和苏格兰法，以及其他真正的混合法系都证明了，世界上最主要的两大法系，民法法和英美法系可以在一个法律体系中共存，而且其中一些概念和制度还在混合法系下得到了发展，例如南非法和苏格兰法中的“信托法”，以及苏格兰法中的土地担保替代了英国法中模糊陈旧的抵押制度。<sup>〔74〕</sup>进一步地，有学者甚至主张，中国也应属于混合法系。在霍普勋爵看来，中国的法律体系当然不是普通法体系，但也并不仅是民法法系。它混合了其他元素，其中一些或许可以追溯到存在于普通法中的理念。因此，虽然中国与苏格兰之间无疑有重大不同，但他认为，与苏格兰一样，中国有充足的理由主张自己是混合法系大家庭中的一员。<sup>〔75〕</sup>

当然，霍普勋爵主张中国应当是混合法系的提法，无疑仅仅是一家之言。毕竟，如果称得上“混合”大陆法系和英美法系在一国整个法律体系中占比大体应呈五五开，但在我国的法律体系中，普通法继受的内容占比远没有那么高。大陆法系的主体特质，不仅仅是因为我们迎来了民法典时代，甚至可以说在清末修律时的法律移植中已经种下了种子。但“混合法系”的提法对“经济法”的系统立法方向选择来说或许是有意义的。如前文第一部分中的“法系冲突与经济法的方向选择难题”中所言：目前经济法研究中明显呈现出了在财税法领域，经由我国台湾地区借鉴德国税收之债、财政宪法的提法，似乎以德国法为借鉴蓝本；但同时，在市场规制领域，尤其是消费者保护法和食品安全法领域，则明显的以借鉴美国规制法及理论为主；呈现出了大陆法系和英美法系借鉴方向分庭抗礼之势，表现出了强烈的“混合”特质。在此背景下，经济立法法的系统

〔71〕 参见李晓辉：《“水中之石”：普通法传统中的美国法典化》，载《人大法律评论》2009年卷，法律出版社2009年版，第207-218页。

〔72〕 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，孙雅婷校，载《清华法学》第8辑，清华大学出版社2006年版，第66-82页。

〔73〕 参见〔德〕卡斯滕·施密特：《法典化理念的未来——现行法典下的司法、法学和立法》，温大军译，载《北航法律评论》2012年第1辑，法律出版社2012年版。

〔74〕 参见科尼利厄斯·G. 凡·德尔·马儿维：《大陆法系与普通法系在南非与英格兰的融合》，翟寅生译，韩世远校，载《清华法律评论》第4卷第1辑，清华大学出版社2010年版，第81-93页。

〔75〕 参见〔英〕霍普勋爵：《普通法世界中的混合法系》，刘晗译，载《清华法学》2012年第6期。

化也极有可能呈现强烈的“混合”特质，它既非德式的法典化，亦非美式的汇编，而是表现出带有法典化雏形的通则加单行立法汇编组合而成的一种“混合”体系。的确，这看似是个怪胎，但或许就是经济法立法整合的未来。事实上，国内目前关于环境法法典化的主流意见的所谓“适度法典化”，<sup>〔76〕</sup>一定程度上亦是这种“混合”体系的体现。

#### 4. 各家之言与提取公因式

正如民法总则是民法的公因式一样，<sup>〔77〕</sup>《经济法通则》理应是经济法的公因式，在一定程度上，《经济法通则》也理应是经济法学既有学术成果的公因式。然就前文第三部分目前学术成果的共识和争议来看，对公因式的提取可以说是目前研究制定《经济法通则》最为紧迫的任务。

自萨维尼提出物权概念，并在此基础上，将物权行为和债权行为进一步抽象为民事法律行为，民法的宏观体系基本建立。行政法也因其调整关系的特殊性，在行政行为统领下形成了由抽象行政行为、具体行政行为、行政合同行为和行政事实行为等构成的完整体系。刑法更因其之前的四要素说（主体、客体、主观方面、客观方面），现今的“三阶层论”（构成要件该当性、违法性、有责性），进而构成了刑法特有的分析框架。然经济法到目前为止，各位学人在其经济法教材和著作当中对其都进行了不同种类的划分，但尚未形成公认的体系。“学术研究的现实正相反，学界有关经济法体系的共识还很不充分。”这种前提性共识的欠缺，一方面，影响经济法学学术交流，甚至影响经济法学的教学，因为“学科教育内容的体系完全依赖于本学科知识的体系化”<sup>〔78〕</sup>；另一方面，也将会直接阻碍诸如《经济法通则》篇章体系安排讨论的继续深入。

《经济法通则》的制定与否以及制定出来的质量如何，很大程度上取决于经济法学界的理论共识形成多少、水准多高。从这个意义上讲，《经济法通则》的制定，是对经济法学界多年来学术积累的一次大考。目前看来，在这些共识当中，一个最基本的共识，即是承认经济法体系都包含宏观调控和市场规制两大部分。正如邢会强教授所认为的，我国的经济法学界已经为中国经济法学找到了所谓的“调整对象”，为中国经济法争得了合法地位。尽管这些“调整对象”众说纷纭，但大家基本上都承认，宏观调控关系和市场规制（或市场管理）关系是经济法的“调整对象”，这是难得的“基本共识”，也是区别于德国和日本经济法的特色之处，是中国的“自主知识产权”。因此，我们不应在“调整对象”上再花费太多的时间，而应淡化区别，凝聚共识，最终形成一个强大的中国经济法学术共同体。<sup>〔79〕</sup>

而立足于宏观调控和市场规制这一“基本共识”上的理论建构，目前来说，当属调制说构建得最为成功。这一学说不仅可以构造出经济法独有的主体理论（调制主体、受体）、行为理论（调制行为）等基本范畴，更重要的是这些基本范畴不仅与传统法律教义基本范畴构造相一致，同时也切合了经济法学界已基本取得的基础共识。这一建构不仅对于经济法内部来说可以完成一定程度的整合，亦可能较容易取得外部传统各部门法一定程度的认可，毕竟传统各部门法对经济

〔76〕 国内目前关于环境法法典化的争论有四种观点：第一种观点，认为环境法没有必要法典化，因为环境法已经有了环境保护法这一个基本法；第二种观点，主张形式法典化模式，走的是法国的汇编模式；第三种观点认为，应当采用实质法典化模式，即瑞典的模式，乃至德国的总分则模式；第四种观点，也是现在的主流意见，主张“适度法典化”，就是说在汇编和编纂之间。

〔77〕 参见王利明：《民法总则：民法的“公因式”》，载《北京日报》2017年8月28日，第16版。

〔78〕 肖江平：《经济法学体系的构造——兼论经济法体系》，载《经济法研究》第3卷，北京大学出版社2003年版，第62、64页。

〔79〕 参见前引〔24〕，邢会强文。

法的傲慢与偏见很大程度上是由经济法对传统法学理论的解构太多所致。<sup>〔80〕</sup>事实上,商法在谋求其独立部门法地位的进程中,也创制了商主体(商人)、商行为这些基础概念,并且在商法通则的制定研究中也广为采用。<sup>〔81〕</sup>当然,需要着重说明的是,本文无力也不敢否认其他诸种经济法学说以及前辈无论是在经济法初创时的披荆斩棘还是经济法失势时的殚精竭虑的付出和贡献。毫无疑问,从学术史的角度而言,没有他们,就没有我们。人尚不能数典忘祖,况学者乎?但是,从另一个方面讲,毕竟从经济法引入我国至今,屈指算来已有半个世纪,无论经济法与民法的大论战也好,还是经济法内部各种学说的长期混战也罢,现在处于各部门法法典化的时代,面对各部门法的帝国主义以及经济法内部的分离运动,“经济法”三个字能否在未来存在或者说有存在的必要,的确需要整个经济法学界在围绕《经济法通则》的制定过程中,对各种学说有个大致的取舍。否则,对于以经济法(而非仅仅以某一部门法)为研究志业的后学来说,也许未来某一天,突然发现,不仅失去了荣光,还有韶华。

## 五、结语:理想传承与具体进路

### (一) 经济法通则化/法典化的理想传承

从20世纪60年代的《中华人民共和国经济法(草案)》,到2018年的《经济法通则(学者建议稿)》,在过去的五十年当中,中国经济法学历经苏联经济法学理论的全盘引入,我国民法的德国化进而民商、经济法的分离,受美国法影响的规制法的兴起。中国经济法学在跌跌撞撞中走过了半个世纪的成长时期,其一直期待着成熟时期的到来,而经济法的通则化或者说法典化,在我们看来,亦是这种对经济法成熟期待的诉求与表达。从前文梳理的关于《经济法通则》四次的草拟情况来看,这种理想、追求与期待在过去的半个世纪中,历经老中青几代经济法学人,一直传承了下来。即便由于特定历史背景及学者个人知识结构局限,前辈们关于《经济法通则》的一些观点未必成熟,但一代代经济法先进对经济法孜孜以求的信念尤当吾辈后学引以为楷模。纵然经济法不同于传统部门法那样基于“公私”此类抽象观念基础而进行的划分,而是基于具体“问题”域而进行的分类,但随着社会的变迁,谁又能肯定基于“问题”域而进行的部门法划分不会兴起呢?因此,经济法的通则化或者说法典化的理想,理应继续传承。

如前文所述,经济法的通则化或者说法典化,除了先前捷克斯洛伐克的《经济法典》之外,纵观两大法系,可以说几无成例,因此,要实现经济法的通则化或者说法典化,归根结底,只能是由我们中国自己的经济法学者来做这件事。从这个层面来讲,我们所要推进的经济法的通则化或者说法典化乃是世界法制史上的一个立法创新。进一步地,我们能否形成世界经济法领域中的“中国模式”,彰显法律东方主义,甚至进行制度输出,则是另一个更大的学术与立法的雄心。当然,雄心、抱负的实现纵然道路艰难,但切不可被轻视、被嘲笑;“莫欺少年穷”,对于还处于成长时期的中国经济法而言,此种宏愿与雄心亦诚不可欺。

〔80〕 参见陈云良:《傲慢与偏见——经济法的现象学分析》,载《法商研究》2009年第4期。

〔81〕 参见蒋大兴:《〈商法通则〉/〈商法典〉总则的可能体系——为什么我们认为“七编制”是合适的》,载《学术论坛》2019年第1期。

## （二）制定《经济法通则》学术准备的分步实施

如前文所述，对制定《经济法通则》而言，最为紧迫的任务是对经济法基本理论的公因式的提取。甚至可以说，《经济法通则》制定过程中的困难，初步看来是立法方面的困难，其实更为重大的也许是学术准备方面的困难。而历经大经济法时代的民法经济法的论战，到不久前经济法内部各种学说的混战，现今似乎到了经济法基础理论方面进行理论整合的时候了。当然，有整合，就要进行取舍，有取舍就会有利弊得失。在此，往大的方面看，学术乃天下公器，属于自己但又不全然属于个人；往小的方面看，经济法乃是学术共同体，我们需要考量，作为一个整体该如何存在；况且退一步来说，百年之后，每个人的学术成果只会大浪淘沙，一切且留后世评说。如若放下种种利弊得失，《经济法通则》的学术准备进程将会大大推进。

当然，理论方向的选择对于《经济法通则》的学术准备而言固然重要，但其分步实施策略亦不可或缺。其中，首先的一点，即是《经济法通则》或者说总论的人才的培养问题。如前文所述，目前经济法总论的研究已经呈现萎缩的趋势，这其中除了经济法中“问题”与“主义”的争论所引起的一些学者的研究转向之外，另外一个更重要的原因，即是总论研究的人才的日益减少。而这其中最为重要的一个原因又是目前关涉青年经济法博士生、学者毕业、晋升的期刊基本不大喜好刊发总论的文章，由此导致一些青年经济法博士生、学者一般情况下已不再做有关经济法总论的论文，个人的研究领域也更侧重于部门法。因此，如何发现、扶持好经济法总论方面的青年经济法博士生、学者就显得尤为重要。

其次，做好整体把控和具体研究的结合。如果说经过三次有关《经济法通则》的学术会议，使得经济法学界大体对制定《经济法通则》的必要性、艰难性与阶段性、适度法典化的总体愿景等宏观问题达成一定共识，那么接下来，即可考虑以中国法学会经济法学研究会为依托，就《经济法通则》关涉的具体问题进行专门立项招标和学术讨论，比如具体采用的立法体例模式、有关经济法的立法目的条款、基本原则，等等。以期通过专项课题、专门会议，形成较高水准的成果和共识，进而为《经济法通则》所需要的学术准备奠定基础。

再次，加强《经济法通则》相关研究的对外学术交流。相较经济法各部门法板块，如竞争法、金融法、消费者保护法、财税法领域，同美国、欧盟、日本等的学术交流的频率和深度而言，经济法总论部分的对外学术交流，除了张世明教授作了一些翻译工作外，似乎再无其他学者在做这一工作。纵然，研究制定《经济法通则》主要依赖于我们自己，但了解传统法制强国有关经济法通则化或者法典化的学术和立法的最新进展，汲取其经验教训，对我们经济法的通则化或法典化无疑也大有裨益。

## （三）《经济法通则》立法准备的双重并进

《经济法通则》在目前尚未进入立法规划，但未来何时进入立法规划则是需要我们经济法学界一起为之努力的。除了需要加强《经济法通则》学术研究成果的推广宣传、人大代表尤其是全国人大代表的呼吁提案之外，具体回到经济法学本身而言，我们认为可以从以下两个方面同时进行准备，可以说是“双重并进”。

其一，即是对既有经济单行法的整理与《经济法通则》的创制研究并进。经过40年的发展，目前我国的经济单行法已达70余部这样一个庞大规模，那么这70余部既有经济单行法实施效果如何、存在什么问题、有何可待完善之处等等，都需要进行系统化的梳理和整理。只有在对既有

经济单行法进行综合评估的基础之上，我们或许才能找准制定《经济法通则》的必要性，或许才能提炼《经济法通则》所需要的一些共通性规则，才能正确处理制定后的《经济法通则》与既有经济单行法之间的关系问题。

其二，将《经济法通则》的制定同各经济法板块基本法的制定齐头并进。如前文所述，经济法的通则化的难度并不亚于民法法典化的难度，可谓是一场“持久战”。如果说经济法的通则化或者法典化是我们的长远目标，那么中期或者短期内，我们是否可以在推进这一最终目标研究的同时，在现实立法策略层面，将这一长远目标阶段化。换言之，我们可以在推进《经济法通则》制定的同时，各经济法板块，比如金融法板块、竞争法板块、财税法板块，也推进其基本法的制定，当然考虑到和最终需要通过的《经济法通则》名称方面的协调等问题，各板块基本法的命名需要斟酌，比如金融法板块的统合立法是否可以称为“金融服务法”？只有长远有目标，中期有成果，短期有行动，经济法的通则化或者说法典化才有未来。<sup>〔82〕</sup>

---

**Abstract:** In the era of codification, facing the imperialism of sectoral laws, the separation movement in the field of economic law and the conflict of legal systems, the generalization of economic law has risen again, which can be seen as a reaction of unification. However, up to the present four discussions on generalization of economic law, there are still some problems, such as insufficient consensus, insufficient theoretical preparation and weak legislative promotion. To this end, while inheriting the ideals of the generalization/codification of the economic law of the predecessors, we should do some job in the following three aspects. In the legislative positioning, we can refer to the general principles of civil law. In the academic preparation, we can choose the modulation theory as the direction. In the aspect of legislative preparation, we should do some job between the evaluation of the existing economic laws and the formulation of the generalization of economic law, at the same time, we should also do a good job between the formulation of the general principles of economic law and the formulation of the basic laws of various economic law plates.

**Key Words:** general principles of economic law, codification, conflict of law system, general theory of economic law

---

(责任编辑: 缪因知 赵建蕊)

---

〔82〕 此部分的一些建议，得益于2019年8月于南京召开的“制定经济法通则第三次学术研讨会”上一些专家学者的观点，在此一并致谢，当然文责自负。