



经济法正当程序机制研究

齐建辉 著

商务印书馆
The Commercial Press

经济法正当程序机制研究

齐建辉 著



商务印书馆
The Commercial Press

2017年·北京

图书在版编目(CIP)数据

经济法正当程序机制研究/齐建辉著. —北京:商务印书馆, 2017

ISBN 978-7-100-15334-8

I. ①经… II. ①齐… III. ①经济法—研究—中国 IV. ①D922.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 225474 号

权利保留,侵权必究。

本书获得西北师范大学科研经费资助

经济法正当程序机制研究

齐建辉 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-15334-8

2017 年 11 月第 1 版

开本 880×1230 1/32

2017 年 11 月北京第 1 次印刷

印张 10 1/4

定价:42.00 元

正义之提供,牵涉国家的权威和声望。因此,国家总不允许提供正义之方法沦落成个人偏好的即兴创作和奇思妙想;它感到有必要在有约束的规则体系里规定法律程序的技术,其主体是法定程序法;在把这些技术转化为统一法律规范时,它还希望确保实现此最庄严使命即提供正义的方法问题与理性一致——此乃国家理性,化约为有约束力的程序,并同样适用于所有人。

——皮罗·克拉玛德雷^①

随着一个只具备有限目的和微弱手段的政府转变为现代行政国家,对正当法律程序观念的精心解说,已经成为重新定位宪政主义的主要方式。

如果说人身保护状是“伟大的令状”,那么,正当程序必定是“伟大的条款”。

——杰瑞·L. 马肖^②

^① [意]皮罗·克拉玛德雷:《程序与民主》,翟小波、刘刚译,高等教育出版社2005年版,第2页。

^② [美]杰瑞·L. 马肖:《行政国的正当程序》,沈岍译,高等教育出版社2005年版,第1页。

序

作为一门新生的法律部门,经济法回应了国家干预市场的客观现实,突破了市场与国家分治的理论假设,将国家经济行为纳入理性审视和法律的规制之下,这不仅引发了传统法治理论的整体反思,同时也预示了经济法理论重构和制度建设的双重任务。在理论研究方面,经济法与传统法律部门纠缠于调整对象的地盘争夺,疏于真正的理论创新;在制度建设方面,经济法规时常摇摆于民商法和行政法之间,缺乏独立的运行机制,既没有独立的概念,也不能大胆超越。寻求经济法“独立运行”的理论根据与制度依托,确立国家干预的合法性(正当性)和规范性(制度化),是当前建设法治政府和经济法制建设的重大课题。

建辉博士长期致力于经济法理论的研究思考,并在西南政法大学师从著名经济法学家种明钊先生和李昌麒先生,获得法学博士学位,具备了深厚的法学理论素养和扎实的经济法学知识基础。早在攻读博士学位期间,就倾心于经济法基本范畴的理论构建,确立了以经济法的理论重构和运行机制为重点的研究方向,后来的博士学位论文就是沿着这个方向完成的。作为西南政法大学的客座教授、建辉博士的学位论文评阅专家和答辩委员会主席,我参与了该研究的选题确立,总体思路的设计,主要观点的斟酌,基本内容的筛选,以及具体方法的应用等全部过程,熟知论文写作和研究的每一个细节,整个研究过程和研究结论值得肯定。后来,以《经济法正当程序机制研究》为题,获得了教育部哲学社会科学基金项目的支持,研究方法更加合理,研究体系更加完善、

研究内容更加深入,较好地完成了对经济法理论范式和运行机制的理论分析和制度构建,其学术成果和贡献应当得到肯定和推介。

《经济法正当程序机制研究》课题,从法学理论范式、法律类型学和法律程序机制三个方面,应用哲学、社会学、经济学和法学的综合方法,深入研究了经济法的社会背景、理论基础、制度模式和运行机制,对规范国家经济行为,完善经济法学理论和建构经济法律体系,寻求国家经济行为法治化做了大胆的理论探索和制度创新。传统法治坚持个体主义的方法论,崇尚意思自治、契约自由和司法消极救助,是理想的私法之治或个体法治;经济法以整体主义为指导,肯定国家代理或代表市民社会弥补市场缺陷,提供公共产品,强调政治国家与市民社会的互动,是一种新型的公共法治。传统民商法以保护市场主体的个人利益和意思自治为己任,以源于传统和习惯的实体规范为主体,依靠意思自治和消极的司法救济实现;经济法以社会整体利益为目标,国家经济行为的内容抽象模糊且变动不居,消除国家经济行为的不确定性,防止权力滥用,单纯的实体法的规范已经力不从心。反思正当法律程序历史地位和制度价值,确立应对经济法多元利益协商、沟通理性和科学论证要求的程序规范模式及其运行机制,是经济法制度的根本出路。

《经济法正当程序机制研究》立足于经济法理论的核心和重点问题,密切观照建立法治政府的时代议题,在理论上拓宽了经济法研究的视野,丰富了经济法研究的方法和内容,其研究结论对经济法律制度的建设和完善具有重要的参考价值。该研究的观点鲜明准确,逻辑结构严谨合理,研究思路清晰流畅,研究方法规范得当,既有理论梳理和规范分析,也不乏实证研究和具体制度建构。研究内容全面系统,经济法的理论范式明确了研究角度和研究方法,程序法历史地位的梳理和法律价值深刻剖析,指出了经济法的现实困境和根本出路,经济法运行正当程序理念、原则和主要制度的探索奠定了经济法制度建设的方向、重

点和基本框架。可以肯定,《经济法正当程序机制研究》的面世,将对经济法理论研究和制度建设都具有重要的推动意义,对有效扩充经济法学理论研究的方法、视角,对完善经济法的制度创新和执法、司法实践将有明显的启发和帮助。

徐孟洲

中国人民大学法学院

2017年3月2日

自序

在几经中断,又几经反复之后,在商务印书馆的大力支持下,今天终于有幸将 20 多年来对经济法学的理论与实践的思考向各位专家和同仁汇报。当一件坚持许久的工作终于完成时,心中虽有些许释然,但更多的是忐忑和不安。

在上个世纪九十年代之初,我的大学生活理想和现实的双重挤压中度过,在中国改革开放大潮的冲击下,基于安身立命的世俗考虑,本科毕业时我从思想政治教育专业转向当时最为时髦却也处于一片混沌的经济法学专业硕士研究生,开始了自己的经济法思考之路。由于法学理论和法律知识的欠缺,加上经济法学也正处于理论建构和制度初创阶段,专业学习一直不得要领,许多理论问题对我是如坠云雾,不明就里。相对于传统民商法深远的历史传统、整齐的理论体系、完备的制度框架和清晰的运行机制,年轻的经济法学基础薄弱,理论研究割裂分散,制度规则稀缺零乱,实践操作缺乏司法救济而流于政策解说。三年的专业学习只是在概念层面实现了对经济法的机械记忆和简单应用,学位论文也是在经济和法律的混杂中完成了形式的审查要求。

带着对经济法学的无限困惑,我考取了西南政法大学的经济法学博士研究生,有机会在法学前辈的指导下深入思考困扰多年的经济法理论和实践问题,实现自我救赎。基于对经济法基本理论的探求,以及对经济法实质化特征和形式理性要求的纠结,我跟导师种明钊先生商定,决定从经济法的时代背景、理论基础和制度构架角度确立博士学位

论文的选题,对经济法的理论范式和运行机制进行总体研究,以完成经济法的理论超越和制度回归。研究方向和主题的确相对比较容易,真正的写作却极其困难。在三年博士学习期间,我重新系统阅读了经济法的经典著作,广泛研习了法理学、经济学、社会学理论,获取了丰富的专业知识和人文社科理论。在吸收马克斯·韦伯的法律类型学、哈贝马斯的交往行为理论和现代西方宪政中的正当程序理论的基础上,开始寻求经济法理论建构和制度创新全新的思路。因为经济法不单纯是一个新型的法律部门,同时它也体现了一种全新的法学理论范式和法律运行机制。同时,在国家干预的时代背景下,经济法面临诸如法律规则的确定与变化、法律运行的封闭与开放、法律实施的强制与自觉等理论冲突与实践争执。确立国家干预的合法性(或正当性)和规范性(制度化),是经济法制度建设的重大理论和实践课题。解决这一关联性问题,必须要对传统法治理论的思维方式和制度模式进行整体反思,对现有的法律资源进行深入发掘和整理。经济法运行的正当程序机制研究,也许是探索弥补经济法实体法不足和制度缺陷,解决经济法运行正当化、规范化,实现国家干预行为的法治化的有效路径。

博士论文如期完成,但写作和研究并没有终止。2010年在教育部人文社科基金的资助下,我又对世界主要国家和地区国家干预经济的法律制度进行了梳理和分析,尤其是我国近来政府重大决策程序立法实践进行了跟进考察,充实了研究的实证性和操作性。日月如梭,时光飞逝,一转眼又是十年。课题研究首先从理论反思入手,考察国家干预视野下经济法理论范式的转换。以国家干预为背景,坚持整体主义方法论,借鉴托马斯·库恩的“范式”理论,对比分析了经济法理论和传统法治理论的法律本体论、认识论、方法论、价值观和道德观差异,确立了经济法的“主客一元论”基本理论范式,阐述了经济法理论范式产生、发展和运行的客观经济基础和理论渊源,奠定经济法在制度模式和运行

机制选择上的方法论基础。进而以传统法治的形式特征和要求为参照,全面考察了经济法的规范内容、法律推理、法律职业、法律机构,分析经济法的实质化特征以及与传统法治的“理论”冲突。概括了经济法理论和实践面临的规则确定与变化、运行的封闭与开放、适用的普遍性与特适性、强制与自觉之间的理论困惑和二难选择;在重述法治本质要求的基础上,反思传统法治理论模式的狭隘性,提出了化解或整合经济法“悖论”的正当程序机制。

在明确经济法理论范式的基础上,纵向考证了经济法程序化发展的历史背景和理论基础,还原了超越“诉讼程序”、“行为过程”等简单观念的整体法律程序概念,重点考察英美、大陆法和中国传统法律制度中的程序法理论和法律角色,探究了程序法的哲学认识论基础和伦理学人性论基础,证明和恢复了程序法在整个法律体系中的“元规则”或“初级规则”的地位,确立了经济法运行正当程序机制的历史渊源和理论基础。研究还反思和重构了经济法正当程序机制的价值功能。通过重新梳理并反思了具有代表性的程序工具主义理论和程序本位主义理论,确立了以人的主观需要和权利保护为中心的分析框架,论证了正当法律程序的积极保护功能和消极防御功能,概括出经济法律程序的价值是实现国家干预正当化、经济民主法制化,以及促进国民经济整体效率。

课题研究还重构了经济法程序的内在机理和基本原则,探索了经济法运行程序的主要制度。经济法正当程序的内在机制和基本原则体现了现代经济社会的整体性持续发展趋势,也是法律形式正义和实质正义统一的必然要求。经济法正当程序是以市场经济和民主政治为基础的公共选择和决策机制,它的内在机制主要有平等对话、理性谈判、多元妥协、自主或自治;其基本原则主要有公开、公正和条件优势原则。经济法运行的正当程序制度包括主体制度、信息与资讯制度、对话与听

证制度、结果与决定制度,现实的经济法运行程序还存在诸多理论缺陷和制度障碍,研究结合实践提出了一些尝试性的制度建议,以供经济法实践和制度建设参考。

历时十数届,研究成果虽然不尽如意却已定型。如果说课题的研究有所创新和理论建树的话,主要是在以下几个方面进行了大胆的尝试和努力:首先,超越了部门法研究的条块分割和自我中心主义,将经济法的理论变迁与人类社会的认识论进化统一起来,结合现实社会经济的发展,通过回应性和实质化特征认识经济法的社会本位。如果仅是孤立地看待经济法的“回应性”和实质化特征,忽略它的认识论和方法论基础,经济法的理论研究就会因缺乏足够的理论支撑而显得幼稚和玄虚。强调经济法律回应性和实质化特征,首先是基于对传统法治科学主义“主客二元论”理论范式的扬弃,是对“主客一元论”理论范式的制度回应。

其次,坚持整体主义的方法论,将经济法的理论范式与制度运行相结合,探索和讨论经济法运行的正当程序机制。突出经济法的理论范式、法律类型和运行机制之间的有机联系和层层递进关系,采用哲学、社会学、经济学、法学和语言学等多种学科的工具和手段,论证经济法运行的正当程序机制。经济法是“主客一元”理论范式,是“回应性”的实质理性法,制度框架应当是以民主参与和对话协商为基础,兼容实体正义与形式正义的程序主义法律模式。

其三,理清了作为现代法的经济法与传统民商法的实质性分歧,校正了对二者对立冲突的错误认识和理论偏差。经济法与传统法治的分歧在于认识论和方法论,而不是确定的“规则”与模糊的“原则”。经济法研究的前提和首要任务是对传统法治理论进行整体反思,经济法建设的重点不是简单追求所谓的部门法“独立”地位,而是要对传统民商法和行政法的既有规则进行大胆借鉴移植和功能改造,实现法学理论

和法律制度的整体跃迁。经济法的正当程序机制在基本理念上强调公共选择的民主参与对话协商,在基本结构和主要制度建设方面要与立法程序、执法程序和裁判程序协调统一。

最后,如果本研究成果能够为学界和实务部门所认同,将对经济法的理论研究和法律实践有些许助益。在理论研究和学科建设方面,将经济法与传统法治的理论和实践、历史与现实、功能与结构进行总体研究,通过对传统法治理论范式和具体制度的反思,实现法律世界观和法学方法论的转换,明确了经济法的现代性特征,坚定经济法运行正当程序机制的理论基础。在现实的制度建构方面,坚守法治的根本任务,降低社会事务复杂性,提升社会选择和公共决策确定性和预测性,在法律与社会生活互动背景下考察经济法的实质化特征和制度应对,确立程序主义的法治模式,将传统法治的形式正义与现实社会生活的实质要求结合起来,对实现经济法的“法治化”和国家干预的规范化具有很好的现实参考价值。

目 录

绪论 经济法超越与回归的程序法路径	1
一、经济法的理论超越与实践困惑	2
二、经济法学界的应对和不足	7
三、经济法超越与回归的程序法路径	13
四、结语	21
第一章 经济法理论范式的变迁	23
第一节 范式理论概述	23
一、范式理论的内涵	23
二、范式理论的基本功能	27
第二节 传统法治的基本理论范式	29
一、传统法治的法律本体论	31
二、传统法治的法律认识论	32
三、传统法治的法学方法论	33
四、传统法治的法律价值论	35
五、传统法治的道德观	38
第三节 经济法的基本理论范式	40
一、经济法理论的法律本体论	41
二、经济法理论的法律认识论	44
三、经济法理论的法律方法论	47

2 经济法正当程序机制研究

四、经济法理论的法律价值观	51
五、经济法理论的法律道德观	54
第二章 经济法的实质化及其整合	57
第一节 经济法的实质化	57
一、经济法规范的模糊性和不确定性	59
二、经济法实务的非职业化和社会参与性	65
三、经济法机构的复合性与权力划分的相对化	69
四、经济法实施的实践论证和非逻辑化推理	73
第二节 经济法实质化的“理论”冲突	76
一、经济法的模糊性与法治确定性的冲突	77
二、经济法的回应性与法治自治的冲突	81
三、经济法的非常态性与法治普遍性的冲突	83
四、经济法的国家干预性与法治正当性的冲突	84
第三节 经济法治的悖论与化解	87
一、经济法治的“悖论”	87
二、经济法变动性与程序法确定性的整合	89
三、经济法回应性与程序法封闭性的统一	92
四、经济法个别适用与程序法普遍性的沟通	96
五、国家干预的“合法性”与程序法的证明	98
第三章 经济法程序化的历史基础	102
第一节 程序法“元规则”的历史考察	102
一、英美法上的正当程序机制	103
二、大陆法系的程序法	109
三、中国程序法的历史渊源	115

第二节 经济法程序化的理论基础	121
一、经济法正当程序的本质	121
二、经济法正当程序的哲学基础	134
三、经济法正当程序的伦理学基础	139
第四章 经济法正当程序的价值	148
第一节 正当法律程序价值的重构	148
一、正当法律程序价值理论重述	148
二、正当法律程序价值理论的反思	153
三、正当法律程序价值理论的重构	156
第二节 经济法正当程序的特别价值	168
一、国家干预正当性与正当程序的证明和发现机制	168
二、经济民主与正当法律程序的普遍参与和自决机制	172
三、经济效率与正当法律程序的比较选择和成本节约机制	178
第五章 经济法正当程序的内在机理	186
第一节 经济法正当程序的基本理念	186
一、对话与协商	186
二、谈判与妥协	189
三、自治或自主	191
第二节 经济法正当程序的基本原则	193
一、公开原则	194
二、公正原则	206
三、条件优势原则	213

第六章 经济法正当程序的基本制度	218
第一节 经济法正当程序的主体制度	218
一、法律程序主体制度的基本内容	218
二、经济法程序主体制度建构的重点	224
第二节 经济法程序的信息与资讯制度	230
一、经济裁决信息及其特征	230
二、经济法程序的资讯制度	234
第三节 对话与听证制度	250
一、听证制度的意义	250
二、听证制度的主要内容	252
第四节 程序结果与决定制度	276
一、决定主体	277
二、决定的种类及其法律效力	277
三、决定的内容和形式	279
结论	287
主要参考文献	290

绪 论

经济法超越与回归的程序法路径

20 世纪以来,由于市场失灵的突显和国家干预的扩张,经济法理论和实践命题成为社会主义国家还是资本主义国家共同的法治议题,其核心是国家干预市场的“正当性”与“合法化”问题。一方面,经济法理论以鲜明的回应性、^①创新性和整体主义的方法论,全面超越和改造了传统法治的个体主义的理论范式,引发了传统法治理论的危机;另一方面,由于经济法律制度的原则性、模糊性、开放性、商谈性等实质化特征,与传统法治的确定性、规则性、封闭性、自治性等要求之间形成了鲜明的对比,出现了所谓“政策化”或“去法律化”现象,法律品味大打折扣。易言之,作为一门新型的法律现象和法学理论,经济法经受传统法治“合法性”理论的考验和自身运行规范化要求的双重挑战。面对理性思考的普遍化和合理性问题的不断追问,经济法在适应社会经济发展的需要,确认和规范国家干预经济的过程中,必须冲破法治理论的“明

^① 回应性法理论是美国学者诺内特和塞尔兹尼克运用类型学的原理,对人类社会的法律制度进行分析考查而得出的三种类型之一。他们认为,根据规定法的基本形态的变量,如目的、合法性、规则、推理、裁量、强制、道德、政治、服从期待、参与等与法的不同对应关系,可以将社会上存在的法律现象分为三种类型:“压制型法”、“自治型法”和“回应型法”。参见[美]诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的社会与法律:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年版,第81—87页。国内学者刘普生借用回应型法的原理,分析了经济法回应性的表现、原因及其理论和实践意义。参见刘普生:《论经济法的回应性》,《法商研究》1999年第2期。