



经济法前沿文库

陶广峰 总主编

经济法律行为 范畴研究

余发勤 著

Jingji Falv Xingwei Fanchou Yanjiu

中国检察出版社

► 肇庆学院学术著作出版资助



经济法前沿文库

陶广峰 总主编

经济法律行为 范畴研究

Jingji Falv Xingwei Fanchou Yanjiu

余发勤 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

经济法律行为范畴研究 / 余发勤著. —北京: 中国检察出版社, 2011. 4
ISBN 978 - 7 - 5102 - 0463 - 0

I. ①经… II. ①余… III. ①经济法 - 法律行为 - 研究 IV. ①D912. 290. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 052187 号

经济法律行为范畴研究

余发勤 著

出版发行: 中国检察出版社
社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)
网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)
电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)
经 销: 新华书店
印 刷: 三河市西华印务有限公司
开 本: 720mm × 960mm 16 开
印 张: 13.5 印张 插页 2
字 数: 267 千字
版 次: 2011 年 5 月第一版 2011 年 5 月第一次印刷
书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0463 - 0
定 价: 30.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《经济法前沿文库》总序

经济法诞生于现代社会，是生产力进一步发展，商品经济演进为现代市场经济，国家以自己的意志直接参与、干预经济生活的产物。所以，经济法是市场经济充分发展的结果，是脱胎于现代市场经济的法制现象。

一般认为，现代意义经济法的产生，以美国 1890 年《保护贸易和商业不受非法限制与垄断之害法》，即《谢尔曼反垄断法》的颁布为标志，而现代经济法概念的形成，以及被作为一个独立的法律部门，则始于 20 世纪初的德国。与西方发达国家经济法的形成比较，中国经济法的发展和演进虽与西方经济法有相似之处，但差异也是明显的。其共同点在于，中西方经济法的产生、发展都与生产社会化和国家经济职能对社会经济生活的自觉干预相关。不同的是，中国经济法是在国家经济体制改革，即由计划经济向社会主义市场经济转轨中发展起来的，西方经济法则是在自由市场经济向现代市场经济演进中产生和发展的；中国经济法是在政府全面干预社会经济向减少政府干预的过程中发展起来的，西方经济法是在国家由放任政策向干预政策转变的过程中产生和发展的。中西方社会历史和经济生活条件的不同，形成了中西方经济法各具特色的发展轨迹。

虽然，中西方经济法的产生、发展历程有着较大的差



异性,但中西方经济法的发展史告诉我们,中西方经济法都具有鲜明的现代性和关注社会前沿问题的特性。诸如政府介入经济生活问题、市场规制与监管问题、企业改革问题、经济全球化背景下国家的经济发展、经济安全问题、资源与环境保护问题、社会公平与社会保障问题、循环经济法制建设问题等,均体现了中西方经济法关注社会前沿问题的特性。正基于此,我们中国经济法研究所从自己的办所理念、办所宗旨出发,在充分酝酿和与有关经济法同仁磋商后,决定出版《经济法前沿文库》,以反映我们的目标追求,体现我们对社会的关注。

《经济法前沿文库》在把握人类社会发 展大势、世界发展大势、中国社会发 展大势的基础上,立足于国家发展、民族发展、社会发展,聚焦当今世界、当代中国经济法的前沿问题、热点问题,展现我所同仁的学术理念、学术追求,和对社会的关注、对基层的关注、对民众的关注。

《经济法前沿文库》在坚持学术性、前沿性、系统性、开放性、实践性、热点性的同时,还将以满足经济法理论界、实务界的需要,作为我们的努力方向。因而,《经济法前沿文库》不仅是反映我所同仁有关研究成果的平台,也是全国经济法同仁展示研究成果的平台。《经济法前沿文库》是一个开放性的法学历地,欢迎全国经济法同仁的加盟。

《经济法前沿文库》总主编 陶广峰

谨识于中国经济法研究所

2006 年岁末 南京

序 言

法律经由规范行为而调整社会关系。

历经从身份到契约的变迁，法摒弃主体的等级，而关注行为，这一取舍促进平等价值的确立。法学研究行为缘于民法和刑法学科：以法律行为为核心，行为在民法学中举足轻重；基于犯罪行为与刑法，刑法学研究行为由来已久。虽然法理学上也关注行为并予以理论概括，但难以比肩民法与刑法学，行为在法理学中的关注度远低于刑法和民法。关于此，可上溯至萨维尼的理论体系，尤其是凯尔森以来规范理论的影响，主流法理学以法律关系为分析核心，以规范结构为重点，在此规范理论范式中，行为失去其应有的地位。至于经济法，作为一门晚近学科，不乏对各种具体行为的研究：与竞争密切相关的市场行为、垄断行为、政府调控或干预，但皆基于规范之需而研究之，无一例外。无须讳言，作为部门法之经济法，时至今日依然缺失统摄各个领域的一般行为理论。一般行为理论的缺失，无疑是经济法亟待解决的一个命题。

或许有感于这一学界憾事，余发勤《经济法律行为范畴研究》一书作一大胆尝试。该书广泛运用历史考察与实证分析之方法，兼顾制度史与学术史，并大胆运用语言哲学之分析方法，对经济法律行为的基本范畴进行科学严谨



的探讨。

首先,基于“法律行为”源自民法制度与民法学科,对民事法律行为的制度史与学术史作了详尽的历史考察。历史考察本非材料之堆积、事实之描述,而在于跳开现今学术之藩篱,正本清源以检讨学术之争议。经历史考察辅以语言分析,该书发现传统民事法律行为理论的阿喀琉斯之踵(Achilles' Heel)——自我决定之意思自由,同时对西方国家的经济法律行为的历史与现状进行历史与实证分析,借此为自己立论寻求路径。

第二,在对法律行为本质学说保持警惕的基础上,指出经济法律行为具有二维意志性与自由度(有别于意志自由)、市场经济性、合法性等特征,但优先考察经济法律行为之结构特征。根据言语行为理论,对经济法律行为的结构作详尽的分析,指出经济法律行为具有目的性与客观效果、设定性与程序性、信用与预期性等结构特征,并指出结构特征在规范上具有头等重要意义。

第三,还是基于对传统法律价值论的考察与分析,指出其在方法论上“单向度因果决定论”而导致困境。因而在经济法律行为的价值基础的分析上,采纳一种网络式的关联分析,指出各种价值之相互关系及其作用,尤其承认并分析意识形态的作用。

第四,根据经济法律行为的结构特征,基于严谨的语言分析,通过行为的法律判断理论,对经济法律行为的成立与效力问题予以充分严谨的论证。

最后,根据对外国经济法律行为历史与现状的实证分析,对经济法律行为的类型作了一番勾勒。

作为一项基础理论研究,余发勤《经济法律行为范畴研究》一书是经济法领域的一部拓荒之作。

书稿的面世本身展示了余发勤难能可贵的勇气与开拓精神,然而此书不仅彰显一个求学者孜孜以求的精神,其中亦不乏创新与独到之处。

首先,在方法上,作者大胆运用对我国法学界而言较为陌生的语言哲学分析方法,运用言语行为理论拓展了法学上对行为的理解。对传统的本质学说提出质疑,而重点阐述经济法律行为的结构以满足于构建规范之需求。

其次,通过充分的历史考证与严谨的实证分析,指出传统法律行为理论中的意识形态问题,指出民事法律行为理论中的“意志自由论”具有历史局



限性，并且在法律规范上是不可能实现的。

第三，也是这里需着重指出的，《经济法律行为范畴研究》一书不满足于法律行为理论上原有的对“成立”、“有效”与“生效”的理解，并指出其中充满了混乱且导致规范上的无用性。因而通过构建“行为的法律判断理论”，及对这些范畴进行重构，进而建立全新的成立要件与效力要件。

总之，作为一项经济法基本理论研究成果，《经济法律行为范畴研究》体现了余发勤对理论的热情与勤奋，展示了余发勤对经济法理论独到而执著的思考。

这里要特别指出的是，早在上个世纪90年代，我任教于兰州大学法律系（现为法学院），当时余发勤就读于兰州大学法律系，作为老师便时常与之交流，发现其兴趣广泛：从法学到历史、从高等数学到哲学，他都痴迷于其中。后我调入南京大学法学院任教，他又随我入南京大学法学院研习经济法（该书即其博士论文）。其间，虽经甘肃、安徽、北京、广东、江苏等地历练，但其执著于理论探究始终如一。现我因工作之需，调至南京财经大学法学院工作，余发勤仍时常就中国经济法的发展、中国社会的转型、中国社会的发展等和我进行讨论，并时常体现出作为学者的“乐”与“忧”。

应当说，《经济法律行为范畴研究》一书的出版不仅填补了经济法理论研究的一个空白，更有助于推动经济法理论研究的发展。作为老师，既为余发勤今日之学术成就而高兴，亦对其未来的学术之路充满期待。

是为序。

陶广峰

2011年3月



目 录

《经济法前沿文库》总序	1
序 言	1
导 论	1
第一章 法律行为溯源	6
第一节 民事法律行为变迁史略	6
一、罗马法上的“法律行为”	8
二、教会法中的民事法律行为制度	12
三、《拿破仑法典》中的民事法律行为制度	14
四、民事法律行为概念的诞生与理论的发展	16
第二节 民事法律行为理论的难题及其启发	20
一、法律行为抑或意思表示	20
二、模糊不清的成立与效力问题	27
三、“自我决定的意志自由”中的义务困境	31
四、物权合同与意志自由的悖论	33
五、法律行为理论下经济法律行为的诞生	37
本章小结	37
第二章 经济法律行为的概念与基本构造	40
第一节 经济法律行为范畴之界定	40
一、法理学上法律行为概念的纷争	40



二、行政法学上的法律行为理论之争	42
三、经济法律行为范畴的初步界定	45
第二节 经济法律行为的结构特征	47
一、目的性与客观效果	48
二、设定性与程序性	52
三、信用与预期性	55
第三节 经济法律行为的本质特征	57
一、市场经济性	58
二、合法性	60
三、二维意志性与自由度	64
本章小结	66
 第三章 经济法律行为之价值基础	68
第一节 经济法律行为的一般价值观	69
一、价值问题的一般困境	69
二、经济法律行为与正义	71
三、经济法律行为的法权正当性	74
第二节 意识形态与经济法律行为	76
一、意识形态的社会形塑作用	76
二、法律意识形态与经济法律行为	79
三、意识形态法律化与经济法律行为	83
第三节 自由、市场秩序与经济法律行为	86
一、行为自由的形态	86
二、组织体的行为结构与自由	87
三、经济自由与经济秩序	90
四、经济法律行为与经济秩序的形成	94
本章小结	96
 第四章 经济法律行为域外概况	98
第一节 大陆法系国家的经济法律行为	99
一、德国	99



二、法国·····	104
第二节 英美国家的经济法律行为·····	110
一、英国·····	110
二、美国·····	116
本章小结·····	122
 第五章 经济法律行为的成立与效力·····	124
第一节 行为的法律判断·····	124
一、事实判断、价值判断与构成性判断·····	124
二、法律判断的三价模式·····	129
三、法律判断的二阶结构·····	133
第二节 经济法律行为的成立·····	136
一、经济法律行为成立的独立性·····	136
二、经济法律行为成立的含义·····	139
三、经济法律行为的成立要件·····	142
第三节 经济法律行为的效力·····	146
一、经济法律行为有效与生效的区别·····	146
二、经济法律行为的有效要件·····	149
三、经济法律行为的生效条件·····	151
本章小结·····	153
 第六章 经济法律行为类型的实证分析·····	156
第一节 竞争性市场行为·····	157
一、制度视角下的市场竞争·····	157
二、契约的分化与具有外部性的经济契约·····	160
三、竞争视角下的集中行为·····	164
第二节 具有设定性的组织管理行为·····	167
一、组织管理行为的法律行为属性·····	168
二、组织管理行为的种类·····	171
第三节 国家的市场调节行为·····	175
一、计划行为·····	177



二、公共财政与税收行为·····	179
三、国家的金融调控行为·····	181
四、维护竞争秩序行为·····	182
本章小结·····	185
 结束语：中国经济法律行为理论之展望·····	 187
 参考文献·····	 192
 后 记·····	 200

导 论

一直以来，经济法作为部门法从来就不乏质疑，论辩理由之一就是经济法缺乏基本理论框架或者说缺乏必要的理论基础。而与此同时，长期以来我国经济法学界一直以证成经济法是部门法为立足点，以经济法的特殊性与独立性为视角，围绕经济法与其他部门法之间的区别，来阐发经济法的基础理论。如此一来，经济法学界就忽视了应然的基本理论建设，更是很少从法技术、规范理论的角度去构建经济法的基本理论。而近年来的趋势又是关注经济法各个分支领域（以实在法为准）的制度与理论问题，有架空经济法基本理论之虞。就法学理论的研究范式而言，无论是传统的“权利—义务”模式，还是日益受到关注的“权力—权利”模式，在经济法基本理论中都缺乏相应的理论架构，更没有根据这一框架建立起自身的基础理论。

不管是依“权力—权利”模式还是依“权利—义务”模式来构建法学理论，行为，尤其是法律行为都是其中必要的—个关键性要素。因为，此二者实质上都是从法律关系内容的视角进行诠释的理论。而法律关系，无论是以“权利—义务”为内容，还是以“权力—权利”为内容，都是行为的结果，并且也表现为行为，同时也必然通过行为来展开与实现。因此无论如何，行为都是一个核心问题。

马克思说过，“对于法律来说，除了我的行为以外，我是根本不存在的，我根本不是法律的对象”。^①虽然这主要是一种政治立场上的宣教，但从中我们还是能够感受到，自资产阶级革命以来，现代民主社会已经不再是根据等级进行身份立法了，而是按照行为的类型与特征进行立法。身份制度日渐式微，那么，从客观的物质形态来看，主体也就只有两种了：自然人与组织。组织说到底都是人的某种社会结构形式。即使我们对组织进行严密的分类，那都是非常有限的。而且组织往往也是行为的结果；同时，行为是组织对社会发生作用的关键性方式。

从规范技术上来讲，完全从主体出发，并不能达到合理、科学规范社会关系的

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1962年版，第16~17页。



目的。因为，无论是自然人还是组织，作为主体，他们在社会中都扮演着不同的角色，承担着不同的社会功能，其行为在不同的社会关系中表现出相当明显的差异性。因此，法律规范在区分社会关系时离不开行为这一重要依据。

通常法理学将法律的调整对象界定为社会关系，但法律必然是通过中介来调整社会关系，这一中介即为行为。社会关系的类型化是体系化的法学所关心的，并且也是必不可少的，而恰恰是行为构成社会关系的核心，因此，行为的类型化与法律关系的类型化是密不可分的。同时，作为法律视角下最为重要的一种行为，法律行为是法律产生变更终止的重要法律事实。

然而，就目前我国经济法基本理论的研究现状来说，“主体—行为—责任”，这一分析模式中的每一个环节都没有得到充分发展，然而行为尤甚，更不用说其中的法律行为了。相比较而言，经济法主体与作为法律结果之重要方面的法律责任，都受到了理论界的关注，因此都有不同程度的研究，虽然这些研究远没有达到建立成熟分析模式的要求。但是就经济法律行为而言，时至今日，都还没有引起最起码的关注，甚至我们的教科书都没有一丁点的说明与解释，更不用说必要的范畴界定与外延之阐述了。无论经济法作为一个部门法是否成立，经济法学作为一个法学部门，这不仅仅是当今中国学术生活中的一个事实，而且也得到相当广泛的承认。即使那些不承认经济法为法律部门的人，其中也有相当部分人并不排除将经济法学作为一门学科来对待。但是，难以想象一个法律学科中没有行为理论。可是在我国经济法学界，的确缺乏对行为的基础性研究。

必须说明的是，前述的法律分析框架乃是大陆法的传统。众所周知，一方面，因为英美长期以来的经验主义与实证主义哲学传统，在学术风格上，并不特别强调缜密的逻辑演绎体系；另一方面，因为英美法没有严谨的部门法划分，因此并无法律关系之法学分析框架。严格来说，法律行为理论也不是法国分支的大陆法的传统，如法国、意大利等很多欧洲大陆国家也都没有采纳法律行为理论。其实该理论仅是德国分支的学说汇编派大陆法传统，此一传统主要是缘于对一系列重要的表意行为的抽象概括。

作为一项明确以“法律行为”为名的法律制度，缘起于《德国民法典》的规定。作为法学上的专有术语，则早于成文法，在德语中，现代意义上的“法律行为”一词的真正创始人实则是海瑟，在1807年的《普通民法典纲要》一书中，他使用了“法律行为”（Rechtsgeschäft）一词，并且将此放置于明确的“人—物—行为”的理论结构之中。^①但真正使其树立起重要学术地位的是古斯塔夫·胡果，作为德国历史法学派的开创者，自其使用“法律行为”以后，无论是作为一个专门

^① [德] 汉斯·哈腾保尔：“法律行为的概念——产生以及发展”，孙宪忠译，载杨立新主编：《民商法前沿》（第1、2辑），吉林人民出版社2002年版。



的法律术语，还是作为一项抽象的理论，法律行为在民事法律科学中便牢牢地站稳了脚跟。随后，历史法学派的重要代表人物萨维尼，全面系统地阐述了法律行为理论。1900年的《德国民法典》正式接受了法律行为理论，将其规定于总则中。此后的《日本民法典》、《韩国民法典》以及前《苏联民法典》和我国《民法通则》等都接受了“法律行为”。

将法律行为从民法领域引入到行政法的同样是追求体系化的德国人。在德国学者从法国引入行政法理论之后，理论研究中，又将民法中的法律行为理论引入行政法学，将传统的行政行为界定为行政法律行为，纳入到法律行为理论架构之中。据我国台湾地区学者翁岳生的考证，在德国，在行政法学领域开创法律行为研究的是柯俄曼，他在1910年的《国家法律行为之制度》一书中，率先把民法上的法律行为概念导入公法领域，用以说明“行政处分”（又译“行政行为”）概念的理论体系。^①柯俄曼的行政法律行为学说，曾经一度在德国、日本和我国台湾地区，成为通说。但后来学术上对此进行了反思，结果是一部分学者拒绝在公法领域引入明显具有意思自治本质特征的民事法律行为理论，否认行政行为具有“意思表示”要素，而强调行政行为的设权性要素。^②否认行政行为中具有“意思表示”，从而在行政行为与传统民法领域的法律行为之间划了一道鸿沟。

在我国，行政法学界普遍接受行政法律行为的概念。而在法理学界，学者们也将法律行为引入到法理学之中。行政法学界，仍然是以行政行为为轴心展开法律视角下的行为研究。甚至有著述在承认行政行为即为行政法律行为的同时，在实际研究中，又混淆了行政法律行为与行政事实行为，造成前后自相矛盾。另一方面，在行政法学中，为了诉讼实践的需要，行政法律行为在制度层面上区分为抽象行政行为与具体行政行为。自1982年以来，这一区分就一直根深蒂固地影响着法学界和立法。虽然近年来，反对声不断，立法和司法实践中有所改变，但这种研究导致架空行政法律行为，却是一个现实的问题。时至今日，无所改观。

导致行政法学界对行政法律行为研究不够的另一原因在于：长期以来，我国行政诉讼的受案范围受限于不合理的具体行政行为，学界的研究重点一直是为了解决这一更具重要性和迫切性的法律实践问题。

而在经济法学界，现状是，经济法律行为甚至是停留在口号上。有限的一些著述中，对于经济法律行为的内涵往往是套用民事法律行为的概念。有学者甚至主张，在经济法中，各种行为同质性少，异质性多，因此，强调分别研究各经济法分

^① 翁岳生：“论行政处分之一般概念”，载翁岳生：《行政法与现代法治国家》，台湾大学法学丛书编辑委员会1982年印行。

^② 翁岳生：“论行政处分之一般概念”，载翁岳生：《行政法与现代法治国家》，台湾大学法学丛书编辑委员会1982年印行。



支中的行为问题,为制度建设准备理论基础。^①这反映了一种研究现状:对法律行为理论研究的缺位以及对经济法律行为理论的误解。如果说各经济法律行为具有本质上的异质性,那么,经济法学如何成为一个统一的学科?另一方面,经济法律行为理论的研究,并不意味着其可代替各种具体经济法律行为的研究。这就如同民事法律行为的研究,并不能代替合同、继承、婚姻制度的研究一样。在体系化的民法科学中,或者说在学说汇编法学中,法律行为的研究从来就没有因为合同、继承、婚姻等制度研究而遭到废弃。经济法律行为的体系化研究,实则一种理论基础,并不能代替各种具体的经济法律行为研究。

可见,我国法学界,至少是民法学界和行政法学界都是接纳法律行为理论的,经济法学界似乎也没有拒绝经济法律行为,只是少有研究而已。无须讳言的是,虽然我国法理学界已经普遍承认法律行为理论,但其体系几近照搬民事法律行为理论,而没有在更为广阔的理论背景下去认识、构建法律行为理论。而在社会主义市场经济背景下,在延续体系化传统的当今中国法学界,此研究确是有助于法学理论的发展,对法律制度的健全也会具有理论指导意义。

首先,无论是作为一项制度,还是作为法学中一个颇具特色的理论,法律行为理论都在我国当今的学术话语中占有一席之地。在经济法学界,虽然对于经济法律行为未见持异议者,但是,关于经济法律行为的理论研究却近乎空白。更为严重的是,这一重大的基本理论问题无任何的框架与线索,仅有的丁点理论多是直接对民事法律行为理论的套用。这种套用明显不能满足学科理论建设的需要,也不自觉地将民事法律行为理论自身的问题不加甄别地带进来。当然,不敢奢求本书中的论述能够全面解决这一重大的基本理论问题,仅试图对这一宏大论题,作出些许有益贡献,能为后来的研究提供一些启发,足以慰藉。

其次,经济法视角下的法律行为,不仅仅涉及传统上的私人行为,如竞争引发的交易行为,同样涉及大量的传统意义上的公法行为,如国家的宏观调控、市场规制行为。现有有限的研究,不是将经济法律行为等同于私的“法律行为”,就是等同于公的“法律行为”,这是套用民事法律行为的结果。但在没有统一的法律行为理论前提下,这无疑是一个潜在的危险,将造成另一“两张皮”现象。我们需要一个有着比民事法律行为更具解释力与适用性的“法律行为”范畴。这一范畴,它将不仅适用于传统的民事法律行为,同样也适用于行政行为与经济法律行为。无疑,这一“法律行为”范畴不仅是经济法律行为的基础,也应当是法理学中的法律行为理论的一个必要支点。

虽然,法律行为理论传统上就是民事法律行为理论,但后来首先在德国又建立起行政法律行为理论。法律行为范畴在新中国法律体系中得到承认以后,行政法

^① 参见王全兴:《经济法基础理论专题研究》,中国检察出版社2002年版,第47~48页。



学、经济法学以及法理界都引入自己的理论框架之中，但是，从来没有建立这样一个法律行为范畴：能为出现在各个部门法学中的法律行为理论准备一个适恰的、基本的范畴。除了传统民事法律行为理论外，法理学与其他部门法学，通常仅仅将其作为“法律事实”这样一个术语的一个下位概念予以简单的界定，并且几乎没有什么理论与实践上的解释力。

第三，当前的经济法学界，纷纷单独地研究诸如公司行为、消费行为、国家的市场规制行为、国家的宏观调控行为。虽然这种各自隔离、相互独立的研究，在一定程度上能够为法律实践提供有价值的理论基础，但是，这种研究的缺陷也是非常明显的：作为一个部门法或一个独立的研究领域，经济法学需要统一的行为理论，这是体系化研究所不可缺少的。本书将沿着这样的思路，为经济法理论的体系化做点有意义的工作。

第四，经济法是关于高度发达的市场经济背景下私人与国家行为的规范。围绕这一中心问题，本书对经济法律行为的法律技术和法律伦理展开研究。完善的法律行为理论，尤其是以市场经济为背景的法律行为理论，对于建立和完善我国市场经济理论和经济法理论必定是有益的，因为行为是市场经济中的重要方面。尤其是在当今市场经济的价值基础缺乏最起码的关怀与重视的情况下，本著述将部分致力于行为的价值基础研究，这将有利于纠正片面地研究市场经济中行为规范的技术性倾向。