

中青年法学文库

法边际均衡论

——经济法哲学

刘少军 著

中国政法大学出版社

D912.290.1/28

2007

中青年法学文库

法边际均衡论

——经济法哲学



刘少军 著



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法边际均衡论:经济法哲学/刘少军著. —北京:中国政法大学出版社,2007.6

ISBN 978-7-5620-3053-9

I. 法... II. 刘... III. 经济法-法哲学 IV. D912.290.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第093014号

书 名 法边际均衡论

——经济法哲学

出 版 人 李传敢

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

E-mail: zfs620@263.net

<http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

(010)58908325(发行部) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 880×1230 32开本 11.5印张 320千字

版 本 2007年7月第1版 2007年7月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-3053-9/D·3013

定 价 26.00元

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题,由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

中青年法学文库

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

20 世纪 70 年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高，法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学

Ⅱ 总 序

丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推动和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

前 言

本文认为，传统法学研究存在着以下几个问题：①在哲学上不注意区分自然哲学和社会哲学，许多法学结论是依据自然哲学做出的，从而难以保证其结论的正确性。②以唯心主义哲学为基础建立法学思想体系，不能辩证地从主客观的结合上研究法学，使法学结论失去坚实的客观基础。③以两个基本假设，即主体的平等和不平等为基础建立整个法学体系，这两个假设目前已经是非真实假设，前提的不准确必然导致法学理论的失误。④以形式标准划分法部门，它虽然是特殊历史时期的特殊需要，但却难以反映法的本质。⑤将法等同于法律。事实上，法所研究的是社会本体对法律的需要，是它在本体上的应然状态；法律是法的文本存在状态，是对社会本体规范的理性抽象和经验总结，它只能是司法实践中的基础性依据，而不可能是全部的司法依据。⑥传统法关系不是从社会本体出发的，而是从法律文件出发的；法关系应是主体—客体—行为结构的，而不应是主体—客体—内容结构的。法学研究的出发点必须是社会，而不能是法律文件，法学不同于法律文本的解释学。⑦传统法学反映的是个体社会和工业文明时代的要求，而不是当代整体社会和知识文明时代的要求。⑧传统的法学已经成为历史，当代的法学必须开创未来，历史是未来的基础而不是未来的坟墓。

正是由于传统法学理论不能在这些问题上有一种正确的认识，

2 前 言

正是由于其缺乏坚实的哲学基础，使其不仅不能反映现实和解释现实，更不可能开创未来。正是由于传统法学理论不能分清自然哲学与社会哲学，使其不能找到法学的正确出发点；正是由于其不能使主客观相结合，使其在出发后不能找到正确的方向；正是由于其以一种不真实的假设为基础，它只能追求形式上的完美，并不能客观地解决现实生活中的问题；正是由于其丢掉了社会这一法的本体，它不可能进行目的性研究，甚至找不到法学研究的目标；正是由于其只讲形式不讲目的，才将法等同于法律文本，才会试图以有限之法法无限之情；正是由于其从法律文本出发，才不能构建合理的法学结构体系；正是由于其把某一时期的特殊需要作为人类社会的普遍要求，才使其逐步走向僵化，而与目前的整体社会和知识文明时代格格不入。我们所处的是由工业文明走向知识文明的时代，是由个体社会走向整体社会的时代，是整个社会结构、社会体系和社会关系变革的时代。变革的时代必然要求有革命性的理论，它也必然要求法学理论产生革命性的发展。经济法理论正是在这样的条件下产生的，它是代表这个新时代的新的社会关系调整要求的理论。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。

本文正是在这样的基本思想指导下写作完成的，它不是试图在传统法学理论体系内找到一个经济法的定位，而是在对传统法学思想进行颠覆的条件下重新找到的一种经济法的定位；它不是要使经济法寄存于传统的法学体系框架下，而是试图在整体社会和混合社会关系中，在重新定位的法学体系中确定经济法的地位；它不是建立在现有的法学理论基础上，而是建立在对法哲学进行

重新认识的基础上。因此,本文既可以说是一部法哲学著作,也可以说是一部经济法哲学著作,它首先是一部法哲学著作,然后才是一部经济法哲学著作。它是要在重新认识法哲学的基础上认识经济法哲学,是整体社会和混合社会中的法哲学。本文关于法哲学和经济法哲学方面的基本结论主要包括以下几个方面。

1. 在认识论上,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。在具体的司法实践中,应以法律为基础,以法的道义价值、功利价值和实证价值为边际均衡倾向,通过法官的努力去寻找个案中的最佳边际均衡点。在法的均衡方法论上,司法实践中应通过立法边际均衡、补法边际均衡、弃法边际均衡和修法边际均衡,找到个案裁判的具体最佳边际均衡点。这既是对法本质属性的认识,也是进行经济法本质属性研究的基础,没有这样一个哲学上的基础,是不可能得出进一步的经济法哲学结论的。

2. 在法部门的划分上,我们必须清楚地认识到法学是社会科学的组成部分,社会才是法的本体,法学必须与其本体相连接。同时,整个法学又是一个相对独立的整体,在该体系内部还可以相对独立地划分出不同的法部门。在整体社会和混合社会中,法部门的划分只能以法的价值目标为基本依据,不同法部门之间的本质区别是它们各自主张的价值目标不同,价值目标才是不同法部门的灵魂。但在具体实践中,也应考虑到法的具体形式。因此,法部门的划分应以价值目标为主,以形式为辅才能得出比较正确的结论,才能使法学研究具体地指导司法实践。以此为依据,应从总体上将法学分为本体法学、责任法学和程序法学;在法部门上应以宪法为基础,将法学具体分为市民法学、行政法学和经济法学,它们分别是以个体利益、整体行政利益和整体经济利益为

4 前 言

价值目标的，是三种具有完全不同价值追求的法思想体系。在司法实践中，任何具体案件的裁判标准，都应是三者的最佳边际均衡点。

3. 在本体法上，应以主体—客体—行为作为法的基本结构，法主体和法客体是法的静态规定性，法行为则是主体之间的动态规定性。行为合法与否的标准，应是法主体之间的权利（权力）义务（职责）关系状态。经济法的主体、客体和行为，同其他法部门的主体、客体和行为之间，既具有普遍性又具有特殊性。从普遍性上看，任何法主体、法客体和法行为，都是不同部门的主体、客体和行为，不具有绝对独立于其他部门的法主体、客体和行为。从特殊性上看，不同部门之间又有其相对独立的法主体、客体和行为。就此而言，经济法的主体主要是经济监管主体和经济调控主体，经济法的客体主要是货币财产和政府财产，经济法的行为主要是产业行为、金融行为、财政行为和市场行为。但是，这种在经济本体法意义上的法部门划分并不是绝对的，在具体的司法实践中，经济法的主体、客体和行为，同相关法部门中的不同主体、客体和行为也是存在边际意义上的价值均衡关系的。

4. 在责任法上，法责任是有其相对独立于本体法的价值目标的，它的核心价值目标是从主体责任的承担上保障本体法的实施，它的基本责任类型应包括人身责任、财产责任和行为责任，任何违反本体法的行为都可能需要承担这三种责任。并且，由于市民法、行政法和经济法具有不同的价值目标，它的责任法也必然具有其相应的责任保障目标。因此，也应该将责任法相对地划分为市民责任法、行政责任法和经济责任法。其中，经济责任法的基本标准是预防经济违法，它的基本归责原则应是客观损害原则和成本比较原则。在司法实践中，责任的确认是不同责任标准的边

际均衡。

5. 在程序法上,法程序也是具有其相对独立于实体法的价值的,它的核心价值目标是从主体责任的确认上保障本体法的实施。同时,在司法实践中,它还具有按照实现实证法价值、道义法价值和功利法价值的需要,使法律文本具体化和对其补充或放弃的职能,以最终实现法价值的边际均衡。并且,由于市民法、行政法和经济法具有不同的价值目标和主体能力关系,程序法也必然具有相应的程序保障性目标。因此,也应将程序法相对地划分为市民程序法、行政程序法、经济程序法和刑事程序法。其中,经济程序法的基本程序,应是整体经济利益主体对个体利益主体的诉讼程序,它的基本证明责任原则应是整体经济利益主体承担说服责任。在司法实践中,经济诉讼的程序内容和说服责任也不是绝对的,它也应该是不同程序类型之间按照边际均衡倾向所进行的一种边际均衡。

边际均衡论是本文的核心理论,本文所指的均衡在哲学或法哲学上难以归属于某个学派,它主要取经济学和数学上的边际均衡含义,它是指各法主体在不同社会条件下权利(权力)义务(职责)关系的最佳边际均衡状态。法在本质上就是各种社会利益的最佳边际均衡点,在这个边际均衡点上,每个主体都享有其应有的权利(权力),并同时也都承担其所应承担的义务(职责),它能够使整个社会时刻处于最佳的稳定和谐状态,使各种社会矛盾都能够得到相对公正合理的解决。经济法代表的是这些利益中的整体经济利益,它既有自身独立的思想体系,同时也必须同其他社会利益达到一种最佳的边际均衡状态。经济法的价值目标是绝对的,但经济法的内容是相对于其他法部门的内容而存在的,经济法在整个法学体系中,既具有普遍性又具有特殊性。普遍性

6 前 言

是经济法之所以是法体系中的一个组成部分的依据，特殊性是经济法之所以是一个相对独立的法分支体系的基础。那种认为绝对不存在经济法或绝对存在经济法的观点都是片面的，经济法与其他相关法部门之间只能是一种边际意义上的均衡关系。

本人从事经济法的教学和研究已有近十年的时间，本文应该说是这些年来研究成果的总结。在此我要感谢经济法学界的诸位前辈，是你们开创了中国经济法学这一学术领域，才使我们这些晚辈能够有这样一个学术舞台。也要深深感谢多年来一直支持和鼓励我的江平教授、刘文华教授、刘瑞复教授等法学前辈，没有他们的支持和鼓励我不可能有今天的成绩。更要感谢我的博士导师徐杰教授，没有他的指导和启发我难以进行今天这样的法学思考，没有他的爱才之心我可能不会有写作本文的动力。同时，我也要感谢我的批评者，没有你们的批评，也难以激励我进行深入的研究。最后，我要感谢我阅读的所有参考文献的作者，是你们奠定了我进行法学思考的基础，希望我没有误解你们伟大的思想。

刘少军

2007年5月

于中国政法大学

目 录

1	前言
1	第一章 法边际均衡论导论
1	一、哲学中的均衡论
8	二、相关的均衡理论
14	三、法学中的均衡论
41	四、法均衡论的概念
50	第二章 法本质边际均衡论
50	一、法的基本类型论
59	二、法的边际均衡论
70	三、法的均衡方法论
91	第三章 法目标边际均衡论
91	一、法的目标地位论
95	二、法的目标类型论
116	三、目标边际均衡论
122	四、经济目标体系论

2 目 录

137	第四章 法主体边际均衡论
137	一、法主体本质属性论
144	二、法主体权义（权责）论
150	三、法主体实际地位论
159	四、法主体边际均衡论
167	五、经济法主体性质论
176	第五章 法客体边际均衡论
176	一、法财产本质属性论
188	二、法财产权义（权责）论
193	三、法财产权义（权责）决定论
200	四、法财产边际均衡论
205	五、经济法财产性质论
218	第六章 法行为边际均衡论
218	一、法行为本质属性论
229	二、法行为权义（权责）论
236	三、法行为权义（权责）决定论
242	四、法行为边际均衡论
248	五、经济法行为性质论
259	第七章 法责任边际均衡论
259	一、法责任本质属性论
279	二、法责任归责原则论

286	三、法责任程度决定论
291	四、法责任边际均衡论
296	五、经济法责任性质论
306	第八章 法程序边际均衡论
306	一、法程序本质属性论
318	二、法程序证明责任论
324	三、法证明责任决定论
329	四、法程序边际均衡论
335	五、经济法程序性质论
348	主要参考文献

第一章 法边际均衡论导论

一、哲学中的均衡论

均衡亦称平衡(equilibrium),它与不均衡或失衡(disequilibrium)是相对的概念。它们是反映事物发展过程中,矛盾诸方面的关系和表现形态的一对哲学范畴。平衡是指矛盾双方有条件的、相对的统一,是事物发展稳定性和有序性的标志之一。不平衡是事物发展过程中矛盾双方相对统一状态的瓦解。^{〔1〕} 均衡论(the theory of equilibrium)是研究事物发展过程中所处的状态,即事物本身是否是均衡的,及在失衡的条件下如何实现事物均衡状态的理论,它又可以具体分为认识论上的均衡论与方法论上的均衡论。

(一)中国的哲学均衡论

中国传统哲学认为事物的最高平衡态是万物并育而不相害,道并行而不相悖。万物并育、道并行是大同,不相害、不相悖是和,这种和就是《易经》中所说的“太和”。所谓“太和”,就是指事物运动的最完满的平衡态,它是人们追求的理想境界。《周易·乾卦·彖辞》中说:乾道变化,各正性命,保合太和,乃利贞。意思是说,天道的大化流行,万物各得其正,保持完满的和谐,万物就能顺利发展。一切事物如能在运动中与其他事物保持和谐,就必定要照顾到各种可能发生的情况。并在此条件下,保持与其他事物之间的和谐。可见,中国的哲学均衡论不仅是认识论上的均衡论还是方法论上的均衡论。

〔1〕《中国大百科全书》哲学部分,中国大百科全书出版社光盘1.2版。

2 法边际均衡论

老子则要求从事物的一极,来寻求事物的另一极:“天下之皆知美之为美,斯恶矣;皆知善之为善,斯不善矣。故有无相生,难易相成……。”即在你看到事物的一个方面时,必须注意与其相对应的另一个方面,这是因为事物是可以相互转化的,所以老子说:祸兮,福之所倚;福兮,祸之所伏。老子认为事物这种一反一正,彼此互转的态势,一般人常常对它迷惑不解,但事物的发展往往正是如此的。因此,在注意事物一极的同时,必须注意其相对应的另一极。我们应该在此事物适度时,就看到它的对立面,看到它会发展成为不适度,注意事物是可以相互转化的。如果我们注意到了这一点,就可以避免使事物向不利的方向发展。^{〔1〕}同时,老子的辩证法思想中也包含了相对主义的因素。

中国哲学均衡论的方法论思想当首推儒家的中庸之道,它要求人们按照一定的道德原则和规范,自觉地调节个人的思想感情和言论行动,使之不偏不颇,无过不及,严格保持在儒家规定的道德规范所许可的范围之内。中庸之道承认一些道德观念的相互依存和相互连结,肯定道德行为应该适度。中庸之道最早是由孔子提出来的,如《论语·雍也》章中就有:“中庸之为德也,其至矣乎!民鲜久矣”;《论语·先进》章则有:“子曰:过犹不及”^{〔2〕}等论述。由此提出了中庸之道的基本原则。

孔子的中庸之道思想在《论语》中只有零星阐述,在《中庸》中则有比较系统的记载和论述,它使中国的古典均衡论思想成为较完整的思想体系。如其中的:“执其两端而用其中于民,其所以舜乎?君子中庸,小人反中庸。君子之中庸也,君子而时中;小人之中庸,小人而无忌惮也。喜怒哀乐之未发谓之中,发而皆中节,谓之和。中也者,天地之大本也;和也者,天下之达道也。”^{〔3〕}它使中庸之道成为一种比较系统的哲学方法论,它要求人们掌握事物的度,不能不及也不能过。不及则达

〔1〕 汤一介著:《从中国传统的思维模式看平衡论的意义》,载平衡论坛网。

〔2〕 《论语》,华语教育出版社1996年版,第100、191页。

〔3〕 《中庸》,台湾文渊阁四库影印本,第197~201页。

不到事物所要求的度,过则会超过事物所要求的度。《中庸》把“致中和”安置在一个特殊的绝对的地位上,所有的事物只要“执中”,即可永恒地保持质的稳定性而不发生任何变动,天下太平也就在这种永恒的平衡,亦即均衡中表现出来。《中庸》虽然系统地阐述了孔子所提出的中庸之道,使儒家哲学在这一方面获得了发展,但在它的发展中,也可看到孔子的中庸之道原本所具有的朴素辩证法思想已被转化为形而上学。^[1]

(二)西方的哲学均衡论

在西方早期的哲学思想中,同我国的均衡论哲学思想一样,首先是关于宇宙观的。柏拉图在其宇宙生成论中就曾提出:“火、气、水、土四种元素每一种都显然各为一个数目所代表而构成连比例,也就是说,火比气等于气比水,等于水比土。神用所有的元素创造了世界,因此它是完美的,而不会有衰老或疾病。它是由于比例而成为和谐的,这就使它具有友谊的精神。”^[2]同时,还提出了节制和中庸的概念,他将社会分成有智慧的统治者,有勇气的武士和有欲望的自由民,他们应各行其是、各司其职。亚里士多德则在此基础上进一步提出了系统的中庸理论,认为节制和中庸是最好的立场。国家由极富者、赤贫者和居中者构成,拥有居于极富与极贫之间的财富是最适量的。

同早期均衡论思想比较接近的,主要是折衷主义和相对主义哲学思想,直至19世纪才出现比较系统的均衡论思想。折衷主义(eclecticism)是指没有自己独立的观点,只把各种不同的思潮、观点、理论无原则地、机械地结合在一起的哲学观点。在古希腊,有些哲学家既坚持某一学派的学说,又接受其他学派的某些观点,表现出了折衷主义的特点。如M. T. 西塞罗自称自己属于学园派,但又接受斯多阿学派的观点,也采纳亚里士多德的学说。在西方哲学史上,第一个明确把自己的哲学称为折衷主义的是亚历山大里亚人波大谟。19世纪法国哲学家库

[1] 漆侠著:《儒家的中庸之道与佛家的中道义》,载先秦子学网。

[2] [英]罗素著:《西方哲学史》,商务印书馆1982年版,第190页。