

厦门大学法学院经济法学文库

总主编·朱崇实 刘志云

风险社会中的法律责任制度改变： 以经济法为中心

阳建勋 ● 著

厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

厦|门|大|学|法|学|院|经|济|法|学|文|库

朱崇实 刘志云 总主编

风险社会中的法律责任制度改变： 以经济法为中心

阳建勋 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

风险社会中的法律责任制度改变:以经济法为中心/阳建勋著. —厦门:厦门大学出版社, 2014. 9

(厦门大学法学院经济法学文库)

ISBN 978-7-5615-5034-2

I. ①风… II. ①阳… III. ①经济法-研究 IV. ①D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 064018 号



厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

三明市华光印务有限公司印刷

2014 年 9 月第 1 版 2014 年 9 月第 1 次印刷

开本:720×970 1/16 印张:15 插页:2

字数:261 千字 印数:1~1 200 册

定价:38.00 元

如有印装质量问题请寄本社营销中心调换

“厦门大学法学院经济法学文库”编辑委员会

主编：朱崇实

委员（按姓氏拼音为序）：

郭懿美 林秀芹 卢炯星 刘志云

李 刚 肖 伟 朱崇实 朱晓勤

总序

与传统的部门法相比,经济法在我国产生比较晚,它肇始于改革开放以后的巨大变革时代,从一开始就立足于国家控制经济和经济体制改革,经历了从计划经济到“有计划的商品经济”再向市场经济跃迁的经济体制改革进程。也正因为此,经济法具有很强的本土性,中国经济法学研究从一开始就充分关注本土性问题。同时,不断变革的时代背景也决定了经济法是法律体系中最活跃的,也是最易变的法律。自身成长壮大的需要和社会经济变革的要求,都注定它必须面向不断试错的、渐进的社会转型,回应市场经济跌宕起伏的动态,在完成型塑我国社会经济的过程中不断发展、嬗变和成熟。

自改革开放以来,伴随着社会主义市场经济体制的逐步确立,经济法研究在我国蓬勃兴起,各种理论观点交相辉映。过去的30余年里,在与其他部门法的论争中,经济法学界逐渐廓清了诸多方面的混沌认识,并在向市场经济转轨的经济社会变迁历程中,辅助立法部门构建起中国的经济法律体系,确立了经济法在整个社会主义法律体系中不可替代的独立性地位。特别是伴随着《中国人民银行法》《银行业监督管理法》《企业所得税法》《反垄断法》《企业国有资产法》等一批经济立法的生效,以宏观调控法和市场规制法为主体的经济法律体系逐步建立起来了。在整个法律框架内,经济法在我国的社会经济生活中所起的作用越来越重要,并将同其他部门法,特别是宪法、民法、行政法等协调配合,共同实现法律体系对社会经济的调整功能。

厦门大学法学院是全国较早开展经济法教学和科研的单位之一。1980年厦门大学法律系复办时,就开设了经济法课程,并在民法教研室中设立了经济法教研组;1982年正式成立了经济法教研室;1994年经国家教委批准,设立了经济法专业,开始培养本科生人才;1996年经国务院学位委员会批准,设立



了经济法硕士点,开始招收硕士研究生;2004年,厦门大学经济法学研究中心成立;2005年,开始挂靠其他专业博士点招收“金融法、法律经济学”方向的博士研究生。2006年,在获得法学一级学科硕士、博士学位授予权的基础上,我校设立了经济法博士点,成为我国经济法高层次专门人才的培养基地之一。立足于现有基础,厦门大学法学院经济法学学科将保持并发扬在金融法、经济法基础理论与宏观调控法和财税法等研究方向上的鲜明特色,坚持“国内经济法与国际经济法问题相结合,以国内经济法为主”和“法学与经济学相结合,以法学为主”的原则,顺应经济全球化和世界经济一体化的时代发展潮流,以我国建设社会主义法治国家和市场经济体制为契机,积极开展经济法学理论与制度构建工作,在国内经济法学界继续保持较高的学术地位和学术影响。

“厦门大学法学院经济法学文库”的编辑出版,是依托厦门大学经济法教研室和厦门大学经济法研究中心进行学科建设和发展的一项新举措,以“前沿意识、精品理念”为指导,以系列学术专著、译著的形式,集中展现我国经济法领域的专题研究成果,促进学术繁荣和理论争鸣。“文库”稿件的来源以厦门大学法学院的学者、校友在经济法领域的专著、译著为主,也欢迎国内经济法学者和司法机关的工作人员不吝惠赐佳作。“文库”坚持作品的原创性,理论构建与司法实践并重,崇尚严谨的治学态度,鼓励学术上的革故鼎新与百家争鸣。在出版经济法学专家学者力作的同时,也关注经济法学界的新人新作,包括在优秀博士学位论文基础上扩充整理的学术专著,在他们的学术之路上扶上一马、送上一程。

我们期望“文库”不但成为经济法专家学者交流思想的平台,成为青年才俊迈向学术生涯的入口,成为经济法学研究成果汇集的智库,更力图使其能为变动不居的社会主义市场经济体制运行提供前沿理论探索和阶段性制度保障,为中国的法治之路贡献自己的绵薄之力。

“厦门大学法学院经济法学文库”编辑委员会

2010年11月8日

目 录

导 论	1
一、选题背景与研究意义	1
二、研究思路与内容结构	3
三、研究特色与主要创新	5
第一章 风险社会对传统法律责任体系的挑战及其内部修正	7
第一节 “风险社会”、“风险”与“法律责任”	7
一、“风险社会”的含义探析	7
二、“风险”含义探析与反思	13
三、“法律责任”的含义	16
第二节 风险社会对传统法律责任体系的挑战	20
一、理性主义和个人主义的责任本质观面临挑战	20
二、法律责任的风险控制功能及其在风险社会中的凸显	21
第三节 风险社会中传统法律责任体系的内部修正	24
一、安全刑法的产生及其刑事责任的拓展	24
二、民法上的危险责任法制之发达	26
三、风险社会中的公共行政与行政责任的发展	26
四、世界风险社会中的国际责任及国际争端解决机制的新挑战	27
第二章 风险社会中经济法的产生及其责任研究的语言学转向	29
第一节 风险社会中经济法的产生及其责任拓展	29
一、风险社会中经济法的产生	29
二、风险社会中经济法领域的责任形态拓展	31



第二节 经济法领域的法律责任研究述评	34
一、经济法兴起时期的责任研究及其发展	34
二、以往有关经济法的责任研究困境	36
三、以上研究的基本思路及其局限性	38
第三节 经济法领域法律责任研究的语言学转向	41
一、转向的哲学渊源是语言哲学的兴起	41
二、转向的法理学背景是新旧分析法学的流变	43
三、经济法的责任研究转向有其自身的特殊原因	45
四、“经济法责任”含义的特定语境分析	49
五、本书对“经济法责任”含义的把握	53
第三章 语境论中的经济法责任独立性辨析	56
第一节 民法现代化语境与经济法语境冲突下的惩罚性赔偿之争	57
一、民法现代化语境：风险社会挑战与传统法律责任体系的变革	57
二、经济法语境：风险社会挑战与经济法的责任制度创新	60
三、民法学界与经济法学界关于惩罚性赔偿的责任性质之争	61
四、惩罚性赔偿责任性质之争源于两种不同的语境冲突	63
第二节 不同行政法语境中的经济法责任之争	65
一、经济行政法论中的经济行政责任	65
二、行政法学中行政责任范畴的未定	66
三、“管理论”行政法与经济行政责任论	69
四、“控权论”行政法与独立的经济法责任	73
第三节 统一经济法语境的缺失与经济法责任之争	75
一、关于经济法责任的内部争议	75
二、统一经济法语境的缺失	77
第四节 风险社会中法律责任变革的不同路径	
与经济法责任之独立	80
一、独立性之争源于变革的不同路径选择	80
二、独立之经济法责任论具有一定前瞻性	82
三、建构独立之经济法责任的重点与难点	82

第四章 市场主体责任社会性与身份性的风险根源	86
第一节 风险的外部性与市场主体责任的社会性	86
一、市场主体责任社会性的研究述评	86
二、市场主体责任社会性的语境分析	92
三、市场主体责任社会性的外部性理论解析	100
第二节 风险地位的不平等性与市场主体责任的身份性	112
一、对经济法责任作为角色责任的研究述评	112
二、从两次运动看市场主体责任身份性的缘起	114
三、风险社会中的强弱市场主体及其身份调整	123
第三节 市场主体责任的个案分析:金融危机责任费	132
一、金融危机责任费的提出背景与社会反应	132
二、金融危机责任费正当性的经济法解释	134
三、对完善我国金融法制建设的若干启示	141
第五章 双重风险地位与政府责任两难及其克服	145
第一节 从宏观调控看政府责任的两难	146
一、政府与政府责任的一般理论	146
二、宏观调控的经济学与法学含义	150
三、宏观调控中的政府责任两难	151
第二节 从宏观调控看政府责任两难的风险根源	157
一、风险社会中政府的双重风险地位	157
二、双重风险地位与宏观调控的两难	162
三、双重风险地位导致政府责任两难	165
第三节 克服两难的进路评析与宏观调控的软法规制	167
一、商业判断规则进路评析	168
二、成本收益分析进路评析	170
三、法多元主义的软法进路	173
四、宏观调控的软法规制	177
第四节 软法规制宏观调控的个案分析:中央银行问责制	181
一、中央银行问责制的缘起:独立性与硬法责任之难	181
二、中央银行问责制的含义与软法性及危机前的实践	183
三、次贷危机后美国中央银行问责制的变革及其启示	188

第六章 风险社会中的诉讼机制变革与经济法责任的实现·····	191
第一节 风险社会中的诉讼机制变革·····	192
一、传统诉讼模式的形成及主要特点·····	192
二、风险社会对传统诉讼模式的挑战·····	195
三、诉讼机制对风险社会挑战的回应·····	198
第二节 经济法责任实现的诉讼机制选择与创新·····	201
一、经济法责任实现的诉讼模式之争·····	201
二、从诉讼机制变革看经济法的选择·····	204
三、实现经济法责任的诉讼机制创新·····	206
结论·····	211
参考文献·····	215
后记·····	230



导 论

一、选题背景与研究意义

拉德布鲁赫说：“经济法究竟是一个新的法律领域，或者不过是一种法律思想方法在各个领域的适用，尚可争辩。”^①此种争辩在中国之激烈与精彩也许远非拉德布鲁赫当年所能预料。近年来成了经济法基础理论研究热点的经济法责任问题，尤其是其独立性之争再次证实了拉德布鲁赫“尚可争辩”的判断，而争辩之激烈却又非其所能预料。2003年8月由北京大学和青海民族学院共同主办的第四届经济法前沿理论研讨会的主题就是经济法责任；同年9月在安徽黄山举行的十三省市自治区法学会第十九次经济法学术研讨会上，与会代表就经济法责任问题展开了积极的探讨，如有代表就对曾经盛行的“经济法责任综合论”提出了质疑；同年在北京召开的第十一届全国经济法理论研讨会上，经济法责任问题再次成为讨论热点；2009年4月25日、26日由南京大学法学院主办的第六届中国青年经济法博士论坛的主题还是“经济法上的责任问题”。

经济法责任问题成为经济法基础理论研究的热点并非偶然。法是一种包含强力的社会控制手段，“调整 and 安排必须最终地依靠强力，纵使它们之所以有可能，除了一种反社会的残余必须加以强制，主要是由于所有的人都有服从

^① [德]拉德布鲁赫：《法学导论》，米健、朱林译，中国大百科全书出版社1997年版，第80页。



的习惯”^①。法律责任就是法的强力的直接体现。法的责任问题是法理学上的一个基本问题，法律责任是法学上的一个基本范畴，也是保障法律运行的重要机制，研究法律责任既是法的实践的需要，也是法学发展的学术需要。^② 研究经济法责任问题，其原因也不外乎以下两个方面。

其一，是经济法的实践的需要。在德国法上，存在着对国家竞争行为如何加以规范的问题。“如果国家以私法组织形式出现或采取私法的行为方式，其是否还要受到公法的约束？”^③ 国家从事竞争行为的权限何在，应当承担何种责任？这些问题，可以说是现代市场经济国家所面临的共同问题。在我国，“对于宏观调控和市场规制领域发生的违法行为如何全面追究法律责任，其实是久已存续的问题，只是现在越来越突出了”^④。由美国次贷危机所引发的全球金融危机、三鹿“毒奶粉”事件等食品安全事故也引起了人们对现行法律责任制度的反思。这也反映出作为经济法之主要构成的市场规制法与宏观调控法在责任制度方面的不足。因此，加强经济法责任理论研究是经济法实践的客观需求。

其二，研究经济法的责任问题也是促进经济法学发展和走向成熟的需要，是经济法学界在多年的学术积累后进一步深入研究经济法的自觉行为。经济法理论研究一直存在总论与分论脱节的不足之处，其中一个重要的原因就是经济法责任理论的缺失。经济法责任理论是经济法基本原理的综合体现，是联结经济法总论和经济法分论的一个最佳纽带。没有这样的一个纽带，经济法理论的自足性难免要受到质疑。

可见，经济法学要走向成熟，摆脱“七分经济三分法”的诟病，成为真正意义上的法学，也有赖于经济法责任理论研究的深入和完善。民事责任、刑事责

① [美]罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，商务印书馆1984年版，第15页。

② 参见张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社2001年版，第116页。

③ [德]乌茨·施利斯基：《经济公法》，喻文光译，法律出版社2006年版，第129页。

④ 张守文：《经济法理论的重构》，人民出版社2004年版，第429页。

任和行政责任都是各自部门法学者研究的重要领域,出现了许多的研究成果。^① 这些研究极大地促进了这些部门法学研究的深入,提高了这些部门法理论的自足性与说服力。与其他部门法学界相比,经济法学界对于本部门法学的责任理论的研究可谓逊色不少。其中原因,客观上而言,经济法是一种新兴的法律现象,在经济法的初步发展时期,经济法学的理论积淀有限,还不足以支撑开展本部门法学的责任理论研究。从主观上看,由于当时对经济法的争议较大,与责任问题相比,经济法的调整对象、概念及其价值等围绕经济法的独立地位的问题显得更加重要,经济法学者更急于去论证经济法是一个独立的法律部门,经济法的责任问题虽曾有人涉及,却未为经济法学界所重视。

经济法实践的需要和经济法理论趋向成熟使得经济法的责任问题成为经济法研究的热点。研究的理论意义在于,促进经济法责任理论研究的深入,增强经济法理论的自足性;研究的实践价值在于,促进经济法的有效实施,从而全面有效地追究市场规制领域和宏观调控领域发生的违法行为的法律责任,以维护公正合理的社会经济秩序。

二、研究思路与内容结构

经济法产生与发展所处的社会生活时代是风险社会的时代。风险社会对传统法律制度提出了全面的挑战。传统部门法为了应对风险社会的挑战都在试图拓展其责任制度。民法的现代化,如现代民事责任体系中危险责任的确立与扩张;安全刑法的产生;风险社会中的公共行政与行政责任的发展以及世界风险社会中的国际责任及国际争端解决机制的新挑战等。经济法责任制度是为了应对风险社会挑战,满足风险社会的责任制度需求的另一种路径选择。因此,从风险社会的语境来研究经济法责任问题有助于解决以往研究的两个困境,即“什么是经济法责任”及“经济法责任独立性”。本书正是以经济法责任制度应对风险社会的挑战为主线,运用风险社会理论和语义分析方法、经济

① 在这三大部门法领域,出现了一批研究部门法法律责任方面的专著,如:郭明瑞、房绍坤、於向平:《民事责任论》,中国社会科学出版社1991年版;谢邦宇、李静堂:《民事责任》,法律出版社1991年版;张明楷:《刑事责任论》,中国政法大学出版社1992年版;张智辉:《刑事责任通论》,中国警官出版社1995年版;冯军:《刑事责任论》,法律出版社1996年版;沈开举、王钰:《行政责任研究》,郑州大学出版社2004年版;朱新力、余军主编:《行政法律责任研究——多元视角下的诠释》,法律出版社2004年版;张志勇:《行政法律责任探析》,学林出版社2007年版;等。

风险社会中的法律责任制度改变：以经济法为中心



厦门大学法学院经济法文库

分析方法,阐释经济法责任产生与发展的社会基础,辨析经济法责任的独立性之争,分析市场主体责任与政府责任的特征及其风险根源,探讨经济法责任实现的诉讼机制选择与创新,力求突破经济法责任研究的困境。

基于以上研究思路,本书的具体内容如下:

第一章阐述风险社会对传统法律责任体系的挑战及其内部修正。从“风险社会”“风险”与“法律责任”的含义入手,引入了风险社会理论,比较了法理学界关于法律责任的主要理论,分析了在风险社会中传统法律责任体系面临的主要挑战,为从风险社会语境研究经济法领域的法律责任问题进行了必要的理论铺垫。

第二章以风险社会为背景分析了经济法产生的原因以及在经济法领域出现的新型责任形态;继而述评了以往经济法领域的法律责任研究,指出了以往责任研究存在的两个主要困境——“什么是经济法责任”以及“经济法责任的独立性”,分析了以往研究的基本思路及其局限性,提出经济法责任研究要进行语言学转向;接下来分析了这一转向的哲学渊源、法理学背景以及经济法自身的特殊原因,并从特定语境分析了“经济法责任”的含义,提出了本书对“经济法责任”这一概念的把握。

第三章针对经济法责任的独立性之争,从民法现代化语境与经济法语境的冲突、多重行政法语境之冲突、统一经济法语境的缺失以及风险社会中法律责任制度变革的不同路径等视角对这些争议予以辨析,剖析争议产生的原因,指出独立的经济法责任是经济法学者的一种应然判断,是为了满足风险社会责任制度需求的一种主观建构。这种应然判断也有其实然基础,在经济法领域确实出现了一些新的责任形态,如惩罚性赔偿、禁止令、恢复原状、缺陷产品强制召回、信用减等,只不过这些责任形态还不如传统法律责任形态那样具有较强的系统性。从这个意义上看,经济法责任是一种正在形成中的独立的部门法责任,主张独立的经济法责任的新型责任论具有一定的前瞻性;经济法责任的独特性应当成为建构独立之经济法责任的重点,政府之经济法责任则是建构独立之经济法责任的难点。

第四章探讨市场主体责任社会性与身份性及其风险根源。首先,从风险的外部性视角研究市场主体之经济法责任的社会性,认为风险社会中市场主体行为风险的外部性日益凸显,而解决外部性的以往法律责任制度存在诸多不足,经济法责任在解决外部性方面的优势能够弥补以往法律责任制度的不足,经济法责任的社会性反映了解决风险社会中风险的外部性、满足人类社会共同需求的迫切需要。其次,从风险地位的不平等性视角研究了市场主体之

经济法责任的身份性,认为风险社会中市场主体的风险地位具有不平等性,基于不平等风险地位的身份调整及其相应的角色责任的加强,实质上是以法律制度的方式对不平等风险地位的平衡,或者说是法律制度对风险的重新分配。这种分配在法律形式上表现为主体之间权利义务的调整,调整的原则是对弱勢主体的倾斜保护原则,相应地导致了其责任的身份性。

第五章从政府的双重风险地位视角以宏观调控为重点探讨了政府的责任两难及其风险根源,然后评析了克服两难的三种进路,重点探讨了宏观调控的软法规制,指出政府在宏观调控中的责任两难只是硬法上的责任两难,因为硬法在规制宏观调控裁量时存在失灵,宏观调控权需要硬法与软法的混合控制。因此,宏观调控的法治化也不能仅仅依赖于宏观调控硬法,在继续强化硬法控制力的同时,还应当注意充分发挥宏观调控软法的功能。

第六章以风险社会中的诉讼机制变革为背景研究经济法责任实现的诉讼机制选择与创新。首先分析传统诉讼模式的形成及特点、风险社会对传统诉讼模式的挑战及其诉讼机制变革对挑战的回应;然后辨析了经济法责任实现的诉讼模式之争,从风险社会中诉讼机制变革的一般规律出发,提出了经济法责任实现的诉讼机制选择与创新。

此外,在第四章与第五章中,选取了风险社会中的两个典型案例——美国次贷危机之后提出的金融危机责任费和金融危机背景下的中央银行问责制变革,分别从市场主体责任的社会性、身份性和政府责任两难及其克服的视角对其进行了剖析,这也是对前述研究所得出的理论观点进行的现实运用与验证。

三、研究特色与主要创新

首先,本书在研究视角上独具特色,尝试性地将风险社会理论引入了经济法研究领域,以图揭示经济法责任产生与发展的风险根源以及经济法责任的风险控制功能。与以往经济法责任研究侧重于其价值与利益诉求相比,本书侧重于从风险管理、控制与预防的视角探讨经济法责任制度与现实的风险社会生活实际之间的联系。此种研究思路不再局限于从自然主义的角度思考责任问题,而是从社会的角度,如一系列承担责任和使人们负有责任的社会实践来发现应负责任的意义以及责任是什么的“真相”;不再只是抽象地思考责任,而是一种“语境中的法律”运动的继续,在“语境中的法律”运动中,法律不再是



自治的话语空间或封闭的分析体系，而是社会规范生活的一部分。^① 在特定的语境中思考责任，“表达的是联系特定的社会、特定的时间、特定的社会行动以及特定的价值体制来思考责任，我们可以有很多收获。我的方法并不是认为只能够结合语境来认识责任，也不认为从语境上不确定的抽象分析中或者法律原理的细致分析中学不到任何东西。但是我主张如果脱离具体环境我们无法认识到关于责任的所有问题”^②。同样，从风险社会语境来研究经济法责任并不是要否定以往对经济法责任问题的抽象分析，而是力图在此基础上结合具体的社会环境对其力求更为全面的认识。

其次，在研究内容上，试图廓清经济法责任独立性之争，运用语义分析方法论证了该独立性之争源于不同部门法语境的冲突，源于风险社会语境下变革传统法律责任体系的不同路径选择；分析了市场主体责任的社会性、身份性，指出其风险根源是市场主体行为风险的外部性与风险地位的不平等性；探讨了宏观调控中的政府责任两难及其导致两难的政府双重风险地位，评析了克服政府责任两难的三种进路；以风险社会对传统诉讼模式的挑战及诉讼机制变革为背景分析了经济法责任实现的诉讼机制选择与创新；对社会现实中的新问题——金融危机责任费与中央银行问责制进行了个案分析。

最后，本书在研究方法上具有一定特色，较多地运用了语义分析方法和经济分析方法。针对“什么是经济法责任”定义之争，借鉴哈特的理论，提出经济法责任研究要进行语言学的转向；在分析经济法责任社会性和宏观调控法律责任的两难时，较多地运用了经济分析方法，如经济学中的外部性理论与宏观经济理论。

^① 参见[澳]皮特·凯恩《法律与道德中的责任》，罗李华译，商务印书馆2008年版，第416～417页。

^② [澳]皮特·凯恩《法律与道德中的责任》，罗李华译，商务印书馆2008年版，第417～418页。

第一章

风险社会对传统法律责任体系的挑战及其内部修正

第一节 “风险社会”、“风险”与“法律责任”

一、“风险社会”的含义探析

(一)从前工业社会到工业社会

1. 前工业社会的风险状况。我们生活在一个“除了冒险别无选择的社会”，^①风险是自人类社会以来客观存在的一种社会现象，在工业社会之前的社会发展中也不能否认风险。只是在前工业社会，“由于实践水平的限制，人类处于相对孤立的地域，社会生活的风险在范围和规模上是相对狭小的，后果的危害程度也被限制在地域的范围之内，风险的类型、性质和应对方式相对较为简单和单一”^②。自然风险是主要的风险类型。

2. 工业社会的风险发展。工业社会创造的工业文明代替了前工业社会的

^① Luhman N., *Risk: A Sociological Theory*, De Gruyter, 1993, p. 218.

^② 庄友刚：《跨越风险社会——风险社会的历史唯物主义研究》，人民出版社2008年版，第17页。