


JINGJI JIANGUAN JIGOU DE FALU DIWEI

# 经济监管机构的

# 法律地位

郭向军◎著



 中国金融出版社

013032239

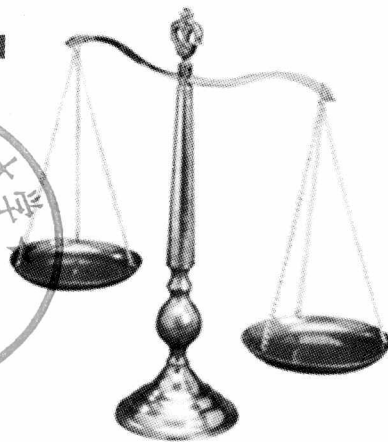
D912.29  
66

# 经济 监管机构的 法律地位

II JIANGUAN JIGOU DE FALU DIWEI

# 法律地位

郭向军◎著



北航

C1639496

 中国金融出版社

D912.29

66

0106328632

责任编辑：肖 炜

责任校对：刘 明

责任印制：陈晓川

### 图书在版编目 (CIP) 数据

经济监管机构的法律地位 (Jingji Jianguan Jigou de Falü Diwei) / 郭向军  
著. —北京: 中国金融出版社, 2013. 3

ISBN 978 - 7 - 5049 - 6614 - 8

I. ①经… II. ①郭… III. ①经济监督—组织机构—研究  
IV. ①D912. 29

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 237559 号

出版 **中国金融出版社**  
发行

社址 北京市丰台区益泽路 2 号

市场开发部 (010)63266347, 63805472, 63439533 (传真)

网上书店 <http://www.chinafph.com>

(010)63286832, 63365686 (传真)

读者服务部 (010)66070833, 62568380

邮编 100071

经销 新华书店

印刷 保利达印务有限公司

尺寸 169 毫米 × 239 毫米

印张 14.75

字数 278 千

版次 2013 年 3 月第 1 版

印次 2013 年 3 月第 1 次印刷

定价 32.00 元

ISBN 978 - 7 - 5049 - 6614 - 8/F. 6174

如出现印装错误本社负责调换 联系电话 (010) 63263947

# 序言：经济法与经济法主体理论

郭向军博士的《经济监管机构的法律地位》，是一部专题研究经济法主体理论的著作。在我本人看来，这部著作的出版意味着具有中国特色的经济法主体理论的诞生，它对我国经济法理论的发展和完善，对我国的国家治理形式改革，特别是对国家如何参与市场经济活动，以及相关的立法和司法改革具有重要的指导意义。同时，也是对世界经济法理论的贡献。作为一个长期从事经济法理论研究的学者，我应该向郭向军博士表示衷心感谢；作为他的博士指导老师，我为自己有这样的弟子感到非常欣慰，也是他师弟师妹们学习的榜样。这一经济法主体理论，目前已经在我国经济法学界产生了一定的影响，相信随着这部著作的出版，这种影响还会不断扩大，并最终成为经济法主体的核心理论。为方便读者更全面地了解郭向军博士的这部著作，这里我从经济法理论的现实状况、反思与重构和经济法主体理论的意义四个方面对我们的经济法理论进行一个简要的说明，并以此作为本著作的序言。

## 一、经济法理论的现实状况

法学是以强制手段解决社会矛盾的学问，它的直接目标是保持社会的秩序与和谐，并最终使每个社会主体的需求都能够得到最大限度的满足。因此，“法的本质是其道义价值、功利价值和实证价值的最佳边际均衡，法的具体内容应该是这三种法基本价值的最佳边际均衡点”。<sup>①</sup> 在只存在个体经济关系的条件下，法的这三种价值追求具体表现为对居民、企业等个体利益的保护，以及对行政机关整体行政利益的保护。随着经济的不断发展和社会联系的不密切，“使其内部成为一个有机联系的、周期波动的整体”，社会由个体经济社会发展成为整体经济社会。整体经济社会有许多特殊矛盾，如经济危机、垄断、公共事业，经济的高速、稳定、协调增长等。“因此，这种新型的经济和社会关系要求必须采用新型的法律制度对此进行专门调整。……这种新的法律制度体系就是经济法律制度”。<sup>②</sup> 在经济法律制度中，法的这三种价值追求具体表现为对社会整体经济利益的保护。这样，一种具有新型直接价值追求的法律体系就产生了。并

① 刘少军：《法边际均衡论——经济法哲学》，北京，中国政法大学出版社，2007。

② 刘少军：《经济本体法论》，北京，中国商业出版社，2000。



且，它还在不断发展、完善之中。

### （一）经济法本质属性理论的现状

经济法现象的产生，必须引起对经济法理论的研究。在经济法理论研究中，首要问题是对经济法本质属性的认识。就目前世界法学界来讲，对于经济法的本质属性还没有取得完全共识。在传统的大陆法系国家中，德国学者较早地对经济法进行了系统的研究，并提出了许多重要的观点。他们认为“经济法产生于立法者不再满足于从公平调停经济参与人纠纷的角度考虑和处理经济关系，而侧重于从经济的共同利益，经济生产率，即从经济方面的观察角度调整经济关系的时候……因此，经济法是组织起来的经济法律”。<sup>①</sup> 并在此基础上提出了以努兹巴姆（Nussbaum）为代表的集成说，以哥尔德斯密特（Goldschmidt）为代表的对象说，以赫德曼（Hedemann）为代表的世界观说，以卡伊拉（Geiler）为代表的方法论说和以贝姆等为代表的机能说，这些学说都从不同角度对经济法的本质属性进行了探索。

由于日本法与德国法之间的联系，日本的经济法学说也在很大程度上受到德国经济法学说的影响。但是，随着日本立法与司法实践不断发展，其理论独立性也越来越强，关于经济法的本质属性也提出了许多自己的观点。这些观点概括起来可以分为两大类，一是以垄断禁止法为核心的经济法学说，二是不以垄断禁止法为核心的经济法学说。前者如日本学者正田彬、丹宗昭信、今村成和等，他们指出：“现在的日本，把反垄断法作为经济法的核心来把握几乎已成定论。……承认反垄断法是规制经济上人性关系的法的立场，也可以说是通说。”<sup>②</sup> 后者如金泽良雄和高田源清等认为，经济法是从国民经济整体立场出发约束经济之法，是适应经济的社会调节要求的法。<sup>③</sup>

除德国、日本外，法国、比利时、荷兰、意大利、英国等国的学者也对经济法进行了一定的探索。例如，法国的 J. 阿梅尔和 G. 拉加尔等认为：“经济法的使命在于管理经济生活，尤其是管理生产和财产的流通”。比利时的 E. 谢雷克斯认为：“经济法是由国家据以对经济施加积极影响的全部法律规则组成的……它是政府当局有效地实现其经济政策的工具之一”。荷兰学者使用的是“社会经济法”的概念，以表明它组织经济是从全部社会活动着眼，而不是从企业着眼。意大利使用的则是“经济的法”的概念，如卡塞塔认为，经济的法主要涉及政府部门在经济领域的活动，是经济公法。在英美法系国家，虽然没有

① [德] 拉德布鲁赫著，米健、朱林译：《法学导论》，北京，中国大百科全书出版社，2003。

② [日] 正田彬：《经济法》，日本评论社，1980。

③ [法] 阿莱克西·雅克曼、居伊·施朗斯著，宇泉译：《经济法》，北京，商务印书馆，1997。  
[日] 金泽良雄著，满达人译：《经济法概念》，兰州，甘肃人民出版社，1985。[日] 丹宗昭信、厚谷襄儿编，谢次昌译：《现代经济法入门》，北京，群众出版社，1985。

类似经济法的概念，但这并不表明它们没有相应的法律和法学思想。“如果要求一个英国法学家下一个定义，他可能会说，经济法包含管理国家在商业、工业和金融领域进行的干预。传统商法与经济法之间的主要区别，在于它们对经济活动的基本态度……因此，经济法介于商法和行政法之间；经济法和商法共同关心经济事务，又和行政法共同关心管理方法”。<sup>①</sup>在美国，“布兰代斯的诉讼要点是用统计学、经济学和受过其他训练的专家，取代照本宣科的法官……亚当·斯密‘无形的手’已经被政府及其机构所确定的日益增多的‘公共利益’所取代”。<sup>②</sup>

我国对经济法的研究时间虽然比较短，但理论和实践相对比较深入，特别是在理论研究上，取得了非常丰富的研究成果。比较早期的经济法学说主要包括综合经济法论、纵向经济法论、经济行政法论、纵横经济法论和学科经济法论。<sup>③</sup>目前，比较有代表性的经济法学说主要包括协调经济关系说、管理与协作关系说、国家干预经济关系说、国家调节经济关系说，以及在此基础上总结的调节与规制说等。<sup>④</sup>其中，协调经济关系说认为，经济法是调整国家协调经济运行过程中发生的经济关系的法律规范的总称。<sup>⑤</sup>管理与协作关系说认为，经济法的调整对象是在经济管理和经济协作过程中发生的经济关系。<sup>⑥</sup>国家干预经济关系说认为，经济法是调整需要由国家进行干预的经济关系的法律规范的总称。<sup>⑦</sup>国家调节经济关系说认为，经济法的调整对象是因国家经济调节而引起的一种国家经济管理关系。<sup>⑧</sup>调节与规制说则认为，经济法的调整对象就是国家在对市场经济进行宏观调控和市场规制的过程中所发生的经济关系。<sup>⑨</sup>这些学说基本上代表了我国目前经济法的主流观点。

## （二）经济法内部结构理论的现状

经济法的本质属性理论，决定了经济法的内部结构理论。由于对经济法本质属性的认识不同，在此理论指导下所构建的经济法内部结构也不完全相同。协调经济关系说认为，经济法的内部结构应由经济法主体、市场管理法、宏观调控法和社会保障法构成。管理与协调关系说认为，经济法的内部结构由企业法、市场运行法和宏观调控法构成。国家干预经济关系说认为，经济法的内部

① [法] 阿莱克西·雅克曼、居伊·施朗斯著，宇泉译：《经济法》，北京，商务印书馆，1997。

② [美] 伯纳德·施瓦茨著，王军译：《美国法律史》，北京，中国政法大学出版社，1997。

③ “中国经济法诸论”编写组：《中国经济法诸论》，北京，法律出版社，1987。

④ 程信和：《改革开放30年中国经济法发展报告》，中国法学会经济法学研究会，2008。

⑤ 杨紫烜：《经济法调整对象新探》，载《经济法制》，1994（2）。

⑥ 杨紫烜、徐杰：《经济法学》，北京，北京大学出版社，1999。

⑦ 李昌麒：《经济法——国家干预经济的基本法律形式》，成都，四川人民出版社，1995。

⑧ 漆多俊：《经济法基础理论》，武汉，武汉大学出版社，1996。

⑨ 张守文、于雷：《市场经济与新经济法》，北京，北京大学出版社，1993。

结构由经济组织法、市场调控法、宏观经济调控法和社会分配调控法构成。国家调节经济关系说认为,经济法的内部结构由反垄断和限制竞争法、国家投资经营法、宏观调控法构成。<sup>①</sup>由以上可见,我国理论界对经济法的内部结构既有一定的共识,也存在着严重的分歧。“长期以来,在经济法学理论中,除了达成共识的市场规制法和宏观调控法之外,对制度体系中其他部分存在不同的认识,理论框架和边界较为模糊”。<sup>②</sup>

在已经基本上达成共识的市场规制法(学术界的称谓并不完全一致)中,有学者认为应该包括,竞争法律制度、消费者权益保护法律制度、产品质量法律制度和特别交易监管法律制度。有学者认为应该包括反不正当竞争法律制度、产品质量法律制度、消费者权益保护法律制度、证券法律制度、票据法律制度、房地产法律制度、工业产权法律制度和合同法律制度。有学者认为应该包括,反不正当竞争与反垄断法、消费者权益保护法、产品质量法和工业产权法。还有学者认为应该包括反不正当竞争法、反垄断法、消费者权益保护法和市场职能管理法。<sup>③</sup>由以上可见,尽管学者们也存在一定分歧,在这方面还是有一定共识的。“经济法学界一般认为,市场监管是现代市场经济的又一部分,……市场监管法作为经济法的另一个重要组成部分,在经济法学界亦已得到公认”。<sup>④</sup>

在已经基本上达成共识的宏观调控法(学术界的称谓并不完全一致)中,有学者认为应该包括计划和统计、产业、投资、国有资产管理,自然资源管理、能源管理、财政、税收、金融、价格、会计、审计、注册会计师和对外贸易法律制度。有学者认为应该包括计划和统计、固定资产投资、税收、银行、价格、会计和审计、计量和标准化,以及自然资源和能源法律制度。有学者认为应该包括产业结构调整法,计划、投资、国有资产管理法,银行法、票据法、证券法、保险法、劳动法、环境法,以及自然资源法和对外贸易管理法。还有学者认为应该包括自然资源法、中央银行法、银行业监督管理法、财政预算法、税法、计划法和价格法。<sup>⑤</sup>由以上内容可见,在宏观调控法上学者们也达成了一定

<sup>①</sup> 杨紫烜:《经济法》,北京,北京大学出版社、高等教育出版社,2000。杨紫烜、徐杰:《经济法》,北京,北京大学出版社,1999。李昌麒:《经济法学》,北京,中国政法大学出版社,1997。漆多俊:《经济法基础理论》,武汉,武汉大学出版社,1996。

<sup>②</sup> 岳彩申、李永成:《中国经济法学三十年发展报告》,中国法学会经济法学研究会,2008。

<sup>③</sup> 杨紫烜:《经济法》,北京,北京大学出版社、高等教育出版社,2000。杨紫烜、徐杰:《经济法》,北京,北京大学出版社,1999。李昌麒:《经济法学》,北京,中国政法大学出版社,1997。王保树:《经济法原理》,北京,社会科学文献出版社,2004。

<sup>④</sup> 程信和:《改革开放30年中国经济法发展报告》,中国法学会经济法学研究会,2008。

<sup>⑤</sup> 杨紫烜:《经济法》,北京,北京大学出版社、高等教育出版社,2000。杨紫烜、徐杰:《经济法》,北京,北京大学出版社,1999。李昌麒:《经济法学》,北京,中国政法大学出版社,1997。王保树:《经济法原理》,北京,社会科学文献出版社,2004。

的共识。“宏观调控法作为经济法的一个重要组成部分，在经济法学界已得到公认”。<sup>①</sup>

## 二、经济法理论反思与重构

经济法理论的发展，在我国经历过三个主要时期。第一时期为综合经济法思想时期，它的核心理论是前苏联法学家拉普捷夫的纵横经济法理论，“调整横向经济关系和垂直经济关系规范，组成一个统一的法律部门——经济法”。<sup>②</sup>这与我国当时实行的“有计划的商品经济”体制是一致的。第二时期为经济学理论替代时期，随着我国“市场经济体制”的确立和外国民商法理论的引进，综合经济法理论难以自圆其说、面临着严峻的挑战，不得不以“宏观经济学”理论进行应战，这一时期有代表性的经济法理论使用的都是宏观经济学理论和术语。虽然后期加入了“规制”这一概念，但其核心思路仍然是宏观经济学的。目前，我国的主流经济法理论就是这种理论。第三时期为实践总结与反思重构期，这一时期随着我国经济法律制度框架的不断形成和经济法学者们法学功底的日益深厚，特别是法哲学水平的提高，以及对20世纪60年代以后世界新的法哲学思想的消化吸收，一些中青年学者开始以现实的经济法律规范为基础，从法哲学的角度反思传统的经济法理论，提出了以“整体经济利益”为法学价值追求的一种全新的相对完整的经济法理论体系。

### （一）经济法本质属性理论反思与重构

经济法作为一种法律事实，已经得到世界大多数国家，特别是大陆法系国家的承认。在我国目前已经没有学者否认经济法的存在，事实上随着主要体现经济法思想的法律制度的不断出现，也不允许任何学者作出违背法律事实的判断。但是，目前学术界关于经济法本质属性的认识却并没有得到普遍的认同，在目前对经济法本质属性的认识中，有以下几个问题是难以解决的。第一，经济法理论是否能够与传统的法学理论相容，即经济法理论是否可能存在于传统法学理论中。第二，传统法学理论是否能够反映目前世界各国的立法事实，即传统法学理论能否解释现存的法律制度。第三，当代法学理论研究的起点应该从哪里开始，在起点处目前应该有几种独立的法律思想。第四，法学理论是法律文件的总结，还是对现有法律文件的补充。第五，纯粹独立的经济法理论是存在于法学理论上的，还是存在于具体法律文件中的，是否有可能存在一个纯粹经济法的法律文件体系。第六，经济法本质属性应该如何概括，现有的经济法概念是否是对其实质属性的概括，是否反映了其法学的本质。

<sup>①</sup> 程信和：《改革开放30年中国经济法发展报告》，中国法学会经济法学研究会，2008。

<sup>②</sup> 中国人民大学苏联东欧研究所编译：《苏联经济法论文选》，北京，法律出版社，1982。

在目前世界的法学理论中，同经济法直接相关的是市民法（或民商法）和行政法理论。在市民法和行政法理论中，传统法学理论事实上是以主体的形式地位，作为基本的部门法划分标准的。“由法律规范的社会关系可分为两类：一是双方有平等地位的人之间的关系；一是双方不具有平等地位的人之间的法律关系。……凡属于调整平等主体间的社会关系的法律规范，均为民法规范”；<sup>①</sup>行政法的调整对象是不平等主体之间的公共行政关系。公法是“有关罗马国家的稳定”，私法“涉及个人的福利”。<sup>②</sup>由此形成了一个完全封闭的理论体系，它已经将社会中的全部主体关系包括，不可能再加入任何其他的主体关系。在这一理论前提下，经济法是可能存在的，我们不可能在平等与不平等之间加入任何主体关系。因此，经济法理论与传统的法学理论是不相容的，我们不可能在传统法律理论的基础上建立起经济法的理论体系。“经济法是新兴的法律科学，它不是某种原有法律思想的延伸或扩展，也不是某种法律思想的发展阶段，而是为调整社会整体经济关系产生的新的法律思想，这种法律思想在本质上同任何原有法律思想都是不相容的。因此，必须建立新的法律制度体系和相应的法学理论体系”。它“是法学思想和法学理论进入新时代的重要标志”。<sup>③</sup>

将主体分为平等与不平等的两极不能说不是一种社会的进步，“人们尽可以在力量上和才智上不平等，但是由于约定并且根据权利，他们却是人人平等的”。<sup>④</sup>这在反封建的时代具有重要义务，实现了人类“从身份到契约”的转变。<sup>⑤</sup>但是，社会进步是不能停滞不前的，它要求我们在此基础上更加关心主体的不平等，“机会的平等仅意味着一种使较不利者在个人对实力和社会地位的追求中落伍的平等机会”。<sup>⑥</sup>在法律面前人人平等的最终结果，必然使得民法成为“强者手中一个可怕的武器，弱者手中一个糙钝的工具”，<sup>⑦</sup>使法律成为不公平和不正义的制造者。“在法律上承认个体地位平等是历史的进步，承认个体地位的不平等是历史的又一次进步”。<sup>⑧</sup>违反“愿望的道德”，“并不单纯导致坏的法律制度，而是导致一个根本不宜称为法律制度的东西”。<sup>⑨</sup>在现实生活中，主体之间至少在个体能力、经济能力和行政能力上是绝对不平等的。并且，事实上如果我们仔细研究一下现行法律就会清楚地看到，简单的主体平等与不平等这一

① 教育部高等教育司：《民法》，北京，高等教育出版社，2001。

② [意]彼德罗·彭梵得著，黄风译：《罗马法教科书》，北京，中国政法大学出版社，1992。

③ 刘少军：《经济本体法论》，北京，中国商业出版社，2000。

④ [法]卢梭著，王运成译：《论政治经济学》，北京，商务印书馆，1962。

⑤ [英]梅因著，沈景一译：《古代法》，北京，商务印书馆，1959。

⑥ [美]约翰·罗尔斯著，何怀宏等译：《正义论》，北京，中国社会科学出版社，2003。

⑦ [德]罗尔夫·克尼佩尔著，朱岩译：《法律与历史》，北京，法律出版社，2003。

⑧ 刘少军：《法边际均衡论——经济法哲学》，北京，中国政法大学出版社，2007。

⑨ [美]富勒：《法律的道德性》，耶鲁大学出版社，1977。

原则，在当代社会的具体法律制度中早已经不存在了。当代法律制度中的任何主体都是一种混合主体，它们都既有相对平等的一面也有相对不平等的一面；当代社会的法律制度中既没有绝对的平等主体，也没有绝对的不平等主体，这已经成为具体法律制度的现实。<sup>①</sup> 因此，以主体地位的平等与不平等作为划分法律部门的依据已经同现实的法律制度相违背，我们不可能用一个“违法”的理论来解释法律。

既然主体的平等与不平等不能作为划分法律部门的起点，那么我们就必须为法律部门的划分重新找到一个科学的起点。法是人类创造的用以调整社会关系和规范社会行为的规范体系，是人类高度理性的目的行为。因此，法的首要问题是目标问题。耶林指出“目的是全部法的创造者，每条规则的产生都源于一种目的，即一种事实上的动机”，“法是以强制作为保障的社会目的体系”。<sup>②</sup> 因此，法学的研究起点只能是法的目标或者目的，离开了法的目标或者目的研究法学就会使法学研究失去正确的方向，也不可能得出符合社会要求的正确的结论。这一认识是与我国现行立法相一致的，从我国目前的具体法律制度来看，我国的任何一部具体法律都在第1条中非常明确地表明立法目的，目的是我们进行任何法律思考的起点。“法规范始终在追寻特定目的，……目的性思考是由目标出发的思考；它同时也是一种由较高位阶的总体出发所作的思考”。<sup>③</sup> “因此，研究法部门的划分标准必须从法的价值目标开始，只有以法的价值目标为起点来研究法部门的划分，才能使法的部门划分与法的本质结合起来，才能使法的部门划分与真正的法学研究结合起来，才能使法学研究真正同司法实践结合起来，使其成为指导法学研究和司法实践的准则”。人的行为目标起源于人的社会需要，法的目标也必然起源于这些需要，毕竟法是为了更好地满足人类的需要而产生的。在当代社会，“从需要满足的法律属性上来看，可以将需要与满足的关系分为个体基础性需要和整体公共性需要。……整体公共性需要主要包括两个方面，一是整体生活环境性需要，二是整体财产性需要”。<sup>④</sup> 因此，在法学研究的起点上，可以有三个基本独立的目标，并由此形成三种独立的法律思想，这三个基本独立的目标应该是市民法、行政法和经济法的基本的价值观，其他法学价值观都是在这三个起点上形成的，是从生的而不是原生的价值观。

既然市民法、行政法和经济法理论应以当代人类社会的三个基本价值目标

① 刘少军：《法边际均衡论——经济法哲学》，北京，中国政法大学出版社，2007。

② 吕世伦、谷春德：《西方政治法律思想史》（下），沈阳，辽宁人民出版社，1988。

③ [德]卡尔·拉伦茨著，陈爱娥译：《法学方法论》，北京，商务印书馆，2003。

④ 刘少军：《法边际均衡论——经济法哲学》，北京，中国政法大学出版社，2007。



为起点，“以此为依据，法的本体类型应该划分为<sup>①</sup>：市民本体法、行政本体法和经济本体法。<sup>②</sup>其中，市民本体法是以满足得到社会普遍承认的个体基础性需要为价值目标，调整不同社会个体之间的需要与满足关系的社会强制性行为规范。行政本体法是以充分满足得到社会普遍承认的公共生活环境需要为价值目标，调整不同社会范围内整体生活环境的需要与满足关系的社会强制性行为规范。经济本体法是以充分满足得到社会普遍承认的整体性社会财富创造能力需要为价值目标，调整不同社会范围内整体社会财富创造能力需要与满足关系的社会强制性行为规范。它们是社会需要与满足关系的集中体现。”<sup>③</sup>当然，这样也会产生一个新的矛盾，即法学理论与法律的关系，它是法律文件的总结还是法律文件的补充。在现实生活中，法不同于法律，法在其最终本质上是其道义价值追求、功利价值追求和实证价值追求的最佳边际均衡点，而法律则是指具体的法律文件，法律文件是反映社会需要的法学理论的法律化，法学理论是法的重要组成部分，它是对法律文件的补充而绝不仅仅是对法律文件的简单总结。“罗马法的智慧并非建立在对概念的逻辑提炼上，而是铸造概念服务于实践目的，……法律的最高需要是服务于社会目的”。<sup>④</sup>“应当永远记住，正义总是存在于个别的案件中”。<sup>⑤</sup>

由以上可见，法与法律并不是同一个概念，法学价值观的不同，法学理论的区别并不能等同于法律文件的分类；无论是市民法、行政法还是经济法，它们的绝对独立都只能是法学理论上的，而不可能是具体法律文件上的，更不可能是司法实践中的；无论是市民法、行政法还是经济法，都不可能有一个纯粹独立的法律文件体系。在现实生活中，也不存在任何一部完整的市民法、行政法或者经济法。在大陆法系的国家中，虽然多数都存在“民法典”，但它并不是市民法的全部内容。随着各种限制民事权利的法律文件不断出现，传统市民法中的主体理论、财产理论和行为理论都已经发生了非常大的变化，甚至“社会本位”都已经成为民法的基本原则。<sup>⑥</sup>“在所有西方国家，包括房屋在内的社团、商业的和工业的财产，正日益受行政法的调整，而个人所有者未经政府的许可，则几乎不能种植一棵树或扩建他的厨房”。“同一法律秩序内存在众多法律管辖

① 考虑到责任法具有自己独立的法学价值目标和哲学思想，在本人的著作中将传统的实体法区别为本体法和责任法。其中，“本体法是国家为调整各种社会关系而制定和实施的本源性法律规范的总称，它规定的是社会各主体之间的各种合理的社会关系，是国家所期望实现的社会关系状况。”参见刘少军等著，《经济本体法论》，北京，中国商业出版社，2000。

② 刘少军等：《经济本体法论》，北京，中国商业出版社，2000。

③ 刘少军：《法边际均衡论——经济法哲学》，北京，中国政法大学出版社，2007。

④ W. Friedman, *Legal Theory*, Columbia University Press, 1967.

⑤ [美]罗斯科·庞德著，唐前宏等译：《普通法的精神》，北京，法律出版社，2001。

⑥ 王卫国：《民法》，北京，中国政法大学出版社，2007。



权和法律体系”。“无论是在理论上还是在实践上，20世纪的法律都越来越不被看做一个连贯一致的整体、一个体系和一个法令大全了，而越来越被视为一盘大杂烩，一大堆只是由共同的‘技术’连接起来的支离破碎的特殊判决和彼此冲突的规则”。<sup>①</sup>因此，在当代社会我们不能再希望有一个完整的部门法的法律文件体系。按照法价值目标“有些法律文件可能同时属于几个法律部门，即使是其中的某些条款有时也可能涉及几个法律部门”。<sup>②</sup>但是，市民法、行政法和经济法的价值追求是完全独立的，我们完全有能力建立起它们的独立的理论体系，以弥补法律文件的不足。

目前主流的经济法概念，本人认为都不是对经济法本质属性的概括，而是对经济法现象的描述，这种描述存在以下几个问题。第一，它们与市民法、行政法没有共同的起点，它们不是在同一逻辑和语境下的理论，使经济法难以与相关法律部门产生共同语言，进而难以同整个法学体系相融合。第二，它们与市民法、行政法不是相互独立的原生的具有同一起点的能够覆盖全部法律关系的理论，不能直达当代社会的三种基本的社会需要和三种基本的价值目标。第三，它们既不能解决经济法自身的问题，也不能解决市民法和行政法在当代社会所面临的理论困境，是一种只顾自己不顾他人的理论，这种理论是不可能得到法学界的普遍认同的。第四，它们仍然是以法律文件分类为出发点的理论，这种理论目前不仅在经济法即使在市民法和行政法那里也是行不通的。第五，语言表达非常不严谨，特别是没有注意同市民法和行政法的对应关系；无论是“协调经济关系”、“管理与协作关系”、“国家干预经济关系”，还是“国家调节经济关系”，都存在这一问题。国家是国际法的基本主体，政府是行政法的基本主体，协调、管理、协作、干预、调节等在法学中难以进行明确的界定，多数市民法和行政法行为中都有协调、管理、协作、干预、调节的成分，这些表达本身就难以同市民法和行政法形成明确的区分。产生这一现象的原因是对经济法本质属性没有清楚的认识，仅能用经济学语言对经济法现象进行表面化的描述，没有能够清楚地认识到“它的产生不是对传统法学理论的补充，而是对传统法学理论的颠覆，它意味着必须对整个法学理论体系进行整体性的重新整合，这是社会发展的必然要求，也是法学理论发展的必然要求”。<sup>③</sup>

传统法学理论本身就存在着认识上的严重错误和问题，它是特殊历史时期对某些问题过分强调所导致的。这些错误总结起来主要包括两个方面：一是过分强调主体的平等，所谓“在法律面前人人平等”。二是强调法的实证性，所谓

① [美] J. 伯尔曼著，贺卫芳等译：《法律与革命》，北京，中国大百科全书出版社，1996。

② 刘少军等：《经济本体法论》，北京，中国商业出版社，2000。

③ 刘少军：《法边际均衡论——经济法哲学》，北京，中国政法大学出版社，2007。

“法官不许造法、法官不许沉默”。主体平等是资产阶级革命的思想武器，对法律文件确定性的强调反映了当时社会理性的狂妄和对法官腐败的憎恶。但是，必须承认这种认识是片面的、不完整的，这种片面的理想经过几十年的发展就出现了严重问题，并受到法理学界的挑战，并最终被证明是存在严重错误的。到20世纪60年代以后，法哲学界已经普遍放弃了“主体平等”和“法官不许造法”的信条，只是法律实务界面对着已经构建起来的宏伟的“实证主义比萨斜塔”不肯进行解构，经济法律现象的出现和经济法理论的产生应该是导致这一斜塔倒塌的最后力量，它使原来被分解的法律体系重新得到融合，使人们重新找到法律部门划分的根本标志，即法的价值追求。市民法以个体利益为价值追求，行政法以整体行政利益为价值追求，经济法以整体经济利益为价值追求。它是法本质属性的重新揭示，是法学统一性和相对独立性的具体体现。

### （二）经济法内部结构理论反思与重构

通过上面的分析我们看到，经济法首先是一种法学价值观，是一种法学所要追求的目标而不是某一个或某一些法律文件，它只有在理论上才能完全独立于市民法和行政法，而不可能在法律文件上完全独立于市民法和行政法。在我国目前比较有代表性的经济法理论中，由于对经济法本质属性的认识不够清楚，特别是没有对经济法在法哲学的层面上进行深入研究，所得出的经济法结论也难以被法学界所接受。在此理论指导下所形成的经济法内部结构理论也难以得到社会的普遍承认，甚至难以自圆其说。经济法内部结构理论应具体分为，法哲学意义上的内部结构和本体法意义上的内部结构。前者是关于经济法主体、客体、行为、责任和程序上的内部结构，后者是关于经济法具体部门构成的内部结构，它们共同构成经济法的内部结构问题。从法哲学上来看，经济法应该有相对独立的主体、客体、行为、责任和程序。但是，这种独立只是相对意义上的，不可能是绝对意义上的。

#### 1. 法哲学意义上的反思

经济法主体是指在经济法理论中，集中代表经济本体法价值目标的法律主体。在我国目前比较有代表性的经济法理论中，经济法的主体主要包括，“国家经济管理主体、企业、特殊企业”，<sup>①</sup>或者经济行政机关、经济组织、事业单位、社会团体和公民（自然人）。<sup>②</sup>“经济法学界一般认为，经济法律关系的主体（可简称为经济法主体）是多元的，包括国家（政府）、经济管理主体（可简称为管理主体）、市场经济活动主体（可简称为市场主体），此外还有市场中介组

<sup>①</sup> 杨紫烜：《经济法》，北京，北京大学出版社、高等教育出版社，2000。

<sup>②</sup> 王保树：《经济法原理》，北京，社会科学文献出版社，2004。

织。”<sup>①</sup> 这里需要特别注意的是，这些主体不是经济法所特有的，它与传统市民法和行政法的主体是重叠的，以此理论只能说明经济法与市民法和行政法的相关性，并不能说明经济法与市民法和行政法的独立性。因此，这一经济法主体理论是不成立的。本人认为，主体不是划分法律部门的标志，划分法律部门的核心标志应是其价值目标。对经济法主体的认识应包括普遍性和特殊性两个角度，从普遍性上来看，“经济法主体与其他法主体一样，并不是特殊的主体，而是普遍的法主体……经济法所改变的不是法主体本身，而是法主体自身的权利（权力）义务（职责）关系的组合”。从特殊性上来看，经济法的特有主体是整体经济利益监管主体，它是当代社会的第四类主体，是相对独立于立法机关、司法机关和行政机关的主体。“它的主要职责是依据法律授权，监督社会个体执行维护整体经济利益法律规范的情况，发现有损害整体经济利益的违法行为，依法追究行为主体的法律责任”。<sup>②</sup> 经济监管主体在任何国家都是客观存在的，它们的法律性质和法律地位都有别于传统的法律主体，是经济法有代表性的主体。但它在执行具体的监管职能，特别是管理职能时，也具有一定的行政主体色彩。“社会是多重性、非集权性的，因此，不能由一种单一的主权意志来表达，就像个体不能完全被一种单一关系所代表一样”。<sup>③</sup>

经济法客体是指在经济法理论中，集中代表经济本体法价值目标的财产（从法哲学的角度看，“法关系应是主体—客体—行为结构的，而不是主体—客体—内容结构的”<sup>④</sup>）。“在法学上构成财产必须同时满足两个基本条件，一是财产的客体条件，它必须是独立于或相对独立于主体之外的客体；二是财产的主体条件，它必须是主体享有财产权的客体。”<sup>⑤</sup> 在我国目前的代表性经济法理论中，从来没有系统的经济法财产理论，这主要是由于目前的经济法理论主要是法律文件的划分理论，我国目前还没有专门的经济法意义上的财产法律文件。因此，经济法财产基本上不存在于经济法学者视野中。但是，财产不仅是客体，它同时还是主体的权利，不可能不存在从整体经济利益的角度设定财产权利（权力）义务（职责）的法律规范，经济法必然存在财产问题。本人认为，对经济法客体的认识也应该包括普遍性和特殊性两个方面。从普遍性上来看，“财产法律制度，作为不同法价值目标的财产客体交点，体现的是所有社会价值目标对财产的不同方向的要求，是市民法、行政法、经济法中所主张的各种财产权利（权力）义务（职责）关系的组合”。我们承认财产在法律体系中的普

① 程信和：《改革开放30年中国经济法发展报告》，中国法学会经济法学研究会，2008。

② 刘少军：《法边际均衡论——经济法哲学》，北京，中国政法大学出版社，2007。

③ [澳]约瑟夫·A·凯米莱里等著，李东燕译：《主权的终结？》，杭州，浙江人民出版社，2001。

④ 刘少军：《法边际均衡论——经济法哲学》，北京，中国政法大学出版社，2007。

⑤ 刘少军、王一轲：《货币财产（权）论》，北京，中国政法大学出版社，2009。

遍性，也并不能否认它在权利（权力）义务（职责）关系组合上的特殊性，否认其经济法属性。“因此，我们在承认经济法财产关系普遍论的前提下，还必须承认存在着特殊的主要由经济法调整的财产关系领域”。“经济法所调整的特殊财产主要是货币财产和政府财产”。<sup>①</sup> 在这两类财产中，“私法应作为‘经济法’融入到较大范围的经济调控之中”。<sup>②</sup>

经济法行为是指在经济法理论中，集中代表经济本体法价值目标的行为。由于目前具有代表性的经济法理论从来不从法哲学的层面上研究经济法，也就没有提出系统的经济法行为理论，仅是套用传统法学理论中的法律关系理论来论述经济法行为。认为“经济法律关系的客体就是主体的权利与义务所指向的行为”，这种行为具体包括，“作为与不作为”，“管理行为和接受管理行为”。<sup>③</sup>事实上，只有行为规范才是法律关系的客体，行为本身不可能成为法律规范的客体。在现实生活中，法学意义上的行为就应该是所有受法评价的行为，而不应是特指法律规范中所特别规定的行为。并且，受法所评价的行为是指主体的行动，它不可能成为法的客体。从普遍性的角度来看，“某主体的法行为既可能产生市民本体法方面，也可能产生行政本体法方面，还可以产生经济本体法方面的相应权利（权力）义务（职责），法行为是市民法、行政法和经济法上的权利（权力）义务（职责）的综合”。试图将其行为绝对地分为市民法行为、行政法行为或经济法行为是徒劳的，也是不符合任何国家现行的法律规范的。但是，承认法行为的普遍性并不是完全否认其特殊性，“某些法行为可能同某法价值目标之间的联系比较密切，某类法规范中主要调整某法行为的规则可能比较多，某类法规范中主要调整某法行为的规则可能比较少”。“经济法所调整的行为范围，主要是与整体社会财富创造能力直接相关的行为”。“经济法所调整的特殊行为主要是产业行为、金融行为、财政行为和市场行为”。<sup>④</sup>“我的目的构成规定我的行为的内容”，<sup>⑤</sup>任何行为都产生于一定的目的，而“不是没有自觉的意图，没有预期的目的”。<sup>⑥</sup>

责任法是对不履行具有法律效力的本体法义务（职责）而必须承担的强制性不利后果，在我国目前有代表性的经济法理论中，对经济法责任理论没有系统性的研究，对是否存在独立的经济法责任并没有形成统一的结论。在本人看来，经济法责任也应从普遍性和特殊性两个方面进行思考。从普遍性的角度来

① 刘少军：《法边际均衡论——经济法哲学》，北京，中国政法大学出版社，2007。

② [德] 罗尔夫·克尼佩克著，朱岩译：《法律与历史》，北京，法律出版社，2003。

③ 王保树：《经济法原理》，北京，社会科学文献出版社，2004。

④ 刘少军：《法边际均衡论——经济法哲学》，北京，中国政法大学出版社，2007。

⑤ [德] 黑格尔著，范扬、张企泰译：《法哲学原理》，北京，商务印书馆，1961。

⑥ 《马克思恩格斯全集》第21卷，北京，人民出版社，1965。

看，由于“任何本体法部门都没有绝对独立的法主体……施加于主体之上的责任也就不可能是完全独立的。另外，能够影响主体行为的主要是责任类型，但无论是人身责任、财产责任还是行为责任，……都能够起到规范法主体行为的作用。……不仅市民法不可能有特殊的责任形式，行政法也不具有绝对独立于其他部门的特殊责任形式，经济法也同样不具有其绝对独立于其他法部门的特殊责任形式。责任法是统一的，经济法上的责任只是这个统一的责任法中的一个方面”。<sup>①</sup>但是，“经济法是以社会整体经济利益作为其保护的核心价值，这种价值目标不可能不具有其责任法上的特殊规定性，经济法责任的特殊性主要表现在责任类型、归责原则和责任程度三个方面。在责任类型上，“经济责任法和市民责任法主要采用的是补偿性财产责任”；在归责原则上经济法主要采取的是“客观损害原则和成本比较原则”；经济责任法的核心特征体现在责任程度上，经济法在确定责任程度时“所要求的责任程度必须以能够预防不再出现这样的行为作为限度，它们首先关心的是责任程度的预防效果，其次才会考虑这种责任程度对该主体是否公平合理”<sup>②</sup>，它是否补偿了被侵害的整体经济利益，它的补偿标准是对整体经济利益的损害程度。“以儆效尤作为首要目的，……此外还有三种次要的目的，即改过自新、使之无能和补偿”。<sup>③</sup>

诉讼程序法是主体违反本体法所应承担法律责任的确认程序，在我国目前具有代表性的经济法理论中，对经济法程序理论没有系统性的研究，对是否存在独立的经济法程序并没有形成统一的结论。在本人看来，为了保证不同法所追求的价值目标的实现，应“将程序法具体划分为市民程序法、行政程序法、经济程序法和刑事程序法。将市民程序法确定为个体利益主体之间的非刑事诉讼程序，将行政程序法确定为个体利益主体与整体行政利益主体之间的非刑事诉讼程序，将经济程序法确定为整体经济利益主体与个体利益主体之间的非刑事诉讼程序，将刑事程序法确定为以身体责任为基础的诉讼程序。同时，在这些程序法中，不再强调主体之间的法律地位，而是强调主体之间的实际地位，并按照主体之间的实际地位按比例分配提供证据责任和说服责任，从而形成适合当代社会关系需要的程序法体系，最终为实现不同法的最高价值目标服务”。<sup>④</sup>经济程序法并不是经济法学者的主观愿望，而是经济法实践的客观要求。既然经济法具有自己的特殊价值目标，它就必然有自己的特殊法律主体（即经济监管主体），既然有自己特殊的监管主体，就有自己特殊监管的客体和行为，并由

① 刘少军：《法边际均衡论——经济法哲学》，北京，中国政法大学出版社，2007。

② 刘少军：《法边际均衡论——经济法哲学》，北京，中国政法大学出版社，2007。

③ [英]边沁著，时殷弘译：《道德与立法原理导论》，北京，商务印书馆，2002。

④ 刘少军：《法边际均衡论——经济法哲学》，北京，中国政法大学出版社，2007。



这就必然产生特殊的法律责任，最终为保证整体经济利益目标的实现就必须采取特殊的责任确认程序，这是在整体经济利益目标下一个完整的法学思维和理论体系，是一套完整系统的法哲学思想，也是唯一能够对经济法进行无矛盾解释的思想。同时，这些思想的来源并不是依靠纯粹的演绎，上述任何一个法律思想都可以从各国有效的法律文件中找到出处，并且它们还在不断地被写入生效的法律文件中，相信在不远的将来它们大部分都会变成法律事实。

### 2. 本体法意义上的反思

经济本体法从法哲学的意义上主要应包括主体、客体和行为，由于经济法内部主体、客体和行为的类型不同，还可以根据其主体、客体和行为的特征将其分为不同的具体部门或者说是经济法理论的具体分论。在我国目前具有代表性的经济法理论中，经济法的具体部门或分论包括，市场规制法和宏观调控法。其中，市场规制法主要包括，竞争法、消费者权益保护法、产品质量法和其他相关的法律等。这样划分有几个难以解决的问题，使其无法自圆其说。第一，这个市场指的是商品市场，但在现行法律中，市场不仅包括商品市场，还包括金融市场、劳动力市场等。第二，我国规范市场的法律不仅包括上述法律，还包括市场分工法律、市场供求法律、市场组织法律、市场信息法律、市场价格法律和市场监督法律等。第三，在这些被称为市场规制法的法律中，许多法律虽然具有一定的经济法属性，但它主要不是经济法而是市民法，如其中的消费者权益保护法等，主要体现的并不是经济法的思想，它并不以保护整体经济利益为基本目标。第四，市场存在的前提是主体平等，规制市场的法律主要是民商法而不是经济法。

在宏观调控法中存在的问题就更加突出。第一，宏观调控（Macro-economic Control）是一个经济学名词，它“严格地说，是指政府为实现宏观（总量）平衡，保证经济持续、稳定、协调增长，对货币收支总量、财政收支总量和外汇收支总量的调节与控制”。<sup>①</sup> 实现宏观调控的手段是宏观经济政策，“宏观经济政策是指对一定的经济总量发生作用，使之增加或减少的政策”。“宏观经济政策包括彼此有密切联系的宏观财政政策和宏观货币政策”。<sup>②</sup> 货币政策与财政政策是“通过变动总需求而起作用的两种宏观经济政策。货币政策是中央银行或货币当局对货币存量进行调整，作为达到一般经济政策目标的一个工具。财政政策是政府对政府支出和税收进行控制作为达到上述同一目的的一种工具”。<sup>③</sup> 货币政策的核心是调整货币供应量，财政政策的核心是财政赤字水平。这些政策

① 马洪：《什么是社会主义市场经济》，北京，中国发展出版社，1993。

② 厉以宁、秦宛顺：《现代西方经济学概论》，北京，北京大学出版社，1985。

③ 黄达、刘鸿儒、张肖：《中国金融百科全书》，北京，经济管理出版社，1991。