

经济转型、经济创新与经济法的“刚柔并济”

肖京

(中国社会科学院法学研究所,北京 100720)

摘要: 在当前的经济新常态下,经济转型与经济创新是我国经济发展的核心问题。经济转型与经济创新对经济法理论与实践提出了更高的新要求。面对经济转型和经济创新中新情况与新问题的挑战,经济法必须在理论与实践层面进行有效回应。经济法具有“刚”与“柔”两个属性,通过对经济法相关理论的分析 and 现实生活中具体实例的验证可以发现,经济法的“刚柔并济”的差异性适用理论能够较好地回应经济转型与经济创新中所出现的各种问题。构建经济法的“刚柔并济”的差异性适用长效机制需要从理论体系、立法层面、执法层面和司法层面等方面着手。

关键词: 经济新常态;经济转型;经济创新;经济法;刚柔并济

中图分类号: D912.29

文献标志码: A

文章编号: 1009-8003(2017)01-0090-09

引论

这是一个转型的新时代。经历了三十多年的改革开放,我国的经济与社会发生了翻天覆地的变化。然而,时代在前进、世界在变化,三十多年的改革发展历程同时也意味着旧有的经济与社会发展模式必将归于终结,新的经济与社会发展方式开始走向历史舞台。经济与社会转型已经成为当今时代的主题,与此相伴的还有政治、法治、文化等方面的各种转型。转型,是我国经济与社会发展的必然选择。

这又是一个创新的新时代。创新是人类文明发展的内在动力,是民族的灵魂之所在,技术创新、制度创新、思维创新无时不在推动着人类历史的发展。党的十八大报告也明确指出,“实施创新驱动发展战略”。在经济领域、社会领域、政治领域、法治领域、文化领域,各种层面的创新不断推进,由此形成了各具特色而又紧密联系的经济创新、社会治理创新、政府治理创新、法治创新、文化创新。创新,是我国当前经济与社会发展的必由之路。

年轻而有朝气的经济法,始终与时代的最新气息紧密相连,与我国经济与社会发展的最新发展息息相关。党的十八届四中全会指出,“必须更好发挥法治的引领和规范作用”,“发挥立法的引领和推动作用”。经济法作为我国社会主义市场经济法律体系的重要组成部分,应当始终以引领和促进经济的协调发展为其重要目标。面对当前经济新常态下的经济转型与经济创新及其所带来的各种新问题和新的挑战,经济法也必须进行理论与制度的创新,以有效回应经济转型与经济创新过程中所产生的各种经济法律问题,引领和规范我国经济转型与经济创新的顺利推进。

需要注意的是,当前经济新常态下的经济转型与经济创新,既对我国经济法的发展提出了严峻的挑战,也为经济法的发展提供了难得的历史机遇。经济法是具有高度灵活性的法律部门,应该在法治的引领作用方面大有作为。在这个机遇与挑战并存的关键时期,我们恰逢其时。创新经济法理论与制度,是每一位经济法理论研究人员责无旁贷的历史责任。有鉴于此,本文拟从我国当前经济新常态下的经济转型与经济创新等基本问题出发,分析经济转型与经济创新对我国经济法的挑战,探讨引领和规范经济转型与经

收稿日期: 2016-11-10

作者简介: 肖京(1977-),男,河南泌阳人,法学博士,中国社会科学院法学研究所助理研究员,主要研究方向:经济法与社会法理论。

济创新的经济法路径,以期推动我国经济法理论研究进一步走向深入。

一、经济新常态、经济转型与经济创新

经济新常态、经济转型与经济创新是当前经济学界普遍使用的词汇,各自具有独立的特殊含义。准确把握以上词语的基本内涵,对于揭示它们相互之间的内在逻辑联系,梳理我国经济发展的核心问题,具有十分重要的意义。

(一) 对“经济新常态”的基本认识

1.“经济新常态”一词的由来。“经济新常态”是近两年我国经济学理论与实务界广泛使用的词汇,具有特殊的含义。据学者们考证,“新常态”的概念最早由美国华尔街经济学家于2009年提出,“当时的判断是,在未来相当长的一段时间里,美国跟其他发达国家会进入低增长、高失业的状态,金融市场上的投资风险非常高,平均回报率非常低。”^①在我国,“经济新常态”由国家主席习近平最早提出。2014年5月,国家主席习近平在河南考察时首次提出我国经济进入新常态,“经济新常态”一词开始进入人们的视野。由此可见,“经济新常态”现象不为我国所独有,但我国经济的新常态,无论是从来源还是从具体含义方面,都与其他国家的新常态有着明显的区别。

2.经济新常态的基本特征。2014年11月9日,习近平在2014年亚太经合组织工商领导人峰会上,发表了题为《谋求持久发展共筑亚太梦想》的主旨演讲,进一步对“经济新常态”的基本特征进行了较为详细的论述。习近平指出,“中国经济呈现出新常态,有几个主要特点。一是从高速增长转为中高速增长。二是经济结构不断优化升级,第三产业、消费需求逐步成为主体,城乡区域差距逐步缩小,居民收入占比上升,发展成果惠及更广大民众。三是从要素驱动、投资驱动转向创新驱动。”^②这一论述充分表明,在我国官方文件中,“经济新常态”是与经济转型、经济结构优化、经济创新等问题具有内在密切联系的具有特殊含义的经济学用语。

3.学界对“经济新常态”的理解与阐释。“经济新常态”一词提出之后,在学界引起了广泛的影响。学者们开始进一步深入研究经济新常态下的中国经济问题。虽然学者们对“经济新常态”的具体理解存在一定的差异,但大都认可经济新常态下经济转型和经济创新的必要性和重要性。例如,有学者侧重于强调经济新常态与经济规律之间的关系,从经济规律的角度认识经济新常态,认为经济新常态就是按照经济规律办事。^③而有的学者则从新结构经济学的理论出发,侧重于从经济结构的角度理解经济新常态,强调外部结构对我国经济新常态出现的决定性作用。^④该学者进一步认为,对于经济新常态的出现不必过于悲观,^⑤经济新常态下政府应当把推动经济发展的抓手和着力点放在对不同产业的具体调整方面,根据各种产业的特性,发挥好市场和政府“两只手”的作用,推动产业转型升级。^⑥

4.对“经济新常态”的基本共识。以上对于“经济新常态”不同维度的解读,一方面加深了对于“经济新常态”的认识,另一方面也有助于形成学界对“经济新常态”问题的基本共识。例如,虽然对于今后我国经济增长的具体速度认识方面存在一定的差异,但学界一般都认可,在经济新常态下,我国经济发展的速度不可能再保持以前的超高速增长。又例如,虽然对我国今后经济发展的乐观度问题方面的表述存在一定的分歧,但大都认可通过对经济结构方面的调整和对经济创新的强调,我国完全能够走出一条新的具有中国特色的经济发展之路。再例如,学界虽然对于经济新常态下我国经济调整的具体方式和方法的理解方面存在一定的不同意见,但一般都认可政府对于经济的宏观调控和适当干预。学界的这些共识,也恰恰是本文讨论的基本逻辑起点。

^①林毅夫《新常态下中国经济的转型和升级:新结构经济学的视角》,载《新金融》2015年第6期。

^②习近平《谋求持久发展 共筑亚太梦想——在亚太经合组织工商领导人峰会开幕式上的演讲》,载《人民日报海外版》2014年11月10日。

^③参见厉以宁《新常态就是按照经济规律办事》,载《人民政协报》2015年1月20日第05版。

^④例如,有学者认为,经济新常态的出现固然有国内结构的问题,但主要是由外部结构的问题所产生,理由是当前世界许多国家的经济都进入了中低速发展时期。具体分析可参见林毅夫《什么是经济新常态?》,载《领导文萃》2015年第4期。

^⑤参见林毅夫《新常态下经济热点问题辨析》,载《财经界》2015年第6期。

^⑥参见林毅夫《新常态下政府推动经济发展的着力点在哪里》,载《人民政协报》2015年8月11日。

(二) 我国的经济转型问题

经济转型是世界每个国家都遇到或曾经遇到过的必要环节。在传统的经济学理论中,经济转型一般是指农业向工业的转型以及农业社会向工业社会的转型。这一转型对于一个国家的经济现代化具有十分重要的意义。在我国,经济转型除了传统意义上的从农业社会向工业社会的转型之外,还包括从计划经济体制向市场经济体制的转型,是一种双重的“经济转型”。这种“双重转型”为转型增加了难度。

我国的经济转型从改革开放就已经开始了,发展至今,已经到了最后的攻坚阶段。在推行经济双重转型的过程中,积累了一定的宝贵经验。有学者把这些经验概括为八个方面:体制转型是双重转型的重点;思想先行;产权改革是最重要的改革;在经济增长的同时改善民生;必须不断自主创新、产业升级;必须不断提高经济质量;城镇化是今后若干年内最有潜力的投资机会;大力发展民营经济。^①进一步推动经济转型是我国当前经济发展所面临的重要课题。

在我国当前的经济转型中,经济结构的调整十分重要,甚至比经济总量更重要。^②无论是在从农业社会向工业社会的转型,还是从计划经济体制向市场经济体制的转型,结构的调整都具有十分重要的意义。^③正如有些学者指出,经济转型是关系到我国发展全局的战略抉择;经济转型的关键是解决发展中的产业结构矛盾、需求结构矛盾、地区结构矛盾、城乡结构矛盾、收入分配结构矛盾等深层次矛盾;经济转型的核心是推进经济结构战略性调整;经济转型的必要条件是相机抉择搞好宏观调控;经济转型的根本途径是全面推进改革开放。^④

(三) 我国的经济创新问题

“经济创新”已经成为当前经济理论中普遍使用的经济学术语,然而,有关经济创新的经济学理论产生的历史并不算长。一般认为,奥地利经济学家熊彼特最早明确将创新引入经济学分析的范畴。作为早期的经济创新理论,熊彼特所指的创新是指建立一种新的生产函数,主要表现为生产要素的重新组合、新的企业组织形式以及新的商品和市场的开拓等方面。“对于创新,熊彼特给出了三个假设:一是创新往往产生于新的工厂和设备的建立或者旧设备的技术的改造;二是创新是新企业建立的一种有目的的行为;三是创新是与企业家领导能力相结合。”^⑤由此可见,熊彼特的经济创新理论主要侧重于从技术创新的角度来理解创新,其研究的范围也主要是涉及到经济增长理论、产业理论以及企业组织行为理论等方面。

随着人们对经济创新认识的逐步深入,制度方面的创新日益成为经济创新研究的重要领域。以道格拉斯·诺斯为代表的制度经济学派,从制度变迁和组织创新的角度,对经济创新进行了研究。制度经济学派注重从制度因素与企业技术创新和经济效益之间的关系来分析,强调宏观层面的制度创新是创新理论的内在本质,这是对传统经济创新理论的一种深化。

(四) 经济新常态下的经济转型与经济创新

由以上分析可以看出,无论是在国内还是国外,无论是从理论还是实践,经济转型与经济创新都不是绝对意义上的新问题。但是,在我国当前经济发展新常态下,经济转型与经济创新却比以往任何时候都具有更加特殊的意义。

由前文分析可以看出,所谓“经济新常态”,一般认为是特指我国经过三十多年改革开放的超高速发展阶段,目前已经进入到经济发展的新常态阶段,也即是中高速发展阶段,这就是所谓的“经济新常态”。很明显,“经济新常态”是相对于以往的经济“非常态”而言。虽然理论和实务界都对我国以前的经济发展方式多有诟病,^⑥但是不可否认的是,这种经济的“非常态”恰恰是经济发展的超高速阶段。同样不可否认的

①参见厉以宁《中国经济双重转型之路》,中国人民大学出版社2014年版,第2-4页。

②参见厉以宁《结构调整比经济总量更重要》,载《北京日报》2014年10月27日。

③例如,有学者在分析农业工业化问题中,牢牢抓住了“结构转换中的选择”这一核心问题。参见厉以宁等《走向繁荣的战略选择》,经济日报出版社2013年版,第137-172页。

④参见王敏《中国经济转型战略研究》,中国言实出版社2013年版,序言部分第3-14页。

⑤参见沈开艳主编《结构调整与经济发展方式转变》,上海社会科学出版社2012年版,第184-185页。

⑥例如,中共十八大报告就明确指出了我国经济发展中的一些主要问题,认为我国经济“发展中不平衡、不协调、不可持续问题依然突出,科技创新能力不强,产业结构不合理,农业基础依然薄弱,资源环境约束加剧,制约科学发展的体制机制障碍较多,深化改革开放和转变经济发展方式任务艰巨”。

是这种经济的“新常态”恰恰是对应于我国当前经济发展的中高速阶段^①,而这种经济发展速度的大幅度下滑又是一种不以人们的意志为转移的客观事实。由此观之,“经济新常态”的外在表象表现为实实在在的经济增长速度大幅度下滑。经济发展速度的下滑将会严重影响到经济与社会的方方面面,以前被超高速增长经济发展所掩盖的各种问题与矛盾将会进一步凸显,经济危机、社会危机甚至政治危机出现的可能性会进一步加大。因此,如何有效应对经济发展速度下滑所带来的负面影响是我们迫切需要面对的重大课题。

问题解决的路径在哪里?概括来讲,就是经济转型和经济创新。从中央对“经济新常态”所概括的三点基本特征来看,只有第一点也即“从高速增长转为中高速增长”是对我国经济基本现状的事实描述。第二点的特征也即“经济结构不断优化升级,第三产业、消费需求逐步成为主体,城乡区域差距逐步缩小,居民收入占比上升,发展成果惠及更广大民众”而言,实质上是在讲以调整经济结构为中心的经济转型。第三点的特征也即“从要素驱动、投资驱动转向创新驱动”实质上是在讲经济新常态下的经济驱动问题,即经济创新问题。

由以上分析可以看出,对于经济转型和经济创新的渴求,是当前经济新常态下的必然要求。当然,这种对转型和创新的客观要求,并不一定是件坏事。经济发展新常态的出现,为我国经济的顺利转型提供了良好契机,同时也对我国经济创新的力度提出了更高的要求,从长期来看,是有利于我国未来经济发展的。正如传说中的凤凰之涅槃,浴火之后方能重生,开启新的生命之门。

总之,经济转型与经济创新是我国当前经济新常态下具有高度关联性的两个重要问题,也是开创我国未来经济发展广阔路径的核心关键点。作为与我国经济发展紧密相连的部门法,经济法必须对于当前经济新常态下的经济转型与经济创新做出有效的回应,这也是本文下面所要论述的问题。

二、经济转型与经济创新对经济法的新挑战

由以上分析可以看出,在当前经济新常态下,经济转型与经济创新是紧密相连、同步推进的。而经济转型与经济创新的双重推进,则对我国经济法的理论和制度提出了全方位的新要求和新的挑战。^②这些新要求和新的挑战既有理念方面的,也有具体制度方面的;既有宏观方面的,也有微观方面的;既有中央全局层面的,也有地方局部领域的。总结起来,经济转型与经济创新对经济法的新挑战大致可以概括为以下几个方面。

(一) 对经济法理论方面的挑战

经济新常态下的经济转型与经济创新对经济法的挑战,首先体现在对于经济法理论的挑战。这种挑战是宏观性、全局性、基础性的挑战。可以说,经济转型与经济创新对于经济法实务领域中的每一项具体新需求,都是对经济法理论直接或者间接的挑战。总体来看,这些对经济法理论方面的挑战可以概括为以下三个方面。

一是经济转型与经济创新对经济法的价值和理念方面的挑战。经济法的基本价值和理念大致可以概括为对效率、公平和秩序的追求。^③但在这些基本价值之间的具体的平衡方面,仍然存在较大的弹性限度。经济新常态下的经济转型需要重新调整这些不同价值追求之间的相互关系。例如,在经济转型的特殊时期,对于公平和效率之间如何有效平衡?在经济创新过程中,对于效率和秩序之间如何把握尺度?在经济转型和经济创新中,对于经济法的引领与规范功能的界限在何处?这些在经济转型和经济创新中出现的新问题,都需要经济法在理论方面予以明确的回应。

二是经济转型与经济创新对经济法功能方面的挑战。对于经济法的功能,可以从多个方面进行理解和把握。^④经济法的功能按照其作用的领域,大致可以划分为政治功能、经济功能、社会功能、文化功

^①经济学界学者们对于未来经济的预测和判断存在一定的分歧,有学者认为我国的经济虽然不会像以前一样超高速发展,但仍然存在可观的发展潜力,未来一定时期内仍然可以实现中高速的发展;而有的学者则认为,在今后相当一段时期内,我国的经济将将在中低速徘徊。无论是何种判断,其共同之处在于,都在一定程度上否认了今后一段时期我国经济的超高速发展的可能性。

^②有关国家经济改革的大政方针对于经济法理论研究影响的研究,可参见张守文《“改革决定”与经济法共识》载《法学评论》2014年第2期。

^③有关经济法的价值与理念方面的研究和探讨,可参见史际春、邓峰《经济法的价值和基本原则刍论》载《法商研究》1998年第5期;徐孟洲《经济法的理念和价值范畴探讨》载《社会科学》2011年第1期;单飞跃《经济法的法价值范畴研究》载《现代法学》2000年第1期。

^④关于经济法功能的分析,可参见肖京《经济法的经济社会二元功能之冲突与平衡》载《法学论坛》2012年第6期。

能、生态功能等不同类别。经济转型意味着对原有格局的打破和对于新格局的确立,而经济创新同样意味着对旧格局的突破,这就必然带来经济法各项功能之间的组合与再组合。也就是说,经济新常态下的经济转型与创新,需要经济法对其以上多项功能之间的综合平衡进行更加全面、科学的顶层设计,这对经济法从功能方面提出了新需求和新挑战。

三是经济转型与经济创新对经济法理论阐释力方面的挑战。经济法理论对于经济法实践的阐释力度始终是经济法理论研究所面临的核心问题。这在当前经济新常态下的经济转型与经济创新而言,显得更加迫切和必要。经济转型和经济创新意味着一些新的经济法实践将会陆续出现,如果经济法理论不能有效对其进行阐释,经济法理论研究的价值和意义就凸显不出来。当前经济转型与经济创新的各项实践,对经济法理论研究提出了新的挑战。

以上大致列举了经济转型与经济创新对经济法理论研究的新挑战,这些新的挑战每一项都具有颠覆和淘汰现有经济法理论的爆发力。在当前经济法理论研究依然较为薄弱的情况下,如何有针对性地开展经济法基础理论的研究和创新,是整个经济法学界需要认真思考的重大课题。

(二) 对经济法固有法律属性方面的挑战

新常态下经济转型与经济创新对经济法的各种挑战,在其根源上都可以归结为对经济法所具有的固有属性的挑战。这种挑战是深层次的挑战,需要学界对经济法固有的一些法律属性进行重新定位和思考。在现实生活中,这些深层次的挑战大致表现为以下几个方面。

一是经济转型与经济创新对经济法律制度刚性的挑战。如前所述,经济转型与经济创新意味着对于现有经济制度的一种突破。因此,在经济转型和经济创新的过程中,实际上对于经济法乃至整个法律制度的“柔性”比对于“刚性”具有更大的需求,这一点已经由我国三十多年改革开放的实践活动所证明。^①然而,经济法或者说我国当前整个法律制度就其基本属性来看,“刚性”依然是其基本的法律属性。经济转型和经济创新的推进必然对经济法的“刚性”属性带来更多的挑战。

二是经济转型与经济创新对经济法律制度滞后的挑战。法律制度的滞后性也是影响当前经济转型和经济创新顺利推进的重要制度性因素。虽然立法者可以通过加强立法的前瞻性来尽量克服法律制度滞后性对于经济转型与经济创新的负面影响。但是由于立法者预测的有限性,这种所谓的“前瞻性”不可能完全满足经济转型与经济创新的实践需要。尤其是在经济创新中,由于在很多情况下“创新”本身都难以预知,因此立法者更难做到立法的前瞻性。

以上大致分析了经济新常态下经济转型与经济创新对经济法固有法律属性方面的挑战。当然,这种从根源上对经济法的法律属性方面的挑战,并不局限于经济法单一部门法的领域,在其他法律部门中也会或多或少得到一定的体现。只是由于经济法对经济转型与经济创新的作用更直接,因而这种挑战显得更为突出。

(三) 对经济法具体法律制度方面的挑战

经济转型与经济创新对于经济法具体制度的挑战是全方位、多领域的,贯穿经济法法律制度的全部内容。就其主要方面和关键领域来看,经济转型与经济创新对经济法律制度在以下几个方面和领域的挑战显得更为突出,因而很有必要专门提出。

一是互联网经济对经济法律制度的挑战。互联网经济是当前经济创新的重要形式,也是实现我国经济顺利转型的重要推手,具有广泛的适用空间。^②互联网经济是在经济发展中引入互联网工具,是对传统经济的重大革新。作为一种重要的经济创新,互联网经济不仅体现在互联网技术在整个经济的运用方面,还体现在互联网思维对于经济制度和经济管理的冲击与革新方面。

^①例如,宪法学界曾经就“良性违宪”问题进行过激烈的探讨,其核心问题还是在讲法律的“刚性”与现实生活的多变性之间的张力和矛盾。有关“良性违宪”问题的探讨,可参见郝铁川《论良性违宪》,载《法学研究》1996年第4期;董之伟《“良性违宪”不宜肯定——对郝铁川同志有关主张的不同看法》,载《法学研究》1996年第6期;韩大元《社会变革与宪法的社会适应性——评郝、董两先生关于“良性违宪”的争论》,载《法学》1997年第5期。

^②互联网经济的迅猛发展不仅体现在互联网金融等方面的广泛应用,还体现在对农业等传统经济领域的影响。例如,近些年,互联网成为农产品的经销有效途径。

二是农村经济改革对经济法律制度的挑战。以农村集体产权制度改革为核心的农村经济改革是实现我国由农业社会向工业社会转型的关键环节。我国现有的农村集体产权制度确立于改革开放初期,至今已经三十多年。当前的农村集体产权制度已经远远不能适应我国农村经济的进一步发展。在当前经济新常态下的经济转型与经济创新中,如何从经济法的角度引领和规范我国当前的农村经济体制改革,是我国农村经济实践对经济法提出的重大挑战。

三是国有企业改革对经济法律制度的挑战。国企制度改革也是我国当前经济转型与经济创新中迫切需要进行的重大革新。国企制度改革是一个久而不决的历史问题,在当前经济新常态下显得更加复杂。我国当前的经济转型与经济创新必须要对长期以来遗留的国企制度改革问题方面有全方位的突破。在整个国企制度改革中,诸多经济法问题对我国当前的经济法法律制度提出了新的挑战。

四是自贸区建设对经济法律制度的挑战。在当前世界经济一体化的背景下,加强自贸区建设不仅是实现我国经济顺利转型的关键环节,同时也是一种重要的经济创新。这种经济创新不仅体现在国际贸易领域,同时还体现在财税、金融等多个领域。自贸区的建设是我国当前经济生活中的一个重大事件,相关的经济法法律制度如何配套建设,是经济法在法律制度方面所面临的又一个重大挑战。

以上对我国当前经济转型与经济创新对经济法具体法律制度方面的挑战,进行了简要的梳理和分析。事实上,经济转型与经济创新对于经济法法律制度方面的挑战还可以表现为其他多个方面,例如经济转型与经济创新对现有经济调制手段和方式的新挑战等等,此处暂不做具体的阐述。

三、刚柔并济: 经济转型与经济创新的经济法回应

从以上分析可以看出,经济新常态下的经济转型与经济创新对我国的经济法提出了全方位的挑战,对经济法而言具有危机的意味。然而,经济法作为具有现代气息的法律部门,并不惧怕这些挑战。相反,经济法的发展历史已经并将继续证明,经济法是具有高度柔韧性和适应性的法律部门,经济制度方面的每一次挑战都为经济法的进一步发展提供了难得的历史契机。^①面对当前经济转型与经济创新带来的各种挑战和机遇,经济法应对的有效方略就是进一步强化经济法的“刚柔并济”。

(一) 经济法的“刚”与“柔”

任何理论都是对时代的回应,并将随着时代的变迁进行不断的优化与完善,唯有如此,理论才能具有长久的生命力。经济法理论也不例外。改革开放以来,虽然历经多次经济改革与调整,但经济法理论能在整个法学理论中具有一席之地,这与经济法理论始终坚持服务与经济改革的实践,注重对经济法理论与实践之间的互动有着十分密切的关系。经济法的发展历史,事实上已经验证了经济法在“刚”与“柔”方面的娴熟把握。之所以重新审视经济法的“刚”与“柔”,一方面与当前经济新常态下的经济转型与经济创新所带来的新挑战有关;另一方面也是希望能够通过对以往经济法理论与实践中的合理因素的总结,使得经济法的“刚”与“柔”形成一个较为系统化的理论,为更好地为实现经济法的“刚柔并济”提供理论的基础。

经济法的“刚”根源于其“公共”的基本属性。公法与私法的划分具有悠久的历史传统,虽然公法与私法的划分界限在近代以来的“公法私法化”与“私法公法化”历史进程中变得越来越模糊,尤其是随着“社会法”概念的兴起及其范围的不断拓展,^②公法与私法二元化的结构也在面临着严峻的挑战。但经济法就其基本属性而言,更接近于公法,^③肯定不能归入到私法的范畴,因此“私法自治”原则并不适用于经济法领域。这也是经济法“刚”性的根源之所在。因此,经济法的这种“刚”,是基于其行使经济调制权力的、具有非私法性性质的“公共属性”。

经济法的“柔”根源于其“经济性”基本属性。相较于法律而言,经济具有更强的灵活性,更能及时

^①例如,前些年经济危机为经济法理论的反思和发展起到了重要的促进作用。具体分析可参见张守文《后危机时代经济法理论的拓展》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2011年第3期;张守文《危机应对与财税法的发展》,载《法学杂志》2011年第3期。

^②关于社会法范围的相关问题,可参见张守文《社会法的调整范围及其理论扩展》,载《中国高校社会科学》2013年第1期,第135-144页。

^③关于经济法与宪法等公法之间的关系及其协调发展,可参见张守文《宪法与经济法关系的“经济性”分析》,载《法学论坛》2013年第3期;张守文《论经济法与宪法的协调发展》,载《现代法学》2013年第4期。

对于社会现实做出及时的调整。尤其是随着市场机制的逐步完善,经济的这种灵活性或者称之为“柔”的属性将会进一步得到体现。经济性是经济法的基本属性之一,也是经济法区别于其他法律部门的重要标志。经济法的经济性要求经济法必然要有一定的“柔”性,而不能一味地体现法律的“刚”性。唯有如此,才能更好地适应经济制度和实践的迅速变化,引领和规范经济的发展变化。

需要注意的是,经济法的“刚”与“柔”不是截然分开的,而是相辅相成、辩证统一、浑然一体的。如前所述,经济法的“刚”性源于其公法的基本属性,但在当前简政放权、提倡建立“服务型”政府、充分进行行政管理体制改革的背景下,“简”、“放”、“服务”这些词语实际上已经包含了“柔”的一面或者说“柔”的因素。^①同理,经济法的“柔”虽然根源于其经济性,但经济运行具有其内在的“刚”性规律,在对经济进行调制的时候,同样也不可以一味地“柔”。从这种意义上讲,经济法的“刚”与“柔”是一个硬币的两个方面,二者统一于经济法的“刚柔并济”具体实践之中。

(二) 经济法的“刚柔并济”的差异性适用

经济法的“刚柔并济”之所以能够有效应对经济新常态下经济转型与经济创新中产生的新问题,不仅因为经济法具有“刚”与“柔”的合力,同时还因为经济法的“刚柔并济”在其运用时注意到了差异适用的问题。差异适用既是经济法“刚柔并济”理论的应有之义,也是经济法“刚柔并济”理论的深入和拓展,进一步增强了经济法“刚柔并济”理论的适用性和生命力。

所谓经济法的“刚柔并济”的差异性适用,是指经济法的“刚柔并济”不仅应当体现在适用“刚”与“柔”的力度与平衡方面,还应当体现在对适用领域的差异化方面。^②也就是说,在不同的领域,经济法的“刚柔并济”的适用也应当具有差异化的特质。现实生活千变万化,因此在经济法的“刚柔并济”适用方面必须应当有“差异化”的明确意识。唯有如此,才是掌握了经济法“刚柔并济”的真正内涵,才能对经济转型与经济创新中产生的各种新问题进行有效的应对。

从经济法的不同具体领域来看,在适用“刚柔并济”时会存在较大的差异。例如,在财政税收法领域,在适用经济法的“刚柔并济”理论时就应当偏重于“刚”的一面。这是因为,财政税收具有较强的公共属性,因此应当较多地突出其“刚”性的一面。而在金融法领域,经济法的“刚柔并济”则应当偏重于“柔”的一面。这是因为,金融的公共属性不及财税,而且具有较强的创新性,因而应当对其更多地体现“柔”的一面。当然,以上只是一种大致的划分,即使是在财税领域或者金融领域内部,在具体适用的时候,同样需要考虑到“差异性”问题。例如,对于一般性金融业务的监管,应当体现出“柔”的一面,但是对于有可能产生系统性金融风险的业务,则应当更多地体现出“刚”的一面。

再以经济法的市场规制领域为例,这种差别化的“刚柔并济”依然十分明显。例如对于食品安全、生产安全等方面的市场监管,应当更多地体现出“刚”的一面;而对于其他一般商品的监管方面,则应当更多地体现出“柔”的一面。对于大企业的规制,应当较多地体现出“刚”的一面;而对于小企业的市场规制,则应当体现出“柔”的一面。对于影响到国计民生企业的监管,应当较多地体现出“刚”的一面,而对于一般性企业的监管,则可以较多地体现出“柔”的一面。

由以上分析可以看出,经济法“刚柔并济”的差异化适用理论完全可以有效应对经济新常态下的经济转型与经济创新所产生的各种问题。这是因为,无论是经济转型还是经济创新,其对经济法的根本需求是克服法律的刚性和滞后性所带来的负面影响,而经济法的“刚柔并济”的差异化适用理论恰恰能够满足这一根本需求。由此可见,经济法的“刚柔并济”差异化适用是对当前经济新常态下经济转型与经济创新的最好回应。

^①事实上,就我国近些年来法学研究的基本情况来看,恰恰是在行政法领域,较早地提出了“软法”的概念并对其进行了较为详细的论证。我国行政法学界的“软法”理论由行政法学界泰斗罗豪才教授首倡,随后罗豪才教授及其弟子又对“软法”理论进行了较为深入的研究。经济法与行政法的特殊密切联系,使得经济法理论创新可以充分借鉴行政法学界的理论。“软法”理论的核心在于强调柔性治理,强调在行政管理中充分使用协商等非传统强硬手段解决实际问题。这些都对经济法的理论研究有着重要的启示。

^②“差异性”其实也是经济法区别于民法等法律部门的一个重要标志。在民商法领域,“平等化”、“均质化”、“抽象化”是其一般原则,“差异化”的适用极为有限;而在经济法中,“差异化”既是经济法进行调制的基本前提,又是经济法进行调制的目标追求,具有普遍性的意义。

(三) 经济法的“刚柔并济”差异化适用的实例分析

“理论总是灰色的,生命之树常青。”因此,理论的有效性必须而且应当通过实践予以验证。事实上,笔者提出经济法“刚柔并济”的差异化适用理论,并非单纯基于对理论的分析 and 认识,恰恰是基于笔者对于现实生活中具体事例的调研与观察。下面就以实践中成功与失败的典型事例进行对比分析。

首先看一个正面的案例,即深圳前海经济创新与法治建设的成功经验。^①笔者于2015年7月29日就经济创新中的法律问题对深圳前海经济创新模式进行了实地调研。在调研中发现,在进行经济创新的过程中,前海管理局的成功经验就较好地体现了经济法的“刚柔并济”差异性适用原理的实用性。例如,前海片区在政策创新方面涵盖了金融、财税、法律、人才、教育、医疗、电信等多个领域,不仅在经济创新领域大力推动金融创新、行政管理改革与机构创新、土地管理制度改革创新等方面的工作,还特别突出法治方面的创新。从形式上来看,前海片区在法治创新方面的主要成就体现在建立了多元化、国际化的纠纷仲裁和调解机制,进一步加强了深港两地法治的融合与交流等方面。但就其实质与核心内容来看,是在加强财税、金融等方面法律适用的灵活性。因此,就其实质而言,与笔者所提出的面对经济创新的经济法的“刚柔并用”的差异性适用理论是高度契合的。笔者在调研中阐释了自己的核心思想,也得到了前海管理局有关人员的高度认同。

再看几个反面的案例。以近些年的房地产调控为例,从经济法的“刚柔并济”差异性适用原理来看,有关部门对于房地产的调控是违反市场规律的、过于“刚”性的调控,这使得市场供求关系严重受到扭曲,以至于出现了“调控成空调”、“越调越高”的现象。因此,房地产调控的失败也就在所难免了。再以2015年6月的股市暴跌以及之后有关部门对股市的调控为例,虽然学者们对股市暴跌的原因认识方面存在一定的差异,但不可否认的是,场外配资等金融创新是导致股市暴跌的直接原因之一。这一事件的发生可以看作经济创新对经济法挑战的一个典型案例。股市暴跌之后,有关部门对于股市的调控同样违背了经济法“刚柔并济”差异性适用原理,在应当加强监管和调控的时候失去了最佳时机。同样,从经济法“刚柔并济”原理来看,在安全监管方面,应当坚持“刚”的一面,而有关部门却未能做到,导致2015年8月12日天津港特大爆炸事故的发生,造成了严重的人员伤亡与财产损失。

以上分别通过正反两个方面的典型案例分析了经济法“刚柔并济”差异性适用原理在实践中的运用。所举实例也多为我国当前经济新常态下经济转型与经济创新中的典型问题,因而具有一定的样本意义。类似案例还可以进一步列举,这也充分体现了经济法“刚柔并济”差异性适用原理的广泛适用性。

(四) 实现经济法“刚柔并济”的长效机制之构建

由以上分析可以看出,经济法的“刚柔并济”理论是有效应对我国经济新常态下经济转型与经济创新所带来的各种挑战的重要工具,也将为我国经济法理论研究的深入提供有益的思路。因此,从理论上构建我国经济法的“刚柔并济”体系,并在实践中构建实现经济法“刚柔并济”的长效机制就显得尤为必要。总体来看,构建实现经济法“刚柔并济”的长效机制,需要从以下几个方面进行把握。

一是要构建经济法的“刚柔并济”理论体系。经济法的“刚柔并济”理论体系来源于经济法的具体实践,是为了有效应对当前经济新常态下的经济转型与经济创新中出现各种问题而进行的理论总结。笔者结合具体的调研和对现实的观察,对经济法的“刚柔并济”原理进行了初步的总结。然而,经济法的“刚柔并济”理论具有经济哲学和法哲学的双重蕴意,涵盖领域广泛,仍然需要进一步深入研究并予以完善。因此,构建科学的经济法的“刚柔并济”理论体系是实现经济法“刚柔并济”的长效机制的重要理论基础。

二是要构建经济法立法层面的“刚柔并济”机制。如前所述,当前经济转型和经济创新对于经济法律制度的根本挑战在于经济法的滞后性以及过于“刚”性的问题。构建实现经济法的“刚柔并济”的长效机制,就应当从立法层面把握好“刚柔并济”的原理,在立法中加强经济法的“刚柔并济”差异性适用,为实现经济法执法与经济法司法层面的“刚柔并济”提供立法方面的基础。

三是要构建经济法执法层面的“刚柔并济”机制。法律的生命在于实践,在经济法的执法层面构建

^①2014年12月,经国务院批准,中国(广东)自由贸易试验区设立,涵盖三个片区,即广州南沙新区片区(广州南沙自贸区)、深圳前海蛇口片区(深圳前海蛇口自贸区)、珠海横琴新区片区(珠海横琴自贸区),笔者前去调研的地方是深圳前海蛇口片区中的前海片区。

相应的“刚柔并济”机制,对于真正实现经济法的“刚柔并济”具有十分重要的意义。事实上,经济法的“刚柔并济”从其基本含义上来看就是对经济法的执法所提出的基本要求,是从规范政府与市场之间的关系的角度来强调经济法在执法的过程中能够充分把握“刚”与“柔”的平衡,以有效应对现实生活中的经济法问题。^①从这种意义上来看,经济法执法层面的“刚柔并济”机制是构建整个经济法“刚柔并济”长效机制中的核心内容。

四是要构建经济法司法层面的“刚柔并济”机制。构建经济法司法层面的“刚柔并济”机制同样具有十分重要的意义。这是因为,司法是实现公平正义的有效手段,能够在一定程度上弥补执法环节所产生的疏漏和问题。尤其是在当前经济法的司法环节缺位的现实状况下,构建经济法司法层面的“刚柔并济”机制,对于整个经济法“刚柔并济”机制的构建更是具有特殊的意义。

以上大致从四个层面对构建经济法“刚柔并济”长效机制进行了简要分析。旨在强调构建经济法“刚柔并济”长效机制的重要性及其实现路径。然而,笔者也十分清楚地意识到,“路漫漫其修远兮”,真正构建实现经济法“刚柔并济”的长效机制仍然需要理论与实践的长期积淀。

小结

如前所述,“转型”已经成为我国当前的重要社会现实,经济转型、社会转型、政治转型、文化转型、法治转型,其关键词无一不是“转型”二字。与此同时,“创新”一词也被广泛使用,经济创新、科技创新、制度创新、文化创新、法治创新、社会治理创新等词汇如雨后春笋般涌现而出,充斥着这个全新的时代。在这个特殊的转型与创新时期,经济转型与经济创新具有基础性的作用和意义。作为直接作用于经济领域的法律部门,面对经济转型与经济创新的新挑战,经济法理应在理论、制度和实践的各个层面予以恰当的回。应。

本文从经济新常态、经济转型和经济创新等经济学术语的基本内涵出发,通过对经济新常态下经济转型与经济创新的分析,抓住经济新常态的核心问题,明确经济转型与经济创新在当前经济新常态下的独特作用和意义。经济法的对于经济新常态的有效应对,关键问题是应对经济转型和经济创新性中的新问题对经济法所带来的挑战。面对经济转型和经济创新所带来的新挑战,经济法的“刚柔并济”是有效回应这些新挑战的“不二法宝”。需要注意的是,经济法的“刚柔并济”并不仅仅是一种完全抽象的理念,还要具体落实到经济法的立法、执法、司法等各个环节,注重长效机制的构建。构建经济法的“刚柔并济”长效机制应当成为今后一段时期经济法理论与制度研究的重点内容。有鉴于此,笔者对经济新常态下的经济法“刚柔并济”等相关问题进行了简要的梳理和分析,以求教于学界同仁。

Subject: Economic Restructure ,Economic Innovation and "Couple Hardness with Softness" of Economic Law

Author & unit: XIAO Jing(Institute of Law ,Chinese Academy of Social Sciences ,Beijing 100720 , China)

Abstract: In the current background of economic new normal ,economic restructure and economic innovation is the core issue of economic development in our country. New and higher requirements than before are put forward to the economic law theory and practice by the economic transformation and innovation. In the face of the challenge of the new situation and new problems put forward by the economic transformation and economic innovation ,effective responses must be given by the economic law must give in the aspect of theory and practice. Economic law has two properties of "Hardness" and "softness". Through the analysis to the related theory of economic law and the verification of concrete examples found in our real life ,we can conclude that the theory of "difference between applicable " of " Couple Hardness with Softness" of economic law can effectively respond to all sorts of problems in the economic transformation and economic innovation. In order to construct the long-term mechanism of "difference between applicable " of "Couple Hardness with Softness" of economic law ,we should start with theory system ,legislation ,law enforcement and judicial.

Key words: economic restructure; economic innovation; economic law; couple hardness with Softness

[责任编辑:王德福]

^①有关法律对政府与市场之间关系规范的研究,可参见张守文《政府与市场关系的法律调整》,载《中国法学》2014年第5期。