

经济法行为理论研究

JING JI FA XING WEI LI LUN YAN JIU

靳文辉 著



中国政法大学出版社

经济法行为理论研究

靳文辉 著

中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目(CIP)数据

经济法行为理论研究 / 靳文辉著. 北京: 中国政法大学出版社, 2013. 2

ISBN 978-7-5620-4650-9

I. ①经… II. ①靳… III. ①经济法-研究 IV. D912. 29

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第023368

- 书 名 经济法行为理论研究
JING JI FA XING WEI LI LUN YAN JIU
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
邮箱 academic.press@hotmail.com
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908437(编辑室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32 开本 9.375 印张 215 千字
- 版 本 2013 年 3 月第 1 版 2013 年 3 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4650-9/D·4610
- 定 价 30.00 元
- 声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

摘 要

“行为”是法律的核心命题之一，这不仅是从“除了行为之外，法律别无客体”^{〔1〕}这样的经典论断中可得出的结论，更为重要的是，只要我们稍加留意法律运作的目标指向，这一观点即可获得至为清晰的直觉支撑。作为一种社会治理模式的法治，其实现不仅需要静态的“理想图景”，更需要动态的过程性行动。“行为”理论正是对法的实施、运行等纷繁复杂的过程给予的宏观总结、描述和概括，是沟通“知”与“行”之间的桥梁和纽带。也正是基于这样的缘由，在民法、行政法，诉讼法中，人们一般用“理论化的象征”、“辉煌成就”、“绝对主题”、“精髓和柱石”、“核心”、“中心点”来表达各自领域中的行为的概念及其理论。然而，在经济法学界，从最一般、普遍意义上探讨“行为”理论的著述却为数寥寥，因此笔者选择了“经济法行为理论”作为研究对象。全文除了导言外，分为六章。

第一章是对经济法行为的界定。本章首先对西方主要法哲学流派对法律与行为关系的论说进行了考察，其目的是为了证明，不管基于何种学术立场，不管对法律的论述有何种不同，西方主要法哲学流派从不否认法律与行为之间具有的密切联系。那么，只要认为经济法是法，那就应该有——至少可以有自己的行为理论。当然，作为一个新兴部门法和新兴学科的经济法，

〔1〕 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1956年版，第16~17页。

对其行为理论的探讨,显然不能脱离原有的行为理论,更不能随意更换、歪曲原有行为理论以彰显自己的与众不同。因此对“法律行为”在民法和法理学中的使用情形进行梳理便颇有必要,在我国民法学界,对“法律行为”有三种不同的理解和表达:第一种是德语“Rechtsgeschäft”立场;第二种是我国《民法通则》立场;第三种是另行创立概念立场。而在我国法理学界,尽管对“法律行为”的表述有细微的区别,但其基本含义是指产生法律效果的行为。同时,本章对上述诸观点当中存在的共识进行了提炼,对造成分歧的缘由进行了探讨。随后,本章通过对德国、日本以及我国台湾地区行政法学对引入法律行为理论用以构建行政行为或行政处分理论进行考察,从中得出了这样的结论:法律行为是一个“规定功能的”法概念,是一个价值中立的技术性装置,是“设权的”、“表意的”、“产生法律效果的”。这才是“法律行为”最本真的含义,这样其他法域引入法律行为理论就不存在法域困境和技术障碍。最后,对经济法行为的自我构建进行了分析,认为所谓经济法行为,是指经济干预机关、市场主体基于自己的意思所作出的,能够产生经济法上效果的行为。具体包括经济干预机关为调整经济法领域内的具体事项而采取的、旨在产生经济法效果的行为,以及市场主体采取的、产生经济法效果的市场对策行为。最后就本文在何种意义上使用经济法行为进行了界定和交代。

第二章是经济法行为的构成。其中经济职权是资格要素,本章先对经济法学界对经济职权的界定进行了考察,然后对经济法行为与经济职权的关系进行了分析,认为经济法行为的强制力决定了经济法行为主体必须具备一定的经济职权。为防止经济法行为的缺位、错位和越位等权力滥用现象发生,行为主体同样需要有明确的经济职权,明确的经济职权意味着明确的

责任归属。意志要素是经济法行为发生的动因和目的，这和当前学界论证经济法发生的动因具有同一性。论文主要将当前经济法存在基础的各种观点归纳为“市场失灵论”、“社会化大生产论”、“具体情景论”三种，并在对它们进行简要介绍的基础上，最大程度地归纳出它们的相同点。然后认为，由于经济法行为是针对经济法领域具体事项而为之的行动，因此经济法行为发生的动因和目的都应当以一国具体的经济弊病和问题的纠正为中心。表达要素主要是指经济法行为的行动及其手段的问题，论文先就经济法行为目的和手段的关系进行了论述，以此凸显出手段的重要性，然后对经济法行为的行动表达进行了类型化，并加以分析。

第三章是确立经济法行为理论的有用性问题。从学理上讲，首先，它首先是经济法体系化、系统化的方法，“经济法行为”是对经济法运行、实施过程抽象概括而来的概念。它以提取公约的方式，提取公因式，增加了经济法的逻辑完整性和内涵经济性，处于“决定其他规范”的‘基础概念’”的地位和“高位”状态。通过它可实现经济法主体、经济法责任、经济法律关系等经济法核心概念和理论的有效链接。其次，它还是使经济法从理论走向现实、从理念走向行动的关键，是融通客观经济法和经济法实际效果的中介。然后，由于经济法行为对现实中各种不同类型的经济法的抽象和概括，本身就是追求经济法形式理性的产物，而它因为“意志”要素又为经济法的运行注入其他诸如道德、政治因素留有余地，为经济法行为主体判断、决策、执行和救济留有余地，因此，通过它可实现经济法实质合理性和形式实质性的有机统一。最后，作为完整意义上的经济法包括经济法的生成、经济法的实施和经济法的实现。经济法行为是其重要构成，因此经济法行为理论又是“过程经济法”

研究的重要环节。从实践功能上讲,其一,对“行为”本身的关注,实质上是对经济权力控制过程中“过程—行为”范式的强调,该范式较之于传统的权力控制范式,有显著的不同和明显的优越性;其二,对什么是“经济法行为”的界定,对于行为受体通过诉讼来保护自己的权益,具有前提性的意义,是行为受体权益保护的“诉讼通道”;其三,和民法中的法律行为一样,经济法行为理论的建立,可以弥补经济法运行中法定主义调整方式的不足。

第四章是对现实中经济法运行中的真实情形的考察,其论证角度主要是从经济法行为运行中可能出现或存在的偏差、弊端和问题来进行的。其一,从作为主体的人所具有的人性角度来看,人性中的“强”(权力追求)、“群”(政治归属感)、“乐”(享乐追求)等因素是经济法行为主体(政府)失灵的人性动因;其二,从经济法行为主体所拥有的理性的角度来看,尽管和其他政治制度一样,经济法行为运行系统是按照现代官僚制度来构建自身的,也有着法治主义的要求,但从行为经济学角度观之,其理性依然不足,它的存在有着心理学甚至生理学的基础,而这构成了经济法行为运行中“永恒的缺憾”;其三,经济法行为运行中由于信息的不充分、不确定、异化现象的存在,必然会导致经济法行为运行中出现“疑难案件”,最后对经济法行为运行还存在负外部性,论文对经济法运行的负外部性以及形成机理进行了分析。当然对经济法行为弊端和问题的阐释并不是想要削弱对经济法行为的信念和追求,而是让人们在经济法行为有一种更为现实的期待的同时,为经济法运行边界的界定、规范运行标准的设立寻求恰当的切入点。

第五章是从法社会学的角度来论证经济法行为的运行边界。如果将经济法行为置于一个社会现实的场景下,道德、科技以

及市场自发规则都是决定经济法行为的“社会事实”。由于经济法是“治病之法”、回应型法，那么经济法行为运行的边界也应当因它们而定。本章通过我国经济运行中的一些实例的考察，可以得出的一个结论是，严格、准确界定经济法运行的边界是不可能的。当然，得出这个有些无力和无奈的结论不是本文的目的，从法社会学角度的分析可以得出的几点启示是：经济法行为运行的目的范围应包括促导其他机制功用的充分发挥；经济法行为介入经济生活的时机不宜超前；经济法边界应当是开放而非封闭的，各种机制之间应该是可平滑过渡和适时替代的；对经济法行为边界的限制不是对“小政府”的强调，而是对“责权一致”的践行等。

第六章是经济法行为的规范运行的评价标准。而这事实上和第五章一道，构成了对第四章经济法行为运行的弊端、偏差的一种克服。经济法行为规范运行的标准有四个：第一是伦理标准，经济法行为的运行应当体现正义中的分配正义，其中对弱势群体的保护、因市场自身障碍经济法行为克服，以及全局性、公共性的宏观调控行为实施过程，是体现分配正义的主要领域；第二是政治标准，经济法行为的运行应当保障国民经济的稳定与安全，由于经济波动引发的国家安全、领导人下台、外交纠纷等问题，因此国民经济稳定与安全应当以一个政治问题而存在，经济法行为运行中维护国民经济安全的重点领域是虚拟经济安全、产业安全、经济信息安全等；第三是法律标准，经济法行为固然区别于法定主义的调整方式，但是符合法律的规定依然是其运行的硬标准，在法律适用的充分性上，包括强制性规范的严格遵守，正当程序的执行和法律规范的准确适用等三个方面；第四是经济标准，由于经济法行为存在成本，而且经济领域效益和正义的同向性，决定了对经济法行为进行经

济学评价具有充分的理由。然后考虑到经济法行为种类的多样性，本章只选择了宏观调控行为作为例证来进行。通过对宏观调控行为的经济学分析，可以得出的结论是：变革决策机制，实现宏观调控行为的均衡供给；利用边际成本规律，制定统率所有宏观调控行为的宏观调控基本法；改变调控方法，确立以间接调控为主的调控理念；采取实验主义行为措施，方便不规范行为的及时变革是完善宏观调控行为的必由路径。

导 言

—

“行为”是法律的核心命题之一。这不仅是依据“对于法律来说，除了我的行为之外，我是根本不存在的”、“除了行为之外，法律别无客体”这样的经典论断得出的结论，更为重要的是，只要我们稍加留意法律运作的目标指向，上述命题即可获得至为清晰和强悍的直觉支撑。也正是基于这样的缘由，行为与法律的关系从来不被法学家们所忽略：在法哲学层面，迄今为止的任何法学流派和法律思想，尽管他们对法律论述的侧重点不尽相同，但他们从不否认行为对于法律的关键意义，并对法律与行为的关系进行了或详或略的阐释和弘扬；在部门法领域，民法中的“法律行为”理论，作为“民法规则理论化之象征”、“民法学辉煌的成就”，^{〔1〕}是“19世纪德意志法律科学的绝对主题，而19世纪德意志法律科学所获得的世界性声誉，正是建立在法律行为理论的基础之上”^{〔2〕}。在诉讼法学中，诚如德国法学家昭尔所言，“诉讼行为之概念乃为诉讼法之中心

〔1〕 See J. H. Merryman, *The Civil Law Tradition*, 2nd. Stanford University Press, 1985, p. 75. 转引自李军：《法律行为理论研究——以私法为根据》，山东大学2005年博士学位论文，第3页。

〔2〕 朱庆育：“法律行为概念疏证”，载《中外法学》2008年第3期。

点”^{〔1〕}；同样，在行政法学界，“关于行政行为的理论是全部行政法学理论的精髓和柱石”^{〔2〕}；在宪法学中，“从理论上说，与民事法律行为、行政行为理论是民法学、行政法学的核心一样，宪政行为理论也是宪法学的核心”^{〔3〕}。凡此种种，都说明无论是在法哲学还是部门法，行为理论在各自的理论体系中都有着睥睨群雄的辉煌和荣耀。

作为一种社会治理模式的法治，其实现不仅需要静态的“理想图景”，更需要动态的过程性行动；法的实现不仅是一个制度构建的问题，它还是一个如何行动和运行的问题。“行为”理论正是对法的实施、运行等纷繁复杂的过程给予的宏观总结、描述和概括，是沟通“知”与“行”之间的桥梁和纽带。“可以明确的是，用抽象界定抽象是无法到达正确适用法律之彼岸的，法规范只有在法律适用中才能被真正掌握。”相较于法律规范的制定，法的实施更是一个“浩大的工程”，它“连接着成熟经验的传授、试验性经验的公开、新经验的评析、总结和经验的法源化”等诸多内容——而法律规范制定，无论是“破”还是“立”，均可在“瞬间完成”，尤其是对于“艺高人胆大者”，只要时机合适，既有法律规范就会背过身悄然隐去”，新的规范也可在短时间内得逞。^{〔4〕}毋庸置疑，经济法是实践的事业而不是玄思的自我把玩，其既需要“动态的适用”，也需要“被真正的掌握”。

〔1〕 转引自陈永生：“大陆法系的刑事诉讼行为理论——兼论对我国的借鉴价值”，载《比较法研究》2001年第4期。

〔2〕 张树义主编《行政法学新论》，时事出版社1991年版，第93页。

〔3〕 叶必丰：“宪政行为与行政行为”，载《北大法律评论》（第4卷），北京大学出版社2001年版，第280页。

〔4〕 参见黄卉：“‘一切意外都源于各就各位’——从立法主义到法律适用主义”，载《读书》2008年第11期。

然而,在经济法学领域,“行为”理论却是“一块尚未开垦的荒芜之地”^{〔1〕},专门探讨经济法行为理论的专著、文章和学术活动为数寥寥。据笔者考证,我国现有有关经济法行为理论的著述,主要有:张守文先生在《经济法理论的重构》一书中设“行为理论初探”一章,对经济法主体行为进行了论述;王保树先生在《经济法原论》一书中对经济法行为理论略有涉及;吕忠梅教授的《论经济法律行为》,吕忠梅、刘大洪教授的《关于政府经济行为的经济法思考》就经济法律行为进行了较详细的论述。就学术活动而言,2007年,由西南政法大学举办的“第四届经济法博士论坛”以“经济法行为理论”为论坛主题,笔者有幸参加了该次学术会议,但参会学者提交的论文,大都是对宏观调控行为、市场规制行为等微观角度进行的阐发。从宏观层面上探讨经济法行为理论的文章,主要有刘水林先生的《干预行为——经济法中的“法律行为”》,刘光华先生的《法律上的“行为”:什么是经济法的视角?》,彭飞荣、王全兴先生的《经济法行为类型化研究初探》,李少军先生的《经济法行为性质论》等,这些论文随后陆续被一些刊物刊发,然而不幸的是,自此以后对经济法行为理论的研究又归于沉寂。

二

经济法学的发生、发展固然是“青山遮不住”,但缺乏行为理论的经济法学毕竟是不完整的。按照上文的逻辑进路,一个顺理成章的结论是:如果经济法是“法律”,经济法应当有其自己的“行为”理论——对经济法行为的研究便具有不言自明的正当性。那么据此我们也可认为,行为理论是包含在经济法之

〔1〕 张守文《经济法理论的重构》,人民出版社2004年版,第363页。

内的核心范畴之一，而基本范畴对于一个学科又是如此重要且不可或缺——“一个连基本范畴都不存在的部门与学科要想产生理论意义与实践意义实在是难以想象的，因为法律的生命既在于‘经验’，更在于‘逻辑’，经济法学研究中不是要讨论是否需要‘范畴’的问题，而是要讨论范畴提炼的技术与进路问题。问题主义、规则主义立场固然正确，但范畴主义未必错误。”^{〔1〕}没有行为理论的经济法，虽然可能未必影响到经济法的实施——毕竟法学研习者建构的只是“法治的理论”，而不是“法治”本身，但这不是我们聊以自慰的理由。法学应该引领法治实践，为法治实践提供“判准”的立意。事实上，正是由于包括行为理论在内的基本范畴尚未建立，中国经济法学术思想、话语才总被这样那样的问题所纠缠，以至于学界不得不再调整、修正自身学术的知识建构，长此以往，经济法学又该如何实现自己的“光荣与梦想”呢？

既然至少在经济法研习者看来，经济法学已经获得了法学领域起码的“市场准入”，那么现实中不仅必然有一个“经济法的存在”，而且还应该有一个“关于经济法学科的存在”。“将大量彼此不同，而且本身极度复杂的生活事件，以明了的方式予以归类，用清晰易辨的要素加以描述，并赋予其中法律意义上‘相同’者同样的法律效果，是法学的任务所在。”^{〔2〕}因此，本文的任务是：将经济法领域中纷繁复杂的各种行为以提取公因的方式，提纲挈领地对其一般化形式进行界定，提出一个自认为较为合理的“经济法行为”概念，并对其构成要素进行较

〔1〕 单飞跃：“公共经济法：经济法的本质解释——兼与李曙光《经济法词义解释与理论研究的重心》一文商榷”，载《政法论坛》2006年第3期。

〔2〕 [德] 卡尔·拉伦兹：《法学方法论》，陈爱娥译，五南图书出版公司1996年版，第358页。

为详尽地剖析和阐发，指出作为价值中立的规定功能的法概念。和其他法域中的行为理论一样，经济法行为的构成依然是“资格”、“意志”和“表达”。然后对经济法行为的有用性从理论和实践两个方面进行分析，因为这才是我们建构经济法行为理论最为深刻的理由，毕竟经济法行为理论的建构不是“东施效颦”式的“其他部门法有，所以经济法也应该有”这么一个逻辑的结果。随后对经济法行为在现实中运行的真实情形，借助其他学科知识从多个角度进行认知，尤其指称其可能出现的偏差、问题和弊病。当然笔者的用意并不是想要削弱对经济法行为的信念和追求，而是让人们对经济法行为运行有一种更为现实的期待。事实上笔者对这些问题和弊端的分析过程中本身就包含了建构的因素，而并非“打倒一切”。最后，笔者借助法社会学的分析工具，对经济法行为的运行边界进行分析，并对经济法行为运行规范与否的问题，从伦理学的、经济学的、法学的以及政治的角度设立了相应的评价标准。

三

显然，本文是有关经济法基础理论的研究。限于阅历和智慧，笔者不敢也无法对我国经济法基础理论的研究现状妄加评判，但是正如有些学者指出的那样，曾经的基本理论研究对经济法学科的建立和发展作出的历史性贡献固然功不可没，但是类似于“离宏观近、离微观远；宏大叙事多，具体实证少”^{〔1〕}的弊病却严重存在于经济法总论的研究当中。事实上，按照贺卫方先生的说法，这同样是中国法学的“焦虑”——“美文治国的倾向与空谈误国的后果”曾是我们“悠久传统的一部分”，

〔1〕 单飞跃：“公共经济法：经济法的本质解释——兼与李曙光《经济法词义解释与理论研究的重心》一文商榷”，载《政法论坛》2006年第3期。

“‘君子不器’的副产品是我们的经典政治论说中充斥着‘可以惊四座而不可行一步’的宏大叙事，整个国家的治理却是迟迟走不上轨道，只能在一治一乱之间徘徊。”^{〔1〕}为此，笔者尽可能地在本文写作过程中，避免大而无当、空泛无力、华而不实地停留于纸上的富丽堂皇的宣示性话语，避免为了追求理论自身的“唯美”而实质上脱离了实践发展的需要。尽可能从现实的角度切入来探讨经济法行为，尤其加强对经济法实践功能的挖掘，并通过对现实中经济法行为规范运行的标准设计来实现对现实的指导意义。在某种程度上，也算是为实现贺卫方先生倡言的“具体法治”作出了努力，力求让经济法基础理论“深深地嵌入到这个世界当中”，让经济法基础理论有让人们明确感知的“什么是你的贡献”（朱苏力语）。当然，笔者能做到的，也只能是“尽可能”。

四

本文采取了以下的研究方法：哲学的研究方法，如依凭现有对人性的研究成果，对导致经济法行为主体失灵的原因进行了深层次的解读；社会学的研究方法，如对决定经济法行为运行边界的道德、市场自发规则等“社会事实”的关注和强调；经济学研究方法，如运用成本受益的方法对经济法行为的规范与否进行的分析；以及逻辑分析方法，伦理学、心理学研究方法等等。当然，多学科分析方法的采用不是为了更“高深”地揭示问题的实质，而是由于科学知识所具有的整体化特征，只有采取交叉思维的方式，进行跨学科研究，才能避免单一的、教条的、模式化的诠释和解读。法学本不是自足的学科，学科

〔1〕 贺卫方：《具体法治》，法律出版社2002年版，第4页。

之间的“互惠”已是一个普遍的存在，这也是笔者在界定经济法行为理论中更多借鉴民法中法律行为理论、行政法中的行政行为理论的原因——法国民法学泰斗雅克·盖斯旦曾说：“民法的传统使命就是为其他部门法提供范例。”经济法行为理论不可能也没必要为了“自主创新”而脱离原有部门法的行为理论，更不能随意更换、歪曲原有行为理论以彰显自己的与众不同。我的导师胡光志教授在若干年前的博士论文导言中说：“大家辈出，学子如林，观点纷呈，笔者在本文的写作中，一直学而无境，也一直汗颜不止，今既已成型，也不得不冒贻笑大方之险，披露如此，殊无他求，唯求教而已。”^{〔1〕}先生可能是自谦之词，而对于笔者，确是真切感受。

〔1〕 胡光志 《内幕交易及其法律控制研究》，法律出版社2003年版，第6页。

目 录

摘 要	1
导 言	7
 第一章 经济法行为：从借鉴他者到自我建构	1
一、法律与行为最一般关系的理论分析	4
二、正本清源：法律行为理论的梳理与界别	15
三、作为“规定功能”的“技术性”概念：法律行为属 性之一种	32
四、自我建构：经济法行为范畴的确立	38
 第二章 经济法行为的构成 “资格”、“意志”和 “表达”	54
一、经济法行为中的资格要素	56
二、经济法行为的意志要素	66
三、经济法行为的表达要素	81
 第三章 确立经济法行为理论的有效分析：理论价值与 实践功用	90
一、经济法行为的理论价值	91
二、经济法行为的实践功能	111