

经济法博士精品文库

李昌麒/主编

经济法利益理论研究

甘强/著

法律出版社

经济法博士精品文库

- 卢代富/著 企业社会责任的经济学与法学分析
- 胡光志/著 内幕交易及其法律控制研究
- 鲁 篱/著 行业协会经济自治权研究
- 盛学军/著 证券公开规制研究
- 岳彩申/著 论经济法的形式理性
- 孟庆瑜/著 分配关系的法律调整
——基于经济法的研究视野
- 叶 明/著 经济法实质化研究
- 李永成/著 经济法人本主义论
- 黄茂钦/著 经济法现代性研究
- 曹 阳/著 网络型公用企业竞争的法律规制
- 谭柏平/著 海洋资源保护法律制度研究
- 陈 治/著 福利供给变迁中的经济法功能研究
- 甘 强/著 经济法利益理论研究

 独角兽工作室

装 帧 设 计

ISBN 978-7-5036-9279-6



9 787503 692796 >

定价：25.00元

上架建议：法学著作·经济法

经济法博士精品文库

李昌麒/主编

经济法利益理论研究

甘强/著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

经济法利益理论研究 / 甘强著. —北京:法律出版社,
2009.3

(经济法博士精品文库)

ISBN 978-7-5036-9279-6

I. 经… II. 甘… III. 经济法—法的理论—研究 IV.
D912.290.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 019338 号

©法律出版社·中国

责任编辑/朱 荃

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/9.5 字数/245 千

版本/2009 年 3 月第 1 版

印次/2009 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9279-6 定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《经济法博士精品文库》

出版说明

兴起于 20 世纪 80 年代初期的中国经济法学,经过二十余年的发展,已经取得了令世人瞩目的成就。时至今日,不仅经济法的学科地位已为学术界所广泛认同,而且经济法作为一个独立的法律部门也得到了人们的普遍接受。然而,不可否认的是,作为一门新兴的、发展中的年轻学科,经济法学的许多领域还有待进一步开拓,许多问题还有待进一步研究。可以说,无论是经济法学宏观体系的构建,还是经济法学微观理论的深化,皆有赖于学者们继续大胆创新和勤奋耕耘。

西南政法大学经济法学科点自 20 世纪 80 年代成立时起,就一直紧紧跟踪经济法法学的发展,并在经济法理论和实务研究方面作了长期不懈的努力。经过全体教师共同奋斗,学科点在学科建设和学术研究方面取得了较为丰硕的成果,在法学界享有一定的声誉。自 1996 年获得博士学位授权资格后,学科点又于 2002 年被评为国家高等学校重点学科点。但是,经济法法学的发展任重而道远,要实现经济法法学发展的宏伟目标,我们尚需不断进取。我们深知,只有与全国经济法法学界的志士仁人们共同努力,以更加丰硕的教学和科研成果,回应新的世纪、新的时代对经济法学科发展的要求,才不愧于国家对经济法学科建设所寄予的厚望。

博士作为高层次的专门人才,向来是学科建设的生力军。为了充分发挥经济法博士在经济法学科发展中的重要作用,亦为经济法博士展示其成果提供畅通的途径,我们决定编辑出版这套《经济法博士精

品文库》。文库将每年出版2至3部,面向全国征集稿件。凡经济法专业博士论文以及选题方向属于经济法领域的其他专业的博士论文,均属于征稿范围。应征稿件经学科点聘请的文库编辑委员会审订后,择优推荐给出版社,一经采用,即由学科点按有关规定资助出版。

热忱欢迎有志于经济法学科建设的博士们踊跃赐稿!

西南政法大学经济法学科点
《经济法博士精品文库》编辑委员会
2002年7月

序

法的发展历史表明,法律的主要功能在于平衡和维护各种利益关系,这使得“法学利益理论”成为了法学理论中的一个核心内容。这是一个肇始于边沁并经由耶林、庞德、赫克、加藤一郎和星野英一等法学家所传递的重要理论传统。遵循这一传统而兴起的各个部门法的利益理论正是这一理论传统的继承和发展。毫无疑问,经济法利益理论的研究对于经济法基础理论的发展以及经济法实践都具有重要的意义。从理论上讲,经济法学界虽然一直关注经济法所调整的利益关系,并形成了称为“社会本位论”的经济法主流观点,但对于什么是经济法利益,在保护经济法利益时应当遵循什么样的价值标准,以及究竟应当怎样来保护经济法利益等问题上依然缺乏深入的研究,只是比较原则地提出了经济法应当是维护社会利益之法。这就使得目前我国的经济法利益理论无论是在理论解释力还是在对法律实践的指引力上都显得比较欠缺。这表明,对“经济法利益理论”的命题进行系统的研究不仅可以回答上述问题,而且还会影响到经济法的价值、功能和原则等等重大理论问题的认识。从实践上看,中国已经进入到了一个利益博弈的时代,利益出现了高度分化,各种利益群体纷纷出现。在这种背景下,如果利益格局严重失衡,就会阻碍社会的和谐发展,而要使经济法能够正确回应这一社会现实,就必然要寻求经济法利益理论的指引。

本书作者正是基于对上述问题的思考,选择了将经济法利益理论研究作为其博士论文的研究方向,本书是作者在其博士论文《经济法利益理论研究》的基础上修改而成的。在该研究中,作者从本体论、价值论和方法论等多个角度对经济法的利益理论体系进行了较为系统和深入的研究,这是我迄今看到的比较完整和系统的论证经济法利益理

论的学术专著。在写作该论文之初,作者曾一度担心由于论文所持的核心观点与主流观点可能出现不一致而可能导致的风险,但我一直鼓励他应当有一种学术创新的勇气,不要因此而放弃,最终,他还是比较好地完成了博士论文的写作,无论是在研究方法和研究内容上都有不少创新之处。

在我看来,经济法利益理论研究是一个前沿性的经济法基础理论研究课题。在研究经济法基础理论的方法上,我一直倡导必须注意两点,一是要采用多学科、多维度的方法去揭示经济法的本质属性;二是要走出过去在经济法理论研究中经常出现的从理论到理论、脱离实际的研究路径。在本书中,作者一方面运用哲学、社会学、经济学和政策学等多学科知识对经济法利益理论进行了深入的阐述,另一方面,也是我更为看重的一个方面,就是作者能够比较好地运用了实证分析的方法,他不仅通过对法律文本的分析对经济法利益理论进行了梳理和归纳,同时还选取了重庆商会创制的“联保贷款模式”进行了个案分析,从而使经济法利益理论的构建不仅仅是停留在学理的层面,而是使它回到了社会生活实践。

综观全书,在以下几个方面表现出了作者的创新思维:

首先,对经济法的基本范畴——社会本位作出了新的阐释。尽管经济法是社会本位法,或者说经济法是以维护社会利益为己任的法已经成为经济法学界的一个主流观点,但是作者经过研究发现,“社会本位”是一个纵向的、对法律发展阶段进行描述的概念,严格地讲,其他一些部门法在法律社会化阶段也表现为是一种社会本位法,因而“社会本位”概念不应当为经济法所独占,而只是一种对法律资源的分享。在此,作者一方面肯定了经济法是社会本位法的命题是成立的,但同时也强调了经济法与其他部门法在调整社会利益方面的和谐发展,这一立论不仅有利于消除经济法与相关部门法在划分上的绝对化,同时也有利于建立经济法与相关部门法的互动机制。同时,作者还对“社会本位论”进行了理论划分,将其分为了“广义社会本位论”和“狭义社会本位论”,认为前者所追求的社会利益强调的是对各种利益的综合保

护,实际上这是对“法学利益理论”的传承和发展;而后者是从社会学的社会实体理论出发,认为经济法只保护社会这个有机体的利益,即所谓社会利益,并认为这种社会利益在价值上具有绝对的优先性。在我看来,作者的这种观点可以拓展经济法理论对“社会本位论”的认识。

其次,将经济法利益界定为经济法所保护的“生活利益”。与传统思维方式不同,作者认为要找寻到一种客观存在的只能由经济法所保护的利益形态是不可能的,而应当采用非本质主义的认知态度,即从生活世界中去寻求理解,并将经济法利益定位为经济法所保护的生活利益。这种利益虽然产生于经济领域,但其内容并非一定具有经济性,它也可能受到其他法律的保护,而经济法的特殊作用在于提供了一种独特的保护方式。同时,作者还对经济法利益进行了分类,从主体角度将其分为个人利益、社会利益和国家利益;从“利益内容”角度将其分为经济性利益和非经济性利益;从“法律规范对利益的体现”角度将其分为权利和法益;从“利益主体获取利益的行为方式”角度将其分为追求利益、接受利益、获得利益、保有利益、免责利益和救济利益。这种多视角的分类无疑可以拓宽我们对经济法利益的认识,尤其是在对经济法个人利益的分析中,作者阐明了经济法不仅仅是要维护社会利益,同时也要保护个人利益,由此彰显了经济法是具有深厚人文底蕴并与人们的日常生活密切相关的法律。

再次,对经济法调整利益的价值基准提出了一个整合现代正义原则和功利主义的价值序列。这是首次以价值序列的方式来表达经济法调整利益的价值基准。在这个价值基准中,作者提出了三个原则,一是基本自由与权利具有优先性,二是符合沟通正义,三是利益综合最大化。其中最后一个原则又包括了两个子标准,即在当利益存在冲突使一方主体利益受损时,就应以“最大利益净余额”为标准去进行调整,同时对利益受损者又要给予补偿;当利益不发生冲突时,则以“不损害一人的增加总量”为标准去调整。这是一个字典式的秩序,只有在先的原则得以满足的条件下,才适用后一个原则。很明显,这一价值基准强调了基本权利的优先性,强调了干预之前应当尊重沟通正义,从而使

经济法的国家干预成为一种尊重自由的干预,因而进一步提升了经济法的宪政品性。在我看来,这样的价值序列有利于纠正在经济法研究中容易出现的只单方面强调国家干预的偏见,从而更有利于理解经济法的干预属性。

最后,对经济法保护利益的方法提出了一个保护的机制。这个机制包括经济法利益的确认机制、经济法利益的实现机制和经济法利益的维护机制。显然,这是依据法的内在运行逻辑而形成的一个保护机制。所谓经济法利益的确认,主要表现为立法对利益的分配。作者认为利益分化是立法确认的背景,公共选择是立法确认的过程,而集团博弈则是立法确认的关键。所谓经济法利益的实现,就是将文本意义上的利益转化为实在的利益的过程。在本书的作者看来,经济法主要不应当是采用传统的行政执法模式,而是采用“多方联动”模式,即由多元主体通过商谈博弈的方式来实现其利益,这是一个开放的立体的结构,不同的利益主体可以进入其中并充分地表达其利益诉求,在这个过程中,政府的作用则在于在权衡各方利益的基础上采取正确经济政策行为,从这个角度说,政府的经济政策行为是利益实现的关键。所谓经济法利益的维护,主要是指当利益发生冲突进入诉讼程序之时的救济,它不同于传统司法适用的模式,而是一个以“法律论证”为基础而形成的利益维护机制。其中,利益维护的场域是一个敞开的体系,利益维护的主体是一个多元的结构,利益维护的结论强调听众的可接受性,利益维护的推理主要是采用实质法律推理的方式,利益维护的程序则应当遵循法律论证的规则,这就把经济法对利益的维护的认识提到了一个更加理性和更加务实的高度。

当然,经济法利益理论是一个宏大的理论课题,作者在本书中的探讨尽管是很有益的,但也可以进一步拓宽研究范围,比如,如何进一步按照科学发展观的要求完善我国现有的经济法律制度对经济法利益的保护?如何建立经济法与其他部门法尤其是与民法、行政法和社会法相互配合的利益保护机制?如何通过完善立法、执法和司法使利益受损得到有效的救济?等等,这都需要作者在后续的研究中作进一步的

思考。

在经济法已经无可辩驳地成为当代中国法律体系中的7个法律部门之一的今天,我们应当把主要精力转向对经济法的一些重大理论和实践问题的研究上来,无疑,“经济法利益理论”是经济法理论研究中的一个不可回避的问题,也是一个难题,如果这个问题搞不清楚,就很难说我们已经构筑起了完备的经济法理论体系,因此,我希望本书的出版能够引出更多、更好的有关经济法利益理论的著述问世。在本书付梓之际,我作为作者硕士和博士阶段的导师感到十分欣慰。是为序。

李昌麒

2008年12月7日于重庆

内 容 提 要

“法学利益理论”是法学理论的核心之一。它主要从两个向度展开:一是利益决定法的产生并推动法的发展,二是法调整和保护各种利益。正是在这一理论框架下,不同的部门法结合自身的特点发展出了各具特色的利益理论,这些利益理论对于部门法的理论建设和法律实践都具有重要的意义。从理论的角度看,经济法利益理论的研究,不仅会影响到对经济法的应有功能和价值追求的认识,而且还会直接影响到经济法的宗旨和原则等重大理论问题,所以经济法利益理论研究具有重要的理论意义。从实践的角度看,中国已经进入到一个利益分化的时代,利益博弈成为一种常态,如果利益格局严重失衡,就会阻碍社会的和谐与发展,因此经济法如何来回应这一社会现实,也需要利益理论的指引。然而当前的经济法利益理论研究,只是停留在一种价值宣示的层面,至于如何来实现对利益的保护则鲜有涉及。因此,基于对经济法自身理论发展的需要以及社会实践对经济法提出的要求,本书尝试对经济法利益理论展开系统的研究,希望回答应当怎样认识经济法利益,经济法在保护利益时应当遵循什么样的价值标准以及究竟如何来保护?从而对建构经济法利益理论做出积极的努力。

本书的结构分为三个大的部分,首先是基础篇(第一章),即对经济法利益理论研究的基础进行分析,这是本书研究的理论基础,主要探讨经济法利益理论建构的逻辑起点、理论框架和学术谱系。其次是反思篇(第二章),即对当下经济法利益理论研究进行梳理与反思,目的是总结当下研究的特点和可能存在的问题,从而找到经济法利益理论建构的路径。最后是建构篇(第三章至第七章),即对经济法利益理论的建构,包括本体论、价值论和方法论三个部分。而其中方法论的研究,则

遵循利益保护的机制而展开,即立法环节的利益确认、执法环节的利益实现和司法环节的利益维护。根据上述逻辑,本书的写作分为七章。

第一章是“经济法利益理论研究的基础”。本章是本书的基础篇,主要是为经济法利益理论研究寻求逻辑起点、理论框架和学术谱系,从而为本书研究奠定理论基础。本章重点探讨了三个问题:第一,如何认识利益,这是对经济法利益理论建构的逻辑起点的分析。本书通过对利益的词源学和思想史的考察,从现象学的“生活世界”角度将利益回归到最质朴的理解——利益是人的需要的一种满足,从而将经济法利益理论建构的逻辑起点定位于生活利益,不再去纠缠于所谓精确概念的界定。第二,利益与法的内在结构,这是对经济法利益理论建构的理论框架的探析。从逻辑上讲,利益与经济法的关联,实际上是利益与法这一关系在部门法中的反映,是一种个别与普遍的关系,那么如何来勾连利益与经济法的关联,就需要回到利益与法的关系这一更为基本的结构之中去。这个基本结构就是:利益是法的基础,法是利益的保障。这是一个互动的结构,它构成了经济法利益理论的基本框架。第三,关于利益与法所形成的“法学利益理论”,这是对经济法利益理论研究所作的学术谱系的说明。具体的分析从纵向和横向两个角度展开,就纵向而言,梳理了“法学利益理论”的内在逻辑关联,归纳出了从“起源的利益理论”到“生产的利益理论”,再到“方法的利益理论”这一发展路径,从而使经济法利益理论的研究回归到“法学利益理论”的传统之中;就横向而言,对“法学利益理论”在部门法中的体现进行了简要分析,重点探讨了该理论在我国刑法、民法和行政法学领域的表现方式,说明经济法利益理论的建构应当根据其法律自身的特点来展开,并应显示其个性。

第二章是“当下经济法利益理论研究的反思”。本章首先对当下的研究进行了全面的梳理和归纳,总结了当下两种主要的利益学说:“社会本位论”和“利益均衡论”。经过仔细的研究,本书认为“社会本位论”可以分为“广义社会本位论”和“狭义社会本位论”。“广义社会本位论”与“利益均衡论”实际上有很大的相似性,二者都强调对各种

利益的综合保护,只是二者采用的语言表达方式不同而已。而“狭义社会本位论”则从社会实体的理论出发,认为经济法只保护社会这个有机体的利益,即所谓社会利益,而且这种社会利益在价值上具有最优性。其次,本章对当下经济法利益理论的研究进行了审慎的反思。通过知识考古学的研究,本书认为经济法是社会本位法的判断是准确的,是学者们敏锐把握法律发展规律对经济法所作的正确定位。但需要指出的是,社会本位是一个纵向的概念,它是对所有法律发展的一个阶段性描述,所以社会本位不能成为经济法独有的概念。此外,本书还针对“狭义社会本位论”的观点进行了反思,论证了经济法不是只保护社会有机体所具有的社会利益,独立的社会利益在价值上并不绝对优先于其他利益,经济法调整利益的价值基准也不是社会利益。本章最后在分析当下研究特点的基础上,确定了经济法利益理论建构的范围,包括经济法保护的利益是什么,经济法保护利益的价值基准是什么,经济法保护利益的方法是什么等论题;并由此确立经济法利益理论建构的路径,即从本体论、价值论和方法论三个维度来建构经济法的利益理论。

第三章是“经济法利益的基本认知”。本章是经济法利益理论的本体论研究,主要回答经济法利益是什么,它有哪些分类、在现实的法律中有哪些表现,其内在构造是什么等问题。就经济法利益的内涵而言,本书从生活利益的角度来进行界定,遵循从“生活利益”到“法律利益”的分析路径,得出经济法利益的内涵就是“经济法保护的生活利益”。并且指出这种利益虽然产生于经济领域,但并非一定具有经济性,经济法利益的内容也可能受到其他法律的保护,它的独特之处在于经济法对利益提供的保护方式。就经济法利益的分类而言,本书除了从常见的“主体角度”把经济法利益分为个人利益、社会利益和国家利益之外,还从“利益内容的角度”将其分为经济性利益和非经济性利益,从“法律规范对利益的体现角度”将其分为权利和法益,从“利益主体获取利益的行为方式角度”将其分为追求利益、接受利益、获得利益、保有利益、免责利益和救济利益,从而来更全面地理解经济法利益。就当下经济法所保护的利益究竟有哪些而言,本书对重要的经济法文

本作细致的梳理,以使我们对经济法利益的理解不只停留在理论层面,而是可以实实在在地感受到其法律的表现。就经济法利益的内部结构而言,本书从两个层次展开了具体分析,一是个人利益、社会利益和国家利益这三种利益之间的矛盾冲突;二是个人利益、社会利益和国家利益各自内部的利益冲突,旨在更深入地揭示经济法利益的内在构造。

第四章是“经济法调整利益的价值基准”。本章是经济法利益理论的价值论研究,但不是探讨所有价值问题,而是集中分析价值基准问题,也就是经济法在对利益进行立法确认、执法保障和司法维护的各个阶段都必须予以坚守的基本尺度。本书认为法的价值基准不同于价值目标和价值内容,它是特定主体对各种法律事项所作评价的标准,而我们当前的研究并没有对此进行严格的区分。就当下经济法调整利益的价值基准而言,由于其深层结构存在着“功利主义”与“正义原则”两种理念的对峙,因此存在冲突并难以形成体系。而解决这个问题的方法,则可能要在功利主义与正义原则之间寻求突破。本书正是在参考功利主义原则与罗尔斯正义理论的基础上,提出了一个新的价值基准的序列。具体而言,它包括三个原则:第一,基本自由与权利具有优先性,即当经济法调整利益时,应当首先保护的是个人的基本自由和权利,个人的基本自由和权利不能基于多数人利益的需要而被干预。第二,符合沟通正义,即在保障基本自由与权利的前提下,遵循利益交换的原则,通过充分对话,彼此妥协来达成利益协商,它主要表现为经济自由和经济民主。第三,利益综合最大化,这一原则是指当沟通不能达成一致时,就以社会整体利益最大化为标准来调整利益。它可以分为两个子标准,一是当利益存在冲突必然使一方主体利益受损时,就以“最大利益净余额”为标准来调整,但必须对利益受损者给予补偿;二是当利益不发生冲突时,以“不损害一人的增加总量”为标准。总的来讲,这是一个字典式的秩序,只有在先的原则得以满足的条件下,才适用后一个原则。

第五章是“经济法利益的确认——立法分配”。本章是经济法利

益理论的方法论之一,探讨的是立法对经济法利益的确认,主要从确认的基本观念、主要程序和规范设置三个角度进行分析。就经济法利益确认的基本观念而言,本书认为与传统的立法理念不同,利益分化是经济法利益确认的背景,公共选择是确认的过程,集团博弈是确认的关键。就经济法利益确认的主要程序而言,其内在逻辑是利益识别→利益选择→利益整合→利益表达。具体来讲,在利益识别阶段除了常规方法外,要高度关注利益集团的利益表达;在利益选择阶段要遵循三个标准,一是应当符合特定文明的要求;二是利益必须能被经济法所保护;三是利益选择时须注意平衡;在利益整合阶段则主要采用价值评估、利益交换和比例分析的方法;而在利益表述阶段,要注意经济法利益的表达是一种“符号——直观”的模式,其法律语言往往直接来源于生活世界的日常语言。就规范设置而言,经济法的“主体设置”呈现出了“从契约到身份”的特点;经济法的“权义结构”呈现出不均衡性的特征;经济法的“责任规定”也有许多不同于传统法的特点,从而体现出了立法对利益分配的态度。

第六章是“经济法利益的实现——多方联动”。本章是经济法利益理论的方法论之二,研究经济法利益确认以后的实现问题,即通过什么样的方式将法律文本意义上的经济法利益转变为实际的利益。本书认为经济法传统的利益实现模式是行政执法,这一模式表现为行政主导、强制性和单方性,是一种“命令——服从”的模式。然而在利益分化的时代背景和国家干预手段市场化的条件下,这一模式遭遇了困境,因此经济法应当采用“多方联动”的模式,即由多元主体通过商谈博弈的方式来实现利益,这是一个开放立体的结构,不同的利益主体被允许进入其中充分地表达其利益诉求。从利益实现的主体来看,已经不再是只有行政主体,而是一个多元的结构,包括政府、“无头的第四部门”、行业协会、中介组织、企业和个人等等。从利益实现的进路来看,商谈和博弈成为利益实现的重要方式。而且,在多方联动模式的运行中,政府的经济政策起到了关键的作用,因此不同于传统法,政策成为经济法利益实现的重要手段。

第七章是“经济法利益的维护——法律论证”。本章是经济法利益理论的方法论之三,研究经济法利益发生冲突进入到司法保障程序后如何维护。本章认为在利益维护中,传统的利益衡量论有不可克服的缺陷,因此需要引入法律方法论的最新成果——法律论证,来对经济法利益维护机制进行重构。本书认为当下法律方法论发生了转向,即从注重形式逻辑推理转向了解释学的路径,正是在这个背景下,法律论证这一具体的解释学法律方法得以迅速的发展,而这种法律方法对于经济法利益维护有着重要的意义。依据法律论证理论,经济法的利益维护机制出现了与传统司法适用模式不同的面相。在这一机制里,利益维护的场域是一个敞开的体系;利益维护的主体不是只有法官,而是一个多元的结构;利益维护的结论也不是追求唯一正确的答案,而是听众的可接受性;利益维护的推理也不再是只遵循三段论的形式法律推理,而主要是采用实质法律推理的方式,具体包括法律阐释、经济分析、社会后果分析和政策分析等等方法;而且利益维护还必须遵循严格的程序,这种程序不是广义的诉讼程序,而是狭义的法律论证程序,它参考了阿列克西的论证规则。